



**НАЦИОНАЛЬНЫЙ
ФОНД
ПОДДЕРЖКИ
ДЕМОКРАТИИ**



**ПОСОЛЬСТВО
КОРОЛЕВСТВА
НИДЕРЛАНДОВ В
АСТАНЕ**



**РЕГИОНАЛЬНОЕ
ОТДЕЛЕНИЕ УВКПЧ
ООН ДЛЯ
ЦЕНТРАЛЬНОЙ АЗИИ**



**КОМИТЕТ ПО
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ
И СУДЕБНО-
ПРАВОВОЙ РЕФОРМЕ
МАЖИЛИСА
ПАРЛАМЕНТА РК**



**ЦЕНТР ИССЛЕДОВАНИЯ
ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ**

ВЫПОЛНЕНИЕ РЕСПУБЛИКОЙ КАЗАХСТАН РЕКОМЕНДАЦИЙ КОМИТЕТА ООН ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА В СФЕРЕ УГОЛОВНОГО ПРАВОСУДИЯ И УКРЕПЛЕНИЯ НЕЗАВИСИМОСТИ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ

Материалы экспертной конференции

г. Алматы, 27 сентября, 2013 г.



Материалы экспертной конференции «ВЫПОЛНЕНИЕ
РЕСПУБЛИКОЙ КАЗАХСТАН РЕКОМЕНДАЦИЙ КОМИТЕТА ООН ПО
ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА В СФЕРЕ УГОЛОВНОГО ПРАВОСУДИЯ И УКРЕПЛЕНИЯ
НЕЗАВИСИМОСТИ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ» - Алматы, 2013



Настоящий Сборник опубликован Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Национального фонда поддержки демократии (NED). Мнения и взгляды, содержащиеся в материалах не отражают точку зрения NED.

© Центр исследования правовой политики, 2013

СОДЕРЖАНИЕ

| | |
|---|-----------|
| Программа Экспертной конференции | 4 |
| Список участников | 8 |
| ЗАКЛЮЧЕНИЯ ЦЕНТРА ИССЛЕДОВАНИЯ ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ | 13 |
| Независимость судебной системы в Казахстане: замечания Комитета ООН по права человека и пути их имплементации, <i>Куйбида Р.А.</i> | 13 |
| Комментарий к пункту 22 Замечаний Комитета ООН по правам человека по докладу Казахстана об исполнении Международного пакта о гражданских и политических правах, <i>Сулейменова Г.Ж.</i> | 40 |
| Защита государственных секретов и обеспечение права на квалифицированную юридическую помощь в Республике Казахстан <i>Канафин Д.К.</i> | 56 |
| Комментарий к пункту 17 Замечаний Комитета ООН по правам человека по докладу Казахстана об исполнении Международного пакта о гражданских и политических правах, <i>Штейнерте Э.</i> | 69 |
| ПРИВЕТСТВЕННЫЕ ВЫСТУПЛЕНИЯ | 87 |
| Приветственное выступление Председателя Конституционного Совета Республики Казахстан <i>Рогова И.И.</i> | 87 |
| Приветственное выступление Заведующего Отделом правоохранительной системы Администрации Президента Республики Казахстан <i>Шпекбаева А. Ж.</i> | 88 |
| ДОКЛАДЫ УЧАСТНИКОВ КОНФЕРЕНЦИИ | 91 |
| СЕССИЯ 1. ВЫПОЛНЕНИЕ РЕКОМЕНДАЦИЙ КОМИТЕТА ООН ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА И ЗАДАЧИ ПО РЕФОРМИРОВАНИЮ УГОЛОВНО- ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН | 91 |
| Об основных новеллах проекта новой редакции Уголовно- процессуального кодекса Республики Казахстан (Презентация проекта новой редакции Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан), <i>Мухаметжанов А. О.</i> | 91 |
| Новый закон существенно обеспечит права человека в уголовном судопроизводстве, <i>Кемали Е. С.</i> | 97 |
| Исключение показаний, полученных в результате пыток или других видов принуждения в ходе уголовного судопроизводства, <i>Ибраева А.</i> | 102 |
| Усиление роли адвокатуры в обеспечении конституционных прав и свобод граждан и задачи в реформировании уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан, <i>Тугел А. К.</i> | 108 |

| | |
|--|-----|
| Исполнение Республикой Казахстан Международного пакта о гражданских и политических правах и Конвенции СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, <i>Розенцвайг А.В.</i> | 114 |
| СЕССИЯ 2. ВЫПОЛНЕНИЕ РЕКОМЕНДАЦИЙ КОМИТЕТА ООН ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА ПО ВОПРОСАМ РЕФОРМИРОВАНИЯ УГОЛОВНОГО И УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН | 120 |
| Основные новеллы проекта новой редакции Уголовного кодекса Республики Казахстан (Справка по проекту Уголовного кодекса) <i>МУХАМЕТЖАНОВ А. О.</i> | 120 |
| Реализация рекомендаций Комитета ООН по правам человека об имплементации норм Международного пакта о гражданских и политических правах в новой редакции Уголовного Кодекса РК, <i>Шорманбаева А.С.</i> | 126 |
| Проблемы отмены смертной казни в Республике Казахстан, <i>Турмагамбетова Ж.У.</i> | 130 |
| Выполнение Казахстаном рекомендаций Комитета ООН по правам человека по принятию мер по сокращению тюремного населения и реформированию уголовно-исполнительного законодательства, <i>Аккулев А.Ш.</i> | 134 |
| Общественный контроль за деятельностью исправительных учреждений Республики Казахстан: выполнены ли рекомендации Комитета ООН по правам человека, <i>Рахимбердин К. Х.</i> | 138 |
| СЕССИЯ 3. УКРЕПЛЕНИЕ НЕЗАВИСИМОСТИ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН В СООТВЕТСТВИИ С МЕЖДУНАРОДНЫМИ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАМИ И СТАНДАРТАМИ | 144 |
| Комментарий к пункту 22 Замечаний Комитета ООН по правам человека по докладу Казахстана об исполнении Международного пакта о гражданских и политических правах, <i>Ергалиева Н.</i> | 144 |

ПРОГРАММА

Экспертная конференция

ВЫПОЛНЕНИЕ РЕСПУБЛИКОЙ КАЗАХСТАН РЕКОМЕНДАЦИЙ КОМИТЕТА ООН ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА В СФЕРЕ УГОЛОВНОГО ПРАВОСУДИЯ И УКРЕПЛЕНИЯ НЕЗАВИСИМОСТИ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ

27 сентября, 2013 г.

г. Алматы, гостиница «Royal Tulip»

| | |
|-------------------|--|
| 09.00 – 09.30 | Регистрация участников |
| 09.30 – 10.00 | Приветственные выступления <i>РОГОВ Игорь Иванович, Председатель Конституционного Совета Республики Казахстан</i> <i>ШПЕКБАЕВ Алик Жаткамбаевич, Заведующий Отделом правоохранительной системы Администрации Президента Республики Казахстан</i> <i>АБДИРОВ Нурлан Мажитович, Депутат Мажилиса Парламента РК, Член Комитета по законодательству и судебно-правовой реформе Мажилиса Парламента РК</i> <i>ЗИНОВИЧ Татьяна Сергеевна, Заместитель директора Центра исследования правовой политики</i> |
| СЕССИЯ 1. | ВЫПОЛНЕНИЕ РЕКОМЕНДАЦИЙ КОМИТЕТА ООН ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА И ЗАДАЧИ ПО РЕФОРМИРОВАНИЮ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН |
| Модератор: | <i>АБДИРОВ Нурлан Мажитович, Депутат Мажилиса Парламента РК, Член Комитета по законодательству и судебно-правовой реформе Мажилиса Парламента РК</i> |
| 10.00– 10.15 | Об основных новеллах проекта новой редакции Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан <i>МУХАМЕТЖАНОВ Алмаз Оралович, Начальник 1-го Управления Генеральной прокуратуры Республики Казахстан</i> |
| 10.15 – 10.30 | Новый закон существенно обеспечит права человека в уголовном судопроизводстве <i>КЕМАЛИ Ержан Сагиндыкулы, Начальник отдела стратегического развития Научно - исследовательского центра Института Генеральной прокуратуры РК</i> |

10.30 – 10.45 **Исключение показаний, полученных в результате пыток или других видов принуждения в ходе уголовного судопроизводства**

ИБРАЕВА Анара, *Директор филиала Казахстанского Международного Бюро по правам человека и соблюдению законности г. Астана, к.ю.н.*

10.45 – 11.15 **Обсуждение**

11.15 – 11.45 **Кофе-брейк**

**СЕССИЯ 1.
(ПРОДОЛЖЕНИЕ)** **ВЫПОЛНЕНИЕ РЕКОМЕНДАЦИЙ КОМИТЕТА ООН ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА И ЗАДАЧИ ПО РЕФОРМИРОВАНИЮ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН**

Модератор: **ЗИНОВИЧ Татьяна Сергеевна**, *Заместитель директора Центра исследования правовой политики*

11.45 – 12.00 **Усиление роли адвокатуры в обеспечении конституционных прав и свобод граждан и задачи по реформированию уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан**

ТУГЕЛ Ануар Курманбаевич, *Председатель Президиума Республиканской коллегии адвокатов*

12.00 – 12.15 **Исполнение Республикой Казахстан Международного пакта о гражданских и политических правах и Конвенции СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам**

РОЗЕНЦВАЙГ Александр Владимирович, *адвокат Алматинской городской коллегии адвокатов, член Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов, член Президиума Республиканской коллегии адвокатов, к.ю.н.*

12.15 – 12.30 **Правовое регулирование допуска адвокатов к участию в производстве по делам, связанным с государственными секретами**

КАНАФИН Данияр Кайратович, *адвокат Алматинской городской коллегии адвокатов, член Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов, член Президиума Республиканской коллегии адвокатов, доцент, к.ю.н.*

12.30 – 13.00 **Обсуждение**

13.00 – 14.00 **Обед**

| | |
|-------------------|---|
| СЕССИЯ 2. | ВЫПОЛНЕНИЕ РЕКОМЕНДАЦИЙ КОМИТЕТА ООН ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА ПО ВОПРОСАМ РЕФОРМИРОВАНИЯ УГОЛОВНОГО И УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН |
| Модератор: | <i>ЕРГАЛИЕВА Назгуль, Председатель Попечительского Совета Центра исследования правовой политики</i> |
| 14.00 – 14.15 | <p>Основные новеллы проекта новой редакции Уголовного кодекса Республики Казахстан</p> <p><i>МУХАМЕТЖАНОВ Алмаз Оралович, Начальник 1-го Управления Генеральной прокуратуры Республики Казахстан</i></p> |
| 14.15 – 14.30 | <p>Реализация рекомендаций Комитета ООН по правам человека об имплементации норм Международного пакта о гражданских и политических правах в новой редакции Уголовного Кодекса РК</p> <p><i>ШОРМАНБАЕВА Айна Сергеевна, Президент Общественного фонда «Международная Правовая Инициатива»</i></p> |
| 14.30 – 14.45 | <p>Проблемы отмены смертной казни в Республике Казахстан</p> <p><i>ТУРМАГАМБЕТОВА Жемис Утегеновна, Исполнительный директор Общественного фонда «Хартия за права человека»</i></p> |
| 14.45 – 15.15 | Обсуждение |
| 15.15 – 15.30 | <p>Выполнение Казахстаном рекомендаций Комитета ООН по правам человека по принятию мер по сокращению тюремного населения и реформированию уголовно-исполнительного законодательства</p> <p><i>АККУЛЕВ Аблайхан Шынтемирович, Доцент Евразийского гуманитарного института, к.ю.н.</i></p> |
| 15.30 – 15.45 | <p>Общественный контроль за деятельностью исправительных учреждений Республики Казахстан: выполнены ли рекомендации Комитета ООН по правам человека</p> <p><i>РАХИМБЕРДИН Куат Хажумуханович, Заведующий кафедрой уголовного права и уголовного процесса ВКГУ им. Аманжолова, д.ю.н.</i></p> |
| 15.45 – 16.00 | <p>Выполнение пункта 17 Замечаний Комитета ООН по правам человека по докладу Казахстана об исполнении Международного пакта о гражданских и политических правах</p> <p><i>ЗИНОВИЧ Татьяна Сергеевна, Заместитель директора Центра исследования правовой политики</i></p> |
| 16.00 – 16.30 | Обсуждение |
| 16.30 – 17.00 | Кофе-брейк |

СЕССИЯ 3. УКРЕПЛЕНИЕ НЕЗАВИСИМОСТИ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН В СООТВЕТСТВИИ С МЕЖДУНАРОДНЫМИ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАМИ И СТАНДАРТАМИ

Модератор: *ТУРМАГАМБЕТОВА Жемис Утегеновна, Исполнительный директор Общественного фонда "Хартия за права человека"*

17.00 – 17.15 **Дальнейшие задачи по укреплению независимости судебной системы в Республике Казахстан**

КАСИМОВ Акылтай Ахмеджанович, Председатель судебной надзорной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РК

17.15 – 17.30 **Независимость судебной системы в Казахстане: замечания Комитета ООН по права человека и пути их имплементации**

КУЙБИДА Роман Алексеевич, Заместитель председателя правления Центра политико-правовых реформ (Украина), к.ю.н.

17.30 – 17.45 **Комментарий к пункту 22 Замечаний Комитета ООН по правам человека по докладу Казахстана об исполнении Международного пакта о гражданских и политических правах**

ЕРГАЛИЕВА Назгуль, Эксперт-консультант Центра исследования правовой политики

17.45 – 18.15 **Обсуждение. Подведение итогов, закрытие конференции**

СПИСОК УЧАСТНИКОВ

| АДМИНИСТРАЦИЯ ПРЕЗИДЕНТА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН | | |
|---|--|--|
| 1. | ШПЕКБАЕВ Алик Жаткамбаевич | Заведующий Отделом правоохранительной системы |
| МАЖИЛИС ПАРЛАМЕНТА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН | | |
| 2. | АБДИРОВ Нурлан Мажитович | Депутат, член Комитета по законодательству и судебно-правовой реформе Мажилиса Парламента РК |
| 3. | САРПЕКОВ Рамазан Кумарбекович | Депутат, член Комитета по законодательству и судебно-правовой реформе Мажилиса Парламента РК |
| КОНСТИТУЦИОННЫЙ СОВЕТ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН | | |
| 4. | РОГОВ Игорь Иванович | Председатель Конституционного Совета Республики Казахстан |
| 5. | БЕЛОРУКОВ Николай Васильевич | Член Конституционного Совета Республики Казахстан |
| 6. | АЛДОНГАРОВ Куаныш Карибекович | Заведующий организационно кадровой работой Конституционного Совета Республики Казахстан |
| ВЕРХОВНЫЙ СУД РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН | | |
| 7. | КАСИМОВ Акылтай Ахмеджанович | Председатель судебной надзорной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Казахстан |
| 8. | ЮРЧЕНКО Раиса Николаевна | Судья Верховного Суда Республики Казахстан в отставке |
| ГЕНЕРАЛЬНАЯ ПРОКУРАТУРА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН | | |
| 9. | МУХАМЕТЖАНОВ Алмаз Оралович | Начальник 1-го Управления Генеральной прокуратуры Республики Казахстан |
| 10. | КАСЫМБЕКОВ Нариман Бауржанович | Помощник Генерального Прокурора Республики Казахстан 1-го Управления |
| МИНИСТЕРСТВО ЮСТИЦИИ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН | | |
| 11. | КУСАИНОВ Улан Нурланович | Эксперт департамента законодательства |
| ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО МИНИСТЕРСТВА ИНОСТРАННЫХ ДЕЛ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН В АЛМАТЫ | | |
| 12. | ЖАКЕНОВ Дудар Тусупович | Заместитель главы представительства Министерства Иностранных Дел Республики Казахстан в Алматы |
| УПОЛНОМОЧЕННЫЙ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН | | |

| | | |
|--|---|---|
| 13. | РАХИМОВ Ришат Ахметович | Руководитель управления по работе с обращениями граждан Национального центра по правам человека |
| ИНСТИТУТ ГЕНЕРАЛЬНОЙ ПРОКУРАТУРЫ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН | | |
| 14. | КЕМАЛИ Ержан Сагиндыкулы | Начальник отдела стратегического развития Научно - исследовательского центра Института Генеральной прокуратуры РК |
| 15. | ТЕМИРЖАНОВА Ляззат Ахметжановна | Старший прокурор отдела уголовного процесса и ОРД Факультета переподготовки и повышения квалификации кадров Института Генеральной прокуратуры РК |
| 16. | БАРАНОВ Максим Николаевич | Старший прокурор отдела гражданско-правовых дисциплин и исполнительного производства Факультета переподготовки и повышения квалификации кадров Института Генеральной прокуратуры РК |
| СУДЫ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН | | |
| 17. | БАЙБОТЫРОВ Серик Катенович | Председатель Военного Суда РК, к.ю.н. |
| 18. | ПАКИРДИНОВ Мухамеджан Ахмедияевич | Председатель Военного суда Алматинского гарнизона, к.ю.н. |
| УЧЕБНЫЕ ЗАВЕДЕНИЯ | | |
| 19. | АККУЛЕВ Аблайхан Шынтемирович | Доцент Евразийского гуманитарного института, к.ю.н., доцент |
| 20. | РАХИМБЕРДИН Куат Хажумуханович | Заведующий кафедрой уголовного права и уголовного процесса ВКГУ им. Аманжолова |
| 21. | ДЖАНСАРАЕВА Рима Еренатовна | Доктор юридических наук, Профессор кафедры уголовного права и криминологии КазНУ им. Аль-Фараби |
| 22. | КАН Александр Герасимович | Начальник отдела организации научно-исследовательской и редакционно-издательской работы, кандидат юридических наук, майор полиции |
| 23. | УТИБАЕВ Гариффулла Курмангожевич | Советник Генерального Прокурора РК, генерал-майор Юстиции, профессор, д.ю.н. |
| 24. | АУБАКИРОВА Анна Александровна | Доктор юридических наук |
| 25. | НОВИКОВ Анатолий Илларионович | Профессор университета им. Д. Кунаева |
| 26. | ГИНЗБУРГ Александр Яковлевич | Профессор университета им. Д. Кунаева, заслуженный работник МВД СССР, заслуженный работник МВД РК |

| | | |
|----------------------------------|---|--|
| 27. | КОПАБАЕВ Омрали Кажыбаевич | Ректор университета им. Д.Кунаева, доктор юридических наук, профессор, член общественного совета по оптимизации вузов МОН РК, Академик высшей школы РК, член совета по Правовой политике при Президенте РК |
| 28. | КОНДЫКЕРОВА Карлыгаш Жумабековна | Докторант Академии государственного управления при Президенте РК |
| АДВОКАТУРА | | |
| 29. | ТУГЕЛ Ануар Курманбаевич | Председатель Республиканской коллегии адвокатов |
| 30. | БАЙГАЗИНА Гульнар Бакировна | Адвокат, член Алматинской городской коллегии адвокатов |
| 31. | КАНАФИН Данияр Кайратович | Адвокат, член Президиума Алматинской коллегии адвокатов, доцент, к.ю.н. |
| 32. | РОЗЕНЦВАЙГ Александр Владимирович | Адвокат, член Президиума Алматинской Городской Коллегии Адвокатов, член Президиума Союза адвокатов Республики Казахстан |
| 33. | БОРОНОВ Виталий Иванович | Адвокат, член Алматинской городской коллегии адвокатов, Член комиссии по правам человека при Президенте РК |
| 34. | АЛИМБАЕВ Искандер Муханович | Адвокат, член Алматинской городской коллегии адвокатов |
| 35. | РАМАЗАНОВА Лейла Адильхановна | Адвокат, член Алматинской городской коллегии адвокатов |
| 36. | МУСИН Салимжан Альмуратович | Адвокат, член Алматинской городской коллегии адвокатов |
| 37. | ДВОРЕЦКАЯ Елена Николаевна | Адвокат, член Алматинской городской коллегии адвокатов |
| МЕЖДУНАРОДНЫЕ ЭКСПЕРТЫ | | |
| 38. | КУЙБИДА Роман Анатольевич | Заместитель председателя правления Центра политико-правовых реформ (Украина), к.ю.н. |
| ДИПЛОМАТИЧЕСКИЕ МИССИИ | | |
| 39. | Патрик ЖЕРАР | Атташе по правоохранительным вопросам, Генеральное Консульство Франции в г. Алматы |
| 40. | ВИЛЬДАНОВА Эльмира | Сотрудник по связям с общественностью, Представительство Посольства Великобритании в Алматы |
| МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ | | |
| 41. | АЙДАРКУЛОВА Аида Едиловна | Директор программы «Правовая реформа» Фонда Сорос – Казахстан |
| 42. | РИТТМАН Мира | Исследователь Международной правозащитной организации «Human Rights Watch» по Центральной Азии |

| | | |
|--|----------------------------------|---|
| 43. | ДАЙИРБЕКОВА Азалия | Президент Фонда Евразия Центральной Азии (ФЕЦА) |
| 44. | АЙТМАГАМБЕТОВ Марат | Директор COUNTERPART INTERNATIONAL |
| 45. | ЛЕВЧЕНКО Елена | Менеджер программ Делегации ЕС в Республики Казахстан |
| 46. | МЕДЕВ Бахытжан | Координатор программ «Правовая реформа» Фонда Сорос – Казахстан |
| 47. | МИТРОФАНОВА Ирина | Менеджер программ USAID, г. Алматы |
| 48. | АДЕРИХИНА Татьяна | Координатор программы ЮНИСЕФ по защите прав детей |
| 49. | ДИССЕНОВА Мария | Старший программный ассистент Отдел человеческого измерения Центра ОБСЕ в Астане |
| 50. | КУДАБАЕВА Меиргуль | Ассистент регионального представителя Норвежского Хельсинского Комитета по Центральной Азии |
| 51. | ЮСУПОВ Алексей | Глава офиса Фонда Фридриха Эберта в Алматы |
| 52. | ПАК Эльвира | Научный сотрудник Представительства Фонда Фридриха Эберта в Казахстане |
| 53. | ЖАКСЫЛЫКОВА Дана | Фонд Евразия Центральной Азии (ФЕЦА) |
| 54. | БАЯСТАНОВА Жанель | Фонд Евразия Центральной Азии (ФЕЦА) |
| 55. | БЕЙСЕНБАЕВ Нуржан | Руководитель юридического проекта Интерньюс Нетворк |
| 56. | ДИДЕНКО Ольга | Юрист Интерньюс Нетворк |
| 57. | ЗАИТОВА Альфия | Юрист Интерньюс Казахстан |
| 58. | АМАНОВА Гульжахон | Докторант юридического факультета, Кембриджского университета |
| 59. | КАПТАЕВА Айгуль | Правовой консультант, Международный центр некоммерческого права (ICNL) |
| 60. | КОРОВИНА Алина | Правовой консультант, Международный центр некоммерческого права (ICNL) |
| НЕПРАВИТЕЛЬСТВЕННЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ | | |
| 61. | ДЖИВАГА Денис | Заместитель директора Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности |
| 62. | ЛОСКУТОВ Игорь Юрьевич | Генеральный директор ТОО «Компания «ЮрИнфо» |

| | | |
|---|---|---|
| 63. | ИБРАЕВА Анара | Директор филиала «Казахстанского бюро по правам человека и соблюдению законности» г. Астана |
| 64. | ШОРМАНБАЕВА Айна Сергеевна | Президент ОФ «Международная правовая инициатива» |
| 65. | ЖАППАРОВА Альмира Сагитовна | Юрист ОФ "Амансаулык", кандидат юридических наук |
| 66. | ТУРМАГАМБЕТОВА Жемис Утегеновна | Исполнительный директор общественного фонда "Хартия за права человека" |
| 67. | АГИБАЕВА Мая Аскарловна | Главный редактор журнала «ЮРИСТ» |
| 68. | ЛОБАЧЕВ Павел | Директор Общественного Объединения «ЭХО» |
| 69. | БУЯНКИНА Инна Евгеньевна | Исполнительный директор Казахстанской криминологической ассоциации |
| ЦЕНТР ИССЛЕДОВАНИЯ ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ | | |
| 70. | ЕРГАЛИЕВА Назгуль Жолдасовна | Председатель Попечительского Совета |
| 71. | ЗИНОВИЧ Татьяна Сергеевна | Заместитель директора |
| 72. | ИСКАЛИЕВА Дина | Координатор проектов |
| 73. | ЛЕР Сания | Ассистент проектов |
| ПЕРЕВОДЧИКИ | | |
| 74. | НУРКАБАЕВА Гайни | Переводчик |
| 75. | АДОДИНА Анна | Переводчик |

КУЙБИДА Р.А.
Заместитель председателя
Центра политико-правовых реформ (Украина)
К.Ю.Н.

**Независимость судебной системы в Казахстане:
замечания Комитета ООН по права человека и пути их имплементации¹**

Вступление

21 июля 2011 г. Комитет ООН по правам человека, рассмотрев доклад по поводу исполнения Международного пакта о гражданских и политических правах, представленный Республикой Казахстан, высказал такие замечания относительно эффективности судебной системы Казахстана:

«Комитет выражает обеспокоенность по поводу сообщений о широкой распространенности коррупции в судебной системе. Комитет также выражает обеспокоенность в связи с отсутствием независимой судебной власти в государстве-участнике и порядком назначения и увольнения судей, который не гарантирует надлежащее разделение полномочий между исполнительной и судебной ветвями власти. Комитет также выражает обеспокоенность по поводу ответа государства-участника на вопрос о роли Президента как "координатора" всех трех ветвей власти. Комитет выражает особую обеспокоенность в связи с сообщениями о том, что Прокуратура/Генеральная прокуратура играет в судебной системе настолько доминирующую роль, что она вправе приостановить исполнение решений, вынесенных судами (статьи 2 и 14).

***Государству-участнику следует принять меры для того, чтобы как в законодательном порядке, так и на практике обеспечить независимость судебной системы и ее роль в качестве единственной инстанции, отправляющей правосудие, и гарантировать компетентность, независимость и несменяемость судей. Государству-участнику следует, в частности, принимать меры по искоренению любых форм вмешательства в деятельность судебных органов и обеспечивать оперативное проведение тщательных, независимых и беспристрастных расследований всех утверждений о вмешательстве, в том числе посредством коррупции, а также по привлечению к ответственности и наказанию виновных, включая судей которые могут быть в этом замешаны. Государству-участнику следует пересмотреть полномочия Прокуратуры/Генеральной прокуратуры, чтобы действия этого органа не подрывали независимость судебной власти».*²**

Таким образом, Комитет по правам человека констатировал наличие таких проблем:

- 1) распространенность коррупции в судебной системе Казахстана;

¹ Настоящий документ подготовлен Центром исследования правовой политики при поддержке NED. Мнения и взгляды, содержащиеся в документе, не отражают точку зрения NED.

² Пункт 21 Заключительных замечаний ССРР/С/КАЗ/СО/1.

- 2) отсутствие независимости судебной власти и роль Президента как координатора трех ветвей власти, в т.ч. судебной;
- 3) доминирование прокуратуры в судебной системе.

Последней проблеме посвящено также п. 22 Заключительных замечаний Комитета по правам человека:

«22. Комитет выражает обеспокоенность по поводу сообщений о том, что органы Прокуратуры оказывают давление на судебную власть, которое влияет на принимаемые в итоге судами решения в такой степени, что оправдательные приговоры по уголовным делам составляют всего 1%. Комитет также обеспокоен участвующими сообщениями о том, что судьи допускают в качестве доказательств показания, полученные под пытками (статьи 2 и 14).

Государству-участнику следует провести исследование с целью установить причины столь малого количества оправдательных приговоров по уголовным делам для обеспечения того, чтобы права обвиняемых гарантировались и защищались в соответствии с Пактом в ходе всего судебного процесса. Кроме того, государству-участнику следует обеспечить принятие мер, которые гарантировали бы недопустимость в рамках судебной системы доказательств, полученных под пытками».

На самом деле, все обозначенные проблемы являются следствием серьезных нарушений принципа независимости судебной системы. С целью поиска оптимальных путей устранения этих проблем проанализируем основные элементы, определяющие степень независимости суда в разрезе:

- 1) действующего законодательства и проекта Уголовного процессуального кодекса Республики Казахстан, а также их возможного влияния на существование и разрешение обозначенных проблем;
- 2) международных, в частности европейских, стандартов независимости суда.

На основании анализа сделаем выводы с предложениями относительно возможных шагов по исправлению ситуации.

Международные стандарты закреплены во множестве документов. Для анализа мы уделим внимание, прежде всего, требованиям следующих документов:

- Основные принципы, касающиеся независимости судебных органов;³
- Монреальская декларация «Всеобщая декларация независимости правосудия»;⁴
- Заключение Первой экспертной комиссии Международной ассоциации судей «Отбор и подготовка судей в современном обществе»;⁵

³ Основные принципы, касающиеся независимости судебных органов приняты седьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, состоявшимся в Милане с 26 августа по 6 сентября 1985 г., и одобрены резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 40/32 от 29 ноября 1985 г. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/indep.shtml, Далее - **Основные принципы, касающиеся независимости судебных органов.**

⁴ Монреальская декларация «Всеобщая декларация независимости правосудия» утв. Первой всемирной конференцией по независимости правосудия в Монреале 10 июня 1983 г. URL: <http://www.jiwp.org/#!/montreal-declaration/c1bue>. Далее – **Монреальская декларация**

⁵ Заключение Первой экспертной комиссии Международной ассоциации судей «Отбор и подготовка судей в современном обществе» от 22-26 сентября 1996 г. URL: <http://www.iaj-uim.org/iuw/wp-content/uploads/2013/01/I-SC-1996-conclusions-E.pdf>. Далее – **Заключение Первой экспертной**

- Европейская хартия о статуте для судей;⁶
- Рекомендация CM / Rec (2010) 12 Комитета Министров Совета Европы государствам-членам относительно судей: независимость, эффективность и обязанности;⁷
- Отчет Венецианской комиссии о Европейских стандартах независимости судебной системы: часть I – Независимость судей;⁸
- Магна Карта судей (основополагающие принципы);⁹
- Заключение № 3 (2002) Консультативного совета европейских судей о принципах и правилах, регулирующих профессиональное поведение судей, в частности этические нормы, несовместимое с должностью поведение и беспристрастность;¹⁰
- Заключение № 4 (2003) Консультативного совета европейских судей относительно надлежащей начальной подготовки и подготовки судей в течение службы на национальном и европейском уровне;¹¹
- Заключение № 10 (2007) Консультативного совета европейских судей "Совет правосудия на службе общества";¹²
- Рекомендации Киевской конференции по вопросам независимости судебной власти в странах Восточной Европы, Южного Кавказа и Центральной Азии «Судебное управление, отбор и подотчетность судей»;¹³

комиссии Международной ассоциации судей «Отбор и подготовка судей в современном обществе».

⁶ Европейская хартия о статуте для судей одобрена участниками многостороннего совещания по поводу статута для судей в Европе, организованного Советом Европы 8-10 июля 1998 г., URL: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/European-Charter-on-Statute-of-Judges_EN.pdf. Далее – **Европейская хартия о статуте для судей.**

⁷ Рекомендация CM/Rec (2010) 12 Комитета Министров Совета Европы государствам-членам относительно судей: независимость, эффективность и обязанности принята Комитетом Министров Совета Европы 17 ноября 2010 г. на 1098 заседании заместителей министров. URL: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1707137>. Далее – **Рекомендация относительно судей: независимость, эффективность и обязанности**

⁸ Отчет Венецианской комиссии о Европейских стандартах независимости судебной системы: часть I – Независимость судей утв. на 82-м пленарном заседании 12–13 марта 2010 г. URL: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)004-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)004-e). Далее - **Отчет Венецианской комиссии о Европейских стандартах независимости судебной системы: часть I – Независимость судей.**

⁹ Магна Карта судей (основополагающие принципы) одобрена Консультативным советом европейских судей 17 ноября 2010 г. URL: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1707925>. Далее – **Магна карта судей.**

¹⁰ Заключение № 3 (2002) Консультативного совета европейских судей о принципах и правилах, регулирующих профессиональное поведение судей, в частности этические нормы, несовместимое с должностью поведение и беспристрастность от 19 ноября 2002 г. URL: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Index=no&command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=328360&SecMode=1&DocId=1025996&Usage=2>. Далее – **Заключение КЕС об этике и ответственности судей.**

¹¹ Заключение № 4 (2003) Консультативного совета европейских судей относительно надлежащей начальной подготовки и подготовки судей в течение службы на национальном и европейском уровне от 27 ноября 2003 г. URL: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Index=no&command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1170010&SecMode=1&DocId=1021874&Usage=2>. Далее – **Заключение КЕС о подготовке судей.**

¹² Заключение № 10 (2007) Консультативного совета европейских судей "Совет правосудия на службе общества" от 23 ноября 2007 г. URL: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Index=no&command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1774525&SecMode=1&DocId=1189492&Usage=2>. Далее - **Заключение КЕС о Совете правосудия.**

Также при определении отношений между прокурорами и судьями следует обратиться к таким документам:

- Руководящие принципы, касающиеся роли лиц, осуществляющих судебное преследование, приняты восьмым Конгрессом Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями;¹⁴
- Рекомендация Парламентской ассамблеи Совета Европы 1604 (2003) 11 «О роли службы публичного обвинения в демократическом обществе, основанном на верховенстве права»;¹⁵
- Рекомендация Rec (2000) 19 Комитета Министров государствам-членам «О роли публичного обвинения в системе уголовной юстиции»;¹⁶
- Рекомендация Rec (2012) 11 Комитета Министров государствам-членам «О роли публичных обвинителей за пределами системы уголовной юстиции»;¹⁷
- Отчет Венецианской комиссии о Европейских стандартах независимости судебной системы: часть II – Служба обвинения;¹⁸
- Бордоская декларация «Судьи и прокуроры в демократическом обществе».¹⁹

¹³ Рекомендации Киевской конференции по вопросам независимости судебной власти в странах Восточной Европы, Южного Кавказа и Центральной Азии «Судебное управление, отбор и подотчетность судей» (проведена 23-25 июня 2010 г. в Киеве Бюро по демократическим институтам и правам человека (БДИПЧ) ОБСЕ совместно с Институтом сравнительного публичного права и международного права Макса Планка) URL: <http://www.osce.org/ru/odihr/71179>. Далее – **Киевские рекомендации**.

¹⁴ Руководящие принципы, касающиеся роли лиц, осуществляющих судебное преследование, приняты восьмым Конгрессом Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями. Гавана, Куба, 27 августа — 7 сентября 1990 г. URL: <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/instreet/Ri4grp.html>. Далее - **Руководящие принципы, касающиеся роли обвинителей**.

¹⁵ Рекомендация Парламентской ассамблеи Совета Европы 1604 (2003) 11 «О роли службы публичного обвинения в демократическом обществе, основанном на верховенстве права» от 27 мая 2003 г. URL: <http://www.assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=17109&lang=EN>. Далее - **Рекомендация ПАСЕ о роли службы публичного обвинения в демократическом обществе**.

¹⁶ Рекомендация Rec (2000) 19 Комитета Министров государствам-членам «О роли публичного обвинения в системе уголовной юстиции» утв. Комитетом Министров 6 октября 2000 г. на 724-м заседании заместителей министров URL: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=376859&Site=COE&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>. Далее - **Рекомендация «О роли службы публичного обвинения в системе уголовной юстиции»**.

¹⁷ Рекомендация Rec (2012) 11 Комитета Министров государствам-членам «О роли публичных обвинителей за пределами системы уголовной юстиции» утв. Комитетом Министров 19 сентября 2012 г. на 1151-м заседании заместителей министров. URL: ([https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Rec\(2012\)11&Language=lanEnglish&Site=COE&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Rec(2012)11&Language=lanEnglish&Site=COE&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383)). Далее - **Рекомендация «О роли публичных обвинителей за пределами системы уголовной юстиции»**.

¹⁸ Отчет Венецианской комиссии о Европейских стандартах независимости судебной системы: часть II – Служба обвинения, утв. на 85-м пленарном заседании 17–18 декабря 2010 г. URL: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)040-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)040-e). Далее - **Отчет Венецианской комиссии о Европейских стандартах независимости судебной системы: часть II – Служба обвинения**.

¹⁹ Бордоская декларация «Судьи и прокуроры в демократическом обществе»,¹⁹ одобрена заключением Консультативного совета европейских судей №12 (2009) и Консультативного совета европейских обвинителей №4(2009) 8 декабря 2009 г., а также Объяснительная записка URL: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE\(2009\)OP12&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInter](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE(2009)OP12&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInter)

1. Образование судов

Положения законодательства

В соответствии с законодательством суды образуются, реорганизуются, переименовываются и упраздняются Президентом Республики Казахстан по представлению Председателя Верховного Суда, согласованному с Высшим Судебным Советом (ст. 6, 10 Конституционного закона «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан»).

Релевантные международные стандарты

На уровне международных стандартов роль исполнительной власти относительно судебной жестко ограничивается. *Исполнительная власть не должна иметь полномочий прекращать либо приостанавливать деятельность судов* (п. 2.06 Монреальской декларации).

Выводы и рекомендации

Хотя Президент Республики Казахстан по Конституции (ст. 40) «обеспечивает согласованное функционирование всех ветвей государственной власти», но в понимании международных стандартов по существу его полномочий Президента следует рассматривать как представителя исполнительной власти.

Не является гарантией от недопустимого влияния исполнительной власти на правосудие путем упразднения суда то обстоятельство, что Президент осуществляет полномочие реорганизовать либо упразднить суд исключительно по представлению Председателя Верховного Суда, согласованному с Высшим Судебным Советом. Председатель Верховного Суда назначается на эту должность по представлению Президента, а Высший Судебный Совет формируется Президентом.

Таким образом, полномочия Президента реорганизовать и упразднить суды не согласуются с международными стандартами.

Целесообразно, чтобы суды создавал, переименовывал и реорганизовывал и упразднял Парламент путем принятия конституционного закона (п. 4 ст. 75 Конституции).

2. Органы, ответственные за формирование судейского корпуса

Положения законодательства

В соответствии со ст. 82 Конституции Председатель и судьи Верховного Суда избираются Сенатом по представлению Президента, основанному на рекомендации Высшего Судебного Совета, а председатели и судьи местных и других судов назначаются на должности Президентом по рекомендации Высшего Судебного Совета.

Таким образом, первичные функции по отбору судей возложены на Высший Судебный Совет, формируемый Президентом (п. 4 ст. 82 Конституции, ст. 36 Конституционного закона «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан», ст. 3 Закона «О Высшем Судебном Совете Республики Казахстан»).

В исполнении этой функции Высшему Судебному Совету помогает Квалификационная комиссия при Совете, которая осуществляет прием квалификационного экзамена у кандидатов в судьи. В состав Комиссии входят: председатель Комиссии и пять специалистов из числа преподавателей права, ученых-юристов, назначаемых Советом, трое судей, делегируемых Судебным жюри из своего состава, на ротационной основе (ст. 10 Закона «О Высшем Судебном Совете Республики Казахстан»). В свою очередь, состав Судебного жюри избирается пленарным заседанием Верховного Суда по представлению Председателя Верховного Суда из числа действующих судей, а также судей в отставке (п. 5 разд. 2 Положения о Судебном жури, утв. Указом Президента).

Релевантные международные стандарты

Составители фундаментального документа «Международные принципы, касающиеся независимости и подотчётности судей, адвокатов и прокуроров — практическое руководство №1 (вторая редакция)» указывают: *«Международные стандарты не дают чёткого указания о том, какой государственный орган должен обладать полномочиями по назначению судей, или какова должна быть соответствующая процедура. Однако важно иметь в виду, что любая процедура назначения должна гарантировать как институциональную, так и индивидуальную независимость суда... В целом предпочтительно, чтобы судей выбирали их коллеги или орган, независимый от исполнительной и законодательной властей»* (с. 43, 47 русского перевода).

Монреальская декларация не исключает участие исполнительной и законодательной власти в назначении судей, но только при условии, что «такое назначение осуществляется с консультацией с членами судейства и юридической профессии, либо с органом, в котором они принимают участие» (п. 2.14. b).

В то же время согласно европейским стандартам орган, осуществляющий отбор судей, должен быть *«независимым от исполнительной и законодательной власти, по меньшей мере, наполовину состоять из судей, избранных их коллегами так, чтобы это гарантировало широкое представительство судейства»* (п. 1.3 Европейской хартии о статуте для судей).

Этот стандарт конкретизирован в Рекомендации Совета Европы относительно судей: независимость, эффективность и обязанности:

«46. Орган власти, принимающий решение по отбору и повышению судей по службе, должен быть независимым от исполнительной и законодательной власти. Для обеспечения независимости такого органа не менее половины его членов должны составлять судьи, избранные самими же судьями.

47. Однако, если конституционными или иными правовыми положениями предусмотрено, что решение о подборе и повышении судей по службе принимает глава государства, правительство или законодательная власть, независимый и компетентный орган, значительное количество членов которого сформирована из судей ..., должен иметь полномочия предоставлять рекомендации или излагать свою точку зрения, которые соответствующий орган, осуществляющий назначения, должен применять на практике.

48. Членство независимых органов власти, указанных в пунктах 46 и 47, должно обеспечивать широкое представительство. Их деятельность должна быть прозрачной, причины принятия решений должны предоставляться по требованию заявителей. Кандидат, который не прошел этап отбора, должен иметь право обжаловать решение или, по крайней мере, процедуру, согласно которой было принято это решение» (п. 46-48 Приложения к Рекомендации).

В последнее время этот стандарт имеет тенденцию ужесточаться. По мнению европейских судей, такой орган должен состоять либо исключительно из судей, либо из существенного большинства судей, избранных судьями (п. 13 Магны Карты судей).

На европейских стандартах основаны положения Киевских рекомендаций:

«7. Судьи, избираемые в действующие судебные советы, должны выбираться своими коллегами и представлять весь судейский корпус, включая представителей судов низшей инстанции. Судьи из судов апелляционной и высшей инстанций не должны доминировать в судебных советах. В случаях, когда председатель суда назначается в судебный совет, ему следует уйти с должности председателя суда. Помимо значительного числа представителей судейского сообщества, избираемых самими судьями, в состав советов могут входить преподаватели права и, желательно, представители адвокатуры, для продвижения принципов прозрачности и широкого представительства. Прокуроры не должны входить в состав таких советов, если они не принадлежат к тому же юридическому сословию, что и судьи. Другие представители правоохранительной системы также не должны входить в состав таких советов. Ни представитель президента, ни представитель министерства юстиции не должны председательствовать в совете. Главу совета следует избирать большинством голосов из числа его членов. В работе судебного совета не должны преобладать представители исполнительной и законодательной власти. ...

8. Члены специальных комиссий отвечающих за отбор судей ... должны назначаться судебным советом из числа представителей юридической профессии, в том числе судей. В тех случаях, когда судебные советы, квалификационные комиссии и коллегии непосредственно отвечают за отбор судей ..., их члены должны назначаться на определенный срок. Помимо значительного количества судей в составе такой отборочной комиссии, желательно включать в нее представителей других профессиональных групп (преподавателей права, адвокатов), с учетом соответствующей правовой культуры и имеющегося опыта. Состав таких советов должен гарантировать, что политические соображения не будут преобладать над профессиональными знаниями и квалификацией кандидатов на должности судьи...» (п. 7-8).

Выводы и рекомендации

Назначаемость членов Высшего Судебного Совета Президентом Республики Казахстан не соответствует требованию европейских стандартов о том, что не менее половины/значительное количество/значительное большинство членов такого органа должны избираться самими судьями. Также не соответствует этому требованию назначаемость больше половины состава Квалификационной комиссии Советом, который полностью состоит из представителей Президента.

Таким образом, целесообразно установить механизм назначения большинства членов Высшего Судебного Совета самими судьями (например, Съездом судей). Прокуроры и другие представители правоохранительной системы не должны входить в состав Высшего Судебного Совета. Председателя Совета следует избирать большинством голосов из числа его членов.

Роль Высшего Судебного Совета в случае реформирования можно расширить, в частности наделить его полномочиями: рассматривать обращения судей по поводу угроз их независимости и принимать эффективные меры по их устранению; принимать участие в формировании бюджета судебной системы, обсуждении законопроектов, касающихся интересов судов.

Также в этом случае состав Квалификационной комиссии, большинство членов которой будет назначать независимый Высший Судебный Совет, будет соответствовать международным стандартам.

3. Отбор, назначение и карьера судей

Положения законодательства

Требования к кандидату на должность судьи определены в Конституционном законе «О судебной системе и статусе судей» (ст. 29).

Судьей районного суда может быть назначен гражданин Республики Казахстан:

- достигший возраста двадцати пяти лет;
- имеющий высшее юридическое образование, безупречную репутацию и стаж работы по юридической профессии не менее двух лет;
- сдавший квалификационный экзамен (лица, окончившие обучение в специализированной магистратуре, освобождаются от сдачи экзамена в течение пяти лет со дня окончания обучения);
- прошедший медицинское освидетельствование и подтвердивший отсутствие заболеваний, препятствующих исполнению профессиональных обязанностей судьи;
- успешно прошедший стажировку в суде и получивший положительный отзыв пленарного заседания суда (лицам, окончившим обучение в специализированной магистратуре, прохождение стажировки не требуется в течение пяти лет со дня окончания обучения).

Судьей областного суда может быть гражданин, отвечающий вышеизложенным требованиям, имеющий стаж работы по юридической профессии не менее пятнадцати лет или стаж работы судьей не менее пяти лет и получивший заключение пленарного заседания соответствующего областного суда. Заключение пленарного заседания соответствующего областного суда может быть обжаловано в пленарное заседание Верховного Суда. Заключение пленарного заседания соответствующего областного суда для действующих судей не требуется.

Судьей Верховного Суда может быть гражданин, отвечающий требованиям к судье районного суда, имеющий стаж работы по юридической профессии не менее двадцати лет или стаж работы судьей не менее десяти лет и получивший положительное заключение пленарного заседания Верховного Суда.

Таким образом, для занятия должности судьи кандидат, кроме соответствия формальным критериям, должен сдать квалификационный экзамен и пройти стажировку в суде (за исключением тех кандидатов, которые прошли специализированную магистратуру).

Закон «О Высшем Судебном Совете Республики Казахстан» (ст. 12, 16) предусматривает, что прием квалификационных экзаменов у кандидатов в судьи осуществляется после прохождения гражданами специальной проверки.

Отбор кандидатов на вакантные должности судей местных и других судов осуществляется Высшим Судебным Советом на конкурсной основе из числа лиц, подавших заявление на занятие вакантных должностей.

Основными критериями отбора кандидатов на вакантные должности судей районного и приравненного к нему суда являются высокий уровень знаний, морально-нравственные качества и безупречная репутация. При этом приоритет отдается лицам:

- 1) сдавшим квалификационный экзамен в специализированной магистратуре;
- 2) имеющим стаж работы не менее пяти лет по юридической специальности в государственных органах, обеспечивающих деятельность судебной системы, правоохранительных органах и адвокатуре;
- 3) по результатам сдачи квалификационного экзамена;
- 4) имеющим ученую степень или ученое звание.

При проведении конкурса на занятие вакантной должности судьи областного и приравненного к нему суда учитываются следующие критерии:

- 1) стаж работы в должности судьи;
- 2) безупречная репутация и качество отправления правосудия;
- 3) стаж работы в государственных органах, обеспечивающих деятельность судебной системы;
- 4) стаж работы в правоохранительных и иных государственных органах, обеспечивающих деятельность судебной системы, в адвокатуре;
- 5) наличие ученой степени или ученого звания.

Высший Судебный Совет по итогам конкурса рекомендует кандидатов на вакантные должности судей местных и других судов Президенту Республики Казахстан.

Судьи местных и других судов назначаются на должность Президентом Республики Казахстан по рекомендации Высшего судебного совета, а судьи Верховного Суда Республики Казахстан избираются Сенатом по представлению Президента Республики Казахстан, основанному на рекомендации Высшего судебного совета

Судьи избираются или назначаются на должность и наделяются полномочиями на постоянной основе (см. ст. 24, ст. 30-31 Конституционного закона «О судебной системе и статусе судей»). Пребывание в должности судьи допускается до достижения им предельного возраста - 65 лет, который в исключительных случаях, может быть продлен не более чем на пять лет Председателем Верховного Суда с согласия Высшего Судебного Совета (ст. 34-1 этого Конституционного закона).

Релевантные международные стандарты

Международные стандарты относительно отбора, назначения и продвижения судей по службе требуют соблюдения таких главных принципов: прозрачности, объективности, недискриминации, несменяемости судей. Поскольку цитирование соответствующих документов может занять слишком много места, приводим издержки из наиболее охватывающих документов.

Основные принципы, касающиеся независимости судебных органов, определяют что:

«Лица, отобранные на судебные должности, должны иметь высокие моральные качества и способности, а также соответствующую подготовку и квалификацию в области права. Любой метод подбора судей должен гарантировать от назначения судей по неправомерным мотивам. При подборе судей не должно быть дискриминации в отношении данного лица по признакам расы, цвета кожи, пола, религии, политических и иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного, сословного или иного положения ... Судьи, назначаемые или выборные, имеют гарантированный срок полномочий до обязательного выхода на пенсию или истечения срока полномочий, где таковой установлен» (п. 10, 12).

В Киевских рекомендациях больше внимания обращается на прозрачность процедуры отбора, мотивированность отказа в доступе к профессии и возможность его обжалования:

«21. Для обеспечения прозрачности в процедуре отбора судей, сама процедура и критерии отбора должны быть четко изложены в законе. Объявления об имеющихся вакансиях, а также дополнительные условия и требования, должны быть опубликованы и широко распространены. Список кандидатов (или хотя бы список прошедших предварительный отбор) должен быть публично доступен. ... Комиссии следует проводить собеседования хотя бы с кандидатами, достигшими последнего раунда таким образом, чтобы как тема собеседования, так и его роль в процедуре отбора, была бы predetermined заранее.

22. Если процедура предусматривает проверку прошлого кандидата, такие проверки должны проводиться с максимальной осторожностью и только на основе верховенства права. Комиссия, ответственная за набор судей, может обратиться к полиции с просьбой предоставления данных об отсутствии судимостей и криминального прошлого или иных дисквалифицирующих обстоятельств. Результаты этого запроса должны быть доступны кандидату, который должен иметь право обжаловать их в суде. Никакие иные проверки не должны проводиться какими-либо органами безопасности. Решение об отклонении кандидатуры на основе данных проверки прошлого кандидата должно быть мотивировано.

23. В случаях, когда непосредственное назначение судьи находится в полномочиях президента государства, пределы его усмотрения должны быть сведены к кандидатурам, предложенным соответствующим органом (судебным советом, квалификационной или экспертной комиссией...). Отказ назначить такого кандидата по процедурным основаниям должен быть мотивирован. В этом случае отборочный орган должен повторно рассмотреть свое решение. Одним из вариантов является предоставление отборочной комиссии права преодолеть президентское вето квалифицированным большинством голосов. Все решения должны приниматься в краткие сроки, установленные законом» (п. 21-23).

Выводы и рекомендации

Законодательные положения о процедурах отбора кандидатов и продвижения по службе судей в целом соответствуют международным стандартам, поскольку имеют конкурсный характер, основаны преимущественно на объективных критериях. Важно, что в Республике Казахстан реализован принцип несменяемости судей и отсутствует назначение судей на определенный срок.

В то же время отсутствие важных положений позволяет сделать такие предложения. Информация о вакансиях в судах всех уровней, а также о конкурсах на их замещение должна публиковаться.

Процедуру специальной проверки и ее предмет следует четко определить законом, а также предусмотреть, как именно результаты проверки будут влиять на окончательное решение. Кандидату должна быть предоставлена возможность доступа к материалам проверки, а также право обжаловать ее результаты.

Что касается кандидатов, которые окончили специализированную магистратуру, то увольнение от квалификационного экзамена и стажировки возможно лишь в том случае, если магистратура обеспечивает те же знания и навыки, что и стажировка, а результаты прохождения специализированной магистратуры оцениваются тем же органом и по тем же критериям, что и при обычном квалификационном экзамене. Но существуют серьезные сомнения, что именно так происходит на практике. Поэтому существующий подход можно рассматривать как дискриминационный. Чтобы избежать этого, рекомендуется предусмотреть прохождение специальной подготовки для всех кандидатов на должность судьи (подробнее см. разд. 4 «Обучение судей»).

С целью обеспечения объективности оценивания кандидатов на должность судьи следует разработать шкалу, которая будет четко определять весомость того или иного преимущества кандидата. Иными словами, квалификационный экзамен и другие характеристики в пользу кандидата должны оцениваться определенными балами, которые должны стать решающими при определении результатов конкурса. Правила оценивания следует опубликовать до начала конкурса.

Негативное по отношению к кандидату решение должно быть мотивированным, а кандидат должен иметь возможность оспорить его в суде (как минимум по процедурным основаниям).

Целесообразно, чтобы Президент по рекомендации Высшего Судебного Совета единожды наделял кандидата полномочиями судьи, а все решения по поводу перехода судьи в другой суд, в том числе высшего уровня, принимал Высший Судебный Совет (при условии его реформирования, как указано в разд. 2 «Органы, ответственные за формирование судейского корпуса»). Такой подход упростит процедуры карьеры судьи и исключит возможные политические влияния.

Также дискриминационными можно назвать положения закона о возможности отсрочить выход на пенсию для определенных судей ввиду отсутствия четких критериев для принятия такого решения. Считаем, что соответствующие положения следует исключить либо предусмотреть объективные критерии для отсрочки выхода на пенсию в случае достижения судьей 65 лет.

4. Обучение судей

Положения законодательства

Положения законодательства о специальной подготовке довольно скудны. Конституционный закон «О судебной системе и статусе судей» (ст. 29) упоминает об окончании кандидатом на должность судьи специализированной магистратуры как основании для освобождения от сдачи квалификационного экзамена и прохождения стажировки. Те, кто не проходил обучение в специализированной магистратуре, обязаны пройти стажировку (до одного года) в суде в порядке, определенном Положением о прохождении стажировки кандидатом в судьи (утв. Указом Президента).

Также в ст. 44 Конституционного закона упоминается о том, что Судебное жюри при рассмотрении материалов относительно судьи, чья профессиональная квалификация ставится под сомнение, может вынести решение о принятии необходимых мер по повышению профессиональной квалификации судьи (направление судьи на обучение, установление наставничества над судьей, организация стажировки в вышестоящем суде и другое).

Закон не определяет задание, предмет обучения в специализированной магистратуре, а также учреждение, которое отвечает за такую подготовку. Также у судьи отсутствует обязанность повышать свою квалификацию путем прохождения специальной подготовки.

Обязанность «предпринимать меры для укрепления и расширения знаний в области национального и международного права, совершенствования практического опыта и личных качеств, необходимых для надлежащего исполнения им своих обязанностей, используя для этих целей средства обучения и другие возможности, которые доступны для судей» закреплена только как этический стандарт в Кодексе судейской этики, утвержденном постановлением V Съезда судей Республики Казахстан.

На практике функционирует Институт правосудия Академии государственного управления при Президенте Республики Казахстан, который создан с целью подготовки в специализированной магистратуре высокопрофессионального резерва судебного корпуса, а также повышения квалификации судей и работников судебной системы.

Релевантные международные стандарты

Судья должен получать специфические знания, которые он не мог получить ни в университете, ни во время занятия другой профессией. Подготовка судей должна быть организована самой судебной властью, или под ее контролем, или по советам судей (п. 2.1, 2.3 Заключение Первой экспертной комиссии Международной ассоциации судей "Отбор и подготовка судей в современном обществе").

Начальная подготовка и подготовка на протяжении карьеры является правом и обязанностью судей. Она должна организовываться под надзором судебной системы. Подготовка является важным элементом сохранения независимости судей, так же как и качества и эффективности судебной системы (п. 8 Магны Карты судей).

Специальная профессиональная подготовка должна гарантироваться законом за счет государства как перед назначением на должность судьи (начальная подготовка претендентов, отобранных для эффективного выполнения обязанностей судьи), так и на протяжении карьеры судьи (см. п. 2.3, 4.4 Европейской хартии о статуте для судей, п. 1 Заключения КСЕС о подготовке судей, п. 67-72 Заключения КСЕС о Совете правосудия).

Программы подготовки судей, а также деятельность учреждения, обеспечивающего их внедрения, должны находиться под контролем судебного органа или независимого от законодательной и исполнительной власти органа (в составе которого не менее половины членов – судьи, избранные их коллегами), имеющего влияние на принятие решений по отбору и повышению по службе судей (п. 2.3, 4.4 Европейской хартии о статуте для судей, п. 11, 13, 16 Заключения КСЕС о подготовке судей)

Разработка концепции программ подготовки и их внедрение должны осуществляться под контролем судебной власти или, желательно, Совета правосудия специальным автономным учреждением (например, академией) с собственным бюджетом, которое должно работать, консультируясь с судьями. При этом следует избегать привязки к министерству юстиции (назначение преподавателей, выделение бюджетных ассигнований и др.) или министерству образования (аккредитация, признание дипломов и т.д.) или другому органу, подотчетного законодательной или исполнительной власти (п. 13 Заключения КСЕС о подготовке судей, п. 65-66 Заключения КСЕС о Совете правосудия).

Указанные стандарты нашли воплощение и в Киевских рекомендациях:

«В тех случаях, когда учебные заведения²⁰ для судей является частью процедуры отбора судей, такие учебные заведения должны быть независимы от исполнительной власти. Программа обучения²¹ должна фокусироваться на том, что является особо востребованным в работе судьи и дополнять университетское образование. Обучение должно включать в себя курсы по этике, навыкам общения и разрешения споров, управления и юридического письма. Судейские советы, где они существуют, могут принимать рекомендации по вопросам подготовки судей. В эти рекомендации может входить перечисление необходимых навыков и предложения по повышению квалификации судей» (п.19).

Выводы и рекомендации

Законодательные положения о подготовке судей, как первичной (до занятия должности), так и на продолжении карьеры, нуждаются в серьезной доработке.

Во-первых, стажировку надо включить в специальную подготовку как обязательную, но не единственную составляющую такой подготовки.

Во-вторых, первичную подготовку будущих судей нельзя отождествлять с получением академической степени магистра в организации образования. Ведь по Закону «Об образовании» магистратура направлена на подготовку научных и педагогических кадров, в то же время заданием первичной специальной подготовки является получение специфических знаний, навыков и умений, необходимых в профессиональной деятельности

²⁰ В оригинале «schools for judges» - школы для судей.

²¹ В оригинале «Training programmes» - программы тренингов.

судьи. Таким образом, первичная специальная подготовка (англ. – initial training) не является составляющей системы образования (англ. - education) и должна осуществляться по отношению к тем кандидатам, которые ранее получили высшее юридическое образование. Зачисление на специальную подготовку должно осуществляться на прозрачных конкурсных основаниях⁴. К тренингам следует привлекать больше судей, чем академических преподавателей. Тренеры должны владеть методиками обучения взрослых. Во время тренингов приоритет надо давать не обычным лекциям, а формам обучения, предусматривающим получение собственного опыта (имитация судебных заседаний, привлечение актеров, кейс-стади, подготовка процессуальных документов, их редактирование и т.д.)²². Специальная подготовка должна быть вне системы аккредитации министерства образования.

В-третьих, праву и обязанности судей повышать квалификацию должна корреспондировать обязанность государства обеспечивать специальную подготовку на продолжении карьеры.

В-четвертых, как первичную подготовку, так и подготовку на продолжении карьеры целесообразно возложить на Институт правосудия, предварительно сделав его автономным учреждением, действующим в системе судебной власти под контролем реформированного Высшего Судебного Совета.

5. Увольнение и ответственность судей

Положения законодательства

Судья может быть уволен с должности по обычным мотивам (по собственному желанию, в связи с отставкой, по состоянию здоровья, в связи с переходом на другую работу и др.), а также по отрицательным мотивам. К последним относится прекращение полномочий судьи в связи с вступлением в законную силу обвинительного приговора в отношении этого судьи, а также наличием решения Судебного жюри о несоответствии судьи занимаемой должности в силу профессиональной непригодности, о необходимости освобождения от должности судьи за совершение им дисциплинарных проступков или за невыполнение требований о несовместимости (ст. 34, 38-1 Конституционного закона «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан»).

Что касается дисциплинарной ответственности, судья может быть привлечен к ней за:

- 1) нарушение законности при рассмотрении судебных дел;
- 2) совершение порочащего проступка, противоречащего судейской этике;
- 3) за грубое нарушение трудовой дисциплины.

Председатели судов и председатели судебных коллегий судов могут быть привлечены к дисциплинарной ответственности за ненадлежащее исполнение своих должностных обязанностей.

²² Для примера в Украине в Харькове и Одесе существует факультет и институт по подготовке судей при юридических высших учебных заведениях. Они ставили целью готовить магистров права с уклоном к судебной деятельности. Но с 2013 г. ввели специальную полугодовую подготовку кандидатов в судьи, которые уже имеют высшее образование и опыт работы в сфере права, и сдали экзамен (анонимное тестирование) в Высшей квалификационной комиссии судей. Такая подготовка соответствует европейским стандартам (хотя в многие европейских странах она занимает больше времени). Но, к сожалению, эту подготовку было возложено на четыре юридических учебные заведения, которые действуют в системе высшего образования, хоть и по программам и под контролем Национальной школы судей (действует в системе судебной власти). Такой подход был раскритикован Венецианской комиссией, которая указывала, что «подготовка судей должна быть предоставлена судебной власти».

Отмена или изменение судебного акта само по себе не влечет ответственности судьи, если при этом не были допущены грубые нарушения закона, о которых указано в судебном акте вышестоящей судебной инстанции.

Предусмотрены такие виды дисциплинарного взыскания:

- 1) замечание;
- 2) выговор;
- 3) освобождение от должности председателя суда или председателя судебной коллегии за ненадлежащее исполнение служебных обязанностей;
- 4) освобождение от должности судьи (ст. 39-40 Конституционного закона «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан»).

К дисциплинарной ответственности судью привлекает Судебное жюри по представлению Председателя Верховного Суда. Судебное жюри состоит из одиннадцати членов – трех судей районных судов, трех судей областных судов и пятерых судей Верховного Суда, избираемых тайным голосованием на альтернативной основе, сроком на три года пленарным заседанием Верховного Суда по представлению Председателя Верховного Суда из числа действующих судей. Процедура рассмотрения дисциплинарных дел, предусмотренная Положением о Судебном жюри, утв. Указом Президента, не является состязательной.

Законодательство устанавливает некоторые иммунитеты по отношению к судьям.

Во-первых, судья не может быть арестован, подвергнут приводу, мерам административного взыскания, налагаемым в судебном порядке, привлечен к уголовной ответственности без согласия Президента Республики Казахстан, основанного на заключении Высшего Судебного Совета Республики, а председатель или судья Верховного Суда Республики - без согласия Сената, кроме случаев задержания на месте преступления или совершения тяжких преступлений (ст. 79 Конституции, ст. 27 Конституционного закона «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан»).

Во-вторых, уголовное дело в отношении судьи может быть возбуждено только Генеральным прокурором Республики Казахстан. Специальные оперативно-розыскные мероприятия в отношении судьи могут быть проведены только с санкции прокурора (ст. 27 Конституционного закона «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан»).

Релевантные международные стандарты

Международные документы довольно подробны в вопросах, касающихся ответственности судьи. Обобщенно можно выделить такие стандарты:

- 1) основания для привлечения судьи к дисциплинарной ответственности должны быть с определенной точностью предусмотрены законом, чтобы не оставлять пространства для юридической неопределенности;
- 2) для привлечения судьи к дисциплинарной ответственности следует создать независимый орган, в составе которого не менее половины членов должны быть судьями, избранными судьями (кроме случаев, когда дисциплинарным органом является суд);
- 3) дисциплинарная процедура должна соответствовать всем требованиям справедливой судебной процедуры, включая право судьи предоставить возражения и пользоваться услугами защитника;
- 4) толкование закона, оценка фактов и доказательств, осуществляемые судьей для решения дела, не должны быть поводом для дисциплинарной ответственности, за исключением случаев преступного умысла или грубой небрежности;

5) судьи не должны нести личную ответственность за случаи, когда их решения были отменены или изменены в процессе апелляционного рассмотрения;

6) дисциплинарные санкции должны быть пропорциональными;

7) окончательное решение по дисциплинарному делу должно быть мотивированным, судья имеет право его обжаловать (см. в этой связи п. 17 - 20 Основных принципов, касающиеся независимости судебных органов; п. 5, 7 Европейской хартии о статуте для судей, п. 66-70 Рекомендации относительно судей: независимость, эффективность и обязанности, п. 19 Магны Карты судей, Заключение КСЕС об этике и ответственности судей, Решение Европейского Суда по правам человека по делу «Олександр Волков против Украины» от 9 января 2013 г. и др.).

Что касается оснований дисциплинарной ответственности, то о них идет речь в п. 25 Киевских рекомендаций:

«Дисциплинарные производства против судей должны касаться случаев грубого и непростительного непрофессионального поведения, которые наносят вред репутации всего судейского сообщества. Дисциплинарная ответственность не должна распространяться на содержание решений или вердиктов, в том числе в случаях расхождения юридических толкований между судами, а также на случаи судебных ошибок или критику судебной системы».

Киевские рекомендации также содержат предложения по поводу дисциплинарных органов и дисциплинарной процедуры (п. 5, 9, 25, 26):

«5. Для того чтобы избежать обвинений в корпоративизме и гарантировать справедливое дисциплинарное разбирательство, судебные советы не должны одновременно выполнять функции а) по получению дисциплинарных жалоб и проведению дисциплинарных расследований и в тоже время б) рассматривать данные дела и выносить по ним решения о применении мер дисциплинарного воздействия. Должна существовать возможность обжалования дисциплинарных решений в соответствующем суде (см. пункты 9, 14, 25-26).

9. Органы, ответственные за слушания дисциплинарных дел и вынесения по ним решений, (см. пункт 5 б) должны состоять не только из судей и включать представителей, не связанных с судейским корпусом. Судьи-члены таких комиссий во время своего членства в комиссиях не должны выполнять другие функции в отношении иных судей или судейского сообщества, в том числе связанные с администрированием, бюджетом или отбором судей. Органы, занимающиеся вопросами судейской дисциплины, не должны контролироваться исполнительной властью и на их работу не должно оказываться никакого политического воздействия. Следует избегать любого контроля исполнительной власти над судебными советами или иными органами, уполномоченными решать дисциплинарные вопросы (см. пункты 5, 25-26).

26. Необходимо, чтобы был создан специальный независимый орган (суд, комиссия или совет) для рассмотрения дисциплинарных дел в отношении судей (см. пункт 9). Те органы, которые рассматривают дисциплинарные дела, не должны иметь полномочий по их возбуждению, а также иметь в своем составе членов, у которых есть такие полномочия. Данные органы должны предоставить судье, в отношении которого ведется производство, необходимые процессуальные гарантии, включая право на защиту и право на обжалование в компетентный суд. Вся дисциплинарная процедура должна быть полностью прозрачной. Слушания по дисциплинарным вопросам должны быть открытыми, если только судья, в отношении которого ведется данная процедура, не потребует закрытого слушания. В таком случае у суда есть полномочия решить, является ли данное требование обоснованным. Решения по дисциплинарным вопросам

должны быть мотивированными. Окончательные решения по дисциплинарным вопросам должны быть опубликованы».

Что касается иммунитетов от гражданской, уголовной, административной ответственности, то международные стандарты ограничивают сферу их возможного применения только в отношении выполнения им судебных функций:

«Кроме случаев, когда это связано с выполнением судьей судебных функций, он может быть привлечен к ответственности согласно с гражданским, уголовным или административным правом, как и все другие граждане» (п. 71 Рекомендации относительно судей: независимость, эффективность и обязанности);

«Судьи несут уголовную ответственность в соответствии с общим законом за уголовные нарушения, совершенные за пределами судебской должности. Уголовная ответственность не возлагается на судей за непреднамеренные ошибки в исполнении своих функций» (п. 20 Магны Карты судей).

Выводы и рекомендации

Сфера увольнения и ответственности судей во многих аспектах не соответствует международным стандартам. Во-первых, основания для привлечения судьи к дисциплинарной ответственности, в т.ч. увольнения с судебской должности, являются нечеткими и такими, что допускают ответственность судьи за самые незначительные, даже неумышленные, нарушения («нарушение законности при рассмотрении судебных дел»). Кроме того, судью можно привлечь к ответственности за толкование закона либо установление фактов в случае иных выводов высшей инстанции. Также юридически неопределенным остается понятие «несоответствие судьи занимаемой должности в силу профессиональной непригодности».

Во-вторых, дисциплинарный орган (Судебное жюри) хоть и состоит из судей, но не является независимым, поскольку все члены назначаются по представлению Председателя Верховного Суда и, в то же время, Председатель Верховного Суда является единственным инициатором привлечения судьи к дисциплинарной ответственности. Проведя аналогию, трудно себе представить оправдательный приговор в случае, если судья назначается по представлению прокурора, который и передал дело в суд с обвинением.

В-третьих, отсутствует предусмотренная законом дисциплинарная процедура, которая отвечала бы требованиям справедливого судебного разбирательства и гарантировала бы право на обжалование решения в суд.

В-четвертых, Конституция предусматривает слишком широкий иммунитет для судей от уголовной и административной ответственности, который выходит за рамки их профессиональной деятельности. Но в то же время предусматривает снятие иммунитета по решению политических органов. Также несостоятельным с точки зрения независимости судебной системы от прокуратуры является положение о том, что специальные оперативно-розыскные мероприятия в отношении судьи могут быть проведены только с санкции прокурора. Это может привести не только к нарушению личных прав судьи, но и к нарушению тайны совещательной комнаты, а также к получению информации, которая может быть использована для давления на судью.

Для устранения указанных недостатков предлагается: установить в законе четкие основания для дисциплинарной ответственности судьи (в т.ч. увольнения) и критерии несоответствия судьи занимаемой должности, которые будут исключать ответственность судьи за добросовестное толкование закона, которое не соответствует мнению высшей инстанции. Дисциплинарные правила должны отвечать принципу юридической определенности, чтобы

судья мог руководить своим поведением и не боялся привлечения к ответственности в случае соблюдения этих правил.

Нужно учредить два органа дисциплинарной ответственности: один – для предварительного изучения обращений о ненадлежащем поведении судьи и поддержания обвинения, второй – для рассмотрения дисциплинарного дела по существу. Оба они должны быть независимыми от законодательной и исполнительной власти. Целесообразно, чтобы большинство в этих органах составляли судьи, избранные органами судейского самоуправления.

Следует законом урегулировать дисциплинарную процедуру, основываясь на принципах состязательности и равенства, с соблюдением прав на защиту и обжалование решения в суде.

Целесообразно ограничить сферу возможного применения иммунитета только в отношении выполнения судейских функций. Полномочие по лишению судей иммунитета следует передать от политических органов реформированному Высшему Судебному Совету, а полномочие санкционировать оперативно-разыскные мероприятия по отношению к судье – от прокуратуры к суду (рекомендуется рассмотреть возможность создания специализированного суда относительно уголовного преследования работников правоохранительных органов и судей).

6. Обеспечение судей

Положения законодательства

Конституция Республики Казахстан предусматривает: *«Финансирование судов, обеспечение судей жильем производится за счет средств республиканского бюджета и должно обеспечивать возможность полного и независимого осуществления правосудия»* (ст. 80). Конституционный закон «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» устанавливает, что оплата труда судей определяется Президентом Республики Казахстан (ст. 47), судье и членам его семьи во внеочередном порядке, но не позднее шести месяцев со дня вступления в должность, предоставляется благоустроенное жилое помещение из государственного жилищного фонда (ст. 51) и другие гарантии материального и социального обеспечения.

Релевантные международные стандарты

Основные принципы, касающиеся независимости судебных органов, определяют, в частности, что: *«... соответствующее вознаграждение, условия службы, пенсии ... должны надлежащим образом гарантироваться законом»* (п. 11).

Рекомендация относительно судей: независимость, эффективность и обязанности требует, что *«основные нормы системы вознаграждения профессиональных судей должны определяться законом»* (п. 53).

В Киевских рекомендациях внимание акцентировано на необходимости отказа от разных льгот для судей и замену их путем повышения заработной платы:

«В долгосрочной перспективе, льготы, премии и привилегии должны быть отменены и зарплаты судей должны быть подняты до уровня, необходимого для обеспечения судьям нормального уровня жизни и адекватно отражающего уровень ответственности их профессии. До тех пор пока льготы и привилегии сохраняются, они должны распределяться на основе предварительно установленных критериев в соответствии с прозрачной процедурой. У председателей судов не должно быть полномочий по данным вопросам» (п. 13).

Выводы и рекомендации

Определение размера судейского вознаграждения от решений исполнительной власти (Президента) является сомнительным с точки зрения обеспечения независимости судей. Ведь это серьезный инструмент влияния на судебную систему. Поэтому система оплаты труда судей должна определяться законом.

Что касается предоставления судьям жилья за счет государства, то, на первый взгляд, - это является гарантией независимости судей. Но следует учитывать то, что местные власти, имея дискрецию в выборе жилого помещения и времени его предоставления, могут влиять на судей, вызывая у них чувство обязанности либо желание сотрудничать на основе взаимности. В идеале, чтобы судья получал вознаграждение, позволяющее ему самостоятельно купить жилье, например, с помощью кредита, проценты по которому может погашать государство, пока судья находится на должности.

Нужно отказаться от практики премирования и награждения судей за их деятельность, а также от системы льгот, которую следует заменить должным уровнем судейского вознаграждения.

7. Роль председателей судов

Положения законодательства

В соответствии с законодательством Республики Казахстан председатели судов назначаются теми же органами, что и судьи соответствующих судов (см. разд. 2 «Органы, ответственные за формирование судейского корпуса»). Основанием для внесения рекомендации Высшим Судебным Советом является представление Председателя Верховного Суда на несколько альтернативных кандидатур, рассмотренных по его же предложению пленарным заседанием суда высшего уровня по отношению к суду, куда должен быть назначен председатель суда.

Председателей судов назначают сроком на 5 лет, после чего они продолжают работать судьями соответствующего суда при наличии вакансии. При отсутствии вакансий их переводят на должность судьи в суд того же уровня либо низшего уровня по их согласию. Похожая схема применяется при назначении председателей судебных коллегий областных судов и Верховного Суда (ст. 30 – 31 Конституционного закона «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан»).

Председатель суда наряду с выполнением обязанностей судьи решает вопросы организации судопроизводства в суде, осуществляет общее руководство канцелярией суда, обеспечивает работу по противодействию коррупции и соблюдению норм судейской этики, осуществляет другие полномочия, предусмотренные законом (в частности исполняет функции работодателя). Председатель Верховного Суда, кроме того, представляет интересы судебной системы Республики во взаимоотношениях с органами иных ветвей государственной власти Республики и международными организациями, а также имеет довольно широкие кадровые полномочия, в т.ч. инициировать перед Высшим Судебным Советом вопрос об освобождении с должности председателя суда, председателя судебной коллегии либо судьи. Более того, он вносит Президенту представления о награждении судей государственными наградами и присвоении им почетных званий, присваивает судьям звание «Почетный судья» (ст. 9, 14, 20 Конституционного закона «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан»).

Релевантные международные стандарты

Назначение судьи на должность в суде, в который он назначен, является функцией внутренней администрации, которая должна осуществляться судебной системой. Если такое назначение не осуществляет суд, существует опасность эрозии судебной независимости от вмешательства извне. Очень важно, чтобы суд не назначал на внутреннюю должность в результате какой-либо предвзятости или предубеждения или в ответ на внешнее давление. Целью этих комментариев не является исключить существующую в некоторых странах практику назначения на должность в суде Высшим судебным советом или аналогичным органом (п. 2.16 Монреальской декларации).

Более подробно требования к процедуре назначения председателей судов выписаны в Киевских рекомендациях. В то же время, она не исключает возможности назначения председателей судов исполнительной властью, но при условии наличия защитных механизмов от влияния:

«15. Председатели судов должны назначаться на определенный срок с возможностью продления их полномочий не более одного раза. В случае, если назначение производится исполнительной властью, то срок полномочий должен быть кратким и без возможности повторного назначения.

16. Процедура отбора председателей судов должна быть прозрачной. Объявления о вакансиях председателей судов должны быть опубликованы. Все судьи, имеющие соответствующий стаж и опыт, должны иметь возможность подать свои заявки. Компетентный орган по отбору может проводить собеседование с кандидатами. Одним из вариантов может быть избрание членами конкретного суда своего председателя. В случае назначения, осуществляемого исполнительной властью, у совещательного органа, например, судебного совета или квалификационной комиссии ... должны быть полномочия делать рекомендации с учетом мнения самих судей, и эти рекомендации могут быть отклонены исполнительной властью только посредством мотивированного решения. В таком случае у совещательного органа должна быть возможность предложить юного кандидата. Помимо этого, для защиты от излишнего влияния исполнительной власти, совещательный орган должен иметь возможность преодолеть вето исполнительной власти квалифицированным большинством голосов своих членов» (п. 15-16 Киевских рекомендаций).

Что касается полномочий председателя суда, то Киевские рекомендации устанавливают некоторые ограничения:

«11. Роль председателей судов должна быть строго ограничена следующим образом: они могут выполнять судебские полномочия только в том же объеме, что и рядовые судьи. Председатели судов не должны вмешиваться в процесс принятия судебных решений другими судьями и не должны участвовать в процедурах отбора судей. Также они не должны иметь полномочий в вопросах определения размера зарплаты и вознаграждения судей ... У председателей судов могут быть представительские и административные функции, включая контроль над несудебным персоналом судов. Осуществление управленческих функций требует обучения в сфере управления. Председатели судов не должны злоупотреблять своими полномочиями при распределении помещений и других ресурсов суда для оказания влияния на судей.

12. Административные решения, которые могут иметь влияние на содержательную сторону судопроизводства, не должны находиться в исключительной компетенции председателя суда. Одним из таких примеров является распределение дел, которое должно проходить либо по жребию, либо по заранее определенным правилам с понятными и объективными критериями, установленными на заседании с участием самих судей. После принятия такой процедуры распределения дел, в нее не должно быть произвольных вмешательств.

13. В долгосрочной перспективе, льготы, премии и привилегии должны быть отменены и зарплаты судей должны быть подняты до уровня, необходимого для обеспечения судьям нормального уровня жизни и адекватно отражающего уровень ответственности их

профессии. До тех пор пока льготы и привилегии сохраняются, они должны распределяться на основе предварительно установленных критериев в соответствии с прозрачной процедурой. У председателей судов не должно быть полномочий по данным вопросам.

14. Председатели судов могут подавать жалобы в орган, уполномоченный принимать подобные жалобы и осуществлять дисциплинарные расследования Для обеспечения независимого и объективного рассмотрения жалоб у председателей судов не должно быть полномочий по возбуждению дисциплинарного производства или принятию дисциплинарных мер воздействия» (п. 11-14 Киевских рекомендаций).

Выводы и рекомендации

Административная вертикаль, которая строится путем формального либо неформального подчинения судей председателям судов, а председателей судов – председателю высшего суда, а последнего – исполнительной власти, является одной из самых больших угроз независимости суда.

Поэтому, в идеале, председатели судов должны избираться не более чем на два срока судьями соответствующего суда либо же по их представлению – Высшим Судебным Советом, реформированным в соответствии с рекомендациями, изложенными в разд. 2 «Органы, ответственные за формирование судейского корпуса».

Роль председателя суда должна сводиться к исполнению представительской функции и функции контроля над канцелярией суда. Председатель суда не должен иметь больше процессуальных положений, чем любой-другой судья. Следует исключить из компетенции Председателя Верховного Суда полномочия по кадровым вопросам по отношению к судьям, в частности по инициированию их дисциплинарной ответственности, а также полномочия по награждению судей. Полномочия председателей судов по решению вопросов организации судопроизводства в суде, обеспечению работы по противодействию коррупции и соблюдению норм судейской этики должны быть конкретизированы.

8. Прокуратура и отношения с судами (организационный аспект)

Положения законодательства

На конституционном уровне положения о прокуратуре закреплены в разделе о судах и правосудии Конституции. В соответствии со ст. 83 Конституции, «*Прокуратура от имени государства осуществляет высший надзор за точным и единообразным применением законов, указов Президента Республики Казахстан и иных нормативных правовых актов на территории Республики, за законностью оперативно-розыскной деятельности, дознания и следствия, административного и исполнительного производства, принимает меры по выявлению и устранению любых нарушений законности, а также опротестовывает законы и другие правовые акты, противоречащие Конституции и законам Республики. Прокуратура представляет интересы государства в суде, а также в случаях, порядке и в пределах, установленных законом, осуществляет уголовное преследование*».

Прокуратура является единой централизованной системой с подчинением нижестоящих прокуроров вышестоящим и Генеральному Прокурору. Прокуратура подотчетна лишь Президенту Республики. Срок полномочий Генерального Прокурора пять лет.

По Закону «О прокуратуре» Генеральный Прокурор назначается на должность Президентом с согласия Сената Парламента сроком на пять лет, освобождается от должности Президентом. Президент имеет право давать поручения прокуратуре о проверке применения законодательства (ст. 5).

Релевантные международные стандарты

Не существует общих международных стандартов относительно полномочий и организации прокуратуры. Хотя некоторые руководящие принципы уже сформированы. В большинстве международных документах русскому «прокуратура» соответствует термин «служба публичного обвинения». В Руководящих принципах, касающихся роли обвинителей, указано: *«Обвинители играют активную роль в уголовном разбирательстве, включая возбуждение дела, и, когда это разрешается законом или соответствует местной практике, в расследовании преступления, надзоре за законностью этих расследований, надзоре за выполнением решений суда и осуществлении других функций в качестве представителей интересов государства».*

В связи с интеграцией большинства стран бывшего Советского Союза в европейское сообщество Совет Европы стал последовательно проводить идеи разделения властей и независимости судебной системы, с которыми не согласуется доминирующая роль прокуратуры советского образца. Поэтому именно в органах этой международной организации начали формироваться более конкретные стандарты организации службы публичного обвинения (прокуратуры).

В 2003 г. Парламентская ассамблея Совета Европы выразила обеспокоенность по поводу того, что органы обвинения в некоторых государствах-участниках выполняют различные функции, не относящиеся к сфере уголовного права, и призвала передать эти функции другим органам (п. 6.v, 7.v.c Рекомендации ПАСЕ о роли службы публичного обвинения в демократическом обществе).

Комитет Министров Совета Европы в Рекомендации «О роли службы публичного обвинения в системе уголовной юстиции» высказал предложения относительно приближения прокуроров по статусу к судьям: отбор и карьера прокуроров должны осуществляться на основании объективных и заранее обозначенных критериев, условия работы прокуроров (срок пребывания на службе, оплата труда, пенсионный возраст, пенсия) должны гарантироваться законом; дисциплинарная процедура должна гарантировать объективную и справедливую оценку, а решение дисциплинарного органа может быть пересмотрено, в том числе в суде; прокуроры должны осуществлять свои полномочия без внешнего влияния и т.д.

Самые подробные рекомендации по поводу организации прокуратуры дала Венецианская комиссия:

«1. В рамках процедуры назначения Генерального обвинителя, следует получить консультации по профессиональной квалификации кандидатов от соответствующих лиц, таких, как представители юридического сообщества (в т.ч. обвинителей) и гражданского общества.

...

4. Генеральный обвинитель должен назначаться на постоянной основе или на отдельно длительный период без возможности переизбрания в конце этого периода. Период деятельности на посту Генерального обвинителя не должен совпадать со сроком работы Парламента.

5. Если должны осуществляться мероприятия по дальнейшему трудоустройству Генерального обвинителя (например, судьей) после завершения срока пребывания в должности, об этом нужно объявить до назначения. С другой стороны, должен быть общий запрет для Генерального обвинителя претендовать на получение других государственных должностей во время или после окончания срока пребывания в должности.

6. Основания для освобождения Генерального обвинителя должны быть установлены в законе, и экспертный орган должен дать заключение о существовании достаточных оснований для увольнения.

7. Генеральный обвинитель должен иметь право воспользоваться беспристрастным рассмотрением дела об увольнении, в том числе перед парламентом.

...

9. Как инструмент подотчетности от Генерального обвинителя можно требовать предоставления публичного отчета в парламент. Когда это уместно, в таких отчетах Генеральный обвинитель должен предоставлять прозрачный доклад о том, как выполнялись любые общие указания от исполнительной власти.

...

11. Для подготовки назначения квалифицированных обвинителей, кроме Генерального обвинителя, был бы полезен экспертный вклад.

12. Обвинители, кроме Генерального обвинителя, должны назначаться до выхода на пенсию.

13. В дисциплинарных случаях, соответствующий обвинитель должен иметь право на провозглашение собственной позиции.

14. Следует обеспечить возможность обжалования дисциплинарных санкций в суде.

...

16. Угрозы перемещений обвинителей могут использоваться как средство давления на обвинителей или «непослушного» обвинителя могут отстранить от деликатных дел. Должна быть обеспечена возможность апелляции в независимый орган, как Совет обвинителей или подобный.

17. Обвинители не должны пользоваться общим иммунитетом.

...

19. Там, где существуют Советы обвинителей, их состав должен включать не только обвинителей всех уровней, но также других действующих лиц, таких, как юристы или ученые в области права. Если члены такого Совета избирает парламент, лучше, если это делать квалифицированным большинством.

20. Если Совет обвинителей и Судейский совет являются единственным органом, необходимо обеспечить, чтобы судьи и обвинители не могли влиять на назначение или дисциплинарные действия друг против друга.

...

22. Экспертный орган, такой как Совет обвинителей, мог бы играть важную роль в определении учебных программ.

...

25. Служба обвинения должна в первую очередь сосредоточить внимание на сфере уголовного права» (п. 87 Отчета Венецианской комиссии о Европейских стандартах независимости судебной системы: часть II – Служба обвинения).

Выводы и рекомендации

Прокуратура в Казахстане построена по советскому образцу и играет в государстве роль значительно больше, чем судебная система. Для приведения полномочий прокуратуры в соответствие с международными стандартами основной для прокуратуры нужно сделать функцию государственного обвинения по делам об уголовных правонарушениях с полномочием по координации досудебного расследования. Надзорные полномочия за пределами уголовной юстиции должны быть сокращены, а некоторые – переданы Омбудсмену.

Целесообразно создать независимый от исполнительной и законодательной власти Совет прокуроров для предварительного рассмотрения кадровых вопросов. Генеральный Прокурор должен назначаться бессрочно либо на длительный срок, который превышает срок полномочий избираемых политических органов. Также уместно учесть другие рекомендации Венецианской комиссии, направленные на укрепление независимости прокуратуры, с целью приблизить статус прокуроров к статусу судей.

9. Прокуратура и отношения с судами (процессуальный аспект)

Положения законодательства

Судья при отправлении правосудия независим и подчиняется только Конституции и закону. Какое-либо вмешательство в деятельность суда по отправлению правосудия недопустимо и влечет ответственность по закону. По конкретным делам судьи не подотчетны (ст. 77).

Решения, приговоры и иные постановления судов имеют обязательную силу на всей территории Республики (ст. 78).

В то же время прокуроры имеют эксклюзивное право истребовать материалы дела из суда, опротестовывать судебное решение, в том числе вступившее в законную силу, и приостанавливать его исполнение (ст. 31, 32 Закона «О прокуратуре, ст. 458-460, 466 и др. УПК, ст. 384, 385, 387, 389, 396 и др. ГПК).

В уголовном процессе прокурор сохраняет доминирующую позицию по отношению к другой стороне, а иногда даже к суду.

В частности, решение об отстранении защитника на досудебном следствии принимает прокурор, являющийся противоположной стороной (ст. 97 УПК), а не суд.

Санкционирование большинства действий, которые являются вмешательство в права человека (обыск, прослушивание телефонных переговоров, осмотр корреспонденции, отстранение от должности, применение залога, арест имущества и др.), осуществляет прокурор. Суд на этапе досудебного следствия санкционирует лишь избранную следователем, органом дознания, прокурором в отношении обвиняемого, подозреваемого меру пресечения в виде домашнего ареста, ареста и продлевает их сроки, принимает решение о принудительном помещении не содержащегося под стражей лица в медицинскую организацию для производства судебной психиатрической экспертизы (ст. 59 УПК).

Уголовное дело формирует сторона обвинения и передает его в суд. Протоколы допросов на досудебном следствии признаются доказательством. Поэтому на практике много дел «раскрывается» с помощью явки с повинной, которую органам следствия несложно получить от подозреваемого в отсутствие защитника. В суде она используется как основное доказательство вины. Такая организация процесса обеспечивает 99% обвинительных приговоров.

Эти же проблемы остаются и в проекте новой редакции УПК, несмотря на внедрение положений о следственном судье и предоставление ему полномочий санкционировать немного большее количество действий, чем сегодня.

Релевантные международные стандарты

Статья 14 Международного пакта о гражданских и политических правах гарантирует равенство перед судом, а ст. 2 обязывает развивать возможности судебной защиты.

Руководящие принципы, касающиеся роли обвинителей, определяя роль обвинителя, не предусматривают за ним осуществление надзора за судебными решениями.

Бордоская декларация (п. 2) гласит, что справедливое судебное разбирательство требует наделения сторон обвинения и защиты равными процессуальными возможностями, также как и уважения независимости суда, принципа разделения властей, обязательной силы судебных решений. В пояснительной записке указано, что *без ущерба для прерогативы*

обвинителей представлять общественный интерес, прокуроры должны иметь такие же права и обязанности, как любая другая сторона и не должны занимать привилегированное положение в судебном разбирательстве (состязательность сторон). Права публичного обвинителя на апелляционное обжалование судебного решения или его пересмотр другим способом высшим судом не должны отличаться от доступных для других сторон производства, это же относится и к срокам обжалования (п. 16 Рекомендации «О роли публичных обвинителей за пределами системы уголовной юстиции») В п. 34 Киевских рекомендаций обращено внимание на смежную проблему: «Следует исправлять обвинительный уклон, сложившийся в системах правосудия в странах Восточной Европы, Южного Кавказа и Центральной Азии, где оправдательные приговоры по-прежнему считаются негативным показателем или неудачей. Для уменьшения давления на судей по избеганию оправдательных приговоров, настоятельно рекомендуется изменить систему их профессиональной оценки (а также, при необходимости, и систему профессиональной оценки прокуроров и следователей). Количество оправдательных приговоров никогда не должно быть критерием при оценке работы судьи. Судьи должны располагать реальным усмотрением при вынесении решений о предварительном заключении под стражу. Обжалование оправдательных приговоров должно быть ограничено лишь исключительными обстоятельствами».

Выводы и рекомендации

Прокуратура не должна иметь в любом судебном процессе полномочий по истребованию материалов дела из суда для решения вопроса об опротестовывании судебного решения. Прокурор может знакомиться с материалами дела в суде и получать копии материалов на уровне с другими участниками процесса. Также следует лишить прокурора права опротестовывать судебные решения в порядке надзора и приостанавливать его исполнение. Прокуроры должны иметь такие же права по обжалованию судебных решений, как и другие стороны в процессе. Прокурор не должен иметь эксклюзивных полномочий, нарушающих принцип равенства сторон перед судом.

При разработке новой редакции УПК важно не упустить шанс искоренить обвинительный уклон из уголовного процесса. При этом важно, чтобы любые вмешательства в реализацию прав человека, в т.ч. права на защиту, неприкосновенность жилища, тайну переписки и др., осуществлялись только с санкции суда (следственного судьи) на основании объективных критериев, установленных законом.

Любому задержанному следует гарантировать право на участие защитника до первого допроса и проверку обоснованности задержания судом. Все показания должны признаваться доказательством лишь в случае, если они предоставлены устно в суде, а не в виде протокола допроса, оформленного следователем.

Постановление оправдательного приговора само по себе не должно использоваться как основание для привлечения к дисциплинарной ответственности прокурора или судьи.

РЕЗЮМЕ РЕКОМЕНДАЦИЙ

1. Целесообразно, чтобы суды создавал, переименовывал и реорганизовывал и упразднял Парламент путем принятия конституционного закона (п. 4 ст. 75 Конституции).
2. Целесообразно установить механизм назначения большинства членов Высшего Судебного Совета самими судьями (например, Съездом судей). Прокуроры и другие представители правоохранительной системы не должны входить в состав Высшего Судебного Совета. Председателя Совета следует избирать большинством голосов из числа его членов.

Роль Высшего Судебного Совета в случае реформирования можно расширить, в частности наделить его полномочиями: рассматривать обращения судей по поводу угроз их независимости и принимать эффективные меры по их устранению; принимать участие в формировании бюджета судебной системы, обсуждении законопроектов, касающихся интересов судов.

Также в этом случае состав Квалификационной комиссии, большинство членов которой будет назначать независимый Высший Судебный Совет, будет соответствовать международным стандартам.

3. Процедуру специальной проверки в процессе отбора судей и ее предмет следует четко определить законом, а также предусмотреть, как именно результаты проверки будут влиять на окончательное решение. Кандидату должна быть предоставлена возможность доступа к материалам проверки, а также право обжаловать ее результаты.

С целью обеспечения объективности оценивания кандидатов на должность судьи следует разработать шкалу, которая будет четко определять весомость того или иного преимущества кандидата. Иными словами, квалификационный экзамен и другие характеристики в пользу кандидата должны оцениваться определенными балами, которые должны стать решающими при определении результатов конкурса. Правила оценивания следует опубликовать до начала конкурса.

Негативное по отношению к кандидату решение должно быть мотивированным, а кандидат должен иметь возможность оспорить его в суде (как минимум по процедурным основаниям). Целесообразно, чтобы Президент по рекомендации Высшего Судебного Совета единожды наделял кандидата полномочиями судьи, а все решения по поводу перехода судьи в другой суд, в т.ч. высшего уровня, принимал Высший Судебный Совет (при условии его реформирования, как указано в п. 2).

Положения о возможности отсрочить выход на пенсию для определенных судей ввиду отсутствия четких критериев для принятия такого решения следует исключить из закона либо предусмотреть объективные критерии для отсрочки выхода на пенсию в случае достижения судьей 65 лет.

4. Законодательные положения о подготовке судей, как первичной (до занятия должности), так и на продолжении карьеры, нуждаются в серьезной доработке.

Стажировку надо включить специальную подготовку.

Начальную подготовку будущих судей нельзя отождествлять с получением образовательного уровня магистра. Специальная подготовка должна осуществляться по отношению к тем кандидатам, которые уже получили высшее юридическое образование. Зачисление на специальную подготовку должно осуществляться на прозрачных конкурсных основаниях.

Праву и обязанности судей повышать квалификацию должна корреспондировать обязанность государства обеспечивать специальную подготовку на продолжении карьеры. Как первичную подготовку, так и подготовку на продолжении карьеры целесообразно возложить на Институт правосудия, предварительно сделав его автономным учреждением, действующим в системе судебной власти под контролем реформированного Высшего Судебного Совета.

5. Предлагается: установить в законе четкие основания для дисциплинарной ответственности судьи (в т.ч. увольнения) и критерии несоответствия судьи занимаемой должности, которые будут исключать ответственность судьи за добросовестное толкование закона, которое не соответствует мнению высшей инстанции. Дисциплинарные правила

должны отвечать принципу юридической определенности, чтобы судья мог руководить своим поведением и не боялся привлечения к ответственности в случае соблюдения этих правил.

Нужно учредить два дисциплинарных органа: один – для предварительного изучения обращений о ненадлежащем поведении судьи и поддержания обвинения, второй – для рассмотрения дисциплинарного дела по существу. Оба они должны быть независимыми от законодательной и исполнительной власти. Целесообразно, чтобы большинство в этих органах составляли судьи, избранные органами судейского самоуправления.

Следует законом урегулировать дисциплинарную процедуру на принципах состязательности и равенства, с соблюдением прав на защиту и обжалование решения в суд.

Целесообразно ограничить сферу возможного применения иммунитета только в отношении выполнения судейских функций. Полномочие по лишению судей иммунитета следует передать от политических органов реформированному Высшему Судебному Совету, а полномочие санкционировать оперативно-разыскные мероприятия по отношению к судье – от прокуратуры суду (рекомендуется рассмотреть возможность создания специализированного суда относительно уголовного преследования работников правоохранительных органов и судей).

6. Система оплаты труда судей должна определяться законом.

Судье следует гарантировать такое вознаграждение, чтобы позволяло ему самостоятельно купить жилье, например, с помощью кредита, проценты по которому может погашать государство, пока судья находится на должности.

Нужно отказаться от практики премирования и награждения судей за их деятельность, а также от системы льгот, которую следует заменить должным судейским вознаграждением.

7. Председатели судов должны избираться не более чем на два срока судьями соответствующего суда либо же по их представлению – Высшим Судебным Советом, реформированным в соответствии с рекомендациями, изложенными в п. 2.

Роль председателя суда должна сводиться к исполнению представительской функции и функции контроля над канцелярией суда. Председатель суда не должен иметь больше процессуальных положений, чем любой-другой судья. Следует исключить из компетенции Председателя Верховного Суда полномочия по кадровым вопросам по отношению к судьям, в частности по инициированию их дисциплинарной ответственности, а также полномочия по награждению судей. Полномочия председателей судов по решению вопросов организации судопроизводства в суде, обеспечению работы по противодействию коррупции и соблюдению норм судейской этики должны быть конкретизированы.

8. Для приведения полномочий прокуратуры в соответствие с международными стандартами основной для прокуратуры нужно сделать функцию государственного обвинения по делам об уголовных правонарушениях с полномочием по координации досудебного расследования. Надзорные полномочия за пределами уголовной юстиции должны быть сокращены, а некоторые – переданы Омбудсмену.

Целесообразно создать независимый от исполнительной и законодательной власти Совет прокуроров для предварительного рассмотрения кадровых вопросов. Генеральный Прокурор должен назначаться бессрочно либо на длительный срок, который превышает срок полномочий избираемых политических органов. Также уместно учесть другие рекомендации Венецианской комиссии, направленные на укрепление независимости прокуратуры, с целью приблизить статус прокуроров к статусу судей.

9. Прокуратура не должна иметь в любом судебном процессе эксклюзивных полномочий по обжалованию судебных решений и приостановлению их действия, нарушающих принцип равенства сторон перед судом.

При разработке новой редакции УПК важно не упустить шанс искоренить обвинительный уклон из уголовного процесса. При этом важно, чтобы любые вмешательства в реализацию прав человека, в т.ч. права на защиту, неприкосновенность жилища, тайну переписки и др., осуществлялись только с санкции суда (следственного судьи) на основании объективных критериев, установленных законом. Любому задержанному следует гарантировать право на участие защитника до первого допроса и проверку обоснованности задержания судом. Все показания должны признаваться доказательством лишь в случае, если они предоставлены устно в суде, а не в виде протокола допроса, оформленного следователем.

Постановление оправдательного приговора само по себе не должно использоваться как основание для привлечения к дисциплинарной ответственности прокурора или судьи.

Июль 2013 г.

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

**Комментарий к пункту 22 Замечаний Комитета ООН по правам человека
по докладу Казахстана об исполнении Международного пакта
о гражданских и политических правах²³**

26 июля 2011 г. Комитет ООН по правам человека по итогам рассмотрения первоначального доклада, представленного Казахстаном об исполнении Международного пакта о гражданских и политических правах (далее – МПГПП) принял Заключительные замечания, в числе которых в п. 22 указано на то, что «органы Прокуратуры оказывают давление на судебную власть, которое влияет на принимаемые в итоге судами решения в такой степени, что оправдательные приговоры по уголовным делам составляют всего 1%. Комитет также обеспокоен участвовавшими сообщениями о том, что судьи допускают в качестве доказательств показания, полученные под пытками (статьи 2 и 14). Государству-участнику следует провести исследование с целью установить причины столь малого количества оправдательных приговоров по уголовным делам для обеспечения того, чтобы права обвиняемых гарантировались и защищались в соответствии с Пактом в ходе всего судебного процесса. Кроме того, государству-участнику следует обеспечить принятие мер, которые гарантировали бы недопустимость в рамках судебной системы доказательств, полученных под пытками».²⁴

В этой связи предметом настоящей работы явилось исследование:

- 1) взаимоотношений судов и прокуратуры при рассмотрении судами уголовных дел;
- 2) факторов, влияющих на вынесение судами незначительного количества оправдательных приговоров;
- 3) факторов, обуславливающих существование обвинительного уклона в деятельности судов;
- 4) факторов, влияющих на убеждение судей при оценке ими доказательств.

Долгое время, вплоть до 1995 г., в соответствии с национальным законодательством деятельность судов контролировалась органами прокуратуры, которые были наделены правом, осуществлять надзор за рассмотрением дел судами. С принятием в 1995 г. новой Конституции РК²⁵, это направление в деятельности прокуратуры было упразднено: ст. 83 Конституции РК однозначно установила, что при рассмотрении судами дел прокуратура осуществляет только представительство интересов государства в суде, а ее надзорные функции в уголовном процессе осуществляются только в отношении досудебного производства по уголовным делам. При этом, осуществляя представительство в суде по уголовным делам, прокурор отнесен к стороне обвинения и участвует в судебном разбирательстве наряду с другими участниками процесса как государственный обвинитель, представляя интересы государства.

²³ Экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке NED. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают официальную точку зрения NED.

²⁴ Пункт 22 Заключительных замечаний CCPR/C/KAZ/CO/1.

²⁵ Конституция Республики Казахстан (принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 года) (с изменениями и дополнениями по состоянию на 02.02.2011 г.). Далее – Конституция РК.

Пункт 11 ст. 7 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан²⁶ (далее – УПК РК), давая определение понятия «стороны», относит к ним органы и лица, осуществляющие в судебном разбирательстве на основе **соостязательности и равноправия** обвинение (уголовное преследование) и защиту от обвинения, и тем самым предопределяет, что в суде обеим сторонам - обвинению и защите должны представляться равные возможности для отстаивания своих интересов.

Обеспечение баланса интересов стороны обвинения и защиты в судебном разбирательстве должно достигаться реализацией принципа соостязательности и равноправия сторон, предусмотренного ст. 23 УПК РК. В соответствии с этим принципом, при рассмотрении судебных дел суд не связан с мнением участников судебного разбирательства, он не выступает ни на стороне обвинения, ни на стороне защиты и принимает решения по своему внутреннему убеждению, основанному на оценке исследованных доказательств и, подчиняясь при этом только Конституции и закону (ч. 1 ст. 22, ст. 23 УПК РК).

Однако в реальной действительности в казахстанском уголовном судопроизводстве этот принцип реализуется не в полной мере: судебное разбирательство до настоящего времени не стало соостязательным, суд – объективным и беспристрастным, а стороны равными. Так, данные судебной статистики свидетельствуют о том, что переход от советской формы уголовного процесса к уголовному процессу с элементами соостязательности до настоящего времени не изменил ряд важнейших показателей, таких как крайне низкая доля оправдательных приговоров, высокая доля осужденных лиц, в отношении которых судом назначается наказание в виде лишения свободы, незначительная доля приговоров, отмененных вышестоящими инстанциями в сторону смягчения и др. Деятельности суда, по-прежнему присущи репрессивные начала: наиболее распространенным видом наказания, назначаемым судами, является, по-прежнему, лишение свободы (в среднем в 2007-2009 г.г. составил 47%, за последние два года - 41,8%)²⁷.

Введенный в 2008 г. институт судебного санкционирования²⁸, упразднивший санкционирование прокурором меры пресечения в виде ареста и содержание под стражей, не изменил ситуацию в избрании этой меры пресечения. Суды в большинстве случаев поддерживают ходатайства прокурора об избрании меры пресечения в виде ареста (в 2012 г. - в отношении 95,5%, представленных на санкцию лиц; в 2011 г. – 95,3%), а продление срока содержания под стражей санкционируется судами на всех без исключения случаях (100%)²⁹.

Незначительно повлиял на статистику вынесения оправдательных приговоров и введенный с 2007 г. суд с участием присяжных заседателей.

²⁶ Уголовно-процессуальный Кодекс Республики Казахстан (с изменениями и дополнениями по состоянию на 04.07.2013 г.) Закон Республики Казахстан от 13 декабря 1997 года № 207-1 «О введении в действие Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан». Далее – УПК РК.

²⁷ Аналитическая справка об итогах отправления правосудия по уголовным делам судами Республики за 2007-2009 годы. URL: www.supcourt.kz/system/analyze.php?SECTION_ID=2343&ELEMENT_ID=166

94

²⁸ Закон РК от 5 июля 2008 г. № 65-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам применения мер пресечения в виде ареста, домашнего ареста» // Казахстанская правда. 2008. 31 июля (№ 167 (25614)).

²⁹ Судебное санкционирование ареста в Республике Казахстан. Аналитический отчет. Варшава: Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе, Бюро по демократическим институтам и правам человека, 2011. С. 35.

Количественные показатели рассмотрения уголовных дел судами с участием присяжных заседателей за период с 2007 по 2012 г.г.³⁰

| годы | количество дел (% от общего количества всех дел) | количество подсудимых |
|--------------|--|---|
| 2007 | 36 (0,6%) | 62, из которых осуждено – 57 (92%); оправдано – 5 (8%) |
| 2008 | 42 (0,8%) | 78, из которых осуждено – 72 (92, 3%), оправдано – 6 (7,7%) |
| 2009 | 59 (0,1%) | 116, из которых осуждено - 101 (87,1%), оправдано – 15 (12,9%) |
| 2010 | 268 (0,5%) | 374, из которых осуждено – 331 (88,5%), оправдано – 43 (11, 5%) |
| 2011 | 354 (0,7%) | 489, из которых осуждено – 459 (93,9%), оправдано - 30 (6, 1%) |
| 2012 | 289 (0,7%) | 379, из которых осуждено – 355 (3, 7%), оправдано – 24 (6,3%) |
| Итого | 1048 | 1498, из которых осуждено - 1375 (91,8%), оправдано лиц – 123 (8,2%) |

Количество оправдательных приговоров в период с 1999 по 2012 г.г. составляет – менее 1%³¹:

| Год | Численность оправданных | Численность оправданных лиц, по отношению к общему числу лиц, по окончанным производством делам (в %) |
|------|-------------------------|---|
| 1999 | 241 | 0,3 |
| 2000 | 201 | 0,2 |
| 2001 | 383 | 0,4 |
| 2002 | 334 | 0,5 |
| 2004 | 475 | 0,7 |
| 2005 | 495 | 0,8 |
| 2006 | 426 | 0,8 |
| 2007 | 307 | 0, 8 |
| 2008 | 323 | 0, 8 |
| 2009 | 607 | 1,0 |
| 2010 | 705 | 1,1 |
| 2011 | 481 | 0,8 |
| 2012 | 400 | 1,7 |

³⁰ Показатели приведены по данным Верховного Суда РК об итогах правосудия за 2007-2012 г.г. // URL: http://supcourt.kz/rus/analitika_i_statistika/analiz/

³¹ Использованы данные из справок об итогах правосудия за период с 1999 по 2012 годы, опубликованных на веб-сайте Верховного Суда РК и в СМИ. URL: http://supcourt.kz/rus/analitika_i_statistika

В этой связи следует заметить, что даже в жестко критикуемые сталинские времена доля оправдательных приговоров была гораздо выше: они выносились в отношении каждого 10-го подсудимого³². По данным М.В. Кожевникова, число оправдательных приговоров, вынесенных народными судами, составляло: в 1935 г. - 10,2% к общему количеству привлеченных к уголовной ответственности лиц; в 1936 году – 10,9%, в 1937 г. – 10,3%, в 1938 г. – 13,4%, в 1939 г. – 11,1 %, в 1941 г. – 11,6%, в 1942 г. – 9,4%, в 1943 г. – 9,5%, в 1944 г. – 9,7% и в 1945 г. – 8,9%³³.

Указанные данные наглядно свидетельствуют о том, что стереотип обвинительного уклона в деятельности судов не изжит. На эту ситуацию влияет ряд факторов, как внешних, лежащих вне сферы уголовного судопроизводства (организационные, политические, ресурсные и др.), так и внутренних, связанных с правовой регламентацией отправления правосудия, личностью и ментальностью судей, а также сложившейся правоприменительной практикой.

К их числу следует отнести следующие:

1. Ряд норм УПК находится в противоречии с принципом состязательности и равноправия сторон в судебном разбирательстве. Во-первых, если регламентация судебного разбирательства в суде первой инстанции в какой-то мере обеспечивает реализацию принципа состязательности, то этого нельзя сказать о вышестоящих инстанциях, где приоритет отдается актам прокурора. Так, стороны в надзорной инстанции не равны: сторона защиты наделена только правом обращаться в суд надзорной инстанции с ходатайством о пересмотре судебного решения, подлежащее вначале предварительному рассмотрению (ст. 463 УПК РК), по результатам которого лицу может быть отказано в рассмотрении его ходатайства судом надзорной инстанции. Тогда как протест прокурора подлежит рассмотрению судом надзорной инстанции без какого-либо предварительного рассмотрения. Тем самым, такая регламентация входит в противоречие с принципом равноправия сторон (ч. 7 ст. 23 УПК РК).

Во-вторых, некоторые нормы УПК РК возлагают на суд несвойственные его правовой природе функции. Так, ч. 3-1 ст. 24 УПК РК устанавливает, что суд не связан мнением сторон по вопросам необходимости и достаточности исследования имеющихся в деле и представленных в судебном заседании сторонами доказательств (за исключением случаев, когда сторона защиты отказывается от исследования доказательств, представленных и приобщенных к делу по ее ходатайству. Такой отказ для суда обязателен). А согласно ч.ч. 1 и 2 ст. 125 УПК РК, суд не только по ходатайству сторон, но и по собственной инициативе вправе собирать доказательства. Хотя, согласно ч. 8 ст. 23 УПК, на суд возлагается только оказание по ходатайству стороны содействия ей в получении необходимых материалов.

В-третьих, суд вправе по своей инициативе возвращать уголовные дела для производства дополнительного расследования при обнаружении существенных нарушений закона (ст. 303 УПК РК).

В-четвертых, председатели областных и приравненных судов наделены правом внесения представления в кассационную инстанцию и в порядке надзора в Верховный Суд РК на состоявшиеся судебные решения в случае их противоречия с ранее вынесенным решением (ч. 3 ст.423–2, ст. 446–21 УПК РК), а Председатель Верховного Суда РК – правом внесения представлений на постановления надзорной коллегии (ч. 2 ст. 292 УПК РК).

³² Пашин С.А. Становление правосудия. М.: Р. Валент, 2011.С. 114-115.

³³ Указ Президента РК от 24 августа 2009 г. № 858 «О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 по 2020 года» // Казахстанская правда. 2009. 27 августа.

В-пятых, в исключительных случаях Генеральным Прокурором может быть принесен протест на приговоры и постановления суда первой инстанции, не пересматривавшиеся в апелляционном и кассационном порядке, а также приговоры и постановления суда апелляционной инстанции, не пересматривавшиеся в кассационном порядке (ч. 4 ст. 458 УПК РК), тогда как сторона защиты не наделена правом принесения ходатайства, если дело не было рассмотрено кассационной инстанцией (п.1 ч. 1 ст. 458 УПК РК).

Ввиду такой регламентации судьи нередко выходят за пределы функций, установленных ч.ч. 5-8 ст. 23 УПК РК, а именно: судебное разбирательство до настоящего времени не стало подлинно состязательным, права сторон - равными, а суд - независимым, объективным, беспристрастным и справедливым, что противоречит не только принципу состязательности, но и не соответствует задачам проводимой в Республике правовой политики, одной из которых является «упрочение гарантий независимости судей».

Рекомендация: исключить из УПК РК нормы, противоречащие принципу состязательности.

2. Обвинительный уклон в деятельности суда, являющийся советским наследием, до настоящего времени не изжит: большая часть судей по-прежнему, не обладает личной внутренней независимостью, что проявляется, в частности в их обвинительном уклоне. Также актуальной остается и проблема самоидентификации судей по отношению к государству: судьи все еще ощущают себя не независимыми арбитрами, а чиновниками, которые, в первую очередь, должны защищать интересы государства. Судьи, обладающие истинной внутренней независимостью и ощущающие себя носителями судебной власти, встречаются нечасто.

На обвинительный уклон судей, как и на качество отправления правосудия в целом, первостепенное влияние оказывают материалы предварительного следствия, представляемые в суд, которые нередко имеют приоритет над доказательствами, исследованными в суде, вопреки такому требованию УПК РК, как постановление приговора только на тех доказательствах, которые были непосредственно исследованы в судебном разбирательстве.

При этом суды в большинстве случаев игнорируют некачественную подготовку дел, грубейшие нарушения требований УПК РК, отсутствие достоверных доказательств, а в ряде случаев - и фальсификацию доказательств обвинения органами уголовного преследования. Как показывает анализ правоприменительной практики, у сотрудников полиции есть немало «эффективных» способов «убедить» лицо признать свою вину в совершении преступления, «согласиться» на сотрудничество с органами, ведущими производство по уголовному делу и т.п., что в последующем приводит к тому, что в судебном заседании подсудимые нередко отказываются от показаний, данных ими в ходе досудебного производства. А суды, в свою очередь, не всегда дают должную оценку таким фактам, не признавая данные, полученные в результате самоговора или вынужденных показаний, не допустимыми в качестве доказательств, тем самым, идя на поводу стороны обвинения.

Нередко судьи признают доказательствами материалы, не отвечающие требованиям УПК РК, предъявляемым к доказательствам. Например, в качестве доказательств представляются предметы и документы, полученные в ходе оперативно-розыскной деятельности, которые были получены с нарушением требований закона, либо не были приобщены к делу в соответствии с требованиями УПК. В то же время суд отказывается в удовлетворении ходатайств стороны защиты о признании таких данных недопустимыми в качестве доказательств. В тех случаях, когда по делу имеются представленные стороной обвинения доказательства, между которыми имеются существенные противоречия, и эти противоречия не были устранены в ходе судебного разбирательства, суд, как правило, принимает за основу при вынесении приговора доказательства обвинения, а не

доказательства защиты. Так, если подсудимый и свидетели, дают иные показания, чем те, которые были даны ими в ходе предварительного следствия, суд придает значение доказательств показаниям, данным на предварительном следствии, изобличающим подсудимого в совершении преступления. Поэтому тексты приговоров нередко полностью или в большей части воспроизводят тексты обвинительных заключений и даже в тех случаях, когда в судебном разбирательстве устанавливались совершенно иные обстоятельства. Причем это не единичные случаи, а - система, что является характерным и для других постсоветских государств.³⁴

3. Факторы, влияющие на обвинительный уклон в деятельности судей

3.1. Причиной, влияющей на обвинительный уклон в деятельности судов, является влияние на выводы суда материалов предварительного расследования, в ходе которого нарушаются требования ст. 10 и 24 УПК РК, следствием чего является исключительно обвинительная направленность расследования.

Одна из причин допускаемых органами следствия и дознания нарушений и злоупотреблений полномочиями заключается и в том, что прокуроры в большинстве случаев не реагируют на допускаемые органами уголовного преследования нарушения, не принимают соответствующих мер и, тем самым, потворствуют им. Так, ни по одному из изученных в 2010 г. высшим судебным органом страны дел при обобщении им судебной практики, ни одно процессуальное действие следователя, дознавателя при проведении специальных оперативно-розыскных мероприятий при очевидных нарушениях норм УПК РК, надзирающим прокурором не было исключено из числа доказательств.³⁵

Наиболее проблемными являются допускаемые органами уголовного преследования грубейшие нарушения требований закона, прав и законных интересов граждан, вовлеченных в сферу уголовного судопроизводства. Должностные лица орган предварительного расследования практически не привлекаются к ответственности за допущенные ими различного рода злоупотребления при получении доказательств. Например, в обобщении, проведенном Верховным Судом РК, указывается на:

✓ факты несоблюдения требований ч. 2 ст.132 УПК НР, выражающиеся в задержании граждан при отсутствии на то законных оснований. Их обманным путем доставляют в отделы полиции, где, не разъясняя их процессуальных прав как подозреваемых, с применением недозволённых методов добиваются дачи так называемых «признательных» показаний;

✓ случаи, когда оперативные сотрудники органов внутренних дел незаконно помещали задержанных в свои служебные кабинеты либо в иные помещения отделов полиции, где удерживали их в течение нескольких суток, не составляя при этом процессуальных документов;

✓ допускаемые в отношении задержанных действия, унижающие их человеческое достоинство, принуждение к даче показаний, связанное с применением насилия, издевательств, пыток; обмана при задержании, до получения санкции на арест;

³⁴ Пашин С.А. Судебное безвластие. URL: <http://index.org.ru/nevol/2010-22/07-pashin.html>.

³⁵ Справка о результатах обобщения судебной практики по вопросу «Применение некоторых норм уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан об обеспечении прав и свобод граждан в уголовном процессе» (неприкосновенность личности, частной жизни, жилища; тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений) // Бюллетень Верховного Суда РК. 2010. № 4. С. 81-82.

✓ случаи, когда нередко задержание используется как средство получения от подозреваемого признания вины в совершении преступления, а от свидетелей - «нужных» для органа следствия показаний, что категорически запрещено законом;

✓ повсеместно под видом осмотра места происшествия практикуется проведение фактически обыска помещения и личного обыска, оформляемые протоколом осмотра места происшествия. При этом нередко прокуроры не уведомляются о произведенном осмотре (обыске) жилища, а если и уведомляются, то в материалах дела отсутствуют заключения прокуроров о законности произведенного процессуального действия, либо такие заключения очень кратки и неубедительны;³⁶

✓ многочисленные нарушения при производстве оперативно-розыскных мероприятий, выражающиеся в нарушении прав граждан на неприкосновенность личности, частной жизни и жилища;

✓ выявленные случаи фальсификации, то есть искусственного создания доказательств виновности обвиняемого, их подтасовки, фабрикация протоколов процессуальных действий, внесение в документы недостоверных сведений;

✓ не соблюдение требований закона о запрете склонять и провоцировать граждан к совершению правонарушений, использовать насилие, угрозы, шантаж и иные неправомерные действия, ограничивающие права, свободы и законные интересы граждан и должностных лиц;

✓ крайне редкое привлечение к ответственности за использование должностными лицами органов уголовного преследования таких незаконных методов;³⁷

✓ допускаемые и другие нарушения, в том числе и пытки³⁸.

Особо следует указать и на получившее за последнее десятилетие распространение использования такой меры обеспечения безопасности – как допрос свидетеля под псевдонимом в целях, не совместимых с задачами и целями судопроизводства, а именно - для получения искусственных «нужных» обвинительных доказательств путем их фальсификации. Созданная из благих целей система защиты безопасности свидетелей³⁹ зачастую становится предметом злоупотребления недобросовестных следователей в целях получения доказательств обвинения путем фальсификации показаний защищаемого лица. Эта цель достигается посредством введения в заблуждение, обмана или шантажа лица, понуждаемого к даче им ложных показаний в качестве свидетеля под псевдонимом либо обещания побряжек вплоть до освобождения от уголовной ответственности, а то и совсем просто - в качестве таковых в деле фигурируют вообще вымышленные лица, либо лица, не бывшие очевидцами преступления и т.п. По некоторым делам лица, к которым была

³⁶ Согласно статистическим данным, за нарушение неприкосновенности жилища (ст.145 УК) осуждено лиц: в 2007 году - 62, в 2008 году - 46, за 6 месяцев 2009 года - 39. Однако из общего числа осужденных нет ни одного лица, которое было бы осуждено за незаконное вторжение в жилище с использованием своего служебного положения, то есть по ч.3 ст.145 УК РК.

³⁷ Обобщение судебной практики по вопросу «Применение некоторых норм уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан об обеспечении прав и свобод граждан в уголовном процессе» (неприкосновенность личности, частной жизни, жилища; тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений) // Бюллетень Верховного Суда РК. 2010. № 4.

³⁸ Обобщение практики рассмотрения судами уголовных дел о нарушении сотрудниками органов уголовного преследования конституционных прав и свобод, в том числе о пытках за 2008 год и 1-й квартал 2009 г. (Департамент по надзору за законностью судебных актов и представительств интересов государства в суде Генеральной прокуратуры РК, 26 ноября 2009 года // Электронный юридический справочник «Законодательство». Издательство ЮРИСТ, 2013.

³⁹ Закон РК от 5 июля 2000 г. № 72-II «О государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе» // Ведомости Парламента РК. 2000. № 10. Ст. 241.

применена указанная мера безопасности, допрашивались не только как свидетели под псевдонимом, но и одновременно, как свидетели под своим подлинным именем, т.е. одно и то же лицо давало показания под разными именами, а в дело, соответственно, включались протоколы допросов, якобы, двух разных свидетелей. Тем самым, искусственно создается и увеличивается объем доказательств обвинения, а участники процесса вводятся в заблуждение⁴⁰.

Однако суды в подавляющем большинстве случаев не дают соответствующей оценки нарушениям, допущенным органами уголовного преследования, и остерегаются признавать полученные в результате таких нарушений фактические данные недопустимыми в качестве доказательств, а противоречивые и сомнительные доказательства признавать недостоверными.

3.2. Органы уголовного преследования, ориентированы только на установление и избличение лиц, виновных в совершении преступлений, и не заинтересованы в установлении обстоятельств, исключая преступность деяния либо смягчающих наказание. Хотя ч. 4 ст. 24 УПК РК однозначно устанавливает: «Выяснению по делу подлежат обстоятельства как уличающие, так и оправдывающие обвиняемого... Органом, ведущим уголовный процесс, должны быть проверены все заявления о невиновности или меньшей степени виновности, а также о наличии доказательств, оправдывающих подозреваемого, обвиняемого либо смягчающих их ответственность...». Анализ судебной практики позволяет констатировать, что в судебном разбирательстве государственные обвинители нередко ограничиваются лишь текстом обвинительного заключения, не замечая или игнорируя все обоснованные опровержения, противоречия и существенные нарушения уголовно-процессуального закона, которые возникают в ходе исследования доказательств в судебном следствии.

3.3. Судьи поддерживают государственное обвинение даже в тех случаях, когда доказанность вины сомнительна. Такая позиция суда, в свою очередь, поощряет в следователях и прокурорах особо не утруждать себя в обосновании своей позиции и направлении в суд некачественно расследованные дела. Поэтому нередки случаи, когда пробелы и просчеты предварительного следствия восполняет сам суд.⁴¹ Эти явления отмечают и сами судьи, указывая, на сложившуюся правоприменительную практику, когда «... при недостаточности доказательств, получении их с нарушением требований закона и т.д. суды испытывают затруднения в вынесении как обвинительного, так и оправдательного приговора, возвращая дело на дополнительное расследование. В этих случаях все довольны: суд, который при сложившихся обстоятельствах отстранился от решения вопроса по существу, прокурор, который прекратил дело без особых для себя последствий».⁴²

Анализ функционирования ряда введенных демократических процессуальных институтов (например, судебное санкционирование ареста, суд с участием присяжных заседателей, обеспечение безопасности участников процесса, возможность применения электронных средств слежения и др.) показывает, что они реализуются отнюдь не так, как прописаны в законе, и не принесли ожидаемого эффекта. А такие принципы, провозглашенные УПК РК, как презумпция невиновности, неприкосновенность личности, охрана прав и свобод, состязательность и другие принципы, на практике, в том числе и при отправлении правосудия по уголовным делам, реализуются с трудом, либо нарушаются, либо вовсе не реализуются, либо извращаются и подменяются технологиями, не основанными на законе.

⁴⁰ Сулейменова Г.Ж, Проблемы участия в уголовном процессе свидетелей под псевдонимом. URL: <http://www.zakon.kz/analytics/4568996-problemy-uchastija-v-ugolovnom-processe.html>; Нурсеитова Т. Кто и зачем оказывает давление на участников уголовного процесса... URL: http://www.zakon.kz/top_news/4571466-kto-i-zachem-okazyvaet-davlenie-na.html.

⁴¹ Пашин С.А. Указ. раб.

⁴² Кишкембаев А. Легко ли вынести оправдательный приговор // Юридическая газета. 2006. 16 марта.

Их причина кроется в устоявшихся негативных стереотипах в деятельности органов уголовного преследования и судей, а также в низкой правовой культуре, недостаточном профессионализме определенной части правоприменителей, в немалой степени - их коррумпированности. И все это - на фоне преобладания, как указано выше, репрессивных начал как в деятельности органов уголовного преследования, так и судов.

3.4. Одной из основных причин невынесения судьями оправдательных или «мягких» приговоров является то, что они оцениваются как «брак» в работе судьи, вследствие чего судьи опасаются их отмены вышестоящими инстанциями. А качество отправления правосудия оценивается не только по количеству рассмотренных им дел, но и по количеству отмененных вышестоящими инстанциями судебных решений.⁴³ Такая отмена негативно влияет на статус судьи, поскольку, являясь показателем низкого качества отправления правосудия, в случае нескольких отмен судебных решений, может повлечь за собой привлечение его к дисциплинарной ответственности вплоть до освобождения судьи от занимаемой должности вследствие признания его профессионально непригодным и несоответствующим занимаемой должности.⁴⁴ Ввиду этого судьи опасаются отмены вышестоящими инстанциями вынесенных ими решений. Хотя ст. 39 Конституционного закона РК «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» однозначно устанавливает: «Отмена или изменение судебного акта само по себе не влечет ответственности судьи, если при этом не были допущены грубые нарушения закона, о которых указано в судебном акте вышестоящей судебной инстанции».

Давая разъяснение этому положению, еще в 1998 г. Пленум Верховного Суда РК указал, что «под грубым нарушением закона следует понимать очевидное и существенное нарушение закона, которое было совершено судьей преднамеренно или вследствие его недобросовестности, небрежности или незнания закона. ... Отмена или изменение судебного решения, связанные с оценкой доказательств, не могут быть поставлены в вину судье».⁴⁵

Между тем, практика оценки работы судей в зависимости от показателей отмены вынесенных ими судебных решений, противоречит п. 25 Рекомендаций Киевской конференции по вопросам независимости судебной власти в странах Восточной Европы, Южного Кавказа и Центральной Азии, предусматривающему, что «дисциплинарная ответственность не должна распространяться на содержание решений или вердиктов, в том числе в случаях расхождения юридических толкований между судами, а также на случаи судебных ошибок».⁴⁶

Однако по сей день это требование игнорируется – независимо от наличия вины судьи любая отмена судебного решения оценивается как «низкий показатель». Между тем, как справедливо указывает экс-председатель Верховного Суда РК Т.К. Айтмухамбетов: «Арифметический показатель качества работы судьи, когда цифры отмены приговора независимо от ее основания и характера допущенных пробелов, складываются вместе,

⁴³ Методика оценки эффективности деятельности местных судов: утв. Распоряжением Председателя Верховного Суда РК от 05.07.2011. № 143. URL: http://supcourt.kz/rus/analitika_i_statistika/analiz/

⁴⁴ П./п. 11 п.1 ст. 34, ст. 44 Конституционного закона РК от 25 декабря 2000 г. «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан».

⁴⁵ Нормативное постановление Верховного Суда РК от 14 мая 1998 г. № 1 «О некоторых вопросах применения законодательства о судебной власти в Республике Казахстан» // Казахстанская правда. 1998. 11 июня; 2009. 13 февраля.

⁴⁶ Рекомендации Киевской конференции по вопросам независимости судебной власти в странах Восточной Европы, Южного Кавказа и Центральной Азии «Судебное управление, отбор и подотчетность судей» (проведена 23-25 июня 2010 г. в Киеве Бюро по демократическим институтам и правам человека (БДИПЧ) ОБСЕ совместно с Институтом сравнительного публичного права и международного права Макса Планка) URL: <http://www.osce.org/ru/odihr/71179>. Далее - Киевские рекомендации.

может отрицательно повлиять как на селекцию кадров судей, так и на судьбу и карьеру добросовестного судьи».⁴⁷

На эти и другие аналогичные факты обращают внимание также и зарубежные эксперты и аналитики.⁴⁸ Эта ситуация еще более усугубляется проводимыми с 2009 г. мониторингами за деятельностью судей. Так, согласно введенной в 2012 г. новой системы аналитики и мониторинга принятых судебных актов, критериями показателя добросовестной работы районных (городских) судов является отсутствие отмен и изменений решений, а для областных судов - чем больше отмен и изменений судебных актов.⁴⁹ Однако, опасаясь результатов мониторинга, судья, чьи решения отменяются, становится зависимым, а значит управляемым, что, естественно негативно отражается на правосудии. Поэтому проблема разработки и внедрения объективных показателей оценки работы судьи, которые должны быть использованы при определении ее качества и результативности, до настоящего времени представляют особую актуальность.

3.5. В нарушение п. 1 ст. 13 Конституции РК, провозглашающего право каждого на защиту своих прав, судья, в отношении которого Судебным жюри вынесено заключение о признании его профессионально непригодным, лишен права на обжалование этого решения (п. 45 Положения о Судебном жюри⁵⁰). Однако такое лишение противоречит и международным стандартам. Например, п. 1.4. Европейской хартии о статусе судей⁵¹ устанавливает: «Закон дает каждому судье, считающему, что его права по Закону или в более широком смысле его независимость либо независимость юридического процесса, так или иначе находятся под угрозой или не принимаются во внимание, возможность обратиться к ... независимому органу, обладающему эффективными средствами правового воздействия либо способному предложить такое средство». А п. 26 Рекомендаций Киевских рекомендаций указывает, что органы, рассматривающие дисциплинарные дела, «должны предоставить судье, в отношении которого ведется производство, необходимые процессуальные гарантии, включая право на защиту и право на обжалование в компетентный суд». Безусловно, что при такой сложившейся практике не только обеспечение судом состоятельности, но и объективности и беспристрастности судей является довольно проблематичным.

3.6. Судьи не выносят оправдательные приговоры, опасаясь и того, что их могут заподозрить в коррупции. В немалой степени причины такого опасения кроются в том, что у органов уголовного преследования имеется немало возможностей создать служебные и карьерные проблемы судье, вынесшему не устраивающий их приговор (постановление), начиная от опротестования таких решений, до инициации проверок «коррупционности» судьи, о чем доводилось до сведения Генеральной прокуратуры, однако должные меры реагирования не были приняты и виновные не понесли никакого наказания. Такие неправомерные действия порождают у сотрудников органов уголовного преследования

⁴⁷ *Айтмухамбетов Т.К.* Компетентность судьи. Проблемы профессиональной подготовки судьи: практика и перспективы // Усиление роли местных судов: независимость судей, обеспечение доступности правосудия. Материалы международной научно-практической конференции (г. Астана, 25–26 марта 2004 г.). Астана, 2004. С. 57.

⁴⁸ Доклад Специального докладчика ООН по вопросам независимости судей и адвокатов г-на *Леонардо Деслуи*. Миссия Казахстан. С. 5–20; *Морщакова Т.Г.* Анализ проекта Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Конституционный закон «О судебной системе и статусе судей» // Правовая реформа в Казахстане. 2006. № 2 (34). С. 49-50; Индекс судебной реформы для Казахстана. С. 40, 43.

⁴⁹ В Верховном суде усилят мониторинг за случаями пересмотра судебных актов. URL: http://www.zakon.kz/top_news/4480160-v-verkhovnom-sude-usiljat-monitoring-za.html (2012. 16 марта).

⁵⁰ Положение о Судебном жюри: утверждено Указом Президента РК от 26 июня 2001 г. № 643 (с изменениями и дополнениями по состоянию на 18 мая 2012 г.).

⁵¹ Европейская хартия о статусе для судей одобрена участниками многостороннего совещания по поводу статута для судей в Европе, организованного Советом Европы 8-10 июля 1998 г., URL: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/European-Charter-on-Statute-of-Judges_EN.pdf.

чувство вседозволенности и способствуют еще большему росту нарушений конституционных гарантий независимости и неприкосновенности судей.⁵²

3.7. Немаловажным фактором, влияющим на обвинительный уклон судей, является влияние их предшествующей карьеры. Большинство судей в прошлом - это сотрудники правоохранительных органов (прокуроры, следователи). Законодательство не предусматривает при назначении их на должность судьи какой-либо специальной переподготовки, которые бы нейтрализовали их профессиональные навыки, связанные с уголовным преследованием. В силу этого и на должности судьи у таких лиц по-прежнему проявляется склонность к обвинительному уклону. Кроме того, у сотрудников, длительное время состоявших на службе в этих органах, сформированы качества, которые не согласуются с принципом независимости, поскольку у них формируются установки на выполнения приказов, распоряжений, подчинения и т.п.

Представляются вполне обоснованными предложения, высказанные в юридической литературе, о необходимости в законодательном порядке установить переходный период после увольнения с правоохранительной либо военной службы в целях нейтрализации указанной профессиональной деформации посредством обязательного прохождения переквалификации⁵³ и обязательное наличие адвокатской практики⁵⁴.

3.8. При назначении судей в вышестоящие суды не всегда учитывается их предшествующий судебный опыт. Является вполне очевидным и не требующим доказательств, что судья вышестоящей инстанции, проверяющий законность и обоснованность принятого по делу решения, должен быть более опытным и квалифицированным судьей, чем судья нижестоящего суда, вынесший это решение. У него должен быть не только стаж по юридической специальности, но и достаточный опыт работы судьей. Между тем, как показывает анализ опыта зарубежных стран, обязательным условием занятия должности судьи в вышестоящих судах являются повышенные требования к его судебному стажу. При этом, назначение (избрание) на должность судьи в вышестоящий суд является показателем служебного роста судьи, «который должен зависеть от их личных заслуг с должным учетом квалификации, моральных качеств и способности».⁵⁵

Например, в зарубежных странах к кандидатам на должность судьи вышестоящего суда предъявляются повышенные требования к его судебному стажу. Так, в Англии судьи Верховного Суда назначаются из числа барристеров⁵⁶ со стажем работы не менее 10 лет или из числа окружных судей с опытом работы не менее 2 лет. Не может быть назначен

⁵² Обобщение практики рассмотрения судами уголовных дел о нарушении сотрудниками органов уголовного преследования конституционных прав и свобод, в том числе о пытках за 2008 год и 1-й квартал 2009 г., а так же см., например: Обобщение судебной практики рассмотрения уголовных дел по коррупционным преступлениям за 2006 год // Электронный юридический справочник «Законодательство». Издательство ЮРИСТ, 2013.

⁵³ Концепция комплексного исследования состояния и перспектив совершенствования судебной власти (при поддержке Фонда Форда). М.: ИНДЕМ, 2006.

⁵⁴ Злотников С. «О некоторых факторах, влияющих на коррупцию в судах» // Правовая реформа в Казахстане. 2001. № 4-5. С.55; Апарова Т.В. Суды и судебный процесс Великобритании. Англия, Уэльс, Шотландия. М.: 1996. С.26.

⁵⁵ Пункт «с» Принципа 1 Рекомендации № R (94) 12 Комитета Министров Совета Европы государствам-членам «О независимости, эффективности судей и их роли» (принята Комитетом Министров 13 октября 1994 г. на 516-м заседании заместителей министров.

⁵⁶ Барристеры - это юристы, имеющие исключительное право выступать в судебных инстанциях (тогда как солиситоры могут выступать в мировых судах). Для того чтобы стать барристером, необходимо пройти стажировку у опытного барристера, длительный курс обучения и после сдачи соответствующих экзаменов быть принятым в члены одного из четырех «иннов» - объединений, входящих в корпорацию барристеров.

окружным судьей тот, кто не практиковался в качестве адвоката в течение 10 лет или более⁵⁷. В Австралии претенденты на должность судьи должны иметь определенный стаж работы в качестве судебного клерка (от года до 5 лет в различных штатах); в Турции членами суда могут быть назначены юристы с 15-летним стажем работы в судах или адвокатуре в возрасте не моложе 40 лет; в Швейцарии судьи, как и многие другие юристы, начинают со стажировки в качестве клерков при судах. В других странах (например, в США, Испании, Нидерландах, Португалии, Франции, Японии и др.) кандидат на должность судьи должен пройти длительную стажировку, которая варьируется от двух до шести лет.⁵⁸

Согласно же казахстанского законодательства, длительность стажировки кандидата на должность судьи составляет всего лишь от девяти месяцев до одного года, а для лиц, имеющих опыт работы по юридической специальности свыше пяти лет, а также имеющих ученые степени и звания в определенной отрасли права, - в пределах от шести до девяти месяцев.⁵⁹

3.9. Существенным фактором, влияющим на принятие решения судьей, являются непроцессуальные отношения по конкретным делам между вышестоящими и нижестоящими инстанциями, а также между председателями и судьями суда. Суть таких отношений заключается в том, что права вышестоящих судов по осуществлению судебного надзора, которые в сочетании с широкими полномочиями председателей этих судов и особенно Председателя Верховного Суда РК в решении не только кадровых организационных вопросов, но и процессуальных вопросов, являются довольно мощными средствами воздействия на судей, и, прежде всего, на их независимость. Эти полномочия ставят судей в такое положение, при котором они должны соотносить свою деятельность, исходя из мнения председателей вышестоящих судов.

В судебной системе республики являются обычной практикой, так называемые предварительные «консультации» судей перед вынесением решения по делу с председателем суда, а также с судьями вышестоящих инстанций – апелляционных, кассационных и надзорной, а также в некоторых судах - доклады судей председателю суда о предстоящем рассмотрении дела и предполагаемом решении по нему.

В этой связи исследователями отмечается, что «существует ... общеизвестная практика: большая зависимость судьи низшего, районного звена. Эти судьи зависят от председателей собственного или вышестоящего судов, и изначально решения согласовываются по вертикали, вплоть до высшей судебной инстанции»⁶⁰; а целый ряд судебных процессов оставляет серьезные сомнения в их политической неангажированности и немотивированности, что является свидетельством политического влияния на них⁶¹, либо давления на судей при принятии им решений со стороны руководства суда⁶². К тому же, вышестоящие суды необоснованно выходят за пределы предоставленных им законом полномочий, расширяя их по собственной инициативе, организуя различного рода проверки деятельности нижестоящих судов в лице так называемых зональных кураторов.

⁵⁷ *Апарова Т.В.* Суды и судебный процесс Великобритании. Англия, Уэльс, Шотландия. М.: Институт международного права и экономики. Издательство "Триада, Лтд", 1996. С.30.

⁵⁸ *Пейсиков В.* Обучение судей: международный опыт и российские перспективы // Российская юстиция. - 2001. №5. С.60-63; №6. С. 59-61.

⁵⁹ Пункт 4 Положения о прохождении стажировки кандидатом в судьи, утвержденного Указом Президента РК от 26 июня 2001 г. № 643.

⁶⁰ *Беляева Е.* Как очистить казахстанскую Фемиду? // Деловая газета «Взгляд». 2010. 9 июля. (26 (162).); *Грибанова С.* Ошибки некому исправлять // Эксперт Казахстан. 2012. 27 августа.

⁶¹ Право на справедливое судопроизводство // Базовый доклад о ситуации с правами человека в Республике Казахстан. Комиссия по правам человека при Президенте Республики Казахстан. Астана, 2007. С. 139–160; Очень вредная профессия // Эксперт Казахстан. 2012. 19 октября.

⁶² *Козачков М.* Суд сквозь слезы // 2013. 14 августа.

Председатели судов определяют также такие важнейшие вопросы правового статуса судей, как их карьерный рост, привлечение к дисциплинарной ответственности, лишение его полномочий и др. А процедура назначения судей ведет к бюрократизации судебной системы, установлению между судьями и председателями судов отношений власти и подчинения. Судья, именуемый в законе носителем судебной власти, которому Конституцией РК гарантирована независимость и постоянство его статуса, в ситуациях, когда вопросы, связанные с его должностью, зависят от волеизъявления председателя суда, оказывается в положении обычного чиновника, вынужденного соотносить свою деятельность при отправлении правосудия, с указаниями и распоряжениями своего начальника. В противном случае могут последовать негативные последствия: используются различные способы, чтобы избавиться от такого судьи, который хотя и надлежащим образом исполняет свои полномочия, но является негодным для председателя. В таких случаях ему направляются более сложные дела, увеличивается нагрузка, создаются неблагоприятные условия для осуществления нормальной работы и т.д., вынуждающие судью уйти в отставку.⁶³

В этой связи следует указать, что проблема непроцессуальных отношений характерна и для других постсоветских стран. Например, в целях пресечения непроцессуальных отношений в судебной системе, в Российской Федерации 11 июня 2013 г. в принят Федеральный закон «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», направленный на запрет внепроцессуальных обращений к судье по делу, находящемуся в его производстве, либо к председателю суда, его заместителю, председателю судебного состава или председателю судебной коллегии по делам, находящимся в производстве суда. При этом под внепроцессуальным обращением понимается обращение в письменной или устной форме, не являющихся участниками судебного разбирательства - государственного органа, органа местного самоуправления, иного органа, организации, должностного лица или гражданина в случаях, не предусмотренных законодательством, либо обращение в непредусмотренной процессуальным законодательством форме участниками судебного разбирательства. Информация о внепроцессуальных отношениях подлежит преданию гласности и доведению до сведения участников судебного разбирательства путем размещения ее на официальном сайте суда и Интернете. Представляется, что и в Казахстане назрела необходимость принятия подобного закона.

3.10. Сохранение существующего с советских времен положения, устанавливающего нахождение в суде второго звена двух инстанций (апелляционной и кассационной), негативно сказывается на их объективности в рассмотрении и разрешении дела, что позволяет усомниться в беспристрастности и объективности такого суда.

3.11. Зависимость судей от Верховного Суда, председатель которого вправе вносить представления о пересмотре судебных решений нижестоящих судов, принимать различные циркулярные акты, а пленарное заседание этого суда – принимать обязательные для судов нормативные постановления по разъяснению судебной практики. Одной из основных задач таких актов является обеспечение так называемого «единообразия судебной практики», что, по сути, представляет собой существенное ограничение судейского усмотрения.

Между тем, в Киевских рекомендациях указывается, что для обеспечения внутренней независимости судей и повышения их резистентности в отношении оказываемого на них давления не следует поощрять издание судами высших инстанций директив, разъяснений и резолюций. В то же время, пока такая практика существует, данные документы не должны

⁶³ *Абилкаиров М.Р.* Проблемы обеспечения независимости судей // Материалы междунар. научно-практич. конференции «Проблемы борьбы с преступностью в контексте национальной концепции. Алматы: КазГЮУ, 2002. С. 110; *Нарикбаев М.* Без денег в судах делать нечего // Литер. 2006. 25 марта; *Раззак Н.* Правовой статус областного суда. Автореф. ...дисс. канд. юрид. наук. Алматы, 2008. С. 13 и др.

быть обязательными для нижестоящих судов. В противном случае, подобные акты создают ограничения для индивидуальной независимости судьи.⁶⁴

Таким образом, для казахстанской судебной системы характерны жесткая иерархия, скрытые механизмы давления на судей, негласные корпоративные правила согласования и принятия «нужных» решений⁶⁵, которые, в первую очередь, оказывают влияние на беспристрастность, объективность и независимость судей при отправлении ими правосудия, в том числе и на низкий процент вынесения оправдательных приговоров.

3.12. По-прежнему особую озабоченность вызывает латентная коррупция в судебной системе, подверженность судей коррупции⁶⁶, которая «глубоко укоренилась в системе уголовного правосудия. ...на каждом этапе, начиная с полиции и суда и заканчивая центрами содержания под стражей и тюрьмами, коррупция является практически институционализированной практикой»⁶⁷. Так, обобщая нарушения, допускаемые судьями при вынесении «заказных» судебных решений, допускаются, как правило, следующие типичные признаки, свидетельствующие о коррупции в судебной среде:

- неизвещение всех лиц, участвующих в судебном разбирательстве, а также не привлечение к участию в деле лиц, показания которых противоречат версии «заказа»;
- грубые процессуальные нарушения в процессе судебного разбирательства (например, отказ одной из сторон в истребовании доказательств, в ознакомлении с протоколом судебного заседания, фальсификация протокола судебного заседания и умышленное невнесение в него показаний тех или иных участников судебного заседания, имеющих важное значения для принятия судом решения и др.);
- рассмотрение дела в нарушение правил подсудности и др.

3.13. В немаловажной степени обвинительному уклону судей способствует пассивность сторон и, особенно по тем делам, где защитник участвует по назначению, т.е. когда подсудимый не в состоянии оплатить работу адвоката и в этом случае она оплачивается за счет средств государственного бюджета. Успешные же адвокаты, как правило, не занимаются таким видом помощи, и она возлагается, в основном на адвокатов, не имеющих клиентов либо – начинающих адвокатов.

Сохраненная с советских времен процедура назначения адвоката через коллегия адвокатов и низкая оплата их труда, приводит не только к отсутствию материального стимула у адвоката на качественное предоставление юридической помощи, но и к коррупционным связям между отдельными судьями, следователями, дознавателями и их «карманными» адвокатами. Кроме того, материальная незаинтересованность адвокатов из-за низкого размера оплаты их труда по этой категории дел, с одной стороны, и их стремление получить платежеспособного клиента, с другой, являются питательной средой для такого негативного явления. Такие «союзы» ведут к сращиванию адвокатов с органами, ведущими дело, заинтересованными в назначении подследственному или подсудимому «удобного» защитника, не доставляющего им особых хлопот, не проявляющего активности по делу (не заявляя «лишних» ходатайств, отводов, жалоб и т.п.). Кроме того, слабые профессиональные навыки многих адвокатов, недостаточный контроль качества оказываемой ими юридической помощи имеют негативные последствия: анализ судебной

⁶⁴ Пункт 35 Киевских рекомендаций.

⁶⁵ *Канафин Д.К.* Перспективы совершенствования судебной системы и уголовно-процессуального законодательства в Республике Казахстан // Перспективы совершенствования судебной системы и уголовно-процессуального законодательства в Республике Казахстан. Сборник материалов круглого стола. Алматы, 2009. С. 73

⁶⁶ Доклад Специального докладчика по вопросу о независимости судей и адвокатов г-на *Леонардо Деспуи*. Миссия Казахстан // E/CN. 4. 2005. 60. Add. 2.

⁶⁷ *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.

практики показывает, что профессиональный уровень адвокатов зачастую ниже более профессионально подготовленных судей и прокуроров.

3.14. Немаловажным фактором, влияющим на объективность и беспристрастность судей, является судейская корпоративность, которая, имея объективную природу, играет как положительную роль (например, способствует сплоченности судей, их профессиональному росту, готовности противодействовать незаконным внешним влияниям), так и отрицательную (непринятие обоснованной критики извне, попустительство негативным тенденциям, непроцессуальным взаимоотношениям и т.п.).

Таким образом, указанные факторы создают объективные предпосылки для роста абсолютного количества уголовных дел, при расследовании и судебном рассмотрении которых наблюдается обвинительный уклон. Он проявляется в виде:

- односторонности, неполноты и необъективности судебного следствия;
- в нарушении процессуальной формы собирания, проверки и оценки доказательств;
- существенных нарушениях закона, прав и законных интересов участников уголовного процесса;
- в психологической установке судей на вынесение обвинительного приговора.

Поэтому, говоря об обвинительном уклоне в национальном судопроизводстве, необходимо, прежде всего, решить проблемы, которые находятся вне судопроизводства, но, которые существенно влияют на убеждение судьи при отправлении им правосудия.

Рекомендации:

1) Необходимо на законодательном уровне усилить требования к профессиональному уровню и морально-психологическим характеристикам лиц; 1) назначаемых (избираемых) на должности дознавателей следователей, прокуроров, судей, а также адвокатов; 2) действующих в указанных должностях. Дифференциация должна осуществляться путем усиления квалификационных требований.

2) В целях снижения влияния профессиональной деформации лиц – кандидатов в судьи, ранее работавших в правоохранительных органах, а также минимизации ее последствий необходимо предусмотреть в законе установление для таких лиц обязательность специальной переподготовки либо обязательность работы в качестве адвоката сроком не менее 3-х лет после их увольнения из правоохранительных органов.

3) Внести в Конституционный закон «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» дополнения, касающиеся запрета на непроцессуальные отношения по конкретным делам.

4) Кассационные и апелляционные инстанции должны быть автономными друг друга, т.е. не должны находиться в структуре одного суда.

5) Совершенствование режима транспарентности судейской деятельности.

6) Исключить практику предварительного согласования судей с председателем суда решения по делу.

7) Для определения качества и результативности отправления правосудия необходимо изменение существующей системы их оценки, в том числе, касающиеся оценки отмены приговора (постановления) как негативной санкции деятельности судьи.

8) Необходимо обеспечение равенства судей и их независимости от председателей и судей вышестоящих судов.

9) В целях исключения коррупционных лазеек и возможности использования «карманных» адвокатов, необходима разработка правил порядка назначения адвокатов за счет средств республиканского бюджета.

Сентябрь 2013 г.

КАНАФИН Д.К.
Адвокат Алматинской городской коллегии адвокатов,
член Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов,
член Президиума Республиканской коллегии адвокатов, доцент, к.ю.н.

Защита государственных секретов и обеспечение права на квалифицированную юридическую помощь в Республике Казахстан⁶⁸

В соответствии с ч. 3 Международного пакта о гражданских и политических правах⁶⁹ каждый имеет право при рассмотрении любого предъявляемого ему уголовного обвинения как минимум на следующие гарантии на основе полного равенства:

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

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

В деятельности органов уголовного преследования и судов в Республике Казахстан используется практика ограничения права гражданина, привлеченного к уголовной ответственности, на свободный выбор адвоката по причине отсутствия у выбранного адвоката допуска к государственным секретам. Известны случаи, когда обвиняемым предлагался список лишь из нескольких адвокатов, имеющих такой допуск. При этом процедура получения допуска, была регламентирована секретной инструкцией, не опубликованной в открытых источниках.

Следует отметить, что ограничение права на свободный выбор адвоката путем манипуляций с процедурами допуска к государственным секретам, по сути является атавизмом советского репрессивного уголовного процесса, в котором эти меры применялись для отправления судопроизводства в обход и без того слабых и декларативных стандартов объективности и состязательности процесса. Обычно такого рода ограничения имели место по политически мотивированным или иным делам, по которым было необходимо исключить публичность разбирательства или контролировать поведение защиты в процессе.

По данному поводу вполне уместно привести высказывание Ю.И. Стецовского: «В обстановке безгласия и секретности правам человека нет места. Возведение секретности (конфиденциальности) в принцип обеспечивает бесконтрольность и ложь власть имущих. Сопряжено это с положением, подрывающим не только физическую, но и моральную силу общества. С помощью секретности чиновники и другие лица уходят от ответственности за свое поведение, скрываются их произвол и некомпетентность».⁷⁰

В истории советского уголовного судопроизводства известным примером нарушения права на доступ к адвокату посредством злоупотребления допуском к госсекретам является дело правозащитника В. Буковского, которого после долгих лет заключения в специальных психбольницах и тюрьмах в 1976 г. обменяли на первого секретаря чилийской коммунистической партии Л. Корвалана.

⁶⁸ Настоящий документ подготовлен Центром исследования правовой политики при поддержке NED. Мнения и взгляды, содержащиеся в документе, не отражают точку зрения NED.

⁶⁹ Ратифицирован Республикой Казахстан Законом № 91-III от 28 ноября 2005 года.

⁷⁰ Ю.И. Стецовский. Адвокатура и государство. М.: Юрист, 2007. С. 431.

После того, как у адвоката Д.И. Каминской⁷¹, которой он доверял, аннулировали допуск, В. Буковский объявил голодовку. Правозащитника стали подвергать искусственному кормлению через нос, в ходе которого на него надевали смирительную рубашку, привязывали к топчану, прижимали ноги и вставляли в нос шланг. В своих воспоминаниях В. Буковский писал: «Двенадцать дней мне рвали ноздри, точно Салавату Юлаеву, и я тоже звереть начал. Ни о чем больше думать не мог, только о своей носоглотке. Хожу по камере целый день, носом булькаю. Поди ж ты, жизнь прожил, а не думал, что существует какая-то связь между моим носом и Московской коллегией адвокатов...».⁷²

В современном Казахстане проблема допуска адвокатов к государственным секретам стала предметом общественного обсуждения в связи с уголовным делом по обвинению бывшего руководителя национальной компании «Казатомпром» М. Джакишева и некоторыми другими процессами, имевшими большой общественный резонанс.⁷³ Сообщения правозащитных организаций и выступления адвокатского сообщества⁷⁴ привлекли внимание к проблеме на международном уровне, в результате чего этот вопрос оказался в фокусе внимания Комитета по правам человека Организации Объединенных Наций (далее – КПЧ, Комитет).

В Рекомендации 20 Заключительных замечаний КПЧ по докладу об исполнении Международного пакта о гражданских и политических правах в отношении Казахстана (102 сессия 11-29 июля 2011 г., Женева), говорится:

«20. Комитет выражает обеспокоенность по поводу сообщений о необоснованных ограничениях доступа лиц к адвокатам, особенно в делах, связанных с государственной тайной, где юристам, среди прочего, необходимо получать от государства допуск, прежде чем они смогут

⁷¹ Вот что писала о системе допусков сама адвокат Д.И. Каминская: «По действующим законам все адвокаты могут вести во всех существующих в стране судах любые уголовные и гражданские дела. Однако в действительности права адвокатов и подсудимых нарушаются самим государством. Я имею в виду систему допуска. Суть этой системы заключается в том, что по делам, расследование по которым производилось КГБ (это почти все политические дела, а также дела о незаконных валютных операциях, связанных с иностранцами, и некоторые другие), допускаются только те адвокаты, которые получают специальное на то разрешение. Напрасно специалисты по советскому праву стали бы искать в законах СССР какое-либо указание или намек на систему допуска. И уголовно-процессуальный кодекс, и «Положение об адвокатуре» исходят из полного равенства всех членов коллегии. Ни опыт, ни способности не дают никаких преимуществ ни в праве на выступление в любых судах и по любым делам, ни в размере гонорара. Фактически же неравенство существует. И это неравенство определяется лишь степенью политического доверия адвокату. Формальным показателем этого доверия является наличие «допуска» ... Государство, которое строго контролирует любое публичное высказывание, имеющее идеологический или политический характер, не могло дать согласие на неконтролируемое использование судебной трибуны адвокатом, не прошедшим дополнительной проверки на политическое послушание. Я довольно быстро была лишена допуска. Не за разглашение каких-то секретных сведений, которых, кстати, ни в одном деле, рассматривавшемся с моим участием, вообще не было. Я лишена была допуска по той причине, что не выдержала этого экзамена на политическое послушание ... О незаконности допусков впервые публично заговорили в связи с политическими процессами в Советском Союзе. Допуск стал на Западе термином известным. В корреспонденциях и в статьях, посвященных делам Щаранского, Орлова и некоторым другим, неизменно отмечалось, что эти люди были лишены возможности пользоваться помощью тех защитников, которым они доверяли». Д.И. Каминская Записки адвоката. М. Новое издательство. 2009. С. 38-41.

⁷² Цит. по: Ю.И. Стецовский. Адвокатура и государство. М.: Юристъ, 2007. С. 435

⁷³ См. Жамиля Джакишева. Огласите весь список, пожалуйста! Газета «Время» 11.08.2009 г. // Доступно в Интернете <http://www.time.kz/news/archive/2009/08/11/11867>, Комментарий Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности «О недопуске адвокатов Р. Есергепова к участию в процессе из-за отсутствия у них допуска к государственным секретам // URL: http://www.bureau.kz/data.php?page=15&n_id=308&l=ru

⁷⁴ См. Открытое письмо Президента Союза адвокатов Казахстана А. Тугел Президенту Республики Казахстан Н. Назарбаеву по вопросу о допуске адвокатов к делам, связанным с государственной тайной // URL: <http://www.time.kz/news/archive/2009/06/18/11002>

представлять интересы своих клиентов. Комитет также выражает обеспокоенность в связи с отсутствием у сотрудников полиции правового обязательства сообщать обвиняемым о наличии у них права на юридическую помощь (статья 14).

Государству-участнику следует обеспечивать, чтобы любые принимаемые им меры по охране государственной тайны не влекли за собой необоснованные ограничения права человека на доступ к адвокатам по своему выбору. Кроме того, государству-участнику следует обеспечивать, чтобы во всех случаях ареста производящие его сотрудники информировали обвиняемых в момент ареста о наличии у них права на услуги адвоката».⁷⁵

Следует отметить, что Казахстан, как государство-участник, в представленной Дополнительной информации по поводу осуществления заключительных замечаний Комитета по правам человека (CCPR/C/KAZ/CO/1), (CCPR/C/KAZ/CO/1/Add.1), от 24 сентября 2012 г., ограничившись поверхностным описанием вопроса, не дал четкого разъяснения на основе каких именно положений национального законодательства применяется практика выдачи допусков к государственным секретам защитникам в уголовном судопроизводстве, не указал на гарантии того, что этот процесс носит своевременный, честный и справедливый характер и не ответил конкретно, как решается проблема ограничения права на доступ к адвокату по своему выбору по делам, связанным с государственными секретами.⁷⁶

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

Возможность обратиться к адвокату по своему выбору не только способствует лучшей защите по конкретному уголовному делу, но и ведет к повышению качества юридической помощи и сохранению этических стандартов профессии, поскольку повышает значимость таких ценностей как репутация и доброе имя адвоката. Оказание квалифицированной юридической помощи без доверительных отношений между адвокатом и подзащитным невозможно. Вмешательство органов уголовного преследования в эти отношения недопустимо, ибо фактически дезавуирует сам институт профессиональной защиты в уголовном процессе.

Право на свободный выбор адвоката признавалось задолго до принятия Международного пакта о гражданских и политических правах. Еще в начале XX века И.Я. Фойницкий писал: «При добровольной защите по соглашению какие бы то ни было ограничения того круга лиц, из которого может быть приглашен защитник, представляются неуместными... При ограничении круга лиц, допускаемых в качестве защитников, была бы ограничена сама возможность воспользоваться защитой».⁷⁷

Вместе с тем, очевидно, что государство имеет право на сохранение в тайне сведений, имеющих для него принципиальное значение. Разумеется, по делам, по которым предмет обвинения или иные подлежащие исследованию обстоятельства, связаны с государственной тайной, должны быть эффективные гарантии ее сохранности. В этой связи,

⁷⁵ URL: <http://www.adilet.gov.kz/ru/node/30636>. URL http://www1.umn.edu/humanrts/russian/hrcommittee/Radditionalinfo_kazakhstan2012.html

⁷⁶ URL: http://www1.umn.edu/humanrts/russian/hrcommittee/Radditionalinfo_kazakhstan2012.html

⁷⁷ И.Я. Фойницкий Курс уголовного судопроизводства. Санкт-Петербург. Издательство «Альфа». 1996. Том 2. С. 68 (Перепечатано по третьему изданию Спб, 1910).

очевидно, необходим механизм, обеспечивающий соблюдение режима секретности в судопроизводстве, однако, при этом права и свободы человека не должны подвергаться неадекватному, неразумному и несправедливому ограничению.

Цель настоящего заключения обусловлена описанной выше конкретной правоприменительной проблемой и состоит в проведении анализа законодательства Республики Казахстан на предмет определения наиболее оптимального правового режима и юридической формы решения вопроса о доступе к адвокату по своему выбору по делам, связанным с государственными секретами.⁷⁸

Конституция Республики Казахстан (далее – «Конституция») в своей первой статье утверждает нашу страну демократическим, светским, правовым и социальным государством, высшими ценностями которого являются человек, его жизнь, права и свободы.

Согласно ч. 2 ст. 12 Конституции права и свободы человека принадлежат каждому от рождения, признаются абсолютными и неотчуждаемыми, определяют содержание и применение законов и иных нормативных правовых актов. В соответствии с ч. 3 ст. 13 Конституции каждый имеет право на получение квалифицированной юридической помощи.

Признание прав человека высшей ценностью в государстве означает, что все сомнения, возникающие при толковании норм законов, должны разрешаться в пользу защиты прав, свобод и интересов личности.

По статье 4 Конституции действующим правом в Республике Казахстан являются нормы Конституции, соответствующих ей законов, иных нормативных правовых актов, международных договорных и иных обязательств Республики, а также нормативных постановлений Конституционного совета и Верховного суда Республики. Конституция имеет высшую юридическую силу и прямое действие на всей территории Республики. Международные договоры, ратифицированные Казахстаном, имеют приоритет перед его законами и применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона.

В соответствии со ст. 1 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан (далее – «УПК») порядок уголовного судопроизводства на территории Республики Казахстан определяется Конституцией, конституционными законами, УПК, основанном на Конституции и общепризнанных принципах, и нормах международного права. Положения иных законов, регулирующих порядок уголовного судопроизводства, подлежат включению в УПК.

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

Согласно ст. 12 УПК каждый имеет право на судебную защиту своих прав и свобод. В соответствии с положениями ст. 26 УПК подозреваемый, обвиняемый имеют право на защиту. Это право они могут осуществлять как лично, так и с помощью защитника, законного представителя в порядке, установленном настоящим Кодексом. Орган, ведущий уголовный процесс, обязан разъяснить подозреваемому, обвиняемому их права и обеспечить им

⁷⁸ При подготовке данного заключения использованы аргументы, изложенные в позиции адвокатского сообщества по этому вопросу. См.: Позиция Президиума Союза адвокатов Казахстана по вопросу допуска адвокатов к государственным секретам // URL: <http://www.zonakz.net/articles/?artid=32502>. Автор настоящего анализа как член президиума Союза адвокатов принимал непосредственное участие в выработке указанной позиции.

возможность защищаться от обвинения всеми не запрещенными законом средствами, а также принять меры к охране их личных и имущественных прав.

В соответствии со ст. 53 УПК в ходе уголовного судопроизводства могут приниматься предусмотренные законом меры по охране соответствующих сведений, в том числе, составляющих государственные секреты. Как следует из этой же статьи, порядок допуска участников процесса к сведениям, составляющим государственные секреты, определяется законодательством.

Согласно ч. 1 ст. 74 УПК защитник приглашается подозреваемым, обвиняемым, подсудимым, их законными представителями, а также другими лицами по поручению или с согласия подозреваемого, обвиняемого, подсудимого. Пункт 3 этой же статьи утверждает, что орган, ведущий уголовный процесс, не вправе рекомендовать пригласить в качестве защитника определенное лицо.

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

Исходя из анализа изложенных выше норм Конституции Республики Казахстан и уголовно-процессуального законодательства, можно сделать вывод о том, что порядок вступления адвоката в дело в качестве защитника, как участника уголовного процесса, определен УПК и должен соответствовать положениям Конституции и международным обязательствам Казахстана. Эти правовые документы имеют преимущественную силу по отношению ко всем другим нормативным актам, которые могут применяться только в случае включения их положений в УПК.

При этом следует отметить, что ни в одном законодательном акте нет прямого указания на обязанность адвоката получать допуск к государственным секретам в связи с его участием в уголовном или гражданском судопроизводстве по делам этой категории.

Основным нормативным правовым актом, действующим в области охраны государственной тайны, является Закон Республики Казахстан от 15 марта 1999 года № 349-І «О государственных секретах» (далее – «Закон о государственных секретах»). В нём определяется порядок допуска граждан и должностных лиц к государственным секретам, однако нет ни одного упоминания о допуске к такого рода сведениям адвокатов при осуществлении ими своих профессиональных обязанностей.

Содержание соответствующих положений Закона о государственных секретах (например, ч. 1 ст. 29, ст. ст. 30, 31) позволяет сделать вывод о том, что этот нормативный правовой акт регламентирует порядок допуска к государственным секретам лиц, вступающих в трудовые отношения с предприятиями, учреждениями и организациями, использующими в своей работе сведения секретного характера. Исходя из буквального толкования положений этого нормативного акта, действие Закона о государственных секретах не распространяется на уголовно-процессуальные отношения, возникающие в связи с вступлением в дело адвоката в качестве защитника.

Исходя из описанной выше иерархии нормативно-правовых актов, действующих в Республике Казахстан, поскольку УПК имеет преимущественную силу перед названным законом, и порядок допуска защитника к участию в деле определяется исключительно УПК, в случае нечеткого или пробельного регулирования соответствующих вопросов должны непосредственно применяться нормы УПК как кодифицированного закона.

Кроме того, в ч. 3 ст. 19 УПК прямо говорится, что в пользу обвиняемого должны разрешаться сомнения, возникающие при применении уголовного и уголовно-процессуального законов. В данном случае мы имеем дело с сомнениями в правомерности использования органами уголовного преследования механизмов, ограничивающих конкретное право обвиняемого. Исходя из смысла ч. 3 ст. 19 УПК, отсутствие ограничений на свободный выбор адвоката в законе, должно пониматься, как возможность реализовать это право подозреваемым/обвиняемым непосредственно, без прохождения через необоснованно внедренные в практику заинтересованными ведомствами формальные препятствия.

В соответствии со ст. ст. 29 и 32 Закона о государственных секретах допуск должностных лиц и граждан Республики Казахстан к государственным секретам помимо прочего предусматривает согласие на частичные, временные ограничения права на выезд за пределы республики на срок, предусмотренный трудовым договором при оформлении допуска к государственным секретам, и права на неприкосновенность частной жизни при проведении проверочных мероприятий в период оформления допуска к государственным секретам.

Кроме этого лицо, обращающееся с просьбой о предоставлении допуска к государственным секретам должно предоставить письменное согласие на проведение в отношении себя полномочными органами проверочных мероприятий. В тоже время, согласно ст. 9 Закона о государственных секретах такая специальная проверка отнесена к компетенции органов национальной безопасности. Ст. 29 Закона определяет, что объем проверочных мероприятий зависит от степени секретности сведений, к которым будет допускаться оформляемое лицо.

Таким образом, органы уголовного преследования, а именно органы национальной безопасности, имеют возможность не только оказывать влияние на процесс выдачи допуска своему процессуальному оппоненту, что, очевидно, нечестно и несправедливо с точки зрения равенства и состязательности сторон в уголовном процессе, но и получать конфиденциальную информацию об обстоятельствах его частной жизни.

Однако, при этом следует иметь ввиду особенность адвокатской деятельности, состоящую в том, что в общении адвоката с иными лицами невозможно провести четкую грань между его профессиональными и личными контактами, поскольку при этом используются одни и те же технические средства коммуникации: телефон, компьютерные средства связи через Интернет, обычная почта и т.д.

Допускаемое при проведении предусмотренных ст.ст. 29 и 32 Закона о государственных секретах, проверочных мероприятий, вторжение в сферу частной жизни адвоката автоматически является вторжением в сферу его профессиональной деятельности, а значит, нарушает охраняемую законом адвокатскую тайну, к которой относится даже сам факт обращения гражданина за правовой помощью. В этих условиях, очевидно, что адвокат, соблюдающий юридические и нравственные стандарты профессии, не может согласиться с ограничениями, налагаемыми процедурой получения допуска к государственным секретам ибо в случае такого согласия ставит под угрозу права и интересы своих доверителей, в том числе третьих лиц, не имеющих отношения к делам, связанным с государственными секретами.

Очевидно, что искусственно созданные в судопроизводстве процедуры прохождения адвокатов через сито допуска к государственным секретам посягают на особый правовой статус адвоката, основой которого является обязанность хранить адвокатскую тайну и не совершать действий, противоречащих интересам лиц, обратившихся за юридической помощью.

Регламентированный в секретной инструкции и потому нетранспарентный и неясный для адвокатов порядок выдачи допусков дает возможность создавать препятствия защитникам, неудобным органу расследования, является неформальным фильтром для вхождения в дело, грубо и необоснованно нарушает право обвиняемого на выбор адвоката. Адвокатура вполне справедливо считает, что такой порядок в определенной степени подчиняет профессиональных защитников решениям органов национальной безопасности, что прямо противоречит закрепленному в международном праве положению о независимости адвокатской профессии и нарушает фундаментальный принцип равноправия сторон в уголовном процессе.

Адвокат, выполняя важную социальную миссию, состоящую в оказании гарантированной Конституцией квалифицированной юридической помощи и защите прав и свобод граждан, имеет особый правовой статус, установленный Законом Республики Казахстан от 5 декабря 1997 года № 195-І «Об адвокатской деятельности» (далее – «Закон об адвокатской деятельности»).

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

Как установлено ст. 3 указанного Закона, организация и деятельность адвокатуры основываются на следующих принципах:

- 1) независимость адвокатов при осуществлении своей деятельности;
- 2) осуществление адвокатской деятельности методами и средствами, не запрещенными законодательством;
- 3) недопустимость вмешательства в деятельность адвокатов со стороны прокуратуры, судов, органов дознания и предварительного следствия, других государственных органов, иных организаций и должностных лиц, за исключением случаев, прямо предусмотренных законодательными актами;
- 4) соблюдение норм профессионального поведения и сохранения адвокатской тайны.

Любые ограничения этих принципов носят недопустимый характер, ибо они в конечном итоге ведут к неправомерному и необоснованному ущемлению права на защиту и квалифицированную юридическую помощь.

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

- а) возможность исполнять свои профессиональные обязанности без запугивания, препятствий, беспокойства и неуместного вмешательства;
- б) возможность свободно путешествовать и консультировать клиента в своей стране и за границей;
- в) невозможность наказания или угрозы такового обвинения, административных, экономических и других санкций за любые действия, осуществляемые в соответствии с признанными профессиональными обязанностями, стандартами и этическими нормами.

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

Предусмотренная Законом о государственных секретах необходимость добровольного обращения гражданина с просьбой об оформлении допуска к работе с государственными секретами и согласия с предусмотренными этим законом ограничениями для адвоката

неприемлема, поскольку предполагает возможность спецслужб по собственному усмотрению, то есть, произвольно, ограничивать выезд адвоката за пределы Республики Казахстан, иными способами вмешиваться в его деятельность, что явно противоречит гарантиям, указанным в пункте 16 Основных положений о роли адвокатов.

Таким образом, можно заключить, что в национальном законодательстве нет прямого требования к защитнику о получении им допуска к государственным секретам, как обязательного условия вступления в дело. В уголовно-процессуальном законе также в перечне оснований для его устранения из дела (ст. 97 УПК) нет такого основания, как «отсутствие у защитника допуска к государственным секретам». Международное право не признает какие-либо исключения для применения права на свободный выбор адвоката по соображениям секретности. Возможность самостоятельного выбора адвоката, закрепленная в п. 3 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, однозначно противоречит установленной органами национальной безопасности практике запрета гражданам на обращение к адвокатам, не имеющим допуска к государственным секретам. Очевидно, что эта практика исторически изжила себя и неуместна в правовом демократическом государстве, которым провозглашает себя Республика Казахстан.

Второй стороной данной проблемы является использование в судопроизводстве неофициальных списков «адвокатов с допусками». Процесс составления этих списков носит абсолютно нетранспарентный характер, в законе такая практика не предусмотрена, а ее применение, которое фактически тоже носит непроцессуальный характер, явно сужает возможности гражданина, оказавшегося в орбите уголовного судопроизводства, на свободный выбор наиболее квалифицированного, по его мнению, адвоката.⁷⁹ Не понятно кто, на каком основании составляет такие списки, и по каким именно критериям адвокаты в эти списки попадают. На самом деле эта традиция является близкой не только к упомянутым выше методам советских чекистов, но и похожа на действия латиноамериканских военных хунт второй половины 20-го века.

В частности, КПЧ в ряде своих решений по аналогичным делам признал практику ограничения выбора адвокатов неправомерной. Например, по делу «Эстрелла против Уругвая» Комитет установил, что право на защиту адвокатом по выбору было нарушено, когда военный суд ограничил обвиняемого в выборе между двумя назначенными адвокатами. В деле «Бургос против Уругвая» Комитет признал, что право на защиту адвокатом по выбору было нарушено, когда обвиняемому был предоставлен список военных адвокатов, из которого нужно было сделать выбор.⁸⁰

Следует подчеркнуть, что право на доступ к адвокату по своему выбору признается Комитетами ООН как одна из гарантий от применения пыток и иных жестоких и бесчеловечных форм обращения и наказания. Так, например, Комитет ООН против пыток выразил обеспокоенность положением в законодательстве Китайской Народной Республики, которое по делам, затрагивающим государственные секреты, позволяет государственным органам отказывать обвиняемым в их праве на защиту в нарушении обязательства о предотвращении пыток. Комитет ООН против пыток сделал рекомендацию в отношении КНР о том, что государство должно обеспечить право каждого подозреваемого/обвиняемого на

⁷⁹ Более подробные аргументы по этому вопросу см.: Позиция Президиума Союза адвокатов Казахстана по вопросу допуска адвокатов к государственным секретам // URL: <http://www.advokatura.kz/news/591/>

⁸⁰ См. Эстрелла против Уругвая, (74/1980), 29 марта 1983г., 2 Sel. Дек. 93, на 95; Бургос против Уругвая, (R 12/52), 29 июля 1981г., Отчет КПЧ (A/36/40), 1981г., на 176. Пол Ричмонд. Перечень избранных решений Комитета ООН по правам человека. // URL: http://www.uzer.org.ua/uploaded/biblioteka/UN_HRC.doc

немедленный доступ к адвокату, где возможно по своему усмотрению, включая уголовные дела, затрагивающие государственные секреты.⁸¹

Другим настораживающим фактом в использовании режима секретности в уголовном судопроизводстве является отсутствие гарантий обоснованности засекречивания материалов дела и правомерности ограничения доступа участников процесса к этим материалам.⁸² В соответствии со ст. 21 Закона о государственных секретах на носителей сведений, составляющих государственные секреты, наносятся реквизиты, включающие следующие данные:

- о степени секретности содержащихся в носителе сведений со ссылкой на соответствующий пункт действующего в данном государственном органе или организации перечня сведений, подлежащих засекречиванию;
- о государственном органе или организации, осуществивших засекречивание носителя;
- о регистрационном номере;
- о дате или условии рассекречивания сведений либо о событии, после наступления которого сведения будут рассекречены.

При невозможности нанесения таких реквизитов на носителей сведений, составляющих государственные секреты, эти данные указываются в сопроводительной документации на этих носителях.

В соответствии со ст. 17 Закона «О государственных секретах» не подлежат засекречиванию сведения о фактах нарушения прав и свобод гражданина; о фактах нарушения законности государственными органами и организациями, их должностными лицами.

Очевидно, что материалы дела, содержащие государственные секреты, должны быть сепарированы от документов, не имеющих грифа, и ограничение на доступ к материалам дела должно действовать для лиц, не имеющих соответствующего допуска, только в части, касающейся секретных сведений и, возможно, ссылок на них. Однако, на практике, как правило, ограничивается доступ ко всему делу, в том числе к той его части, которая к секретам никакого отношения не имеет. Очевидно, что это является примером злоупотребления процедурами засекречивания и недопустимо с точки зрения стандартов справедливого уголовного процесса. Полагаем, что проблема соблюдения прав человека по делам, связанным с государственными секретами, должна решаться в комплексе, в том числе посредством конкретизации ограничений, применяемых при ознакомлении с материалами дела и их копировании участниками процесса.

Необходимо отметить, что в Российской Федерации вопрос о доступе к адвокату по своему выбору по делам, связанным с государственной тайной, был решен в пользу соблюдения этого права без использования излишних и несправедливых ограничений. Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении № 8-П от 27 марта 1996 г. по делу о проверке конституционности статей 1 и 21 Закона Российской Федерации от 21 июля 1993 года «О государственной тайне» в связи с жалобами граждан В.М. Гурджиянца, В.Н. Синцова, В.Н. Бугрова и А.К. Никитина указал:

«Из статьи 48 Конституции Российской Федерации следует право каждого на получение квалифицированной юридической помощи и право пользоваться помощью адвоката (защитника) на всех стадиях уголовного судопроизводства. В соответствии со ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, являющегося составной

⁸¹ Concluding observations of the Committee against Torture CHINA, (CAT/C/CHN/CO/4), 21 November 2008. // URL: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/CAT.C.CHN.CO.4.pdf>

⁸² Адвокат Мухтара Джакишева: Никаких государственных секретов в деле нет. Интернет портал Nur Kz, 17 февраля 2010 г. // URL: <http://news.nur.kz/143747.html>

частью правовой системы Российской Федерации, каждый при рассмотрении предъявленного ему обвинения вправе сноситься с выбранным им самим защитником и защищать себя через его посредство.

Поэтому отказ обвиняемому (подозреваемому) в приглашении выбранного им адвоката по мотивам отсутствия у последнего допуска к государственной тайне, а также предложение обвиняемому (подозреваемому) выбрать защитника из определенного круга адвокатов, имеющих такой допуск, обусловленные распространением положений ст. 21 Закона Российской Федерации «О государственной тайне» на сферу уголовного судопроизводства, неправомерно ограничивают конституционное право гражданина на получение квалифицированной юридической помощи и самостоятельный выбор защитника (статья 48 Конституции Российской Федерации, статья 14 Международного Пакта о гражданских и политических правах). Указанные конституционные права в силу статьи 56 (часть 3) Конституции Российской Федерации не могут быть ограничены ни при каких обстоятельствах».⁸³

В настоящее время в соответствии со ст. 21.1 Федерального Закона Российской Федерации «О государственной тайне» с изменениями от 6 октября 1997 г. адвокаты, участвующие в качестве защитников в уголовном судопроизводстве по делам, связанным со сведениями, составляющими государственную тайну, допускаются к такого рода сведениям без проведения проверочных мероприятий. Указанные лица предупреждаются о неразглашении государственной тайны, ставшей им известной в связи с исполнением ими своих полномочий, и о привлечении их к ответственности в случае ее разглашения, о чем с них берется соответствующая расписка. Сохранность государственной тайны в таких случаях гарантируется путем установления ответственности указанных лиц федеральным законом.⁸⁴

Очевидно, что близость правовых систем России и Казахстана, свидетельствует в пользу применения аналогичных способов решения проблемы допуска адвокатов к участию в делах, связанных с государственными секретами. Кроме того, российский опыт показал, что такой механизм регулирования данных правоотношений достаточно разумен и вполне эффективен.⁸⁵ Даже заместитель Генерального прокурора Республики Казахстан признал возможность его использования в нашем законодательстве.⁸⁶

В связи с проходящей в настоящее время работой по созданию нового УПК, имели место определенные надежды на то, что в проекте этот вопрос найдет свое разрешение. Однако, исходя из анализа ст. ст. 39 и 57 версии проекта УПК, опубликованной в открытых источниках на момент подготовки настоящего анализа, становится понятно, что пока никаких идей по поводу приведения отечественного законодательства в соответствие с действующими в этой области международными стандартами не предложено.

⁸³ Цит. по: Ежегодник Центра исследования правовой политики 2009. Алматы, 2010. С.603.

⁸⁴ Более подробно см.: Н.М. Кипнис. Правовое регулирование допуска адвокатов к участию в уголовных делах, в материалах которых содержатся сведения, составляющие государственную тайну (национальное законодательство и нормы международного права). Ежегодник Центра исследования правовой политики 2009. Алматы, 2010. С. 576-598.

⁸⁵ Некоторые представители адвокатуры поддерживают эту идею. Так, по мнению старшего партнера адвокатской конторы «Назханов & Партнеры» «...любой защитник должен получать допуск к делам с госсекретами, и для этого не нужно просить разрешения у КНБ, который выдает их или не выдает на основании каких-то внутренних инструкций. Ситуация с допусками противоречит Конституции, которая дает каждому гражданину право на получение квалифицированной юридической помощи, помощи от того защитника, с которым человек хочет сотрудничать. Пусть защитник дает подписку о неразглашении государственных секретов. Если он нарушит запрет - привлекайте его к ответственности...». Бизнесмены под прицелом УПК. Forbes Казахстан. 31 августа 2013 г. // URL: http://forbes.kz/process/expertise/biznes_-_pod_pritselom_upk

⁸⁶ См.: ИА Новости-Казахстан. 28.02.2013 г. Астана. Меркель считает российское решение проблемы допуска адвокатов к госсекретам приемлемым для РК // URL: <http://newskaz.ru/politics/20130228/4825104.html>

Попытки Министерства юстиции на практическом уровне урегулировать ситуацию,⁸⁷ также не снимают с повестки дня наиболее острых вопросов, касающихся соблюдения независимости адвокатов и гарантий их деятельности. Считаем, что такое положение вещей нуждается в скорейшем исправлении и надеемся, что сформулированные в настоящем анализе рекомендации будут приняты к сведению уполномоченными государственными органами.

Подводя итог вышеизложенному, допустимо предположить, что с одной стороны специфика правового статуса адвоката, по роду своей профессиональной деятельности вынужденного хранить адвокатскую тайну, не допускает как с юридической, так и с этической точки зрения возможность проведения в отношении него специальных проверочных мероприятий и ограничений в его перемещении и общении.

С другой стороны, безусловно, некие механизмы правовой и организационной ответственности адвоката за разглашение им сведений, содержащих государственные секреты, должны существовать. Учитывая, что в своей повседневной деятельности адвокаты, как правило, не нуждаются в постоянном допуске к государственным секретам и не сотрудничают с носителями такой информации, наложение на них обременений, предусмотренных ст. 205 УПК, а именно, получение от адвокатов подписки о неразглашении таких сведений, вполне достаточно для обеспечения необходимого режима секретности по уголовным делам.

В целях усиления гарантий надлежащего поведения адвокатов-носителей государственных секретов, считаем возможным усилить уголовную ответственность за разглашение ими таких сведений, дополнив соответствующую норму Уголовного кодекса Республики Казахстан необходимым квалифицирующим признаком (специальным субъектом).

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

Следует помнить, что практика ограничения обвиняемого в его общении с адвокатом прямо противоречит решениям Комитета ООН по правам человека. Так, в частности КПЧ постановил, что «все задержанные должны иметь немедленный доступ к адвокату».⁸⁸ Кроме этого, в Общих комментариях Комитета говорится, что «немедленный и регулярный доступ к

⁸⁷ Так, например, в письме Ответственного секретаря Министерства юстиции Республики Казахстан Бекетаева М. начальникам департаментов юстиции областей, направленном в АГКА заместителем начальника Департамента юстиции г. Алматы К. Базарбаевым 8 ноября 2012 г. (№ и-3789-12) // Доступно в Интернете по адресу: <http://www.agka.kz/navigation/cWaLM7RS.pdf>) признается факт того, что «...в настоящее время в действующем законодательстве отсутствует подробная регламентация порядка доступа адвокатов к государственным секретам, одновременно отсутствует и запрет на такие действия и решения». В письме описываются организационные нюансы оформления допуска адвокатов к секретным сведениям, однако, к сожалению, не решаются такие принципиальные проблемы, как устранение зависимости в этом вопросе адвокатуры от органов национальной безопасности, неприменения дискриминационных ограничений статуса адвокатов, запрета использования списков «адвокатов с допусками» и др. Отрадно, что Министерство юстиции прилагает усилия к урегулированию этого вопроса, но опасаемся, что без изменения самого законодательства, действия профильного ведомства в этом направлении все равно не будут в достаточной степени эффективными.

⁸⁸ См. Заключительные Выводы КПЧ: Грузия, UN Doc. CCPR/C/79/ Add/ 74, 9 апреля 1997г., пар. 28.

адвокату является для задержанного важной гарантией против пыток, неподобающего обращения, вынужденного признания и других злоупотреблений».⁸⁹

Сформулированный в статье 1 Конституции Республики Казахстан постулат о том, что человек, его жизнь, права и свободы являются высшей ценностью в нашей стране, предполагает решение вопроса о защите государственных секретов в уголовном процессе только на основе безусловного уважения таких фундаментальных стандартов справедливого уголовного процесса как право на квалифицированную юридическую помощь и защиту посредством адвоката по собственному выбору.

ВЫВОДЫ И РЕКОМЕНДАЦИИ:

1. Применяемые органами национальной безопасности ограничения в допуске адвокатов к делам, содержащим государственные секреты, не соответствуют законодательству Республики Казахстан и нормам ратифицированных нашей страной международных договоров. Эти ограничения не предусмотрены Конституцией, международным правом и УПК, носят дискриминационный, неправомерный характер, противоречат принципам независимости адвокатской профессии, адвокатской тайны и недопустимости вмешательства в законную деятельность адвокатов, нарушают такие фундаментальные права человека, как: право на защиту, право на получение квалифицированной юридической помощи и право на справедливое судебное разбирательство.
2. Практика применения в судопроизводстве списков адвокатов с допусками к государственным секретам и рекомендация этих адвокатов подозреваемым/обвиняемым по делам этой категории носит неправомерный и дискриминационный как по отношению к привлеченным к уголовной ответственности лицам, так и к адвокатам, характер.
3. Практика необоснованного и неограниченного конкретными законными рамками засекречивания всех материалов уголовных дел рассматриваемой категории препятствует полноценной реализации права обвиняемого иметь достаточные возможности для подготовки своей защиты и потому подлежит корректировке.
4. Для обеспечения права на защиту при помощи выбранного самим обвиняемым защитника по делам, связанным с государственными секретами, целесообразно использовать опыт, сформированный в Российской Федерации на основе Постановления № 8-П от 27 марта 1996 г. Конституционного Суда, в соответствии с которым в процессуальном законодательстве предусмотрена возможность вступления адвоката в дела этой категории после предоставления соответствующей подписки о неразглашении сведений, составляющих охраняемую законом тайну.
5. Предлагаем внести изменения, дополнения в уголовно-процессуальное законодательство примерно следующего содержания:

Статья ____ . Сохранение конфиденциальности и государственных секретов

1. **При наличии в материалах дела сведений, относящихся к государственным секретам или иной охраняемой законом тайне, адвокат дает письменное обязательство о неразглашении данных сведений и удостоверяет факт предупреждения его о предусмотренной законом ответственности за такое разглашение. Письменное обязательство отбирается органом ведущим**

⁸⁹ См. Общие комментарии КПЧ 20, пар. 11; Доклад Специального докладчика ООН по вопросам применения пыток, (E/CN/4/1992/17), 17 декабря 1991г., пар 28.

уголовный процесс в момент вручения адвокатом ордера на ведение уголовного дела.

- 2. Перечень и содержание документов, приобщенных к материалам дела и содержащих сведения, относящиеся к государственным секретам или иной охраняемой законом тайне, должен быть конкретно определен органом, ведущим уголовный процесс, о чем на каждой странице документа или на ином носителе такой информации должна быть сделана соответствующая отметка. Необоснованное засекречивание материалов уголовного дела, не содержащих охраняемую законом тайну, не допускается.**

Август 2012 г.

ШТЕЙНЕРТЕ Э.
*Ассоциированный исследователь
Центра реализации прав человека
Школы права Бристольского Университета (Великобритания),
член совета независимых экспертов при МИД Латвийской Республики
Магистр Права, PhD,*

Выполнение пункта 17 Замечаний Комитета ООН по правам человека по докладу Казахстана об исполнении Международного пакта о гражданских и политических правах⁹⁰

Введение

Настоящий отчет выполнен по просьбе Центра исследования правовой политики (LPRC) в Казахстане. Цель данного отчета заключается в исследовании некоторых вопросов, отмеченных Комитетом по правам человека ООН⁹¹ в его Заключительных комментариях к периодическому докладу о выполнении Казахстаном Международного Пакта о гражданских и политических правах (МПГПП) в 2011 году⁹². В частности, представляется необходимым изучить параграф 17 Заключительных комментариев, который звучит следующим образом:

«Комитет обеспокоен тем, что переполненность в следственных изоляторах и тюрьмах продолжает оставаться проблемой. Комитет также обеспокоен возросшим числом сообщений о случаях насилия среди заключенных, актах членовредительства и смертельных случаев в тюрьмах. Комитет отмечает усилия Государства-участника в строительстве новых тюремных сооружений, для улучшения условий содержания в тюрьмах (статья 6 и 10).

Государству-участнику следует принять срочные меры для решения проблемы переполненности в следственных изоляторах и тюрьмах, в том числе путем более широкого применения альтернативных форм наказания, таких, как электронный контроль, условно-досрочное освобождение и назначение общественных работ. Государству-участнику следует положить конец практике терпимого отношения к насилию среди заключенных и принять меры к устранению коренных причин членовредительства среди заключенных. В этой связи Государству-участнику следует обеспечивать, чтобы все случаи насилия среди заключенных и все смертные случаи тщательно расследовались, а виновные привлекались к ответственности и подвергались соответствующему наказанию. Кроме того, общественным наблюдательным комиссиям должна быть предоставлена возможность без предупреждения посещать с инспекцией все тюрьмы и следственные изоляторы.»

Основываясь на рекомендации КПЧ, настоящий отчет состоит из четырех тематических раздела: (1) переполненность; (2) насилие среди заключенных; (3) акты членовредительства и смертельные случаи в местах лишения свободы; и (4) общественный контроль над местами содержания под стражей. Каждый из этих разделов изучает конкретную проблему,

⁹⁰ Настоящий документ подготовлен Центром исследования правовой политики при поддержке NED. Мнения и взгляды, содержащиеся в документе, не отражают точку зрения NED.

⁹¹ Далее – КПЧ.

⁹² Рассмотрение отчетов, представленных Государством-участником согласно статье 40 МПГПП. Заключительные комментарии Комитета по правам человека. Казахстан. ООН Док. CCPR/C/KAZ/CO/1 (2011).

сложившуюся в Казахстане, дает обзор международных стандартов и практики разрешения подобных проблем. В конце отчета представлены некоторые рекомендации казахстанским властям для рассмотрения и разрешения указанных вопросов.

1. Переполненность

Согласно данным Международного центра тюремных исследований⁹³ по состоянию на 1 января 2013 года Казахстан занимал 35-ое место среди стран мира по количеству заключенных в 295 человек на 100 000 населения. За последние годы численность заключенных в Казахстане равномерно снижается, так, в 2010 году количество заключенных составляло 62 997 человек⁹⁴, тогда как в 2011 году эта цифра равнялась 55 552⁹⁵. Очевидно, что за последние несколько лет тюремное население в Казахстане уменьшилось приблизительно на 7000 человек в год, что само по себе является положительной динамикой. Тем не менее, индекс тюремного населения в 295 человек в 2013 году все еще выше, чем в соседних странах: в Кыргызстане индекс составляет 181 человек, а в Узбекистане – 130; и на самом деле, в целом Азиатском регионе Казахстан занимает третье место среди стран с наибольшими индексами тюремного населения, уступая место только Тайланду и Мальдивам.⁹⁶

МЦТИ также отмечает, что официальная вместимость тюремной системы в Казахстане составляет 71 690 человек, т.е. при численности заключенных в 48 684 человек в 2013 году, уровень заполнения составил 67.9%.⁹⁷

На лицо тот факт, что данные не указывают на переполненность как на проблему в стране. Однако КПЧ выразил беспокойство по поводу переполненности.⁹⁸ Это кажущееся несоответствие объясняется двумя ключевыми факторами. Во-первых, в то время как проблема переполненности могла и не существовать, если была бы изучена вместимость всех тюрем в совокупности, но она все же может возникнуть при содержании лиц в отдельных помещениях, как описывается Специальным Докладчиком по пыткам⁹⁹ и национальными экспертами¹⁰⁰. Во-вторых, вместимость тюрем в разных странах измеряется различными способами, исходя из того, сколько места выделено для каждого заключенного национальным законодательством и инструкциями, а также другими документами. Кроме того, показатель переполненности не имеет четкого значения как индикатор условий содержания заключенных или серьезности проблем, с которыми они могут столкнуться. Таким образом, сравнение уровней переполненности может ввести в заблуждение, что объясняет оценку субъектов международного права.

⁹³ Далее – МЦТИ.

⁹⁴ Список стран по количеству заключенных, девятое издание, Международный центр тюремных исследований. URL: http://www.prisonstudies.org/sites/prisonstudies.org/files/resources/downloads/wppi_9.pdf

⁹⁵ Там же.

⁹⁶ Международный центр тюремных исследований. Азия (за исключением Ближнего Востока) – Индекс тюремного населения на 100 000 гражданского населения. URL: http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpb_stats.php?area=contasia&category=wb_poprate

⁹⁷ Международный центр тюремных исследований. Казахстан. URL: http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpb_country.php?country=98.

⁹⁸ Заключительные комментарии Комитета по правам человека. Казахстан. ООН Док. ССР/С/КАЗ/СО/1 (2011), в параграфе 17.

⁹⁹ Доклад Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания, Манфред Новак. Миссия в Казахстане. ООН Док А/НRC/13/39/Add.3 (2009); Приложение, параграфы 13 и 69.

¹⁰⁰ Отчет О результатах мониторинга мест содержания под стражей ОФ «Хартия за права человека» в городах Алматы, Актобе, Актау, Шымкент и Тараз за февраль 2012 года. URL: http://www.bureau.kz/data.php?n_id=4196&l=ru

Казахстан не единственная страна в мире, столкнувшаяся с проблемой переполненности. Число заключенных выросло в 78%-ах стран с 2008 по 2011 годы, и в 71%-те стран за предыдущие два года.¹⁰¹ Действительно, подсчитано, что в мае 2011 года более 10.1 миллионов человек, включая приговоренных к лишению свободы и заключенных под стражу до суда, удерживались в исправительных учреждениях по всему миру, то есть 146 человек на каждые 100 000 человек в мире были на тот момент в тюрьме.¹⁰²

Несмотря на отсутствие определенного стандарта, принятого на международном уровне и касающегося требования минимального пространства для каждого заключенного, существуют некоторые руководящие принципы по данному вопросу. Правило 10 Минимальных стандартных правил ООН обращения с заключенными (1957 год) гласит:

«помещения, которыми пользуются заключенные, особенно все спальные помещения, должны отвечать всем санитарным требованиям, причем должное внимание следует обращать на климатические условия, особенно на кубатуру этих помещений, на минимальную их площадь, на освещение, отопление и вентиляцию.»

В Комментарий к Правилу 18 Европейских пенитенциарных правил указывается, что Европейский Комитет по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания¹⁰³ считает минимальными требованиями для размещения заключенных в многоместной камере – 4 кв.м. на человека и в одиночной камере – 6 кв.м на человека. В Комментарий отмечается, что хотя ЕКПП еще ни разу не определял напрямую такую норму, имеющиеся сведения указывают на то, что в качестве желательного размера камеры на одного заключенного будет избрано 9 -10 кв.м.¹⁰⁴

Международным Комитетом Красного Креста¹⁰⁵ также были разработаны технические нормативы относительно требований к площади¹⁰⁶, и следует отметить, что МККК не устанавливает минимальные стандарты, но вместо этого устанавливает рекомендуемые технические требования, которые предусматривают 1,6 кв.м. для помещения для сна и 1,2 кв.м. для туалета и душа. Полные технические требования следующие:

- 5,4 кв.м. на человека в одиночной камере.
- 3,4 кв.м. на человека в многоместной или общей камере, в том числе, где используют двухъярусные кровати.

Важно, что устанавливая данные технические требования, МККК ясно заявляет, что соответствующая площадь не может быть оценена лишь простым измерением площади. Применение данных технических требований зависит от конкретной ситуации в определенном контексте, и такими факторами, относящимися к данному месту задержания, являются:¹⁰⁷

- состояние здания;
- количество времени, проводимое заключенными в помещении для сна;
- количество людей в данном помещении;

¹⁰¹ Список стран по количеству заключенных, девятое издание, Международный центр тюремных исследований. URL: http://www.prisonstudies.org/sites/prisonstudies.org/files/resources/downloads/wppl_9.pdf

¹⁰² Там же.

¹⁰³ Далее – ЕКПП.

¹⁰⁴ Комментарий к Правилу 18 Европейских Пенитенциарных правил (2006). URL: <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/E%20commentary%20to%20the%20EPR.pdf>

¹⁰⁵ Далее – МККК.

¹⁰⁶ МККК. Водоснабжение, санитария, гигиена и жилищные условия в тюрьмах (2005) и МККК. Водоснабжение, санитария, гигиена и жилищные условия в тюрьмах. Дополнительное руководство, 2012.

¹⁰⁷ МККК. Водоснабжение, санитария, гигиена и жилищные условия в тюрьмах. Дополнительное руководство, 2012; стр. 34.

- частота и масштаб возможностей для занятия физическими упражнениями, работой и вовлечения в другие виды деятельности вне помещения камеры;
- вентиляция и освещение;
- другие виды деятельности, выполняемые в помещении камеры (например, приготовление пищи, мытье/стирка, сушка);
- сооружения и службы, имеющиеся в тюрьме;
- степень имеющегося контроля.

Это проясняет разнообразие факторов, имеющих прямое отношение к определению переполненности, что делает задачу подобного определения достаточно сложной.

Известно множество причин переполненности в тюрьмах, которые включают следующие:

- лежащие в основе социально-экономические и политические факторы;
- препятствия и отсрочка в доступе к правосудию;
- длительное содержание под стражей до суда;
- карательная политика уголовного судопроизводства;
- политика контроля за наркотиками;
- неуместное использование лишения свободы;
- недостаточное использование альтернатив лишению свободы;
- неэффективные меры для продвижения социальной реинтеграции;
- нарушения предписаний для условно-досрочного освобождения и probation;
- кризисная переполненность;
- несоответствующая тюремная инфраструктура и вместимость.

Равным образом, имеются различные способы решения вопроса переполненности, такие как:

- (a) развитие подходов, основанных на всесторонних доказательствах, и получение общественной поддержки;
- (b) сокращение применения лишения свободы и развитие политики вынесения справедливого приговора;
- (c) повышение эффективности системы уголовного правосудия;
- (d) улучшение доступа к юридической помощи и бесплатной правовой помощи;
- (e) сокращение сроков содержания под стражей до суда;
- (f) более широкое применение альтернатив лишению свободы;
- (g) помощь в социальной реинтеграции и сокращение рецидива преступлений;
- (h) управление вместимостью тюрем.

Чтобы осуществить эффективное сокращение переполненности тюрем, властям необходимо разработать краткосрочные, среднесрочные и долгосрочные стратегии, а для их выполнения – крайне важно выполнить первоначальную всестороннюю оценку ситуации. Подобная оценка может касаться обзора уголовного законодательства, работы системы уголовного правосудия и имеющихся в ней проблем, применения досудебного заключения под стражу, реализации правоприменительной практики, политики и тенденций вынесения приговоров, внедрения мер и санкций, не связанных с лишением свободы, степени переполненности в тюрьмах, категории заключенных, тенденции показателей тюремного населения, услуг доступных в сообществе для применения мер и санкций, не связанных с лишением свободы, сотрудничества между общественными службами и властями в сфере уголовного правосудия, доступа к бесплатной правовой помощи.

По имеющимся у автора данным, в Казахстане такого рода оценок проведено не было, хотя Концепция нового проекта Уголовно-исполнительного кодекса¹⁰⁸ содержит некоторые ее элементы. В равной степени, анализ ситуации представлен в Национальном плане по правам человека за 2009 – 2012 годы. К сожалению, отсутствует всесторонний анализ

¹⁰⁸ Далее – УИК.

тюремной системы и существующих трудностей, в связи с чем любые реформы, выполняемые сейчас властями, не могут быть должным образом обоснованы и не могут быть наиболее приемлемыми для решения существующих проблем.

1.1 Краткосрочные стратегии. Существует множество непосредственных мер, которые можно принять во внимание для немедленного решения проблемы переполненности. К ним относятся: амнистия, освобождение по гуманным соображениям и использование государственных механизмов помилования, рассмотрение законности задержания. Следует подчеркнуть, что все эти меры должны быть выполнены только при соблюдении необходимых гарантий и соответствующих международных норм. Например, существуют различные преступления, для которых амнистии не допустимы в соответствии с международным правом (например, военные преступления или преступления против человечества). По этому поводу национальный эксперт г-н Рахимбердин отмечает, что в 2011 – 2012 годах посредством применения амнистий были освобождены 2511 заключенных, а судебные приговоры были смягчены в отношении еще 665 человек.¹⁰⁹ Такая практика приветствуется и ее следует поддерживать. Однако, как указывает г-н Рахимбердин, существует множество трудностей с институтом амнистии в Казахстане. Он утверждает, что надлежащая имплементация амнистий должна включать не только освобождение заключенных, но и создание условий для их обустройства в обществе, которые в настоящее время в стране отсутствуют.¹¹⁰ Это решающее направление, по которому следует двигаться казахстанским властям, чтобы амнистии стали эффективными.

1.2. От краткосрочных к среднесрочным стратегиям. Следует сконцентрироваться на мерах, нацеленных на укрепление сотрудничества между органами уголовного правосудия, которые должны устранить причины задержек в процессе уголовного судопроизводства таким образом, чтобы отсрочки по делам решались на систематической основе, а давление на тюремную систему уменьшалось.

Также существует необходимость в упрощении и ускорении уголовного процесса, уделяя внимание преобразованию уголовного процессуального законодательства и сокращению любых бюрократических проволочек, которые приводят к чрезмерным задержкам. Следует тщательно изучить меры по сокращению злоупотреблений предварительным заключением под стражу. Также необходимо рассмотреть пути увеличения прозрачности и ответственности в тюрьмах; так, внутренние тюремные инспекции могут быть использованы в качестве возможности оценить степень переполненности в отдельных тюрьмах и их вероятные причины и изучить способы их решения.

Представляется необходимым рассмотреть функционирование системы правовой помощи в стране и способы увеличения ее эффективности посредством таких мер, как увеличение финансирования, дальнейшее разнообразие предоставления правовой помощи и укрепление сотрудничества с негосударственными субъектами оказания правовой помощи.

Наконец, жизненно важно вводить альтернативы тюремному заключению и улучшать их применение. С этой целью необходимо пересмотреть законодательство и правоприменительную практику, чтобы сокращать количество незаконных арестов, увеличить возможности для вывода подходящих дел из сферы уголовного правосудия, в некоторых случаях запретить использование досудебного заключения под стражу и в иных случаях отказаться от обязательного предварительного заключения под стражу, укрепить возможности применения альтернатив тюремному заключению помимо освобождения под залог. Следует отметить, что освобождение под залог применяется относительно редко, что также следует принять во внимание. Также может быть пересмотрено законодательство с целью обеспечения содержания в нем широкого перечня санкций, не связанных с лишением

¹⁰⁹ Рахимбердин К., *Экспертный обзор по выполнению Национального плана по правам человека в Республике Казахстан в 2009-2011 годах* (июнь 2012 года); стр. 2.

¹¹⁰ Там же, стр. 3.

свободы, подходящих для различных типов правонарушений и применимых при конкретных обстоятельствах. В тоже время важно, чтобы вводимые меры поощряли суды применять наказания, не связанные с лишением свободы, за совершение специфических правонарушений или вместо наказаний, связанных с отбыванием коротких сроков в тюрьмах, принимая во внимание смягчающие обстоятельства, потребности и обстоятельства правонарушителей.

Лишение свободы – это наиболее распространенный вид наказания, применяемый в Казахстане. Например, в 2009 году было вынесено 39 391 обвинительных приговоров, 18 788 из них с отбыванием тюремного заключения; в 2010 году было вынесено 31 968 обвинительных приговоров, 12 030 из которых с отбыванием тюремного заключения.¹¹¹ Это означает, что почти половина всех обвинительных приговоров влечет за собой лишение свободы, что является относительно высоким показателем.

Существуют альтернативы лишению свободы, но видимо, они сравнительно недостаточно применяются; так, в 2009 году было наложено 1 764 штрафа и вынесено 1 212 приговоров с назначением общественных работ, а в 2010 году эти значения составили 1 643 и 1 864 соответственно.¹¹² Национальный эксперт г-н Саламатов утверждает, что по состоянию на 1 января 2010 года к общественным работам были приговорены только 0.68% от всех осужденных, а по состоянию на 1 января 2011 года это число составило 0.92%, в 2012 году – 0.27%.¹¹³ Он также отмечает, что статистика по лишению свободы как форме наказания показала, что по состоянию на 1 июля 2012 года она была применена в 78.1% случаев по сравнению, в среднем, с 10% случаев в большинстве Европейских странах.¹¹⁴ В своем анализе о редком применении такой альтернативы лишению свободы как общественные работы, он указывает на некоторые проблемы, которые делают их довольно тяжелыми и обременительными для работодателя, который, помимо того, что испытывает финансовый ущерб, принимая на работу приговоренных к общественным работам людей, еще и берет на себя роль надсмотрщика за правонарушителем.¹¹⁵

Следует отметить, что Казахстан ввел систему probation, что достойно похвалы. Однако, важно, чтобы эта система была должным образом имплементирована, так чтобы на законодательном уровне было обеспечено участие социальных служб, что в настоящее время отсутствует в Казахстане.¹¹⁶

Как отмечает Центр исследования правовой политики в своем обширном исследовании о сокращении переполненности в Казахстане и альтернативах лишению свободы¹¹⁷, существуют многочисленные способы дальнейшего развития и укрепления альтернатив лишению свободы в стране. Они особо рекомендуются национальными экспертами¹¹⁸ и находят свое подтверждение в настоящем отчете.

1.3. Долгосрочные стратегии. Представляется целесообразным выполнить тщательный обзор и пересмотр законодательства в области уголовного правосудия, который может

¹¹¹ Центр исследования правовой политики «Сокращение тюремного населения в Казахстане» (2011), Алматы, с. 89 и 97.

¹¹² Там же, на стр. 97.

¹¹³ Саламатов Е.А. *Экспертное заключение на Концепцию проекта Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан (новая редакция)* на стр.3.

¹¹⁴ Там же, на стр. 9.

¹¹⁵ Там же, на стр. 4-5.

¹¹⁶ Рахимбердин К., *Экспертный обзор по выполнению Национального плана по правам человека в Республике Казахстан в 2009-2011 годах* (июнь 2012 года), на стр. 4.

¹¹⁷ Центр исследования правовой политики «Сокращение тюремного населения в Казахстане» (2011), Алматы.

¹¹⁸ Рахимбердин К., *Экспертный обзор по выполнению Национального плана по правам человека в Республике Казахстан в 2009-2011 годах* (июнь 2012 года), на стр. 9, Рекомендация № 16; См.сноску 19.

заключаться в применении таких мер как декриминализация определенных преступлений, увеличение возраста уголовной ответственности для детей и развитие системы ювенальной юстиции, нацеленной на сокращение воспитательных колоний для несовершеннолетних, сокращение сроков наказания, обзор и сокращение количества преступлений, влекущих пожизненное лишение свободы, полная или частичная отмена законов об обязательном назначении минимальных сроков наказания, внедрение наказаний, не связанных с лишением свободы и других разнообразных схем, дающих судьям больше свободы действий, пересмотр подходов к нарко-контролю и их улучшение с целью сокращения количества заключенных несовершеннолетних правонарушителей.

Представляется необходимым принять меры по повышению эффективности системы уголовного правосудия, создавая правовые возможности для субъектов уголовного судопроизводства, рассматривая и пересматривая процедуры и методы отбора кадров, критерии оценки работы, и предоставляя соответствующее финансирование для администрирования уголовного правосудия.

Важно предпринять меры для предоставления соответствующих данных в сфере уголовного правосудия на постоянной основе для содействия развитию политики в этой области, в том числе создание и улучшение систем управления базой данных о заключенных. В равной степени, существует необходимость создания подобных данных в других соответствующих сферах правительственной ответственности, таких как социальное обеспечение, образование и здравоохранение для обеспечения развития всесторонней и целостной политики, нацеленной на сокращение факторов, способствующих социальному отчуждению и преступному поведению, и для сокращения заключенных в долгосрочной перспективе.

В заключении, следует отметить о необходимости внедрения мер по увеличению осведомленности среди общественности и получению общественной поддержки для проведения реформ.

2. Насилие среди заключенных

Специальный Докладчик ООН в своем отчете по итогам визита в Казахстан отметил следующее:

«Специальному докладчику стало известно, что иерархические отношения в среде заключенных являются наследием советского времени. Те, кто не подчиняется этой иерархии и действующим там «воровским законам», подвергаются насилию и дискриминации со стороны других заключенных с согласия, а иногда и с одобрения и при активном подстрекательстве представителей тюремной администрации. В результате, как утверждает, среди заключенных распространено насилие, в том числе сексуальное насилие (например, по отношению к так называемым «опущенным», которые являются изгоями в среде заключенных). Кроме того, в Казахстане существует два типа тюремных колоний: «черные» и «красные» зоны. В «красных» зонах руководство тюрьмы поддерживает порядок, используя одних заключенных для запугивания других. В «черных» зонах администрация просто передает задачу поддержания дисциплины в руки самих заключенных. И то и другое несовместимо с международными стандартами. Специальный докладчик напоминает, что насилие в среде заключенных может расцениваться как пытка или жестокое обращение в том случае, если государство не принимает достаточных мер для его предотвращения.»¹¹⁹

¹¹⁹ Доклад Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания, Манфред Новак. Миссия в Казахстане. ООН Док A/HRC/13/39/Add.3 (2009), в параграфе 28.

Местные неправительственные организации¹²⁰ (НПО) отмечают также, что:

«По данным общественно-наблюдательных комиссий заключенные часто жалуются не только на пытки/жестокое обращение со стороны тюремной администрации, но также и со стороны других заключенных. В Законе предусмотрено делегирование определенных функций группе заключенных, называемой “советом по правопорядку”, чтобы “помочь тюремной администрации обеспечить дисциплину и порядок” в учреждении. Такие заключенные имеют некоторые привилегии за сотрудничество с тюремной администрацией. В ходе кампании по членовредительству заключенные жаловались на избиения другими заключенными из числа состоящих в подобных советах наряду с тюремными охранниками».¹²¹

Подкомитет ООН по предотвращению пыток¹²² также указывает на наличие подобных организаций самоуправления заключенных во многих государствах-участниках, но утверждает, что это не освобождает государство от ответственности за заключенных и за их безопасность:

«(...)Не требует доказательства тот факт, что государство-участник постоянно несет ответственность за безопасность и благополучие всех заключенных; при этом недопустимо, когда официальные сотрудники не могут осуществлять действенный и эффективный контроль за ситуацией в отдельных тюремных блоках. (...)Подкомитет осознает, что такие системы самоуправления могут являться прямым или побочным следствием более общих проблем коррупции в системе уголовного правосудия, которые также заслуживают внимания. Кроме того, власти должны обеспечивать, чтобы обращение со всеми заключенными было одинаковым и чтобы преимущества, получаемые теми, кто наделен соответствующими обязанностями в области самоуправления, не выходили за рамки того, что реально необходимо для выполнения ими своих признанных и законных функций. Если такие системы существуют, они должны получать официальное признание, иметь четкий и транспарентный круг ведения и критерии отбора тех, на кого будет возложено выполнение внутренних обязанностей. За действиями таких лиц должен осуществляться тщательный контроль. Ни при каких обстоятельствах они не должны иметь возможности контролировать доступ к администрации мест содержания под стражей, включая доступ к медицинскому персоналу или к механизмам подачи и рассмотрения жалоб, или обладать какими-либо дисциплинарными полномочиями по отношению к другим заключенным.»¹²³

Таким образом, допуская существование подобных систем «самоуправления» заключенных, Казахстан на самом деле по умолчанию несет ответственность за их действия. Кроме того, до недавнего времени, одной из важнейших проблем было определение пыток в казахстанском законодательстве, которое не соответствовало международным стандартам и, в частности, статье 1 Конвенции ООН против пыток (КПП). Определение ограничивало уголовную ответственность к должностным лицам и не криминализировало пытки,

¹²⁰ Далее - НПО.

¹²¹ Доклад Неправительственных правозащитных организаций Казахстана в Комитет по правам человека о выполнении Республикой Казахстан Международного Пакта о гражданских и политических правах. Представлен на 102 сессии Комитета по правам человека 11-29 июля, Женева. Алматы, Июнь 2011 года; на стр. 14.

¹²² Далее – ППП.

¹²³ Подкомитет по предотвращению пыток. *Четвертый ежегодный доклад Подкомитета по предупреждению пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания*. ООН Док. CAT/C/46/2 (2011) в параграфе 57.

совершаемые каким-либо другим лицом, действующим в официальном качестве или лицами, действующими по подстрекательству или с ведома или молчаливого согласия государственных должностных лиц.¹²⁴ Таким образом, на практике это означало, что жестокое обращение, нанесенное другими заключенными, не могло повлечь наказание за пытки. В то время, когда на этот вопрос обратили внимание¹²⁵, определение пыток все еще далеко от международных стандартов, поскольку оно не относит пытки к физическому и моральному страданию, являющемуся результатом незаконных действий государственных должностных лиц. Кроме того, пытки как отдельное уголовно-правовое деяние не влечет соответствующее наказание, соразмерное с его тяжестью, как того требует Статья 4 (2) Конвенции против пыток.

В заключении следует упомянуть проблему, связанную с тем, что большинство тюрем в Казахстане были унаследованы с советских времен и являются, так называемыми, исправительными колониями. Под этим подразумевается расселение заключенных в сооружениях барачного типа, где вместе содержатся 50-100 заключенных. Как отмечают национальные эксперты, такой стиль размещения делает затруднительным, если не невозможным, обеспечение безопасности заключенных.¹²⁶ Следовательно, рекомендуется, и на самом деле в Пояснительной записке к новому проекту УИК уже отмечено, что правительство планирует отказаться от системы содержания заключенных в колониях, приспособив существующие объекты к тюрьмам с камерным типом расселения. Пока этот шаг *по существу* приветствуется национальными экспертами,¹²⁷ все же существуют опасения, что существующие постройки не могут быть легко преобразованы в тюрьмы камерного типа, учитывая их сегодняшнее состояние.¹²⁸ Поэтому представляется важным выполнение властями всесторонней оценки наиболее подходящих вариантов перехода, которые привели бы к результату соответствующему международным стандартам.

3. Членовредительство и смертельные случаи в заключении

Комитет по правам человека отмечает увеличение случаев членовредительства в местах заключения под стражу в Казахстане.¹²⁹ Действительно, Специальный Докладчик по вопросам пыток также отмечал, что членовредительство является актом протеста против жестокого обращения и указал, что конкретный инцидент членовредительства приводит

¹²⁴ Доклад Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания, Манфред Новак. Миссия в Казахстане. ООН Док A/HRC/13/39/Add.3 (2009), параграф 13.

¹²⁵ См.: Закон РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам дальнейшей гуманизации уголовного законодательства и усиления гарантий законности в уголовном процессе» от 18 января 2011 года; см. также: Отчет Специального докладчика по вопросам пыток и других жестоких, бесчеловечных и унижающих достоинство видов обращения и наказания, Джуан Е. Мендес. Дополнительное соглашение. Выполнение рекомендаций, данных в ходе визитов Специального докладчика в Китай, Данию, Экваториальную Гвинею, Грузию, Грецию, Индонезию, Ямайку, Иорданию, Казахстан, Монголию, Непал, Нигерию, Парагвай, Папуа-Новая Гвинея, Республику Молдова, Испанию, Шри-Ланку, Того, Уругвай и Узбекистан. ООН Док A/HRC/19/61/Add.3 (2012) на стр. 164, параграф 64.

¹²⁶ Саламатов Е.А. *Экспертное заключение на Концепцию проекта Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан (новая редакция)*, на стр. 7.

¹²⁷ Там же, на стр. 7; Рахимбердин К., *Экспертный обзор по выполнению Национального плана по правам человека в Республике Казахстан в 2009-2011 годах* (июнь 2012 года), Рекомендация № 12.

¹²⁸ Саламатов Е.А. *Экспертное заключение на Концепцию проекта Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан (новая редакция)*, на стр. 7.

¹²⁹ Рассмотрение отчетов, представленных Государством-участником согласно статье 40 МПГПП. Заключительные комментарии Комитета по правам человека. Казахстан. ООН Док. CCPR/C/KAZ/CO/1 (2011), параграф 17.

лишь к дальнейшей жестокости со стороны властей.¹³⁰ Национальные неправительственные организации также сообщают о случаях членовредительства и даже массового членовредительства, которое случилось в апреле 2007 года в знак протеста против отсутствия надлежащей доставки и независимого расследования жалоб заключенных.¹³¹ Вместе с этим, национальные НПО сообщают о выводах Общественных наблюдательных комиссий¹³², что причина массового членовредительства заключалась в выражении протеста против так называемого «самоуправления заключенных», которое на самом деле потворствует жестокому обращению среди заключенных.¹³³ Эти примеры указывают на наличие проблемы членовредительства в тюрьмах Казахстана.

Более того, членовредительство – это наказуемое преступление, таким образом, заключенные, нанеся себе увечья, могут быть водворены, например, в штрафной изолятор на 15 суток за нарушение правил внутреннего тюремного распорядка, которые запрещают совершать действия, подвергающие опасности жизнь и здоровье заключенного или других лиц.¹³⁴ Здесь следует отметить, что Конституционный Совет Республики Казахстан в своем постановлении разъяснил, что совершение актов членовредительства лицами, лишенными свободы, может являться формой выражения их протеста против жестокого обращения и условий содержания. Однако, на практике оно не имело большого эффекта, поскольку заключенные, нанеся себе вред, все еще подвергаются наказанию¹³⁵, что является не только контрпродуктивным и способствует обострению существующих обстоятельств, изначально повлекших членовредительство, но также является нарушением условий содержания со стороны властей. Следует помнить, что лица, лишенные свободы, находятся на попечении властей, которые несут ответственность за их благополучие. Пренебрегая первопричинами такого явления как членовредительство и наказывая за него, казахстанские власти не выполняют свои обязательства по отношению к лишенным свободы лицам.

Относительно смертельных случаев в заключении национальные НПО сообщают, что за первые шесть месяцев 2009 года было зарегистрировано 222 смертельных случая в тюрьмах, которые включают 33 самоубийства, 7 смертей от ВИЧ/СПИДА, 88 от туберкулеза и 94 в связи с другими проблемами со здоровьем. Однако НПО утверждают, что «нет никакого упоминания в правительственных отчетах о том, были ли расследованы случаи смертей в местах лишения свободы и каковы результаты этих расследований».¹³⁶ Отмечается, что Комитет по правам человека рекомендовал Казахстану «обеспечить, чтобы все случаи насилия среди заключенных и смертные случаи тщательно расследовались, а

¹³⁰ Доклад Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания, Манфред Новак. Миссия в Казахстане. ООН Док А/НRC/13/39/Add.3 (2009), Приложение, параграф 82.

¹³¹ Доклад Неправительственных правозащитных организаций Казахстана в Комитет по правам человека о выполнении Республикой Казахстан Международного Пакта о гражданских и политических правах. Представлен на 102 сессии Комитета по правам человека 11-29 июля, Женева. Алматы, Июнь 2011 года, на стр. 14.

¹³² Далее – ОНК.

¹³³ Доклад Неправительственных правозащитных организаций Казахстана в Комитет по правам человека о выполнении Республикой Казахстан Международного Пакта о гражданских и политических правах. Представлен на 102 сессии Комитета по правам человека 11-29 июля, Женева. Алматы, Июнь 2011 года, на стр. 14.

¹³⁴ Постановление 2к-212/2013 Кассационной судебной коллегии Костанайского областного суда, Дело 2-9364 от 17 апреля 2013 года. URL: http://www.bureau.kz/data.php?n_id=5808&l=ru

¹³⁵ Там же.

¹³⁶ Доклад Неправительственных правозащитных организаций Казахстана в Комитет по правам человека о выполнении Республикой Казахстан Международного Пакта о гражданских и политических правах. Представлен на 102 сессии Комитета по правам человека 11-29 июля, Женева. Алматы, Июнь 2011 года, на стр. 13.

виновные привлекались к ответственности и подвергались соответствующему наказанию.»¹³⁷

Членовредительство – явление, которое можно встретить и в других странах, но крайне важно помнить, что государство несет ответственность за безопасность и благополучие лиц в заключении. Это означает, что государство должно принимать меры для обеспечения этого обязательства. Так, например, в Объединенном Королевстве действует Инструкция о более безопасном заключении¹³⁸, изданная Министерством юстиции, которое, *среди прочего*, стремится выявить, налаживать общение и поддерживать осужденных и задержанных, которые подвержены риску нанесения вреда себе, другим и другими, а также сократить смертельные случаи в заключении.¹³⁹ Эта Инструкция предназначена для всего тюремного персонала и в деталях описывает меры, предпринимаемые персоналом для определения и поддержки тех, кто находится в группе риска. Следует отметить, что Инструкция соблюдается на практике в тюрьмах в Англии и Уэльсе, она является общественным документом и доступна любому. Таким образом, предпринимаемые властями меры для обращения с заключенными из группы риска, открыты общественности, т.е. любой, будь это механизмы независимого контроля или семьи заключенных, в состоянии убедиться в их применении на практике.

Инструкция основана на необходимости установить систему обращения и поддержки заключенных из группы риска нанесения вреда самому себе/или совершения самоубийства. Краеугольным компонентом системы выступает идея обмена информацией среди персонала, достигаемый при помощи отдельных процедур: Оценка, Условия содержания, Взаимодействие¹⁴⁰, которые представляют собой «гибкую систему по планированию условий заключения, сосредоточенную на заключенном, которая может снизить риск при ее эффективном применении».¹⁴¹ Главным образом, в Инструкции отмечено, что:

«Выявление заключенных из группы риска совершения самоубийства и/или причинения вреда себе и умение обращаться с ними - общая ответственность. Хорошие отношения между персоналом и заключенным играют существенную роль при снижении риска. Другими фундаментальными факторами для снижения риска являются регулярное участие в мероприятиях по вопросам режима, положительные отношения с семьей и другими заключенными, и направление для получения услуг специалиста в соответствующей области, такой как психическое здоровье».¹⁴²

Для решения многогранной проблемы членовредительства и суицидов в заключении также требуется комплексный подход с участием помимо тюремного персонала и других специалистов.

На практике форма ОУСВ составляется в отношении любого заключенного, который, как считают, подвержен риску нанесения себе вреда и/или совершения самоубийства. Она может быть инициирована любым членом персонала, будь то сотрудники тюрьмы или работники системы здравоохранения или даже члены общественного контроля, например,

¹³⁷ Рассмотрение отчетов, представленных Государством-участником согласно статье 40 МПГПП. Заключительные комментарии Комитета по правам человека. Казахстан. ООН Док. ССРР/С/КАЗ/СО/1 (2011), параграф 17.

¹³⁸ Министерство юстиции *Обращение с заключенными в группе риска нанесения вреда себе, другим и от других (Безопасное заключение)* PSI 64/2011 (обновленный) от 17 февраля 2012 года. URL: <http://www.insidettime.org/info-rules-results.asp?rID=804>

¹³⁹ Там же, на стр. 2.

¹⁴⁰ Далее – ОУСВ.

¹⁴¹ Министерство юстиции *Обращение с заключенными в группе риска нанесения вреда себе, другим и от других (Безопасное заключение)* PSI 64/2011 (обновленный) от 17 февраля 2012 года. URL: <http://www.insidettime.org/info-rules-results.asp?rID=804>, на стр.24.

¹⁴² Там же.

члены Независимых советов по мониторингу¹⁴³, закрепленных за каждой тюрьмой в Англии и Уэльсе. Открытие формы ОУСВ означает, что в сотрудничестве с рассматриваемым заключенным создается План незамедлительных действий¹⁴⁴ для обеспечения его/ее безопасности от нанесения вреда. Также вовлекается Отдел здравоохранения, План обычно включает такие меры, как беседы с и наблюдения за заключенным с определенной периодичностью. План следует «перемещать» вместе с заключенным в любое место, куда и откуда заключенный передвигается для работы или тренировок, чтобы гарантировать, что принимающий заключенного персонал осведомлен о статусе риска заключенного и в состоянии вносить постоянные данные в План ОУСВ. Принимающий персонал также должен обеспечивать проведение наблюдений и бесед так часто, как того требует План, о чем должно быть записано в ОУСВ. Длительная потребность в ОУСВ рассматривается в регулярных обзорах по делам, и даже когда ОУСВ завершается, интервью с рассматриваемым заключенным следует проводить не позже 7 дней после завершения плана для обеспечения его/ее длительной безопасности.

В дополнение к ОУСВ, Инструкция также требует принятие таких дальнейших мер, как управление рисками при делении камеры, и при необходимости, например, помещать заключенных из группы риска в безопасные камеры, разработанные не только для минимизирования точек соединения, но и создания более нормализующей обстановки.¹⁴⁵ Существуют также конкретные нормы обращения с заключенными, которые находятся в непосредственном риске совершения самоубийства или нанесения смертельного вреда себе. К ним относится использование системы видео-слежения (ССТV¹⁴⁶) и постоянное наблюдение со стороны сотрудника, обеспечивающего соответствующую степень поддержки, чтобы снизить риск самоубийства или потенциально смертельного вреда.¹⁴⁷

Инструкция также занимается проблемами обращения с заключенными, которые отказываются от приема еды и/или жидкостей и медицинской помощи;¹⁴⁸ обращения с заключенными, которые неизлечимо больны;¹⁴⁹ обращения с жестокими заключенными¹⁵⁰ и с заключенными со сложным поведением, которые являются столь сложными и деструктивными, что с ними невозможно обращаться в условиях нормального режима заключения.¹⁵¹

Наконец, Инструкция детально описывает необходимые действия после смерти в заключении. Прежде всего, требуется быстрое и точное сообщение о смертельном случае, в том числе соответствующее уведомление близких членов семьи. После этого проводится быстрое расследование причин смерти, сотрудники обязаны сотрудничать со следователями самым тесным образом, а также с представителями полиции, Омбудсмана по тюрьмам и пробации, при необходимости – Инспекции по охране здоровья и безопасности, а также проводится дознание коронера.¹⁵² Следует отметить, что как правило, каждую смерть в заключении рассматривают в полиции как подозрительную.

Омбудсмен по тюрьмам и пробации¹⁵³ (ОПП) расследует все смертельные случаи в тюрьмах и учреждениях для несовершеннолетних преступников. Офис Омбудсмана оперативно

¹⁴³ Далее – НСМ.

¹⁴⁴ Далее – ПНД.

¹⁴⁵ Министерство юстиции *Обращение с заключенными в группе риска нанесения вреда себе, другим и от других (Безопасное заключение)* PSI 64/2011 (обновленный) от 17 февраля 2012 года. URL: <http://www.insidetime.org/info-rules-results.asp?rID=804>, на стр. 28.

¹⁴⁶ Там же, на стр. 33.

¹⁴⁷ Там же, на стр. 31.

¹⁴⁸ Там же, на стр. 48.

¹⁴⁹ Там же, на стр. 50.

¹⁵⁰ Там же, на стр. 35.

¹⁵¹ Там же, на стр. 42.

¹⁵² Там же, на стр. 53.

¹⁵³ Далее – ОПП.

независим от Министерства юстиции, хотя и финансируется им; ОПП отчитывается Государственному секретарю¹⁵⁴. Расследование ОПП о смерти в заключении¹⁵⁵ выполняется назначенным следователем, который ведет расследование, и офицером по связям с семьей, который сотрудничает с семьей погибшего. Следователь узнает как можно больше о том, что происходило с человеком до его смерти. То есть, исследует все соответствующие документы и полисы, интервьюирует соответствующий персонал и заключенных, а при необходимости, жителей. После окончания расследования представляется отчет, который обрисовывает результаты расследования. Он может также рекомендовать произвести изменения для улучшения в будущем качества обращения в данной тюрьме, утвержденном помещении или центре временного содержания нелегальных иммигрантов. Итоговый отчет направляется семье погибшего и на службу. Он также посылается коронеру, который проводит дознание, чтобы установить, как человек погиб. Отчеты также публикуются на веб-сайте ОПП, хотя все имена из отчета удаляются, чтобы никого не могли узнать.¹⁵⁶

Система решения проблем, связанных с членовредительством и смертельными случаями в заключении, описанная на примере Англии и Уэльса является, конечно, лишь одним примером того, как одно государство решает эти сложные вопросы. Однако, важно, что система существует, она четко изложена и соблюдается на практике, система – прозрачна. Последняя характеристика особенно важна, так Инструкция – документ доступный общественности, позволяет всем заинтересованным лицам, будь то гражданское общество, механизмы контроля или семьи заключенных, установить осуществляются ли меры на практике и насколько они эффективны. Это ключевые характеристики, которые казахстанским властям следует обеспечить при работе над системой, которую будут применять в стране.

4. Общественный контроль мест содержания под стражей

Комитет по правам человека в параграфе 17 Заключительных комментариев относительно Казахстана в заключительной рекомендации призвал обеспечить общественный контроль мест лишения свободы. По этому вопросу Комитет по правам человека особо упомянул Общественные наблюдательные комиссии (ОНК).

ОНК были учреждены законодательными поправками от 29 декабря 2004 года¹⁵⁷, их существование также закреплено статьей 50 Закона О порядке и условиях содержания в местах лишения свободы¹⁵⁸, и таким образом, они «закреплены» в базовом законодательстве Казахстана. Однако, детали создания этих Комиссий, так же как и детали их деятельности изложены в Постановлении Правительства,¹⁵⁹ которое согласно Статье 1 Закона о нормативно-правовых актах¹⁶⁰ не рассматривается как законодательный акт в стране. Таким образом, аспекты деятельности ОНК регулируются исполнительной властью, что дает повод засомневаться в независимости этих органов. Национальные эксперты

¹⁵⁴ ОПП «Положение об обязанностях». URL: <http://www.ppo.gov.uk/terms-of-reference.html>

¹⁵⁵ ОПП «Как мы расследуем смертельные случаи». URL: <http://www.ppo.gov.uk/how-we-investigate-fatal-incidents.html>

¹⁵⁶ Подобные анонимные отчеты о смертельных случаях в тюрьмах могут быть найдены на <http://www.ppo.gov.uk/prison-investigations.html> (дата доступа 12 августа 2013 года).

¹⁵⁷ Закон «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам органов юстиции» от 29 декабря 2004 г. № 25-III.

¹⁵⁸ Закон Республики Казахстан от 30 марта 1999 года № 353-І О порядке и условиях содержания лиц в специальных учреждениях, обеспечивающих временную изоляцию от общества.

¹⁵⁹ Постановление Правительства Республики Казахстан от 24 июня 2011 года № 702 Об утверждении Правил образования общественных наблюдательных комиссий областей, городов республиканского значения и столицы для осуществления общественного контроля в специальных учреждениях.

¹⁶⁰ Закон Республики Казахстан от 24 марта 1998 года № 213-І О нормативных правовых актах Республики Казахстан.

отмечают это как недостаток и подчеркивают зависимость ОНК от властей.¹⁶¹ В завершении следует сказать о новом законопроекте Об общественном контроле за соблюдением прав человека в местах содержания под стражей, который должен обсуждаться законодательным органом в сентябре 2013 года.¹⁶² Большие надежды возлагаются на то, что этот проект обеспечит необходимую степень независимости ОНК от исполнительных органов власти.

В стране создано 15 общественных наблюдательных комиссий, что считается недостаточным, учитывая большие размеры страны, число мест лишения свободы и отдаленность нескольких таких учреждений.¹⁶³ Кроме того, национальные НПО сообщают о последней тенденции, свидетельствующей о том, что тюремные администрации часто отказывают в доступе в тюрьмы общественным наблюдательным комиссиям под различными предлогами.¹⁶⁴ В то же время, ОНК испытывают недостаток в одном из ключевых полномочий, гарантирующих строгий общественный контроль над местами лишения свободы, а именно, в полномочии наносить внезапные визиты.¹⁶⁵ В связи с чем, неудивительно, что национальные НПО отмечают, что общественный контроль мест заключения под стражу нуждается в решительном улучшении,¹⁶⁶ это рекомендация особо поддерживается в настоящем отчете.

Положительным шагом отмечено разрешение общаться представителям традиционных религиозных вероисповедания с заключенными с целью предложения им религиозной поддержки.¹⁶⁷ В свете этого недавнее решение, принятое казахстанскими властями о закрытии молельных комнат в исправительных учреждениях, подвергается критике как прямо противоречащее и, на самом деле, препятствующее религиозным организациям во взаимодействии с заключенными.¹⁶⁸ Следует отметить, что религиозные организации также играют важную роль в обеспечении прозрачности в местах лишения свободы и должны рассматриваться как составляющая часть общественного контроля мест лишения свободы.

¹⁶¹ Рахимбердин К., *Экспертный обзор по выполнению Национального плана по правам человека в Республике Казахстан в 2009-2011 годах* (июнь 2012 года), на стр. 5; ОБЗОР выполнения рекомендаций Национального плана действий в области прав человека за 2009-2012 годы, на стр. 21; Евгений Жовтис *Итоги замечаний на Международной конференции "ОПКАТ в регионе ОБСЕ: значение и осуществление"* Презентация на конференции *ОПАСТ в регионе ОБСЕ: значение и реализация?*, Прага, Чешская Республика, 25-16 ноября 2008 года; URL: <http://www.bris.ac.uk/law/research/centres-themes/opcat/law/research/centres-themes/opcat/pragueseminar.html#docs>

¹⁶² Проект Закона Республики Казахстан «Об общественном контроле за соблюдением прав человека в местах принудительного содержания».

¹⁶³ Штейнерте Э., Справочный документ. Инвентаризация существующих механизмов мониторинга в Казахстане и их соответствие стандартам ОПКАТ по Международным предупредительным механизмам (2009). URL: <http://www.bristol.ac.uk/law/research/centres-themes/opcat/index.html>

¹⁶⁴ Доклад Неправительственных правозащитных организаций Казахстана в Комитет по правам человека о выполнении Республикой Казахстан Международного Пакта о гражданских и политических правах. Представлен на 102 сессии Комитета по правам человека 11-29 июля, Женева. Алматы, Июнь 2011 года, на стр. 13.

¹⁶⁵ Рахимбердин К., *Экспертный обзор по выполнению Национального плана по правам человека в Республике Казахстан в 2009-2011 годах* (июнь 2012 года), на стр. 5; ОБЗОР выполнения рекомендаций Национального плана действий в области прав человека за 2009-2012 годы, на стр. 21.

¹⁶⁶ Доклад Неправительственных правозащитных организаций Казахстана в Комитет по правам человека о выполнении Республикой Казахстан Международного Пакта о гражданских и политических правах. Представлен на 102 сессии Комитета по правам человека 11-29 июля, Женева. Алматы, Июнь 2011 года, на стр. 13.

¹⁶⁷ Рахимбердин К., *Экспертный обзор по выполнению Национального плана по правам человека в Республике Казахстан в 2009-2011 годах* (июнь 2012 года), на стр. 5.

¹⁶⁸ Там же.

Поэтому важно, чтобы казахстанские власти предоставили им беспрепятственный доступ в места лишения свободы и восстановили там молельные комнаты.¹⁶⁹

В заключении необходимо отметить прогресс, достигнутый в учреждении Национального превентивного механизма в Казахстане как того требуют обязательства, взятые страной при подписании Факультативного Протокола к Конвенции ООН против пыток¹⁷⁰. Казахстан подписал ФПКПП 25 сентября 2007 года и ратифицировал документ 22 октября 2008 года.¹⁷¹ Таким образом, страна должна была назначить НПМ к 22 октября 2009 года, как предписано Статьей 17 ФПКПП. Однако, Казахстан принял оговорку в соответствии со Статьей 24, которая предоставила отсрочку в назначении НПМ на три года, определив последний срок - 22 октября 2012 года. Необходимые законодательные поправки о НПМ были приняты в июле 2013 года¹⁷², что означает, что Казахстан *фактически* нарушил свои обязательства по ФПКПП, особенно учитывая тот факт, что принятие необходимого закона не означало его учреждения в действительности. Тем не менее, принятие законодательства о НПМ – это позитивное событие, и казахстанским властям необходимо выразить благодарность за расширенные консультации, сопровождавшие процесс разработки и принятия законодательства о НПМ.

Принятие поправок в законодательство, касающихся НПМ, было долгим и тяжелым процессом, все же завершившимся разработкой закона, который на первый взгляд соответствует ключевым положениям ФПКПП. Однако, существует несколько пунктов, которые должны быть тщательно выполнены, чтобы обеспечить соответствие основной сферы мандата НПМ требованиям ФПКПП. Одна из основных проблем с законом о НПМ заключается в том, что несмотря на многочисленные рекомендации,¹⁷³ казахстанские власти не приняли новый, отдельный закон о НПМ, а скорее решили внести множество законодательных поправок в действующее законодательство Казахстана. Это означает, что в настоящее время существуют поправки, принятые в 16 различных законодательных актах, что затрудняет установление четкой сферы компетенции мандата НПМ.¹⁷⁴

Кроме того, этот подход привел к потенциальному разногласию с одним из ключевых положений ФПКПП, Статья 4 которого излагает толкование понятия «лишение свободы». Данные положения вкратце описывают довольно широкое понимание «лишения свободы»,¹⁷⁵ то есть посещения в рамках НПМ должны быть разрешены не только в «традиционные» места, как тюрьмы и полицейские участки, но и в «нетрадиционные», как психиатрические учреждения и дома престарелых, например. Законодательные изменения,

¹⁶⁹ Это также рекомендация национальных экспертов. См.: Рахимбердин К., *Экспертный обзор по выполнению Национального плана по правам человека в Республике Казахстан в 2009-2011 годах* (июнь 2012 года), на стр.9; Рекомендация № 15.

¹⁷⁰ Далее – ФПКПП.

¹⁷¹ Сборники Международных договоров ООН. URL: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9-b&chapter=4&lang=en

¹⁷² Закон Республики Казахстан от 2 июля 2013 года № 111-V *О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам создания национального превентивного механизма, направленного на предупреждение пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания.*

¹⁷³ См., например, Центр по имплементации прав человека. Письмо - экспертное заключение членам Рабочей группы по проекту закона О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан касающихся учреждения национальных превентивных механизмов, направленных на предотвращение пыток и других бесчеловечных или унижающих видов обращения или наказания от 23 мая 2012 года; URL: <http://www.bristol.ac.uk/law/research/centres-themes/hric/expertadvicebyhric/kazakhstan.html>

¹⁷⁴ Миллер, А. «Экспертный обзор внедрения национального плана по правам человека Республики Казахстан на 2009-2012 годы государственными органами», на стр. 7.

¹⁷⁵ Для подробного обсуждения Статьи 4 ФПКПП смотрите: Центр по имплементации прав человека «Лишение свободы» согласно Статье 4 ФПКПП: сфера применения. Директивный документ (октябрь 2011 года). URL: <http://www.bristol.ac.uk/law/research/centres-themes/hric/policypapers.html>

внесенные в 16 действующих казахстанских законов, показали, что у НПМ будет доступ к тюрьмам, местам задержания для военнослужащих, СИЗО, учреждениям для несовершеннолетних преступников и разнообразным учреждениям здравоохранения, таким как психиатрические учреждения и центры лечения от наркотической зависимости и т.д. Однако, представляется, что поправки не коснулись, например, центров изоляции лиц, ищущих убежища и беженцев, и дома престарелых.

Помимо прочего, в Статье 4 ФПКПП указано, что посещения должны быть позволены во все места, 'где люди лишены или *могут быть* лишены свободы'¹⁷⁶. Это означает, что не только существующие места лишения свободы должны быть подвергнуты контролю НПМ, но и потенциальные места. Это особенно важно в контексте Казахстана, учитывая, что страна собирается выполнить сложную задачу преобразования ее тюрем в виде колоний и перехода к тюрьмам камерного типа содержания, повлечет за собой реорганизацию существующих мест и строительство новых помещений. Советы НПМ в этом процессе играли бы ключевую роль для обеспечения перехода должным образом и предотвращения любого жестокого обращения.

Наконец, новый закон о НПМ отошел от модели финансирования работы НПМ, предложенной ранее, а именно использования процедуры государственного социального заказа, подвергшейся критике как со стороны национальных,¹⁷⁷ так и международных¹⁷⁸ экспертов. Однако действующее законодательство лишь указывает, что компенсация расходов, понесенных членами НПМ, должна быть выплачена согласно процедуре, установленной Правительством. Следует отметить, что такой порядок должен разрешить необходимую степень финансовой независимости НПМ согласно Статье 18 ФПКПП и Парижских принципов¹⁷⁹, и будут приняты прямые положения о модели финансирования деятельности НПМ, как такового.¹⁸⁰

Следовательно, недавно принятое законодательство о НПМ кажется неполным в соответствии с ключевыми положениями ФПКПП в отношении основной компетенции мандата НПМ. Поэтому представляется особо важным, чтобы казахстанские власти продолжили работу над необходимой законодательной основой, за которой последует качественное ее выполнение.

Рекомендации

1. В то время когда происходят существенные положительные события в приведении национального законодательства Казахстана в соответствие с международными стандартами, исполнение законодательства оценивается международными и национальными экспертами как особо проблематичным. В связи с чем, казахстанским властям рекомендуется в качестве приоритета разработать детальные стратегии по выполнению обязательств для того, чтобы прийти к заметным результатам, предусмотренным выполняемыми законодательными реформами.

¹⁷⁶ Выделено автором.

¹⁷⁷ Миллер, А. «Экспертный обзор внедрения национального плана по правам человека Республики Казахстан на 2009-2012 годы государственными органами».

¹⁷⁸ См., например, Центр по имплементации прав человека. Письмо - экспертное заключение членам Рабочей группы по проекту закона О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан касающихся учреждения национальных превентивных механизмов, направленных на предотвращение пыток и других бесчеловечных или унижительных видов обращения или наказания от 23 мая 2012 года; URL: <http://www.bristol.ac.uk/law/research/centres-themes/hric/expertadvicebyhric/kazakhstan.html>

¹⁷⁹ UNGA Res 1992/54, Принципы, относящиеся к статусу и функционированию национальных институтов по защите и поощрению прав человека (парижские принципы), подписанные Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 48/134, 20 декабря 1993 года.

¹⁸⁰ Статья 18 (1) OPCAT.

2. Рекомендуется выполнить всесторонний анализ тюремной системы и ее проблем с тем, чтобы реформы, выполняемые властями в настоящее время, могли быть должным образом основаны и приспособлены решать трудности, выявленные с помощью такого анализа.
3. Определение пыток в казахстанском законодательстве все еще не соответствует международным стандартам и, в частности, Статье 1 Конвенции против пыток, так как оно не относится к физическому и моральному страданию, являющимся результатом незаконных действий государственных должностных лиц. Кроме того, пытки как отдельное преступление не влечет соответствующее наказание, соразмерное с его тяжестью, как требуется Статьей 4 (2) КПП. Рекомендуется привести в соответствие с международными стандартами определение пыток и наказаний, применимых за совершение пыток в казахстанском законодательстве.
4. Существует необходимость подробного изучения моделей перехода от исправительных колоний к учреждениям камерного типа и насколько простое преобразование существующих мест лишения свободы в помещения камерного типа соответствовало бы международным стандартам в области содержания заключенных. В связи с чем казахстанским властям рекомендуется выполнить анализ этих проблем, привлекая к участию в дискуссиях национальное гражданское общество. Кроме того, рекомендуется вовлекать в процесс этого перехода будущий НПМ для гарантирования должного его осуществления в целях предотвращения любой формы жестокости по отношению к лицам, лишенным свободы.
5. Рекомендуется уделить должное внимание правильному проведению амнистий, которые должны включать не только освобождение заключенных, но и создание условий для их обустройства в обществе.
6. Рекомендуется должным образом реализовывать институт пробации с тем, чтобы обеспечить участие социальных служб на законодательном уровне.
7. Рекомендуется изучить законодательство об альтернативах лишению свободы и провести исследование для установления причины низкого уровня применения альтернатив и их дальнейшего устранения, чтобы применять альтернативы тюремному заключению стало реально и возможно.
8. Рекомендуется срочно отменить систему или организации самоуправления среди заключенных и принять эффективные меры для полного устранения подобной практики в местах лишения свободы.
9. Рекомендуется сформулировать стратегию о предупреждении членовредительства и смертельных случаев в заключении и принять Руководство к действию или Инструкцию, которая изложила бы универсальный опыт для тюремного персонала о методах выявления, обращения и поддержки заключенных и задержанных, находящихся в группе риска по причинению вреда самим себе, другим и от других, и обеспечила бы ее эффективное применение на практике. Руководство или Инструкция должны быть ясными и доступными общественности с тем, чтобы заинтересованные стороны могли удостовериться в ее эффективной выполнении на практике.
10. Рекомендуется казахстанским властям обеспечить ОНК возможностью посещать места лишения свободы внезапно и предпринять эффективные меры для укрепления независимости ОНК от исполнительной власти посредством принятия отдельного закона об их деятельности. Властям следует гарантировать беспрепятственный доступ ОНК в места лишения свободы на практике.

11. Рекомендуется разрешить представителям религиозных организаций беспрепятственный доступ к местам лишения свободы и восстановить молельные комнаты.

12. В то время как принятие нового законодательства о создании Национального превентивного механизма (НПМ) в Казахстане заслуживает похвалы, властям рекомендуется продолжить свою работу над дальнейшими поправками в законодательство с тем, чтобы обеспечить соответствие компетенции мандата НПМ всем основным требованиям, изложенным в тексте ФПКПП и особенно относительно Статьи 4.

13. Рекомендуется привести в соответствие с требованиями Статьи 18 ФПКПП и Парижских Принципов как модель финансирования деятельности НПМ в целом, так и компенсации расходов отдельных ее членов, позволяющие НПМ иметь финансовую независимость.

Август 2013 г.

ПРИВЕТСТВЕННЫЕ ВЫСТУПЛЕНИЯ

РОГОВ И.И.
Председатель Конституционного Совета
Республики Казахстан

Доброе утро, уважаемые коллеги, дамы и господа!

Позвольте приветствовать участников настоящего форума и выразить благодарность его организаторам за приглашение.

Сегодняшняя конференция посвящена актуальной теме. С самого начала обретения независимости национальная правовая система Казахстана формировалась и совершенствуется с учетом общепризнанных норм и принципов международного права. Казахстан присоединился к основным универсальным международным соглашениям по правам человека, составляющих основу международного билля о правах человека. Это: международные конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации, о предупреждении преступления геноцида и наказания за него, против пыток и других жестоких, бесчеловечных и унижающих достоинство видов обращения и наказания, международные пакты о гражданских и политических правах, об экономических, социальных и культурных правах и многие другие. Их ратификация сопровождалась принятием комплекса мер, направленных на приведение текущего законодательства и правоприменительной практики в соответствие с международными нормами. Прошло уже несколько лет как наша Республика признала юрисдикцию Комитета ООН по правам человека, а с прошлого года она впервые стала членом Совета ООН по правам человека. Все эти факты свидетельствуют о серьезном отношении Казахстана к взятым на себя обязательствам и его бесспорных успехах в претворении в жизнь принципов верховенства права. В то же время мы никогда не забывали, что работы в таком формате налагает также огромную ответственность и предопределяет необходимость принятия дальнейших мер по совершенствованию нормативно-институциональной базы.

Настоящая конференция посвящена вопросам выполнения Казахстаном рекомендаций Комитета ООН по правам человека по вопросам уголовной политики и судебной системы. В последнее время этим вопросам уделяется внимание на самом высшем уровне. В прошлогоднем Послании Президента Республики Казахстан Н.А.Назарбаева «Стратегия «Казахстан – 2050» особо отмечено о необходимости принятия системных мер по повышению конкурентоспособности национальной правовой системы во всех ее базовых отраслях, как публичного, так и частного права, а в сфере уголовной политики – по дальнейшей гуманизации, в том числе декриминализации экономических правонарушений, совершенствованию антикоррупционного законодательства и др. В рамках модернизации правоохранительной системы и решения этих задач разработаны проекты новых редакций УК, УПК, УИК и КоАП. При этом были учтены прогрессивные положения действующих кодексов и практика их применения, достижения отечественной и зарубежной науки уголовного и уголовно-процессуального права, а также передовой зарубежный опыт и международные стандарты в области защиты прав и свобод человека и гражданина.

Сейчас эти проекты находятся на стадии внесения в Парламент. Думаю, что проводимая сегодня конференция будет полезной для разработчиков, депутатов Парламента и других заинтересованных лиц, поможет глубже осмыслить имеющиеся вопросы и наметить пути дальнейшего развития.

Желаю успешной работы. Благодарю за внимание!

Добрый день, уважаемые дамы и господа!

Прежде всего, хотел бы выразить признательность организаторам мероприятия за приглашение и приветствовать наших зарубежных гостей, ученых, депутатов Парламента, представителей государственных и общественных институтов, всех, кто изъявил желание принять участие в работе конференции.

Обсуждение вопросов, связанных с модернизацией базовых кодексов в уголовно-правовой сфере и перспективами реализации рекомендаций Комитета ООН по правам человека, очень важно для совершенствования правозащитной функции государства. В контексте строительства современной государственности для Казахстана принципиальное значение имеет то, что впервые в его истории в соответствии с Конституцией возникла публичная власть, ограниченная правами человека. О стремлении Казахстана к созданию действенного механизма защиты прав человека свидетельствует ратификация нашей страной основных международных документов в этой области.

В соответствии с обязательствами, вытекающими из Факультативного протокола к Конвенции ООН против пыток, принят Закон по вопросам создания национального превентивного механизма. В ноябре 2012 года подавляющим числом голосов Казахстан впервые был избран в Совет ООН по правам человека, что, несомненно, будет способствовать развитию правозащитной системы. Наша страна признала компетенцию 4-х комитетов ООН: по правам человека, против пыток, по ликвидации дискриминации в отношении женщин и против ликвидации расовой дискриминации. Казахстанцы получили возможность обращаться в эти авторитетные международные структуры, что свидетельствует о существенном расширении возможностей защиты их прав.

В Казахстане действуют десятки правозащитных организаций, в т.ч. международных, деятельность которых является важным фактором реализации общепризнанных стандартов в области прав человека. Положительную оценку экспертов получили доклады Комиссии по правам человека при Президенте РК за 2012 год, презентация которых прошла 19 сентября т.г. в МИДе.

Время – лучший судья. Сегодня является очевидным, что рыночные отношения сделали неизбежным формирование новой системы правопорядка, которая, в свою очередь, способствовала реализации конкурентного потенциала личности, общества и государства. Казахстан является одной из самых динамично развивающихся стран мира, позиционирующих себя в качестве правового государства.

Мы создали устойчивую и эффективную правоохранительную систему, существенно трансформировали правовое поле. Это позволило обеспечить правопорядок, отвечающий интересам народа, поддержавшего масштабные преобразования в стране. Однако со временем динамика реформирования экономики и темпы социальных преобразований стали заметно опережать изменения, происходившие в правоохранительной сфере. Об этом, в частности, говорил Глава государства в своем Послании народу в 2010 году.

Пути решения возникшей проблемы были определены в Указе Президента от 17 августа 2010 года № 1039 «О мерах по повышению эффективности правоохранительной деятельности и судебной системы в Республике Казахстан». В русле реализации данного Указа приняты 19 законов, ориентированных на внедрение новой модели правоохранительной деятельности, позволяющей расширить спектр институтов и инструментов защиты конституционных прав и законных интересов граждан.

Важными шагами на этом пути являются введение медиации, упрощение досудебного производства, разграничение подследственности, освобождение органов внутренних дел от несвойственных функций, усиление приоритетности профилактической работы и др. Декриминализация и гуманизация законодательства позволила значительно сократить количество людей, вовлеченных в орбиту уголовного преследования, а также уменьшить почти на четверть тюремное население страны. Установлению доверительных отношений с гражданами и усилению ориентации полиции на оказание услуг населению способствует проводимая поэтапно демилитаризация правоохранительных органов.

При всех правоохранительных органах созданы общественные советы, призванные осуществлять функции гражданского контроля и выступать в роли инструмента расширения взаимодействия с населением. Наведение порядка в сфере учетно-регистрационной дисциплины позволило вывести из тени более 200 тысяч ранее укрываемых преступлений. С 2012 года действует новая формула учета раскрываемости преступлений, используемая в европейских государствах, которая исключает мотивацию к их укрыванию.

В целях снижения административного давления на бизнес и более действенной защиты прав предпринимателей в органах прокуратуры созданы специализированные подразделения по надзору за применением законов о предпринимательстве.

Масштабная внеочередная аттестация сотрудников, проведенная в 2012 году, позволила существенно обновить персонал правоохранительных органов, включая руководящий состав. Одним словом, сделано немало, но это лишь начало большой работы, связанной с реализацией нового политического курса государства.

В Стратегии «Казахстан-2050», предложенной обществу Главой государства, важным приоритетом развития признана модернизация правоохранительной системы. В этой связи Правительству поручено принять системные меры по повышению конкурентоспособности национальной правовой системы, которая, по сути дела, находится на пороге кардинального обновления. Разработаны и в ближайшее время будут внесены в Парламент проекты 4-х новых кодексов: Уголовного; Уголовно-процессуального; Уголовно-исполнительного и об административных правонарушениях.

К примеру, предлагаемая модель досудебного производства будет способствовать более полному обеспечению прав участников процесса уже с момента регистрации заявлений. Существенно расширится судебный контроль, вводится должность следственного судьи. Предполагается отнести к исключительной компетенции суда ряд следственных действий, затрагивающих права и свободы граждан. Имплементируется институт «процессуального соглашения».

В уголовном законодательстве будут превалировать меры наказания, альтернативные лишению свободы.

В проекте УИК закрепляется правовое положение осужденных путем его приближения к международным стандартам обращения с заключенными.

Всей этой работе предшествовало всестороннее изучение лучшей мировой практики строительства и совершенствования правовых систем.

В целях реализации Стратегии «Казахстан-2050» разработан проект Государственной программы дальнейшей модернизации правоохранительной системы Республики Казахстан на 2014-2020 годы. На наш взгляд, принципиально важно, что целевыми индикаторами этой Программы являются уровень доверия граждан к правоохранительным органам, а также качество и своевременность предоставляемых ими

государственных услуг. В настоящее время разрабатываются критерии внешней оценки, включая изучение общественного мнения.

С точки зрения унификации подготовки кадров и более эффективного использования человеческого потенциала большое значение имеет универсализация полицейской деятельности. Первым шагом в этом направлении является упразднение Комитета дорожной полиции и передача его функций в административную полицию. По - прежнему будет уделяться большое внимание освобождению правоохранительных органов от несвойственных функций. К примеру, предполагается передать медицинское обслуживание лиц, осужденных к лишению свободы, и следственно-арестованных из ведения МВД в Министерство здравоохранения.

Важной задачей правоохранительных и иных госорганов является реализация инициативы Главы государства о формировании в обществе нулевой терпимости к правонарушениям. Для этого нам придется внести существенные коррективы в работу по профилактике правонарушений на основе усиления ее аналитической составляющей, информационной работы, направленной на повышение правовой культуры населения, и тесного взаимодействия с институтами гражданского общества.

Усилению роли населения в принятии управленческих решений по вопросам, касающимся прав и интересов граждан, безусловно, будет способствовать новая правовая основа деятельности органов местного самоуправления.

Еще одним приоритетом нашей работы является подготовка новой антикоррупционной стратегии, которая позволит объединить усилия государства и общества в искоренении этого зла, что является важным условием достижения целей Стратегии-2050. Кроме того, разработан и реализуется комплексный план противодействия теневой экономике.

Завершая свое выступление, хочу особо подчеркнуть, что в качестве действенного инструмента реализации Программы мы рассматриваем новую концепцию кадровой политики. Как вы знаете, уже создана Комиссия при Президенте РК по вопросам кадровой политики в правоохранительных органах. Начата работа по формированию Президентского резерва руководителей правоохранительных и специальных органов. Большое внимание уделяется проблеме отбора кадров на основе современных технологий работы с персоналом, в том числе, с использованием полиграфа. Мы придаем большое значение пересмотру форм и методов первоначальной подготовки и обучению руководящего состава на основе внедрения лучшего зарубежного опыта. Для этого создается Академия правоохранительных органов.

Принимаемые меры позволят нашей правоохранительной системе стать компактной, профессиональной, эффективной и авторитетной силой общества, надежно обеспечивающей права и свободы человека.

Уверен, что сегодня состоится продуктивный обмен мнениями и опытом, весьма полезный как для ученых, так и для практиков.

Желаю участникам конференции успешной работы.

**СЕССИЯ 1. ВЫПОЛНЕНИЕ РЕКОМЕНДАЦИЙ КОМИТЕТА ООН ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА И
ЗАДАЧИ ПО РЕФОРМИРОВАНИЮ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН**

МУХАМЕТЖАНОВ А. О.
*Начальник 1-го Управления
Генеральной прокуратуры Республики Казахстан*

**Об основных новеллах проекта новой редакции Уголовно-процессуального
кодекса Республики Казахстан
(Презентация проекта новой редакции Уголовно-процессуального кодекса
Республики Казахстан)**

В Послании Главы Государства «Стратегия «Казахстан -2050» отмечено о необходимости разработки нового Уголовно-процессуального кодекса.

Генеральной прокуратурой разработка Проекта осуществлялась в строгом соответствии с одобренной Концепцией к нему. Проект УПК состоит из **16** разделов, **72** Глав, включающих в себя **677** статей. Главной целью подготовки концептуально новой редакции кодекса являлось упрощение и повышение экономичности уголовного процесса, приведение его в соответствие с международными стандартами и наиболее полная защита конституционных прав граждан.

Отмечаем следующее:

1. Кардинально изменена первоначальная стадия уголовного процесса путем исключения из нее стадии доследственной проверки и возбуждения уголовного дела, что положительно отразится на соблюдении конституционных прав граждан и исключит проведение большого объема мероприятий, предшествующих возбуждению уголовного дела.

Началом расследования будет являться регистрация заявления и сообщения об уголовном правонарушении либо первое неотложное следственное действие, предшествовавшее регистрации.

В настоящее время стадия доследственной проверки несет в себе значительный коррупциогенный потенциал. Уголовное дело официально еще не возбуждено, но уже проводятся осмотры и досмотры, изымаются документы и другие вещественные доказательства, арестовываются счета и имущество, назначаются специальные исследования и судебные экспертизы и т.д. Т.е. практически ведется расследование, но лица, в отношении которых эти так называемые «доследственные мероприятия» проводятся, не имеют никакого процессуального статуса и соответственно никаких процессуальных прав и гарантий у них нет. Они не имеют прав на защитника, заявлять ходатайства, знакомиться с материалами дела и т.д.

После таких доследственных проверок иногда остается только предъявить обвинение и направить дело в суд. Поэтому материалы доследственных проверок нередко по объему превышают материалы, собранные после возбуждения дела. Еще одной существенной

издержкой доследственной проверки является дублирование показаний, т.к. граждане сначала подробно опрашиваются, а затем после возбуждения дела они повторно вызываются в орган уголовного преследования для допроса.

2. Учтены замечания Конституционного Совета, касающиеся понятия «фактическое задержание». Установлено, что оно определяется с момента реального ограничения свободы, включая свободу передвижения, вне зависимости от придания задержанному какого-либо процессуального статуса. Срок доставления будет входить в общий срок фактического задержания, о чем будет указано в протоколе задержания. Если после доставления лицо процессуально не задержано, то ему немедленно будет выдана справка о том, что он доставлялся.

По аналогии американских «Правил Миранды» введена норма, обязывающая при задержании устно объявлять лицу его права и обязанности.

В целях исключения фактов незаконного задержания введена норма, предусматривающая, что доказательства, добытые в результате следственных действий, проведенных с участием задержанного при нарушении порядка задержания, признаются недопустимыми.

3. По опыту Франции и Литвы в уголовный процесс введена новая процессуальная фигура «свидетель, имеющий право на защиту» (ассистированный свидетель). Таковым будет являться лицо, которое еще не признано подозреваемым, но на которое в заявлении, сообщении об уголовном правонарушении указывается как на лицо, совершившее криминальное деяние. С этого момента лицо будет иметь ряд существенных прав, которые отсутствуют у свидетеля, но есть у подозреваемого, в т.ч. отказа от дачи показаний, право на защитника до начала первого допроса, на ознакомление с материалами дела, заявление ходатайств о производстве экспертизы, очной ставке с тем, кто свидетельствует против него и т.д.

4. В целях упрощения и экономии процесса исключается предъявление органами следствия и дознания подозреваемому обвинения и исключается такой процессуальный акт, как «обвинительное заключение». Это связано с тем, что на практике по сложным многоэпизодным уголовным делам составление документа занимает достаточно много времени и он может быть объемным (состоять из 500 и свыше листов). В обвинительном заключении подробно излагается содержание материалов дела.

Между тем, суд при рассмотрении уголовного дела самостоятельно исследует собранные в ходе предварительного следствия доказательства и дает им оценку. В этой связи, по результатам расследования будет составляться краткий обвинительный акт, в котором будут указаны данные о подозреваемом лице, описано совершенное деяние, квалификация, перечислены собранные по делу доказательства и процессуальные издержки. После утверждения прокурором данного акта лицо будет считаться обвиняемым. Постановление о прекращении досудебного расследования по нереабилитирующим основаниям также должно обязательно утверждаться прокурором.

5. В уголовный процесс вводится так называемая «сделка о признании вины», основой задачей которой является достижение соглашения о снижении наказания за содеянное в обмен на активное сотрудничество с органом расследования. С учетом того, что для «сделки о признании вины» предусмотрено обязательное согласие потерпевшего и согласие подозреваемого, обвиняемого с суммой гражданского иска, усиливаются *права потерпевшего*. Полагаем, что это определенно положительно повлияет на общественное мнение о защищенности прав граждан в стране со стороны органов правопорядка. Кроме того, этим упростится и ускорится не только досудебное, но и судебное производство (отсутствие необходимости непосредственного исследования материалов дела, отсутствие судебных прений). Процесс по таким делам будет менее затратным для бюджета, поскольку отпадет необходимость в проведении большого объема следственных и судебных

действий, экспертиз и приглашении в суд свидетелей, экспертов, переводчиков и т.д. В некоторых странах в таком порядке рассматривается значительное количество уголовных дел. К примеру, в США и Грузии до 90% дел заканчиваются заключением сделки. Такой институт также используется в России и Украине.

Второй формой процессуального соглашения является сделка о сотрудничестве, которая сначала утверждается в суде, затем суд повторно рассматривает результаты сделки с целью вынесения окончательного решения о мере наказания. Сделка о сотрудничестве заключается на любой стадии уголовного процесса, в том числе в стадии исполнения наказания, с условием, что она поспособствует раскрытию и расследованию преступлений, совершенных преступной группой, особо тяжких преступлений, совершенных иными лицами, а также экстремистских и террористических преступлений. Имплементация института сделки повысит в целом правоохранный потенциал государства в борьбе с преступностью, в т.ч. с её организованными формами, положительно повлияет на снижение индекса «тюремного населения».

6. В уголовный процесс вводится институт ускоренного производства по уголовному делу, предполагающее возможность окончания расследования в течение 10 суток всех категорий уголовных дел, за исключением преступлений особо тяжкой категории, при условии полного признания подозреваемым своей вины, согласия с размером (суммой) причиненного ущерба (вреда). При этом, предусмотрено право лица, осуществляющего ускоренное расследование, произвести только те следственные и иные процессуальные действия, результаты которых закрепляют следы преступления и иные доказательства вины подозреваемого, обвиняемого.

7. Оперативно-розыскные мероприятия по уголовному делу переведены в категорию «негласных следственных действий», которые процессуально регламентированы в новой отдельной главе, что позволит обеспечить соблюдение принципов уголовного судопроизводства и допустимости доказательств. В УПК многих зарубежных стран, в том числе постсоветских, введено понятие «тайные следственные действия», что является абсолютно верным, так как целью проведения оперативных мероприятий по уголовному делу также является собирание доказательств, направленное на раскрытие преступления и изобличение виновных лиц. Санкционирование прокурором негласных следственных действий позволит защитить граждан от неправомерного вмешательства в их личную жизнь.

8. С целью расширения судебного контроля за досудебным производством в уголовный процесс вводится фигура следственного судьи. В полномочия следственного судьи будет отнесено рассмотрение ходатайств о санкционировании мер пресечения в виде содержания под стражей, домашнего ареста и продлении их сроков, принудительном помещении, не содержащегося под стражей лица в медицинское учреждение для производства судебно-психиатрической экспертизы, эксгумации трупа, аресте имущества, международном розыске, помещении несовершеннолетнего лица в спецучреждение. Кроме санкционирования некоторых следственных действий в его обязанности будет также входить рассмотрение жалоб и ходатайств сторон на этапе досудебного производства. Расширение рамок судебного контроля наряду с прокурорским надзором обеспечит эффективный двухступенчатый механизм государственной защиты конституционных прав и свобод граждан в ходе досудебного производства.

В целях оперативного реагирования на факты применения органами уголовного преследования незаконных методов, регламентирована процедура реагирования судьи на обращения о пытках.

9. В целях более широкого применения альтернативных мер пресечения, не связанных с изоляцией от общества и снижения индекса тюремного населения, по аналогии с УПК Украины в Проекте закреплена норма, обязывающая следственного судью при санкционировании меры пресечения в виде содержания под стражей, за исключением дел

об особо тяжких преступлениях, определять размер залога, который может быть внесен в любое время, для освобождения лица из под стражи. Также залог не будет применяться к лицам, совершившим деяния, повлекшие смерть потерпевшего; деяния в составе преступной группы; террористические и экстремистские; а также к нарушившим ранее залог.

10. В целях обеспечения состязательности, равноправия участников уголовного процесса, недопущения волокиты расследования предложено исключение института возврата судом уголовного дела для производства дополнительного расследования. Только за последние пять лет судами возвращены дела в отношении около 4,5 тыс. лиц. Часто они направляются на дополнительное расследование после того, как рассматривались в суде по несколько месяцев, а в некоторых случаях многократно, и каждый раз их судебное рассмотрение начинается вновь, лица, участвующие в деле, вынуждены повторно являться в суд для дачи показаний, что вызывает порой их недовольство. Граждане начинают сомневаться в эффективности деятельности органов уголовного преследования и суда. Отсутствие доследования позволит суду сразу выносить окончательное решение в виде обвинительного либо оправдательного приговора.

11. В целях упрощения и эффективности процесса введены нормы о депонировании следственным судьей показаний свидетеля и потерпевшего. Это обеспечит судебное закрепление фактических данных, используемых в качестве доказательств, в случаях, когда указанных лиц будет невозможно допросить в главном судебном разбирательстве (проживание за границей, планируемый выезд за пределы страны, возможная смерть вследствие тяжелого болезненного состояния и т.п.). Проект также предусматривает процедуру дистанционного допроса с использованием средств видеосвязи.

12. Проектом расширены полномочия защитника по оказанию юридической помощи, в том числе, подсудимым и осужденным. Адвокат будет вправе заявлять ходатайство следственному судье:

- 1) о депонировании показаний;
- 2) об истребовании любых сведений, документов, предметов, необходимых для оказания надлежащей юридической помощи и защиты интересов подзащитного в случае отказа должностных лиц в исполнении запроса;
- 3) о назначении и производстве экспертизы, если органом уголовного преследования в удовлетворении такого ходатайства было необоснованно отказано;
- 4) о принудительном приводе в орган, ведущий уголовный процесс, ранее опрошенного им свидетеля, обеспечение адвокатом явки которого для дачи показаний в орган, ведущий уголовный процесс, затруднительно.

Закреплено право стороны защиты на получение любых сведений из уголовного дела, в том числе путем снятия копий с использованием технических средств (за исключением сведений составляющих государственные секреты), право быть заблаговременно извещенным о времени и месте проведения процессуальных действий с участием подзащитного

13. В целях защиты профессиональных интересов адвоката Проектом запрещено проведение в отношении них негласных следственных действий, за исключением случаев, когда имеются основания полагать, что ими готовится или совершено тяжкое или особо тяжкое преступление. Постановление о квалификации деяний адвоката будет утверждаться только прокурором.

14. По аналогии с УПК Украины в Проекте предусмотрено введение во всех районных и приравненных к ним прокуратурах фигуры «процессуального прокурора» (на базе штатной единицы помощника прокурора). Процессуальный прокурор будет осуществлять надзор за соблюдением законов по уголовному делу с момента начала досудебного расследования до принятия окончательного решения по делу и поддерживать государственное обвинение. Процессуальный прокурор будет несменяем.

Помимо повышения ответственности рядовых прокуроров, закрепленных надзирать за конкретными делами, значительно упрощается возможность согласования следователями и дознавателями процессуальных решений по уголовным делам. Так, в полномочия процессуального прокурора наряду с иными обязанностями будет входить утверждение протокола об уголовном проступке, направление дел в суд и др. При этом, исключительно за руководителем органа прокуратуры сохранены следующие полномочия:

- 1) заключение процессуального соглашения о сотрудничестве;
- 2) отмена незаконных постановлений органов уголовного преследования, нижестоящего (подчиненного) прокурора;
- 3) изъятие уголовного дела у лица либо органа, осуществляющего досудебное расследование, и передача его другому лицу либо органу для производства досудебного расследования;
- 4) внесение представления для получения согласия на лишение неприкосновенности и привлечение к уголовной ответственности лиц, обладающих иммунитетом от уголовного преследования;
- 5) продление сроков расследования уголовных дел;
- 6) осуществление иных полномочий, прямо предусмотренных Уголовно-процессуальным кодексом (*к примеру, связанных с санкционированием негласных следственных действий и согласованием ходатайств следователя к следственному судье, т.е. процессуальных действий, затрагивающих конституционные права и свободы*).

15. Предполагается создание специального фонда возмещения вреда потерпевшему, который будет формироваться за счёт обязательного платежа, взысканного с виновных лиц, совершивших преступление, а также от реализации конфискованного имущества, нажитого преступным путём.

16. В целях обеспечения соблюдения прав потерпевших введена мера процессуального принуждения, предусматривающая запрет на приближение, применяемая к подозреваемому при совершении уголовных правонарушений, связанных с применением насилия или с угрозой его применения и уголовных правонарушений против несовершеннолетних.

17. Вводится понятие «разумный срок расследования». Это не предполагает исключение из уголовного процесса контроля и надзора за сроками следствия и содержания граждан под стражей, которые сохранены в прежних интервалах. Указанная новелла даст возможность гражданам обжаловать необоснованное затягивание расследования в суд и потребовать завершения его в конкретные минимальные сроки.

18. Переработан Раздел 12 Проекта «Международное сотрудничество в сфере уголовного судопроизводства» (Раздел расширен с 2-х до 5 глав и состоит из 55 статей вместо 22-х в действующей редакции). В нем:

- 1) более четко конкретизирован порядок взаимодействия с компетентными учреждениями и должностными лицами иностранных государств по уголовным делам;
- 2) детализирован порядок направления и рассмотрения соответствующих запросов об оказании правовой помощи на основе принципа взаимности;
- 3) определен компетентный орган по передаче лиц, страдающих психическими расстройствами, совершившими общественно опасные деяния в состоянии невменяемости, а также порядок рассмотрения запросов и ходатайств о передаче таких лиц, что не было урегулировано действующим УПК;
- 4) предусмотрено создание международных следственно-оперативных групп для расследования транснациональных преступлений;

В Проект также имплементированы отдельные положения действующих международных договоров.

19. Доработана норма, касающаяся начала досудебного расследования в отношении лиц, обладающих привилегиями и иммунитетом от уголовного преследования,

предусматривающая продолжение досудебного расследования после регистрации заявления и сообщения об уголовном правонарушении только с согласия Генерального Прокурора.

20. В рамках реализации статьи 54 Конвенции ООН против коррупции введен институт конфискации имущества по решению суда, но до вынесения приговора, когда подозреваемый, обвиняемый скрылся от органа уголовного преследования либо его место пребывания не установлено по другим причинам, нахождения его вне пределов Республики Казахстан либо уголовное преследование в отношении него прекращено в связи с актом амнистии, истечением срока давности привлечения к уголовной ответственности и в связи со смертью . Конфискация в таких случаях применяется как мера процессуального принуждения, а не как мера наказания (*соответствующая норма предусмотрена в проекте УК*).

21. По опыту Украины в Проект введена норма, предусматривающая, что по завершению производства по делу стороны обязаны предоставить возможность ознакомления с материалами, предметами и документами, которые они намерены использовать в суде в качестве доказательств, в противном случае, суд не вправе будет допустить их в качестве доказательств. Указанная норма позволит сократить время для подготовки позиций сторон в процессе и сам судебный процесс.

22. Досудебное расследование по делам об уголовных проступках будет проводиться по аналогии с КоАП по протокольной форме с упрощением их производства. При этом, направление их в суд будет осуществляться процессуальным прокурором.

23. Установлено ограничение на обжалование судебных актов в кассационном порядке без предварительного их рассмотрения в апелляционной инстанции и соответственно судебный акт не может быть обжалован в надзорную инстанцию без предварительного его рассмотрения в кассационной инстанции. Проектом сокращено количества уголовных дел, рассматриваемых судом с участием присяжных.

24. Наряду с увеличением примирительных и медиативных процедур, предусмотренных проектом нового Уголовного кодекса, в проекте нового УПК расширены основания для примирения путем увеличения категорий преступлений частного и частно-публичного обвинения:

- с 10 до 14 преступлений увеличено количество преступлений, обвинение по которым осуществляется в частном порядке

- почти в два раза или с 20 до 39, увеличено количество правонарушений частно-публичного обвинения

В целом ожидаемым эффектом от введения законопроекта является повышение уровня доверия граждан, расширение полномочий суда, процессуальная экономия и снижения индекса тюремного населения.

КЕМАЛИ Е.С.
Начальник отдела стратегического развития
Научно - исследовательского центра
Института Генеральной прокуратуры РК
кандидат юридических наук,
советник юстиции

Новый закон существенно обеспечит права человека в уголовном судопроизводстве

Следует признать, что с момента провозглашения независимости Казахстана в стране существенно поднялся уровень гарантированности прав личности. Это неоспоримый факт. Общеизвестные международно-правовые стандарты в сфере прав человека давно стали частью правовой системы страны.

В республике законодательное провозглашение, практическое обеспечение и защита прав человека стало одной из актуальных задач государства. В Конституции Республики Казахстан почти полностью воспроизведены основные положения Всеобщей Декларации прав человека. Также, в законодательстве содержится немало императивных положений, касающихся защиты прав человека.

С целью усиления государственных и общественных механизмов поддержки и защиты прав человека, Указом Президента Республики еще 12 февраля 1994 года впервые была создана Комиссия по правам человека при Президенте Республики Казахстан. С тех пор компетенция и направления работы Комиссии по правам человека при Главе государства неоднократно совершенствовались.

19 сентября 2002 года Указом Президента Республики Казахстан «Об учреждении должности Уполномоченного по правам человека» введен институт омбудсмена в стране и утверждено Положение об Уполномоченном по правам человека.

Впервые в истории страны, пять лет тому назад принят Национальный План Действий в области прав человека в Республике Казахстан на 2009-2012 годы, направленный на усиление национальной системы защиты прав человека посредством специальных мероприятий и акцента на улучшение законодательства и правоприменительной практики. Указанный План действий в области прав человека за эти годы, несомненно способствовал более полной и эффективной реализации принципа верховенства права и уважения прав и свобод человека. Особенно значительная работа проведена по укреплению независимости судебной власти.

Год председательства в Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) стал для Казахстана важной вехой в развитии демократии и обеспечении прав человека.

Казахстан неизменно привержен своим международным обязательствам в области прав человека и поддерживает усилия ООН, ОБСЕ и других международных организаций в этом направлении.

Вместе с тем, ежегодное вовлечение огромного числа граждан в орбиту уголовной юстиции, непременно требуют от государства выработки еще более надежного механизма защиты прав граждан в уголовном судопроизводстве. Именно поэтому, в соответствии с Концепцией правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года разработан проект нового уголовно-процессуального кодекса страны, максимально приближенный к общепринятым международным нормам и принципам.

Представляется необходимым кратко ознакомиться с некоторыми концептуальными линиями будущего уголовно-процессуального кодекса, принятие которых позволит фундаментальным образом решить процессуальные проблемы и значительно улучшить, так сказать правозащитный климат в уголовном процессе.

Так, в новом законе в корне меняется начальный этап уголовного процесса. Исключение из нее института доследственной проверки позволит избежать волокиты с началом расследования уголовных дел и ущемления прав пострадавших лиц.

А отказ от вынесения постановления о возбуждении уголовного дела в отношении конкретных лиц освободят последних от преждевременного подозрения. Теперь началом досудебного расследования будет считаться регистрация заявления, сообщения об уголовном правонарушении в Едином реестре досудебных расследований либо первое неотложное следственное действие, что поможет своевременной реализации подозреваемому права на защиту.

В числе значительных новаций проекта является новый порядок предъявления обвинения путем освобождения следователей от такой бюрократической процедуры как предъявление обвинения, которое для суда не имело никакой заранее установленной юридической силы. Решение данного вопроса переносится на стадию предания суду.

В досудебном производстве давно существует и в новом законе созданы еще более благоприятные условия для реализации судебной власти и осуществления судебного контроля за деятельностью органов уголовного преследования.

Поэтому утверждение в замечаниях Комитета ООН по правам человека, что якобы органы прокуратуры играют в судебной системе доминирующую роль, нам кажется, не совсем верным.

В новый уголовный процесс вводится институт следственного судьи, в обязанность которого входит санкционирование ряда процессуальных и следственных действий, затрагивающих конституционные или иные права и свободы человека.

Для убедительности, разрешите перечислить какие вопросы входят в компетенцию следственного судьи. Это:

- 1) санкционирование содержания под стражей;
- 2) санкционирование домашнего ареста;
- 3) санкционирование экстрадиционного ареста;
- 4) продление сроков содержания под стражей, домашнего ареста, экстрадиционного ареста;
- 5) санкционирование залога;
- 6) санкционирование наложения ареста на имущество;
- 7) принудительное помещение не содержащегося под стражей лица в медицинскую организацию для производства судебно-психиатрической и/или судебно-медицинской экспертизы, а также при применении мер безопасности к лицам, совершившим запрещенные уголовным законом деяния и страдающим психическими заболеваниями, помещение несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого в специальное детское учреждение;
- 8) вопросы отмены содержания лица под стражей при установлении факта его психического заболевания и переводе его в специальную медицинскую организацию, оказывающую психиатрическую помощь, приспособленную для содержания больных в условиях строгой изоляции;
- 9) вопросы эксгумации трупа;
- 10) вопросы объявления международного розыска подозреваемого, обвиняемого.

Кроме этого, он вправе рассматривать жалобы и ходатайства сторон на этапе досудебного производства, налагать денежное взыскание на лиц, не выполняющих или выполняющих не надлежащим образом процессуальные обязанности в досудебном производстве.

Также он наделен правом депонировать в ходе досудебного производства показания лиц, если имеются основания полагать, что более поздний их допрос может оказаться невозможным в силу объективных причин.

При наличии таких полномочий судьи и расширении судебного контроля при расследовании преступлений вряд ли можно утверждать о доминирующей роли прокурора при отправлении правосудия.

В новом законе значительно расширены полномочия защитника. В частности, закреплена обязанность следователя удовлетворять ходатайство защиты, если это способствует объективному исследованию обстоятельств дела, обеспечению прав и законных интересов участников процесса или других лиц.

В полномочиях защитника закреплено право быть заблаговременно извещенным о времени и месте проведения действий с участием подзащитного.

Закреплено право стороны защиты на получение любых сведений из уголовного дела, в том числе путем снятия копий с использованием технических средств.

Расширен перечень оснований обязательного участия в деле защитника в случае заявления подозреваемым, обвиняемым ходатайства о заключении процессуального соглашения и его заключении; защита наделена правом вносить ходатайство о депонировании показаний свидетеля и потерпевшего. Есть в проекте и другие новации, направленные на защиту прав личности в уголовном судопроизводстве.

Таким образом, основополагающие принципы Международного пакта о гражданских и политических правах достаточно полно имплементированы в уголовно-процессуальное законодательство страны.

В замечаниях Комитета ООН по правам человека присутствует утверждение, что органы прокуратуры оказывают давление на судей и подрывают независимость судебной власти. К сожалению, в чем именно это выражается, не указывается. Если давление допускается конкретным должностным лицом, действие его всегда можно обжаловать в судебном порядке. А если какие-то нормы закона ущемляют права человека, то суд в соответствии со статьей 78 Конституции может приостановить любое дело и обратиться в Конституционный Совет для проверки на предмет конституционности конкретного акта.

В любой стране существует государственный орган, который по своей структуре и полномочиям должен отвечать за состояние законности и правопорядка в стране. Конституция Республики Казахстан высший надзор за точным и единообразным применением законов, указов Президента страны и иных нормативных правовых актов на территории республики возложила осуществлять от имени государства именно на Прокуратуру.

Все мы свидетели, что за период независимости страны Главой государства, законодательной и исполнительной ветвями власти сделано немало для укрепления независимости судебной власти и повышения статуса судьи. Думается, на сегодня достаточно предусмотрены для судей надлежащие гарантии для эффективного осуществления ими важнейшей государственной функции – осуществления объективного и независимого правосудия. Формирование судейского корпуса осуществляется Высшим Судебным Советом. В связи с этим, ни один прокурор даже при желании не в состоянии оказывать давления на судебную власть.

Особенно вызывает недоумение позиция отдельных специалистов недовольных фактами, что в республике судами по уголовным делам выносятся незначительное количество оправдательных приговоров. Во-первых, только за последние полтора года (2012 год и первое полугодие 2013 года) оправдательные приговоры вынесены в отношении 66 лиц.

Это большой минус в деятельности органов расследования, поскольку установленный законом порядок производства по уголовным делам должен обеспечивать защиту гражданина от необоснованного обвинения, а в случае такового – незамедлительную и его полную реабилитацию.

Во-вторых, нельзя сравнивать наш уголовный процесс с англо-саксонской моделью уголовного судопроизводства. Наше уголовное законодательство по форме очень близко к европейской континентальной модели. У нас существует давно установленный принцип, что на скамье подсудимых должно оказаться только лицо, совершившее преступление.

Поэтому со стороны органов прокуратуры к органам расследования предъявляются особые требования и любое уголовное дело, где отсутствуют достаточные доказательства о виновности конкретного лица, не направляются в суд, а прекращаются на досудебной стадии уголовного судопроизводства. Аксиома «неустранимые сомнения в виновности обвиняемого толкуются в его пользу» давно присутствует в законе и как правило, неукоснительно соблюдается всеми квалифицированными прокурорами.

Также не совсем обосновано утверждение, что судьи допускают в качестве доказательств показания, полученные под пытками. По этому поводу в уголовно-процессуальном кодексе закреплена специальная норма (ст.116 УПК РК), где конкретно перечислены фактические данные, недопустимые в качестве доказательств, где в первом же подпункте указано о недопустимости в качестве доказательств данных, полученных с применением пыток, насилия, угроз, обмана, а равно иных незаконных действий. Если они действительно имеют место, то это ошибка конкретного лица судебной системы.

В связи с этим, следует конкретизировать, так сказать «отделить котлеты от мух», то есть вычленив, когда нарушаются права человека из-за пробелов в законодательстве и по вине государственных органов, а где ущемляются права личности в результате недостаточной квалификации конкретных сотрудников органов расследования.

Во всех сферах общественной жизни присутствует человеческий фактор и никто не скрывает недостатки в вопросах обеспечения конституционных прав и свобод человека в уголовном судопроизводстве.

Только недавно в Генеральной прокуратуре состоялась коллегия, где отмечено, что за 2012 год и первое полугодие 2013 года, органами уголовного преследования допущены нарушения конституционных прав 855 лиц, из которых в отношении 104 - незаконно применен арест, 209 - незаконно задержаны, 372 - незаконно привлечены к уголовной ответственности. Кроме того, прокурорами отменено 3110 незаконных постановлений органов уголовного преследования о возбуждении уголовного дела, 189 незаконных постановлений о привлечении в качестве обвиняемого. Освобождено 1311 лиц из служебных помещений органов уголовного преследования. При этом прокурорами возбуждено 62 уголовных дела по фактам пыток.

В целом, за нарушения конституционных прав граждан привлечено к дисциплинарной ответственности за 2012 год и первое полугодие 2013 года 804 должностных лиц правоохранительных органов, в том числе 739 сотрудников органов внутренних дел.

Кроме того, по аналогичным фактам грубейших нарушений в отношении сотрудников правоохранительных органов возбуждено 119 уголовных дел. Генеральной прокуратурой

нижестоящим прокурорам рекомендовано по каждому факту применения пыток возбуждать уголовное дело и применять самые суровые меры к должностным лицам, допустившим применение недозволённых методов получения доказательств.

В этих целях предложено в каждом правоохранительном органе создать ведомственные комиссии по соблюдению конституционных прав граждан, возложив ответственность за результаты их работы на первых руководителей ведомств.

Таким образом, если есть факты ущемления прав человека в процессе отправления правосудия, то это из-за недостаточного уровня квалификации оперативно-следственных работников. Значит проблема в подборе и воспитании кадров. К сожалению, напряжённые условия деятельности правоохранительных органов накладывают свой отпечаток на результативность деятельности сотрудников оперативно-следственных подразделений и отрицательно влияют на качество расследования преступлений, на соблюдение законности.

Ненормированное рабочее время и жесткие рамки процессуального контроля и надзора, необходимость учета всевозможных требований участников уголовного процесса (обвиняемых, потерпевших и их адвокатов) оказывает существенное влияние на закрепление кадров.

Судебный контроль и прокурорский надзор – два тесно связанных между собой взаимодействующих, взаимно пересекающихся государственно-правовых институтов. Тот и другой служат защите прав человека, обеспечивают законность и правопорядок, но делают это своими методами. Если основная задача прокурорского надзора – выявлять нарушения законности, то обязанность суда – от имени государства реагировать на эти нарушения, осуждая виновных и защищая интересы пострадавших.

Прокуратура и суд – это не конкурирующие, а взаимодополняющие элементы в системе защиты конституционных прав граждан. Прокурорский надзор необходим для обеспечения оперативности и внезапности принятия отдельных решений, что является необходимой предпосылкой эффективности этих действий, исключению возможной утраты доказательств и разглашения материалов следствий. Правовая позиция, выраженная в прокурорских актах, не имеет обязывающей и заранее установленной силы, а лишь ставит вопрос об отмене или изменении незаконных судебных постановлений перед вышестоящим судом. Необходимо знать, что в любом случае окончательное решение по делу принимается судом.

Действия прокуратуры, направленные на обеспечение законности судебных актов не являются надзором за судом и посягательством на прерогативу судебной власти. Эти отношения между судом и прокуратурой представляют собой форму взаимодействия, которая так необходима для обеспечения законности и защиты прав граждан.

12 ноября 2012 г. в рамках 67-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН состоялись выборы в Совет ООН по правам человека (СПЧ ООН) на 2013-2015 годы, в ходе которых Республика Казахстан впервые избрана членом Совета и нет сомнения, что наша страна заинтересована активно поддерживать правозащитные институты в области защиты и реализации прав и свобод личности.

Исключение показаний, полученных в результате пыток или других видов принуждения в ходе уголовного судопроизводства

7 статей проекта УПК РК (ст.ст. 112, 430, 436, 637, 648, 650, 662) содержат положения о недопустимости в качестве доказательств фактических данных.

Пункт 1 ст. 112¹⁸¹ проекта УПК РК в числе 7 оснований для признания доказательств недопустимыми первым называет «полученные с нарушениями требований настоящего Кодекса, которые путем лишения или стеснения гарантированных законом прав участников процесса или нарушением иных правил уголовного процесса при досудебном расследовании или судебном разбирательстве дела повлияли или могли повлиять на

¹⁸¹ Статья 112. **Фактические данные, не допустимые в качестве доказательств** (проект УПК на 05.04.2013 г.)

1. Фактические данные должны быть признаны не допустимыми в качестве доказательств, если они получены с нарушениями требований настоящего Кодекса, которые путем лишения или стеснения гарантированных законом прав участников процесса или нарушением иных правил уголовного процесса при досудебном расследовании или судебном разбирательстве дела повлияли или могли повлиять на достоверность полученных фактических данных, в том числе:

- 1) с применением пытки, насилия, угроз, обмана, а равно иных незаконных действий и жестокого обращения;
- 2) с использованием заблуждения лица, участвующего в уголовном процессе, относительно своих прав и обязанностей, возникшего вследствие неразъяснения, неполного или неправильного ему их разъяснения;
- 3) в связи с проведением процессуального действия лицом, не имеющим права осуществлять производство по данному уголовному делу;
- 4) в связи с участием в процессуальном действии лица, подлежащего отводу;
- 5) с существенным нарушением порядка производства процессуального действия;
- 6) от неизвестного источника либо от источника, который не может быть установлен в судебном заседании;
- 7) с применением в ходе доказывания методов, противоречащих современным научным знаниям.

2. Недопустимость использования фактических данных в качестве доказательств, а также возможность их ограниченного использования в уголовном процессе устанавливаются органом дознания, дознавателем, следователем, прокурором или судом по собственной инициативе или по ходатайству стороны. Орган дознания, дознаватель, следователь, прокурор, решая вопрос о недопустимости доказательств, или судья, обязаны в каждом случае выяснить, в чём конкретно выразилось допущенное нарушение и принять мотивированное решение.

3. Не могут быть положены в основу обвинения показания подозреваемого, потерпевшего и свидетеля, заключение эксперта, специалиста, вещественные доказательства, протоколы следственных и судебных действий и иные документы, если они не включены в опись материалов уголовного дела. Показания, данные подозреваемым в ходе его предварительного допроса в качестве свидетеля, не могут быть признаны в качестве доказательств и положены в основу обвинения.

4. Доказательства, полученные с нарушением уголовно-процессуального закона, признаются не имеющими юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения, а также использоваться при доказывании любого обстоятельства, указанного в статье **113¹⁸¹** настоящего Кодекса.

5. Фактические данные, полученные с нарушениями, указанными в части первой настоящей статьи, могут быть использованы в качестве доказательств факта соответствующих нарушений и виновности лиц, их допустивших.

достоверность полученных фактических данных с применением пытки, насилия, угроз, обмана, а равно иных незаконных действий и жестокого обращения». Эти фактические данные могут быть использованы в качестве доказательств факта соответствующих нарушений и виновности лиц, их допустивших.

Признать недопустимыми доказательства может орган дознания, дознаватель, следователь, прокурор, суд по собственной инициативе или по ходатайству стороны, которые при этом обязаны выяснить: в чем выразилось допущенное нарушение и принять мотивированное решение. Не могут быть положены в основу обвинения показания, заключения, вещественные доказательства, протоколы и иные документы, не включенные в опись материалов уголовного дела. Показания, данные подозреваемым в ходе предварительного допроса в качестве свидетеля, не могут быть признаны доказательством и положены в основу обвинения. Полученные с нарушением УПК доказательства не имеют юридической силы

Будет ли предусмотренный проектом УПК порядок признания доказательств недопустимыми (если об этом заявила одна из сторон посредством ходатайства) гарантировать рассмотрение ходатайства? Решение этого вопроса ставится в прямую зависимость от установления факта пыток, то есть быстрого, независимого, тщательного и беспристрастного расследования утверждения о пытках.

На сегодня практика показывает, что действующий УПК исполняется не в каждом случае. Так, во многих жалобах отмечается следующее:

- следователи допускают оставление ходатайств без рассмотрения;
- сроки рассмотрения ходатайств необоснованно затягиваются и не соблюдаются;
- по разрешении ходатайств не выносятся мотивированные постановления;
- по разрешении ходатайств постановления не выдаются, что, по сути, исключает доступ к обжалованию.

По заявлениям о пытках должен быть предусмотрен отдельный порядок рассмотрения ходатайств, но не тот, что установлен главой 13 проекта УПК. Такая жалоба должна быть рассмотрена немедленно, безотлагательно, с момента получения, без промедления.

Важно предусмотреть особую процедуру рассмотрения жалобы о пытках, в том числе по признанию доказательств недопустимыми в этой связи. Государство выглядело бы привлекательно при законодательстве, с имплементацией положений Конвенции ООН против пыток о тщательности, скорости, независимости и беспристрастности расследования утверждений о пытках. Что бы способствовало в данном случае для реализации этого? Представляется приемлемым такой механизм, при котором:

- в суд могли бы обратиться с ходатайством о признании доказательств недопустимыми третьи лица (например, общественные организации, специализирующиеся на общественном расследовании утверждений о пытках), поскольку сама жертва не всегда имеет возможность самостоятельного обращения в силу неграмотности или незнания своих прав и процедуры, либо имеются препятствия к подаче жалобы (запугивание наказанием, не направление местом содержания под стражей жалобы адресату в связи с цензурой);
- суд рассматривал бы жалобу с обязательным участием заявителя, а явка/доставка возможной жертвы в суд для рассмотрения жалобы устанавливалась обязанностью администрации места содержания;
- срок рассмотрения жалобы ограничивался бы 3 (а не 10) сутками с момента ее поступления;
- в этот срок должностные лица, чьи действия (бездействие) и решения обжалуются, по запросу суда в течение 1-х (но не 3-х) суток представляли бы в суд материалы, послужившие основанием для совершения таких действий (бездействия) и решений;
- заседание было бы открытым для публики;

- суд не ограничивался бы некими пределами и доказательствами, а имел возможность назначить необходимые экспертизы для закрепления доказательств, вызвать специалистов, свидетелей, подозреваемого в совершении пыток и т.д.;
- суд имел бы возможность:
 - изменить место пребывания заявителя в случае, если пытки допущены в заключении, и обеспечить его безопасность в целях недопущения вторичной виктимизации;
 - решить вопрос о немедленном отстранении от должности подозреваемых в совершении пыток и применении меры пресечения;
 - дать указания прокурору о принятии конкретных мер и производстве конкретных следственных действий.

Если утверждение о пытках имеет место при рассмотрении судом уголовного дела по существу, важно:

- приостановить рассмотрение дела по существу до получения результатов рассмотрения жалобы о пытках, с обеспечением безопасности возможной жертвы;
- запретить суду оставлять ходатайства открытыми, обязав рассмотреть их немедленно после их заявления;
- немедленно исключать из числа доказательств явку с повинной, признание лица в случае утверждения о пытках, либо в случае упоминания об отсутствии выбранного самим лицом адвоката в каком-либо из процессуальных следственных действий.

Четкое установление процедуры необходимо по делам, касающимся утверждений о пытках. Формализация должна ставить правоприменителя настолько в жесткие рамки, чтобы исполнять уголовно-процессуальный закон. Обязанность же следовать процедуре могло бы на данном этапе обеспечить установление строгого наказания за нарушение, которое сегодня не предусмотрено.

О соразмерности наказания за пытки характеру и степени тяжести таких преступлений

Под степенью тяжести Комитет ООН по правам человека понимает не только, и скорее всего, вообще не степень тяжести причиненного вреда здоровью, а разграничения между различными формами наказания или обращения. Последние зависят от характера, цели и жестокости применяемого обращения.¹⁸² Тем самым, последствия в пытках (степень тяжести причиненного физического вреда в нашем понимании) в большей степени не влияют на размер наказания. На вопрос о том, какой вред причиняется пытками, ответ прост: реальный вред может оценить лишь сама жертва пыток и практически никто из экспертов достоверно.

Характер пыток определяется общественной опасностью данного преступления, исходя из объекта, объективной стороны, субъекта (преимущественно специального) и субъективной стороны состава.

Характер пыток обусловлен формой вины – умыслом, а, как общеизвестно из теории уголовного права, на наличие умысла указывает включение в диспозицию нормы ст. 164 проекта УК целей.

Родовой (главный) объект пыток (общественные отношения, интересы и блага, на которые посягает преступное деяние) – конституционное право на уважение достоинства человека, а последнее, как известно – источник прав и свобод. Если не уважать человеческое достоинство, не остается места правам – главной ценности государства. Значимость данного права человека также подчеркивается его абсолютным характером (запретом любых его ограничений при любых обстоятельствах, иными словами пытки ничем не оправдываются). Кроме того, воля человека как один из объектов пытки, весьма важен для

¹⁸² Пункт 4 Замечания общего порядка по статье 7 МПГПП.

оценки последствий, наряду с психологическим (воспоминания испытанных психических страданий) и физическим аспектами пыток (физическая боль – здоровье и жизнь человека). Если рассмотреть один случай пыток над молодым заключенным бывшим спортсменом Сагатовым в г. Алматы – он остался на всю жизнь инвалидом, прикованным к постели. Кто вернет ему здоровье, кто заплатит и сколько?

Трудно назвать главный элемент состава, но в данном случае в составе пыток, это объективная сторона состава преступления (именно объективная сторона определяет квалификацию преступления на первом этапе расследования) – внешние признаки (доступные для наблюдения и изучения). При этом значение имеют факультативные признаки объективной стороны состава, которые далеко не во всех деяниях имеют юридическое значение (потому в большинстве составов не признаются обязательными элементами составов преступлений): способ, место, время, обстановка, орудия и средства совершения преступления. Тем не менее, в отдельных случаях (а это состав пыток) данные признаки могут включаться в конструкцию конкретного состава преступления, приобретая для него роль обязательных или квалифицирующих признаков. Некоторые из этих признаков также выполняют роль обстоятельств, влияющих на размер назначаемого наказания в пределах санкции соответствующей уголовно-правовой нормы. Именно об этом идет речь в рекомендациях Комитета ООН по правам человека, когда упоминается характер и степень тяжести пыток, которые влияют на вид и размер санкции.

Сравнивая смежные составы преступлений (истязание с применением пытки, где предусмотрен общий субъект, т.е. любое физическое лицо, влечет наказание в виде 3-7 лет лишения свободы; превышение власти с применением насилия со специальным субъектом уголовный закон увеличивает санкцию - 5-10 лет лишения свободы), не трудно убедиться в необходимости установления такого минимального порога санкции - 5 лет лишения свободы по части первой. Это бы обеспечило невозможность примирения сторон.

Проект УК в статье 164 предусматривает увеличение наказания не в целом за совершение пыток, а лишь на 2 года (до 12 лет лишения свободы) – если пытки повлекли смерть потерпевшего. В ряде стран за сам факт применения пыток (независимо от последствий) виновному грозят длительные сроки лишения свободы: 14 лет в Канаде; 15 лет во Франции; 20 лет в США; 25 лет в Аргентине; 30 лет в Гватемале; до пожизненного лишения свободы в Великобритании.

Надеюсь, озвученные предложения найдут отражение в новых УК и УПК РК.

Спасибо за внимание!

ДЛЯ ИНФОРМАЦИИ:

В пунктах 14 и 17 отмечены: принятие плана действий на 2010-2012 годы по реализации рекомендаций Комитета ООН против пыток – не исполняется, несмотря на подписание его руководителями правоохранительных органов; строительство новых пенитенциарных учреждений – их количество скудное. В число проблем вошли:

- Сообщения о пытках учащаются – *стабильно одинаковое количество обращений*
- Малое число расследований, проводимых специальными прокурорами
- Максимальное наказание за применение пыток, повлекшее смерть (10 лет лишения свободы) – слишком незначительное (статья 7)
- Переполненность следственных изоляторов и тюрем
- Рост числа зарегистрированных случаев насилия среди заключенных, членовредительства и смертей в тюрьмах (статьи 6 и 10).

Даны 5 рекомендаций по статье 7 и 4 – по статье 10:

- Укрепить мандат специальных прокуроров для проведения независимых расследований утверждений о неподобающем поведении сотрудников правоохранительных органов – по

мнению г-на Касимова из Верховного суда РК, прокуроры укрепили свой мандат в проекте нового УПК настолько, что приобрели несвойственные этому институту, схожие с судом функции; причем рекомендация Комитета ООН против пыток о сокращении доминирующей роли прокурора в целом в уголовном процессе Республикой Казахстан так и не исполнена

- Сотрудники правоохранительных органов должны проходить инструктаж по вопросам предотвращения пыток и жестокого обращения путем включения Стамбульского протокола 1999 г. во все учебные программы для сотрудников правоохранительных органов – *учебные программы в колледжах МВД РК, к примеру, сводятся к 40 минутам темы в рамках общего специального курса по правам человека*
- Обеспечить привлечение виновных к ответственности и соответствующему наказанию – *в редких случаях, а в условиях практического отсутствия соответствующего требованиям Конвенции ООН против пыток расследования – это в буквальном смысле единицы дел*
- Жертвы должны получать адекватное возмещение – *новый проект УПК предусматривает выплату компенсации из Фонда, конфискацию имущества без приговора*
- Пересмотреть свой Уголовный кодекс, чтобы обеспечить соразмерность наказания за пытки характеру и степени тяжести таких преступлений (по статье 7) – *предусмотренное ст. 146 проекта нового УК РК (на май 2013 г.) максимальная санкция увеличена с 10 до 12 лет за пытки, повлекшие смерть жертвы*
- Принять срочные меры для решения проблемы переполненности следственных изоляторов и тюрем, в том числе путем более широкого применения альтернативных форм наказания (электронный контроль, условно-досрочное освобождение и общественные работы) – *при наличии свободных камер большая часть ТПП и карантина СИ-12 переполнена, люди спят на полу; по сообщению Мухаметжанова Алмаза Ораловича на конференции 11.09.2013 г. в г. Астана, исправительные работы в проекте УК определены как альтернатива штрафу, пробационный контроль.*
- Положить конец практике терпимого отношения к насилию среди заключенных и принять меры к устранению коренных причин членовредительства среди заключенных – *согласно жалобам заключенных СИ-12, прокуроры только способствуют этому, бездействуя*
- Все случаи насилия среди заключенных и все смертные случаи должны тщательно расследоваться, а виновные – привлекаться к ответственности и соответствующему наказанию – *о тщательности речь не идет, лишь формальные служебные проверки (пример, смерти в колонии строгого режима ЕЦ-166/10 г. Астана 20-летнего заключенного Юнемана, который в условиях СИ-12 жаловался на пытки, оставшиеся без надлежащего расследования)*
- Общественным наблюдательным комиссиям предоставить возможность без предупреждения посещать с инспекцией все тюрьмы и следственные изоляторы – *в СИЗО КНБ не пройти.*

Статья 146. Пытки (проект УК на май 2013)

- 1. Умышленное причинение физических и (или) психических страданий, совершенное следователем, лицом, осуществляющим дознание, или иным должностным лицом либо другим лицом с их подстрекательства либо с их ведома или с молчаливого согласия, с целью получить от пытаемого или другого лица сведения или признания либо наказать его за действие, которое совершило оно или другое лицо, или в совершении которого оно подозревается, а также запугать или принудить его или третье лицо или по любой причине, основанной на дискриминации любого характера, наказывается штрафом в размере до пяти тысяч месячных расчетных показателей, либо исправительными работами в том же размере, либо ограничением свободы на срок до пяти лет, либо лишением свободы на тот же срок с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет.
- 2. То же деяние, совершенное:
 - а) группой лиц или группой лиц по предварительному сговору;
 - б) неоднократно;

- в) с причинением средней тяжести вреда здоровью;
- г) в отношении женщины, заведомо для виновного находящейся в состоянии беременности, или несовершеннолетнего, наказывается лишением свободы на срок от трех до семи лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет.
- 3. То же деяние, повлекшее причинение тяжкого вреда здоровью или по неосторожности смерть потерпевшего, наказывается лишением свободы на срок от пяти до двенадцати лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет.
- Примечание: Не признаются пыткой физические и психические страдания, причиненные в результате законных действий должностных лиц.

Усиление роли адвокатуры в обеспечении конституционных прав и свобод граждан и задачи в реформировании уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан

Уважаемые участники конференции, разрешите поприветствовать Вас имени адвокатского сообщества, и поблагодарить за предоставленную возможность высказать предложения и мнения по вопросам усиления роли адвокатуры в рамках нового УПК.

Как все мы понимаем, вопрос, насколько новый Уголовно-процессуальный кодекс сможет усилить роль адвокатуры в обеспечении конституционных прав и свобод граждан, далеко выходит за рамки собственно адвокатской деятельности. По сути, он становится одним из важнейших вопросов развития правового государства. Исходя из этого, я ставлю своей задачей обобщить и обосновать некоторые наши наиболее важные предложения в УПК. То, какая судьба в итоге будет ждать наши поправки, во многом станет моментом истины и определит подлинное направление пути, по которому все мы идем.

Как известно, на бумаге за стороной защиты признано право на состязательность и равноправие. Между тем, отсутствие четких норм, регулирующих отдельные права адвокатов и обязанности органа, ведущего уголовный процесс, лишают сторону защиты каких-либо гарантий от нарушения их прав.

В частности, Конституция провозглашает равенство сторон перед законом и судом, а ст.23 УПК предусматривает, что стороны пользуются в судебном разбирательстве равными правами по представлению доказательств, исследованию доказательств и заявлению ходатайств. Признание же права на состязание - это признание права за состязавшимися использовать равные средства и возможности для обоснования своих утверждений и требований и для оспаривания утверждений и требований другой стороны.

Таким образом, процессуальное равноправие означает, что всё, что вправе делать обвинитель для доказывания обвинения, то вправе делать защита для его опровержения. В соотношении же с реальностью все это рождает многочисленные вопросы.

К примеру, обязан ли адвокат в соответствии с проектом УПК оформлять допуск к работе с государственными секретами или вправе требовать допуска к участию в деле только на основании ордера и удостоверения адвоката?

В соответствии со ст.68 проекта УПК адвокат допускается к участию в деле в качестве защитника по предъявлении удостоверения адвоката и ордера, удостоверяющего полномочия на защиту конкретного лица. Аналогичная норма закреплена и в действующем УПК.

Между тем, адвокатам отказывают в допуске к участию в деле в виду отсутствия специального допуска к работе с секретными сведениями. Следователи требуют от адвокатов оформления допуска, а юстиция, на которую неизвестно кем наложена обязанность по оформлению допуска, адвокатам в этом отказывает.

Несомненно, процедура допуска адвоката к делу в качестве защитника должна соответствовать положениям Конституции и международным обязательствам Казахстана.

Между тем, существующая практика прямо противоречит закреплённому в международном праве положению о независимости адвокатской профессии.

Об этом очень важном вопросе для адвокатов, более подробно расскажет в своем докладе, мой коллега Данияр Кайратович.

О собирании доказательств

Еще одним важнейшим аспектом процессуального равноправия стороны обвинения и защиты является уголовно-процессуальное доказывание и его основа – собирание доказательств. В связи с этим очевидно, что некоторые нормы действующего казахстанского уголовного процесса нуждаются в реформировании.

Сегодня любые попытки адвоката воспользоваться правом на собирание доказательственной информации воспринимаются как притязание на некое параллельное расследование. Поэтому разработчики проекта УПК выступают против предоставления адвокату права самому «собирать-закреплять» доказательства. Но у адвокатов есть четкое понимание этого вопроса. Производство следственных действий неразрывно связано с мерами процессуального принуждения, поэтому адвокаты изначально не претендуют на расследование в том смысле, в каком это понятие принято воспринимать в уголовном процессе.

Адвокатское расследование не является обязательным процессуальным действием, а представляет собой определенную работу адвоката, проводимую им в целях установления обстоятельств по делу. Если следователь обязан проводить расследование, то адвокат вправе это делать, если это необходимо для установления каких-то обстоятельств.

Ведь состязательность - это право обвинения и защиты на равных основаниях отстаивать свою точку зрения перед судом, а не обязанность вступать между собой в правовой спор по каждому поводу.

Вообще, противоположность функций обвинения и защиты не противопоставляет интересы государственного обвинителя законным интересам подсудимого. Государственный обвинитель, отстаивая в деле государственный интерес - обвиняет в пределах закона и во имя законности лишь действительно виновного, и в той мере, в какой обвинение подтверждается данными судебного следствия. Поэтому, непонятны причины, по которым разработчики проекта УПК не хотят уравнивать нас в этих правах.

А между тем, право адвоката на сбор доказательств, закреплённое в ст. 122 проекта УПК нуждается в дополнительных гарантиях.

Так, Проект УПК предусматривает должность следственного судьи. В европейских государствах с романо-германской системой права следственный судья наделен широким кругом полномочий и кроме прочего проводит расследование по сложным делам.

Круг же полномочий нашего следственного судьи узок.

Так, например, в соответствии со ст.55 Проекта УПК по ходатайству защитника, следственный судья рассматривает вопросы об истребовании любых сведений, документов, предметов, необходимых для оказания надлежащей юридической помощи и защиты интересов лица, имеющего право на защиту, за исключением сведений, составляющих государственные секреты и иную охраняемую законом тайну;

Аналогичные права закреплены в ст. 70 проекта УПК «полномочия защитника».

Уважаемые коллеги, ведь адвокат, вправе и без суда получать справки, характеристики и прочую незначительную информацию? А вот более существенные документы, содержащие иные охраняемые законом сведения, то есть от банков, нотариусов, коммерческих организаций и учреждений и т.д. он не может получить. И проект нового УПК ограничивает в этом следственного судью, иными словами, одной рукой следственному судье дали полномочия, другой тут же ограничили в возможностях. О каком равноправии и состязательности мы говорим, если целый ряд документов мы не вправе получить ни посредством адвокатского запроса, ни через следственного судью. Нужен ли нам такой следственный судья, если он не может истребовать те документы, в которых нуждается адвокат для оказания эффективной правовой помощи?

По вопросу депонирования

Проект УПК не отменяет принцип непосредственности исследования доказательств. Депонирование показаний свидетелей, потерпевшего может привести к ухудшению положения сторон, в особенности защиты, так как она может лишиться возможности перекрестного допроса в последующем, права задавать новые вопросы с учётом допроса других свидетелей, права уточнения показаний свидетеля и потерпевшего в части и в целом - в будущем при судебном рассмотрении дела.

Поэтому при заявлении ходатайства о депонировании необходимо максимально соблюсти требования закона о непосредственности исследования доказательств, в чем сторона обвинения также должна быть заинтересована. Мы считаем, что депонировать показания только из-за того, что допрос причиняет кому-то неудобства, недопустимо.

Депонирование необходимо допускать только в исключительных случаях. Нельзя допускать депонирования показаний свидетеля, потерпевшего в отсутствие одной из сторон, так как депонирование практически исключает в дальнейшем допрос этого лица.

Кроме того, в целях обеспечения принципа состязательности и равноправия сторон необходимо предусмотреть обязательность участия представителей обеих сторон, а также в целях исключения злоупотребления данной нормой и недобросовестного её применения, необходимо закрепить, какие именно обстоятельства суд может признать уважительными для допроса заявленных свидетелей и потерпевших.

Остановливаясь на вопросах доказывания, следует сказать о праве адвоката на опрос свидетелей.

Так, в ст.272 проекта УПК закреплено право следователя не приобщать результаты проведенного адвокатом опроса свидетеля к материалам дела, если адвокат не сможет обеспечить его явку.

Необеспечение явки свидетеля адвокатом не может повлечь отказ в приобщении результатов опроса к материалам уголовного дела. Следователь может не принимать такой документ в расчет, но не приобщать не вправе.

Данная норма также нарушает право стороны защиты на состязательность, так как последнее слово по вопросу оценки доказательств должно оставаться за судом.

Вызывает много споров и процессуальная форма, в которую предлагается облечь результаты опроса адвокатом свидетеля и потерпевшего. Со своей стороны мы предлагаем оформлять этот документ как протокол опроса свидетеля (потерпевшего) адвокатом.

С целью обеспечения принципа состязательности и равноправия сторон необходимо в ст.112 проекта УПК расширить перечень фактических данных, подлежащих признанию недопустимыми, в качестве доказательств – указав, какие именно нарушения следует

относить к существенным. Например, нарушение прав участников процесса при назначении и производстве экспертизы, если они фактически отразились на полноте и всесторонности экспертного исследования, объективности и обоснованности заключения эксперта, должны явиться основанием для признания заключения эксперта недопустимым.

О санкционировании ареста

Еще одним проявлением принципа состязательности в предварительном производстве является рассмотрение судом жалоб на действия следователя, решения прокурора об избрании и продлении меры пресечения содержания под стражей.

На сегодня единственной гарантией от необоснованных арестов является наделение следственного судьи полномочием проверять достаточность оснований обвинения (подозрения).

Мы считаем, что, рассматривая ходатайство о санкционировании меры пресечения по стражей, суд обязан убедиться:

- 1) что под стражу не будет заключен человек, обвинения против которого голословны;
- 2) что подозрение (обвинение) подтверждается на этом этапе доказательствами, достаточными для вероятного вывода о причастности лица к предъявленному деянию.

Суд должен иметь право решать вопросы о допустимости доказательств, представленных стороной обвинения, исследовать другие доказательства, в частности, путём допроса подозреваемого (обвиняемого), потерпевшего, свидетелей.

Мы настаиваем на том, что прокурор обязан при решении вопроса о поддержании ходатайства о санкционировании ареста:

- 1) проверять наличие достаточных допустимых доказательств, подтверждающих обоснованность подозрения (обвинения);
- 2) в судебном заседании доказать наличие надлежащих правовых и «волевых» предпосылок ареста, делающих заключение под стражу подозреваемого (обвиняемого) необходимой, оправданной и единственно возможной в данных условиях.

Мы требуем предусмотреть в проекте УПК норму, обязывающую прокурора:

- 1) отстоять предлагаемую квалификацию деяния, в котором подозревается (обвиняется) лицо;
- 2) представить доказательства того, что обвинение (подозрение) имеет под собой вескую фактическую основу.
- 3) убедительно доказывать, что обвиняемый с высокой степенью вероятности скроется от следствия и суда, либо воспрепятствует объективному расследованию или будет продолжать заниматься преступной деятельностью.

В санкционировании должно быть отказано, если прокурор не доказал:

- 1) наличия предпосылок для заключения под стражу и необходимости ареста;
- 2) если прокурор не доказал обоснованности подозрения (обвинения);
- 3) если предъявленное обвинение (подозрение) не содержит по мнению суда состава преступления;
- 4) если установлена незаконность задержания (свыше 3-х часов без составления протокола);
- 5) если надлежащим образом извещенный прокурор не явился в судебное заседание, либо, явившись, не поддержал ходатайство об аресте;

Обязательным условием обеспечения принципа равноправия и состязательности сторон считаем обеспечение права сторона защиты на заблаговременное ознакомление с ходатайством о санкционировании ареста и приложенными к нему материалами до направления в суд.

Сторона защиты должна быть заблаговременно ознакомлена с материалами, поступившими в суд с ходатайством о санкционировании, и дополнительно истребованными судом материалам дела. Поскольку на этапе рассмотрения ходатайства об аресте уголовное дело не окончено производством, значит, речь идёт об ознакомлении не со всеми доказательствами, но только с имеющимися на данный момент. Недопустимо утаивание от стороны защиты материалов, доступных прокурору и суду, поскольку это противоречит равенству сторон в судебном процессе.

Необходимо также обеспечить обязательное участие стороны защиты и обвиняемого (подозреваемого) при санкционировании меры пресечения в виде ареста, для реализации права «быть выслушанным в суде». Прекратить практику продления срока содержания под арестом без надлежащего извещения стороны защиты. Необходимо и на этой стадии санкционирования обеспечить обязательное участие стороны защиты.

О процессуальном соглашении

Мы также считали и считаем необходимым пересмотреть в проекте УПК раздел «процессуальные соглашения»- с точки зрения безопасности лиц, предложивших сотрудничество с органом расследования, с учётом опыта других государств.

Необходимо сделать этот раздел более жизнеспособным и отвечающим интересам как стороны обвинения, так и защиты. На сегодня данный раздел существенно ухудшает право подозреваемого, обвиняемого и осужденного.

Сделка о признании вины в действующем законодательстве других стран заключается в том, что между защитником обвиняемого и обвинителем происходят неофициальные переговоры, в результате которых обвиняемый соглашается признать себя в суде виновным на определенных условиях.

При ведении переговоров обвинитель не должен:

- 1) вступать в переговоры непосредственно с обвиняемым, а только с его защитником;
- 2) давать ложных и невыполнимых обещаний;

При это он должен принимать во внимание прошлые судимости и аресты обвиняемого.

При этом официального оформления того, что обвиняемый побуждался признать себя виновным, не производится.

Соответственно, исходя из принципа презумпции невиновности, с предложением о сделке должен обращаться прокурор, но не подозреваемый, как это закреплено в проекте УПК и только в пределах конкретного дела (!), по которому он обвиняется и без требования признать себя виновным.

Недопустимо также заключение соглашения о даче уличающих показаний взамен на улучшение своего положения, так как это противоречит нравственным началам. Нельзя исключать, что заинтересованное лицо может оговорить третьих лиц в обмен на свою свободу или меньшую ответственность.

Уважаемые участники, завершая свою речь, считаю необходимым отметить, что проект УПК не содержит существенных нововведений по вопросу расширения прав адвоката – защитника в уголовном процессе, в том числе по вопросу механизма реализации прав, уже предусмотренных в УПК.

Это не все, но одни самых наболевших вопросов, которые по нашему мнению должны найти отражение в проекте УПК.

Думаю, все согласятся с тем, что равенство сторон и состязательность – самый лучший метод познания истины, гарантия прав и законных интересов сторон.

Состязательное начало определяет лицо всего судебного процесса, весь его строй, придает приговору силу особой убедительности, повышает его правовую и социальную значимость.

Если адвокат обязан уважать правосудие, то правосудие со своей стороны обязано его охранять. Адвокат независим и может охранять своей независимостью вверенное ему дело, только когда суд заставляет уважать его личность.

Именно с этой целью – чтобы заложить основы подлинно состязательного, по-настоящему справедливого, истинно легитимного в глазах общества правосудия - мы не теряем надежды и верим, что наш голос будет услышан в Парламенте при обсуждении проекта УПК.

Спасибо за внимание!

РОЗЕНЦВАЙГ А.В.
Адвокат Алматинской городской коллегии адвокатов,
член Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов,
член Президиума Республиканской коллегии адвокатов,
кандидат юридических наук

Исполнение Республикой Казахстан Международного пакта о гражданских и политических правах и Конвенции СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам

Уважаемые господа!

Прежде чем непосредственно приступить к изложению темы моего сообщения, мне неизбежно придётся осветить предысторию вопроса, чтобы была понятна причинно-следственная связь между происшедшими событиями.

В России еще год назад существовала некоммерческая организация «Центр правовых и экономических исследований». Возглавляла его доктор юридических наук Елена Новикова. Она была координатором казахстанской правовой реформы 1994-1997 г.г., когда буквально за несколько лет было создано новое законодательство, базовый массив актов в сфере экономики и природопользования, а также - новые УК и УПК, Законы «Об адвокатской деятельности», «О нотариате» и многие, многие другие. Всего их было более пятидесяти. Это позволило запустить в нашей стране рыночные отношения. И вот эта же Елена Новикова, которая за свою активную жизненную позицию подверглась преследованиям со стороны небезызвестного «мальтийского затворника» и была вынуждена переехать в Москву, сумела объединить под эгидой новой НКО – «Центра правовых и экономических исследований», ведущих российских и иностранных ученых-юристов, экономистов, практикующих адвокатов, прокуроров и судей Верховного и Конституционного судов в отставке. Среди них – цвет российской юридической науки - Т.Г. Морщакова, А.Э.Жалинский, В.И. Радченко, В.М. Жуйков, А.В. Наумов, адвокаты А. Г. Федотов и А.В. Рахмилович, ведущие российские экономисты М.А. Субботин, Л.М. Григорьев, а также - казахстанский юрист Игорь Новиков. Мне посчастливилось быть иностранным экспертом этого учреждения.

В ходе работы Центром проведено несколько заседаний круглых столов, по результатам которых были подготовлены две международные коллективные монографии, разработана Концепция гуманизации уголовного законодательства РФ в сфере экономики, вдохновившая также и авторов казахстанской реформы уголовного законодательства.

Последняя работа под названием «Верховенство права как фактор экономики» вышла в свет в нынешнем году. Мне выпала честь быть ее соредактором.

Книга, на мой взгляд, выдающаяся. Она - принципиально новое слово в науке и, одновременно, универсальный справочник. В принципе, на её базе можно читать курсы и экономистам, и юристам. Купить книгу сложно, но она есть на сайте http://lecs-center.hse.ru/images/lecs/verhovenstvo_prava-mysl.pdf.

Монография написана применительно к российской действительности, но имеет многочисленные черты сходства с действительностью нашей, казахстанской, представляя собой, по сути, экспертное исследование, доказательную базу нынешнего состояния правоприменительной практики, и, что существенно, содержит детальные рекомендации.

О чем эта книга?

Сегодня в России и в Казахстане сформировалась такая реальность, в которой право более не способно существовать и, тем более, цивилизованно развиваться в отрыве от экономики, равно как и наоборот; право (или правовое государство) предопределяет эволюционное развитие всех сторон жизни общества.

Универсальным индикатором правового государства является степень развития в обществе правовых институтов и основных принципов такой модели.

К числу этих принципов относятся:

- подчинение государства праву;
- приоритет прав человека и обеспечение формального законного равенства всех граждан, без учета их близости к власти;
- независимое правосудие;
- гарантированное право собственности и т.д.

Если я заявлю, что на всём постсоветском пространстве ни один из этих принципов в полной мере не реализован, то, убеждён, вряд ли кому-нибудь удастся меня опровергнуть.

Всеми авторами монографии особо подчеркивается вывод о невозможности прогрессивного развития общества в ближайшем будущем без **формирования принципиально новой правовой (в первую очередь уголовно-правовой) политики в экономической сфере, обеспечивающей реальную защиту права собственности, устраняющей такие антиинституты, как квазизаконоуловительный передел собственности и др. Собственники, предприниматели и просто граждане должны быть ограждены от правового произвола. При этом роль правоприменительной практики как средства в его обеспечении является ключевой.**

Перспективы дальнейшего развития страны в значительной степени зависят от того, чьи интересы станет реально обеспечивать тот или иной закон – стоящей у власти партии или всего общества. Это станет своего рода индикатором, показывающим, в каком государстве мы будем завтра – в правовом или номенклатурно-бюрократическом, управляемом уголовной юстицией силовыми методами.

Государственная политика в области уголовного права отвечает и еще на один очень важный и даже определяющий вопрос: какова ее основная цель – предупреждение преступлений или наказание?

Подход к ее разрешению обоснован известным российским правоведом Сергеем Гогелем. По его мнению, если основная наука (уголовное право) пришла к заключению, что преступность – явление социальное, то роль уголовной политики...- оценить эти действия главным образом с точки зрения их целесообразности: в какой мере они ослабляют вредные последствия преступности. Уголовная политика не может не быть важнейшей составной частью внутренней политики государства, и тот вектор, в сторону которого изменилась политика, также определяет в целом изменение политики уголовной.

Общество оказалось в парадоксальной ситуации. После длившейся в течение 20 лет попытки строительства рыночных отношений по сей день действует система уголовной репрессии с «родимыми пятнами» эпохи социализма, фактически подавляющая их нормальное развитие.

Реально право собственности не защищено от юридического произвола и передела, а вопросы частного бизнеса по-прежнему остаются вотчиной и прерогативой уголовной юстиции.

Обратимся к данным статистики. За последние 20 лет российскими судами признаны виновными в совершении уголовных преступлений 18,7 млн. человек. Таким образом, на сегодняшний день, с учетом поправок на смертность и повторность преступлений, судимость имеют почти 30% взрослого мужского населения. Из них свыше 2 млн. – лица, осужденные (или привлекавшиеся к ответственности) за деяния, связанные с предпринимательством. В основном – представители малого и среднего бизнеса. Надо ли удивляться, что только за 2010 год в России количество индивидуальных предпринимателей сократилось почти на 500 тыс. человек. Тогда же прекратили свою деятельность 45,3% коммерческих организаций.

Не отсюда ли печальное соотношение: в течение ряда лет доля малого и среднего бизнеса в ВВП России не превышает 20%, в то время как в индустриально развитых странах она составляет 50% и более.

В сегодняшней России уголовное преследование бизнеса уже не является сугубо юридическим вопросом. Проблема обрела характер экономический, и нередко влечет за собой утрату и собственности, и свободы. В результате - бегство мозгов и отток капитала. Для обеих наших стран ситуация убийственная!

Подобные риски сегодня являются неизбежными атрибутами любой самостоятельной экономической деятельности. При этом немало политиков, чиновников, специалистов в области права, экономики и государственного управления продолжают отрицать, что описанное состояние является печальной социальной реальностью.

Обширная уголовная репрессия в отношении предпринимателей стала одним из факторов, влияющих на состояние инвестиционного климата в стране. Жесткая политика применения уголовного права в сфере экономики стала причиной возникновения в России такой фобии, как страх перед ведением бизнеса. Если в стране ежегодно возбуждается свыше 200 тыс. дел экономической направленности, надо ли удивляться потерям и человеческого, и денежного капитала? Ежегодно из России «утекают» с 2010 года финансовые потоки примерно по 70-90 млрд. долл. и выше. Специфика России – это сохранение ситуации, при которой комфортно существует лишь бизнес, сросшийся с государственными чиновниками и защищенный административным ресурсом или криминалитетом.

Вот об этом, вкратце, – суть позиции авторов книги.

Как известно, за все в этой жизни необходимо платить...

Консультанты Центра, последовательно обосновывавшие недопустимость искусственной криминализации обычной хозяйственной деятельности, могли ли они предположить, что криминализованы будут их деятельность научная и даже их личные взгляды и добрые отношения?

Репрессивные структуры российской власти, обидевшись неизвестно за что на этих ученых, практически обвинили авторский коллектив «в создании иллюзии необходимости гуманизации российского уголовного законодательства в экономической сфере» и начали активное преследование всех, причастных к этой деятельности.

Поскольку легальные основания для этого отсутствовали, то творческую группу искусственно «прицепили» к возбужденному еще в 2003 году в отношении неизвестно кого уголовному делу о каких-то хищениях, связанных с «ЮКОСом», и начались репрессии. Год назад в Москве прошла серия обысков у руководства Центра, а в апреле нынешнего года на основании международного поручения, с санкции Басманного районного суда города Москвы, волна накрыла и казахстанских граждан.

В частности, в Алматы обыскана квартира Игоря Новикова, известного казахстанского юриста, уникального в своём роде специалиста по морскому праву. Обыском, который формально был поручен алматинской финансовой полиции, на самом деле руководили прибывшие для этого в Казахстан следователи российского Следственного комитета. Само по себе это уже является серьезнейшим нарушением казахстанского законодательства и ратифицированной Казахстаном Минской конвенции от 22 января 1993 г. «О правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам» (далее по тексту – «Минская конвенция»), согласно нормам которых представители иностранных государств вправе лишь присутствовать при выполнении международных следственных поручений казахстанским следственными органами.

Основанием для «уникального» следственного действия послужило постановление судьи Басманного районного суда г. Москвы Скурыдиной от 16 апреля 2013 года, из резолютивной части которого следует: «Разрешить производство обыска в жилище Новикова И.А. в г. Алматы... в целях отыскания и изъятия предметов и документов, которые могут иметь значение для уголовного дела.

Парадоксально, но фактически юрисдикция одного из районных судов Российской Федерации распространена на территорию суверенного Казахстана.

При этом представители спецслужб иностранного государства, при полном попустительстве местной прокуратуры, проводили неразрешенные им следственные действия.

В ходе обыска у Игоря Новикова были изъяты компьютеры с полными данными по его частным клиентам, мобильные телефоны; без оставления копий и без составления их перечня изъяты документы юридического лица, требуемые для отчетности.

Изъяты также принадлежащий ребенку «АйПад» с играми, а также – записанные на электронном носителе в единственных экземплярах три рукописи книги Новикова: совместный с его отцом, профессором Новиковым А.И., труд «Теория доказательств», том 3; сверстанная для печати версия книги «Комментарий к Закону «О торговом мореплавании Республики Казахстан» на английском языке и «Комментарий к Закону о торговом мореплавании» на русском языке, которые вообще не имеют и не могут иметь никакого отношения к приписываемому уголовному делу. Все это было вывезено в Москву.

В нарушение предписаний статьи 123 УПК Республики Казахстан (далее – «УПК») материалы, содержащие компьютерную информацию, не были переданы в копиях законному владельцу, когда тот требовал их в правомерных целях осуществления трудовой, профессиональной деятельности и отчетности. Работа Новикова как юриста остановилась.

Тем самым нарушены конституционные права гражданина на труд и свободу предпринимательской деятельности.

Обыск у И. Новикова фактически был проведён в отсутствие адвоката.

Далее. В течение трёх дней продолжался допрос прибывшей из Москвы в Алматы для ухода за больным отцом Елены Новиковой. Этот допрос, опять же, вопреки УПК и Минской конвенции, от начала и до конца провели два российских следователя.

Все эти действия были обжалованы в установленном казахстанском УПК порядке. Однако в удовлетворении законных требований заявителей нашими судами было отказано без указания каких бы то ни было мотивов. Отметим, что механизм обжалования в порядке, предусмотренном статьёй 109 УПК, представляется необоснованно усечённым. Заявитель лишён возможности обращаться с жалобами в кассационном порядке и за пересмотром состоявшихся судебных постановлений в порядке надзора.

Затем события развивались следующим образом.

В обслуживающем меня банке была произведена выемка копий всей финансовой документации. Но сделано это было, к моему удивлению, не на основании постановления уже навязшего на языке Басманного суда, а - по постановлению следователя финансовой полиции, причём, опять же, в отсутствие каких бы то ни было законных оснований и процессуальных полномочий.

Выемка у меня, казахстанского гражданина и действующего адвоката, была произведена для поиска свидетельств приписываемой моим доверителям экспертам Новиковым противоправной деятельности по делу, возбуждённому в России в отношении неизвестно кого ещё в 2003 г., что само по себе не может не представляться абсурдным! В качестве основания выемки указано получение мной - адвокатом Розенцвайгом средств, которые **ранее были легализованы третьими лицами**. По указанной причине, вне всякой зависимости от того, были ли в действительности совершены кем бы то ни было приписываемые им действия или нет, получение адвокатом на основании заключённого с ним договора об оказании юридической помощи денежных средств (гонорара), которые после осуществленной третьими лицами легализации обретают легальный характер, состава преступления не образуют.

Незаконные действия ДБЭКП, расцениваемые мной не иначе, как беспрецедентные, свидетельствуют о явном желании представителей силовых структур оказать на меня как на защитника экспертов Новиковых давление в рамках принятого поручения и фактически являются ничем иным, как запугиванием и неуместным вмешательством в адвокатскую деятельность.

Прискорбно, что все предпринятые в отношении меня как адвоката (и гражданина) незаконные меры процессуального принуждения осуществлены при прямом одобрении прокуратуры г. Алматы, санкционировавшей проведение выемки.

Тем самым государственными органами было нарушено обязательство правительства Республики Казахстан по адекватной защите адвоката в рамках принятого поручения (пункт 17 Основных положений о роли юристов, принятых восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступлений в августе 1990 г. в Гаване (далее по тексту – «Основные положения»).

Кроме того, проведение следственных действий в отношении адвоката при оказании последней помощи по этому же уголовному делу является ничем иным, как идентификацией адвоката с его доверителем, что прямо запрещено пунктом 18 Основных положений.

Действия российских и казахстанских правоприменителей свидетельствуют не только об их явном пренебрежении законными правами гражданина и адвоката, но и об очевидном неуважении государственного суверенитета нашей страны.

Мое утверждение о незаконности Постановления следователя и протоколов выемки нашли своё подтверждение в суде. При этом ни прокурор, ни следователь не смогли доказать, что при совершении оспариваемых действий все требования закона ими соблюдены. Как говорится, но комментс...

Помимо этого по моей жалобе в связи с незаконной выемкой банковской документации судья оставил без внимания и надлежащей оценки также и доводы об ином, еще одном, грубейшем нарушении процессуального законодательства и законодательства об адвокатской деятельности. Было также нарушено гарантированное пунктом 2 статьи 18 Конституции Республики Казахстан право гражданина на тайну личных вкладов и сбережений.

Убеждён, что все вышеприведённые нарушения являются, помимо прочего, нарушением суверенитета Республики Казахстан, противоречат принципам независимости нашей страны и никак не могут быть оправданы интересами межгосударственного сотрудничества.

Республика Казахстан является полноправным членом международного сообщества. Она добровольно приняла на себя обязательства по соблюдению прав человека и международных стандартов справедливого уголовного процесса и не может отказываться от исполнения этих обязательств в угоду политическим процессам, происходящим на территории Российской Федерации. Так, согласно статье 19 Минской конвенции и статье 3 Соглашения о правовой помощи и сотрудничестве между органами прокуратуры (г. Алма-Ата, 8 октября 1992 г.) помощь по уголовному делу не оказывается, если это противоречит законодательству договаривающихся сторон. Эти же нормы повторены в УПК и Казахстана, и России. Законность и обоснованность запрашиваемых действий должны были изначально оцениваться казахстанской прокуратурой перед их осуществлением. И, если бы это было сделано, ходатайство о правовой помощи не подлежало бы удовлетворению.

По недомыслию либо намеренно у нас все продолжается таким образом, чтобы как можно дольше задержаться в переходных лабиринтах на пути к правовому государству.

Отсюда - живучесть пережитков имперства, с опорой на «ручное управление» экономикой и обществом, с использованием в качестве основного инструмента регулирования силовых приемов. Под прикрытием охраны квазипубличных интересов, носитель групповых интересов, номенклатура, продолжает извлекать ренту из власти.

Те, кто осмеливается честно и профессионально оценить такую ситуацию, становятся объектом реванша.

Эта ситуация становится для всех нас все более угрожающей.

Предложения.

1. Порядок обжалования незаконных действий органов, ведущих уголовный процесс, не может быть усечённым. Заявителю, в случае несогласия с вынесенными по его жалобе постановлениями судами первой и апелляционной инстанций, должно быть предоставлено право кассационного обжалования и обращения с ходатайством о пересмотре судебных постановлений в порядке надзора.

2. Нуждается в комментарии на уровне Конституционного совета Республики Казахстан проблема распространения юрисдикции «Басманного правосудия» на территорию суверенного государства, коим является Республика Казахстан.

**СЕССИЯ 2. ВЫПОЛНЕНИЕ РЕКОМЕНДАЦИЙ КОМИТЕТА ООН ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА
ПО ВОПРОСАМ РЕФОРМИРОВАНИЯ УГОЛОВНОГО И УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОГО
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН**

МУХАМЕТЖАНОВ А. О.
*Начальник 1-го Управления
Генеральной прокуратуры Республики Казахстан*

**Основные новеллы проекта новой редакции Уголовного кодекса
Республики Казахстан
(Справка по проекту Уголовного кодекса)**

Проект Уголовного кодекса Республики Казахстан в новой редакции (далее – проект) разработан во исполнение поручения Главы государства от 6 января 2012 года № 51-14.20, с учетом положений Концепции правовой политики на 2010-2020 годы, необходимости реализации международных обязательств государства.

Концепция проекта утверждена Межведомственной комиссией при Правительстве Республики Казахстан по законопроектной деятельности 2 августа 2012 года.

Разработка проекта включена в Общенациональный план по реализации Послания Президента Республики Казахстан - Лидера нации Н.А.Назарбаева народу Казахстана «Стратегия «Казахстан-2050» и План работы Правительства на 2013 год.

Задачи проекта, согласно его Концепции, определялись необходимостью создания новых уголовно-правовых институтов, а также модернизации действующих механизмов уголовно-правовой защиты на фоне трансформации сложившихся общественных отношений, возникновения ранее неизвестных угроз, для обеспечения адекватной защиты личности, общества и государства.

В ходе работы над проектом были учтены все предложения заинтересованных государственных органов, а также протокольные решения СПП, СБ, МВРГ по совершенствованию правоохранительной деятельности относительно содержания норм проекта УК.

В целом, задачи Концепции проекта были реализованы.

Новая редакция Уголовного кодекса сохранила свою структуру, отвечающую сегодня потребностям практики, в том числе деление на Общую и Особенную части.

Общая часть проекта предусматривает 7 разделов из 98 статей, она дополнена 5 новыми нормами, которые вводят понятийный аппарат (гlossарий), новые виды уголовного наказания и оснований освобождения от уголовной ответственности. В частности, речь идет о новых основаниях освобождения от наказания в связи с установлением поручительства, а также выполнением всех условий процессуального соглашения.

Особенная часть включает в себя 18 глав из 369 статей, в сравнении с действующим УК она дополнена 57 статьями, из них 24 ранее не предусматривались действующими УК и КоАП. Всего в проекте - 467 статей.

Основными новациями проекта, реализующими задачи его Концепции, являются следующие.

1. В целях повышения эффективности защиты прав и свобод граждан, интересов общества и государства был пересмотрен устоявшийся подход к определению общественной опасности деяний.

С учетом международного опыта введена двухзвенная система уголовно наказуемых деяний, состоящая не только из преступлений, но и уголовных проступков, в том числе находящихся на «стыке» административного правонарушения и преступления по степени общественной опасности.

При этом из КоАП в разряд уголовных проступков перенесено 58 административных правонарушений (либо самостоятельными статьями, либо частями статей УК). Всего проектом предусматривается 171 уголовный проступок, из них 58 составов из КоАП, 9 новых, 104 действующих состава преступлений небольшой тяжести.

Это усилит профилактику преступлений и соприкасающихся с ними проступков, более четко разграничит степень их общественной опасности и, соответственно, наказания. Двухзвенная система уголовно наказуемых деяний эффективно действует практически во всех европейских странах - Германии, Испании, Австрии, Голландии, Норвегии, Чехии, Албании, Литвы и др.

За уголовные проступки предусматривается широкий спектр мягких видов наказаний, в первую очередь, общественные и исправительные работы, а также минимальные сроки давности и отсутствие судимости.

Тем самым, перенесение ряда административных деликтов в уголовно-правовую сферу не повлечет роста в статистике судимости.

2. Согласно принципу нулевой толерантности к беспорядку, во исполнение поручения Главы государства криминализируется ответственность за мелкие правонарушения против общественного порядка, которые выводятся из сферы административных деликтов. Это, как сказал Глава государства, усилит профилактику серьезных преступлений.

3. По сравнению с действующим Уголовным кодексом основательно переработана система уголовных наказаний.

Акцент сделан на более широкое применение мер, альтернативных лишению свободы, главным образом, в виде крупных денежных штрафов, привлечения к общественным работам.

Основным в перечне наказаний в санкциях за совершение преступлений установлен штраф, размеры которого увеличены. Сфера применения штрафа расширена практически на все преступления небольшой и средней тяжести, не связанные с причинением смерти человеку.

Например, штраф введен в качестве альтернативы дополнительно в 162 санкции, его доля теперь составляет более 50%, а его размеры по проекту значительно увеличены, в среднем на 57%.

В проекте УК изменено содержание и порядок исполнения исправительных работ, которые установлены как ближайшая альтернатива штрафу и исчисляются в конкретном размере суммы, подлежащей уплате в бюджет.

С учетом того, что уклонение от штрафа или исправительных работ влечет замену наказания на лишение свободы, следует ожидать рост их реального исполнения.

Область применения такого вида наказания, как ограничение свободы, распространена на все преступления небольшой и средней тяжести, а также на часть тяжких преступлений.

Данное наказание предусматривает нахождение осужденного под пробационным контролем, а также привлечение его к общественно полезному труду, что позволит усилить коррекцию посткриминального поведения.

4. В целях исполнения Концепции проекта в части внедрения реабилитационно-восстановительного правосудия, вводятся «стимулы» для добровольного возмещения ущерба и содействия борьбе с организованной преступностью: возможность условно-досрочного освобождения от отбывания наказания, замены или сокращения срока назначенного судом наказания при полном возмещении причиненного вреда потерпевшей стороне. Введен запрет на назначение лишения свободы за совершение экономического преступления (кроме рейдерского), если виновным лицом будет полностью возмещен причиненный его деянием ущерб.

5. Во исполнение Концепции правовой политики на 2010-2020 годы, Концепции проекта, усилена уголовная ответственность за коррупционные преступления. Предусмотрен пожизненный запрет на право занимать определенные должности лицам, осужденным за совершение коррупционных преступлений, усилены санкции за взяточничество.

6. Усилены санкции за преступления против несовершеннолетних, введен пожизненный запрет на право заниматься деятельностью, связанной с работой с детьми, осужденным за преступления сексуального характера в отношении малолетних.

Вводится специальная Глава о медицинских преступлениях, в том числе об уголовной ответственности за незаконный оборот фальсифицированных лекарственных средств.

Тем самым, реализуются задачи, поставленные в Послании Президента Республики Казахстан - Лидера нации Н.А.Назарбаева народу Казахстана «Стратегия «Казахстан-2050» об усилении ответственности за преступления против материнства и детства.

7. Вводится отдельная Глава о компьютерных преступлениях, чтобы наше государство, исполняя международные обязательства, обеспечило должный уровень противодействия киберпреступности.

8. Проектом предусмотрено концептуальное положение о возможности назначения судами конфискации имущества не только как меры наказания, но и в строго определенных случаях - как меры уголовно-правового воздействия. Это новшество связано с введением в УПК процедуры конфискации без приговора суда.

Сам институт конфискации имущества, по примеру России, Германии и других стран, ограничен имуществом, добытым незаконным путем, в том числе доходами, иной извлеченной выгодой от такого имущества, денежным эквивалентом утраченного имущества, а также деньгами, ценностями и иным имуществом, используемыми для финансирования экстремистской или террористической деятельности либо преступной группы.

9. Коренным образом усилена ответственность за транспортные преступления, особенно за их совершение в состоянии опьянения, а срок лишения права на управление транспортным средством увеличен до 10 лет.

В частности, управление транспортным средством водителем, находящимся в состоянии алкогольного, наркотического и (или) токсикоманического опьянения, выделено в качестве самостоятельной статьи проекта УК, а причинение при этом вреда здоровью различной степени тяжести – ее квалифицированными составами.

10. Изменена конструкция и существенно реформированы нормы об уголовной ответственности за незаконный оборот наркотиков и их аналогов.

В частности, административные правонарушения в этой сфере переведены в проект УК как уголовные проступки, а норма действующего УК о наркообороте разделена для удобства правоприменения на отдельные составы, предусматривающие ответственность за эти преступные действия без цели сбыта и со сбытом.

11. Усилена уголовная ответственность за проявления экстремизма и терроризма, распространение радикальных идеологий, в том числе с использованием новых технологий.

12. Во исполнение поручения Главы государства о сокращении «тюремного населения», наряду с расширением сферы применения наказаний, не связанных с лишением свободы, по проекту УК минимизировано (с 45% до 42% составов) безальтернативное применение лишения свободы, которое остается только в 393 санкциях из 920.

Для сравнения: в УК ФРГ только 237 составов преступлений из 853 или 28% предусматривают штраф, соответственно, репрессивный потенциал германского кодекса составляет 72%.

Как единственный вид наказания, лишение свободы сохранено только за преступления, совершаемые в составе организованных преступных групп, а также связанные с причинением смерти человеку, и особо тяжкие преступления, в том числе террористические, коррупционные, воинские преступления, совершенные в военное время либо в боевой обстановке, направленные на половую неприкосновенность несовершеннолетних и малолетних, а также сопряженные с нападением на людей из корыстных побуждений.

Во исполнение поручения Главы государства о либерализации уголовной политики, некоторые экономические преступления были декриминализированы, например, составы заведомо ложной рекламы, а также утраты документов и сведений, составляющих систему реестров держателей ценных бумаг.

Проектом существенно изменен подход к понятию рецидива.

Не секрет, что определенную часть «тюремного населения» составляют лица, ранее судимые, судимость которых не была снята либо погашена на момент совершения преступления.

За 6 месяцев этого года из 11936 осужденных 2109 или свыше 17% являлись ранее судимыми, чья судимость не была погашена.

Теперь по проекту УК для рецидива будет учитываться только непогашенная и неснятая судимость за тяжкие и особо тяжкие преступления, без учета судимостей за менее тяжкие преступления, как это предусмотрено в действующем УК.

Такой подход существенно сузит категорию лиц, в действиях которых судом может быть признан рецидив преступлений, а это, в свою очередь, сократит количество осужденных, отбывающих наказание в виде лишения свободы.

Более того, проектом исключены действующие правила назначения наказания при рецидиве.

Соответственно, будут исключены «перекосы» в назначении судами длительных сроков лишения свободы ранее судимым лицам, к примеру, совершившим кражу мелкого домашнего имущества, причинившим ущерб в небольших размерах.

Расширены основания освобождения лица от уголовной ответственности в сравнении с действующим УК (при процессуальном соглашении, поручительстве), что также может оказать положительное влияние на снижение численности тюремного населения.

Приняты меры и по снижению верхнего порога лишения свободы.

Как показывает анализ, максимальный срок лишения свободы во Франции составляет 30 лет, Великобритании – 25 лет, в Японии, Сингапуре, Китае – 20 лет, Южной Кореи – 25 лет, в США используется система «суммирования» наказаний, в итоге окончательное наказание осужденному может исчисляться столетиями. В других странах, например, ФРГ, максимальный срок наказания составляет 15 лет.

Учитывая разнообразие максимального срока лишения свободы во всех развитых странах мира, использовать опыт какой-либо конкретной страны и чисто механически снижать допустимые пределы этого наказания, без учета особенностей правового развития Казахстана, менталитета, степени криминализованности общества, состояния и уровня обеспечения правопорядка, полагаем невозможным.

Вместе с тем, по результатам дополнительного анализа санкций всех особо тяжких и тяжких преступлений, были скорректированы в сторону снижения верхние планки лишения свободы по ряду таких деяний.

В целях сокращения «тюремного населения» проектом УК полностью переработан институт условно-досрочного освобождения.

Им предусмотрены более мягкие, «щадящие» условия для УДО для уязвимых слоев населения (беременные, женщины, имеющие малолетних детей, мужчины, в одиночку воспитывающие малолетних детей, пенсионеры).

Установлена обязательность применения УДО к осужденным, полностью возместившим причиненный ущерб.

13. Согласно Концепции проекта, откорректированы санкции по воинским преступлениям с тем, чтобы привлечение к уголовной ответственности военнослужащего влекло такие же последствия, как и для иных категорий государственных служащих.

14. В целях обеспечения безопасности сооружений для жизни и здоровья человека на всех этапах архитектурной, градостроительной и строительной деятельности введена уголовная ответственность за нарушения правил безопасности в этой сфере, повлекшие по неосторожности смерть человека либо иные тяжкие последствия.

15. Для имплементации ратифицированных Казахстаном норм международного права, введена уголовная ответственность за создание баз (лагерей) подготовки наемников, преступные нарушения норм международного гуманитарного права во время вооруженных конфликтов и др.

16. Пробационный контроль, предусмотренный в действующем УК только в положениях об условном осуждении, распространен на институты ограничения свободы, условно-досрочного освобождения, а также включен в проект как принудительная мера воспитательного воздействия.

В целях исключения существующего сходства между условным осуждением и ограничением свободы, содержание последнего изменено и дополнено обязанностью выполнения бесплатных общественно полезных работ в течение всего срока наказания.

17. По примеру ряда стран (*Литвы, Украины и других*) введен институт условного освобождения от уголовной ответственности с установлением поручительства (залога). Его применение распространено на лиц, впервые совершивших уголовный проступок либо преступление небольшой или средней тяжести, не связанное с причинением смерти либо тяжкого вреда здоровью потерпевшего, если санкции за их совершение содержат штраф. При этом залог возвращается, если лицо не совершит в период поручительства нового преступления или проступка.

В то же время, в проекте сохранены основные, оправданные временем и практикой уголовно-правовые институты, направленные на эффективную защиту прав и свобод граждан, интересов общества и государства.

В целом принятие проекта Уголовного кодекса позволит обеспечить качественно новый уровень степени защищенности прав и свобод человека, интересов общества и государства от общественно опасных посягательств и не повлечет негативных социально-экономических и правовых последствий.

Проект УК и «сопутствующий» ему проект Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования уголовного законодательства» завизированы всеми заинтересованными государственными органами (28 органов).

По законопроектам проведены научные экспертизы (правовая, криминологическая, антикоррупционная, экономическая и лингвистическая), получено заключение Национальной экономической палаты «Атамекен».

По состоянию на сегодняшний день разногласий между государственными органами по проекту УК и «сопутствующему» ему законопроекту не имеется.

Положения проекта согласованы со структурными подразделениями Администрации Президента Республики Казахстан и Канцелярией Премьер-Министра.

Проект и «сопутствующий» ему законопроект готовы к презентации в Правительстве и направлению в Парламент.

Реализация рекомендаций Комитета ООН по правам человека об имплементации норм Международного пакта о гражданских и политических правах в новой редакции Уголовного Кодекса РК

Комитет ООН по правам человека, рассмотрев доклад Казахстана о выполнении Международного Пакта о гражданских и политических правах, в 2011 г. дал ряд рекомендаций, некоторые из которых можно отнести к проблемам уголовного законодательства РК, в частности:

Государству-участнику следует принять все необходимые меры для обеспечения правовой ясности в вопросе о статусе и применимости Пакта и других международных договоров по правам человека, которые были ратифицированы государством-участником. Государству-участнику следует также принять соответствующие меры по повышению уровня осведомленности о Пакте среди судей, адвокатов и прокуроров в целях обеспечения того, чтобы его положения принимались во внимание национальными судами.

Наш комментарий к этой рекомендации: на сегодняшний день Казахстан в лице Конституционного Совета стоит на позиции приоритетности Конституции РК перед ее международными договорами. Однако эта позиция противоречит самой Конституции, в ст. 4 которой говорится о приоритете международных договоров, ратифицированных Казахстаном. Соблюдение Пакта предусматривает выполнение рекомендаций Комитета ООН по правам человека, однако в связи с данной позицией государства возникает «лазейка» для того, чтобы эти рекомендации так и остались на бумаге. Таким образом, на деле Пакт работать не будет и ситуация с правами человека, в том числе в уголовном законодательстве, не улучшится.

Что касается рекомендации использовать ссылки на международные договоры в национальных судах, то в 10 июля 2008 г. Верховный Суд РК принял Нормативное Постановление «О применении норм международных договоров РК», в котором сказано о том, что «ратифицированные международные договоры, имеющие непосредственное действие и не требующие издания законов для их применения, используются в качестве норм материального (за исключением сфер уголовно-правовых и административно-правовых отношений) или процессуального права при разрешении дел.

В соответствии с частью первой статьи 1 Уголовного кодекса Республики Казахстан (далее - УК) и частью первой статьи 1 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях (далее - КоАП) уголовное и административное законодательство состоят исключительно из соответствующих кодексов Республики Казахстан. Иные законы, предусматривающие уголовную или административную ответственность, подлежат применению только после их включения в указанные кодексы.

Международно-правовые нормы, предусматривающие признаки составов преступлений должны применяться в тех случаях, когда норма УК прямо устанавливает необходимость применения международного договора Республики Казахстан (например, статьи 158 и 159 УК).

При рассмотрении дела, когда нормы УК предусматривают наступление уголовной ответственности за преступление, запрещенное международным договором Республики Казахстан, суд обязан изучить содержание международных соглашений Республики

Казахстан и нормы уголовного закона, предусматривающие уголовную ответственность за деяния, запрещенное международным договором, с целью установления, все ли признаки уголовно наказуемого деяния из международного договора Республики Казахстан включены в уголовный закон, выяснить вопрос ратификации, дату вступления в силу и т.п.

В силу части 4 статьи 6 УК вопрос об уголовной ответственности дипломатических представителей иностранных государств и иных граждан, которые пользуются иммунитетом, в случае совершения этими лицами преступления на территории Республики Казахстан, разрешается в соответствии с нормами международного права (в частности, в соответствии с Венской конвенцией о дипломатических сношениях 1961 года, Венской конвенцией о консульских сношениях 1963 года) и другими международными договорами Республики Казахстан».

Следует отметить, что ст. 1 новой редакции Уголовного кодекса РК, разработанного Генеральной прокуратурой РК, гласит:

1. Уголовное законодательство Республики Казахстан состоит из настоящего Уголовного кодекса Республики Казахстан. Иные законы, предусматривающие уголовную ответственность, подлежат применению только после их включения в настоящий Кодекс.

2. Настоящий Кодекс основывается на Конституции Республики Казахстан и общепризнанных принципах и нормах международного права. Конституция Республики Казахстан имеет высшую юридическую силу и прямое действие на всей территории республики. В случае противоречий между нормами настоящего Кодекса и Конституции Республики Казахстан действуют положения Конституции. Нормы настоящего Кодекса, признанные неконституционными, в том числе ущемляющими закрепленные Конституцией Республики Казахстан права и свободы человека и гражданина, утрачивают юридическую силу и не подлежат применению. Нормативные постановления Конституционного Совета и Верховного Суда Республики Казахстан являются составной частью уголовного законодательства Республики Казахстан.

3. Международные договоры, ратифицированные Республикой Казахстан, имеют приоритет перед настоящим Кодексом и применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона».

Таким образом, формально еще до принятия рекомендаций Комитета ООН по правам человека Казахстан мог использовать нормы международных договоров в судах благодаря вышеуказанному Нормативному Постановлению, однако практика показывает, что должного применения это положение почти не находит. Рекомендация Комитета ООН о том, чтобы судам, прокурорам и адвокатам больше разъяснялись положения Пакта, остается актуальной. На наш взгляд, необходимо внедрять знания о системе международных договорных органов ООН и их рекомендациях, исполнении международных договоров в учебные программы высших учебных заведений, готовящих юристов, а также курсов повышения квалификации действующих судей и сотрудников правоохранительных органов.

Следующая рекомендация Комитета ООН касается того, что «государству-участнику следует принять меры для обеспечения того, чтобы сотрудники правоохранительных органов не делали отдельных лиц объектом своей борьбы с терроризмом исключительно на основании их статуса или религиозных убеждений и проявлений. Кроме того, государству-участнику следует обеспечить совместимость любых мер по борьбе с терроризмом с Пактом и международным правом прав человека. В этой связи государству-участнику следует собрать полные данные, которые должны быть включены в его следующий периодический доклад, о выполнении антитеррористических законов и о том, как это влияет на осуществление прав, признаваемых в Пакте».

В уголовном законодательстве Казахстана, а также в новой редакции УК РК, целый ряд преступлений отнесен к террористическим и экстремистским. Статья **233 действующего УК называется** «Акт терроризма», хотя до января 2013 г. она называлась просто «Терроризм». Мы высказывали критику такого названия этой статьи в связи с тем, терроризм является явлением криминологического и социального характера, а привлекать к уголовной ответственности нужно за конкретное преступное деяние. Новая редакция УК практически повторяет действующую редакцию. При этом понятие «экстремизма» четко не определено ни в действующем, ни в предлагаемом Уголовном кодексе. Например, столь «любимое» правоохранительными органами разжигание социальной и иной розни относится к экстремистским преступлениям, а в новой редакции УК предлагается даже ужесточить наказание за разжигание вражды или розни лидерам общественных объединений. Последствием такого «новаторства» будет подавление инакомыслия в Казахстане, поскольку любого общественного деятеля, выступающего за общественный интерес, который идет вразрез чьим-либо личным имущественным или другим интересам, может быть привлечен к уголовной ответственности. Складывается впечатление, что новая редакция УК направлена именно на подавление любых протестов со стороны общества. Например, вводится ответственность за провоцирование трудовых конфликтов. Видимо, уроки Жанаозена были извлечены в репрессивном ключе.

Мы предлагаем исключить из уголовного законодательства ответственность за разжигание социальной розни или вражды, поскольку понятие «социальной группы» до сих пор четко не определено ни в отечественной, ни в мировой науке. Если невозможно четко определить, что такое социальная группа, как можно определить, что такое социальная рознь или вражда? На наш взгляд, существование такой нормы позволяет применять аналогию в уголовном праве, что противоречит принципам законности и юридической определенности.

Комитет ООН по правам человека также призвал Казахстан отменить смертную казнь и присоединиться ко второму Факультативному протоколу к Пакту, но об этом расскажет моя коллега Жемис Турмагамбетова.

Комитет также выразил обеспокоенность по поводу наличия в Уголовном кодексе положений о клевете в отношении должностных лиц и недавнего введения в действие Закона «О Лидере Нации», которым в Уголовный кодекс внесена статья 317–1, предусматривающая запрещение и наказание оскорблений и иных посягательств на честь и достоинство Президента (статья 19).

В связи с этим, Казахстану было рекомендовано пересмотреть свое законодательство о клевете и оскорблениях с тем, чтобы оно в полной мере соответствовало положениям Пакта, а также воздерживаться от использования законодательства о клевете исключительно в целях преследования или запугивания отдельных лиц, журналистов и правозащитников. В этой связи любые ограничения на осуществление свободы выражения мнения должны соответствовать строгим требованиям пункта 3 статьи 19 Пакта.

На наш взгляд, Уголовный кодекс страдает нарушением принципа недискриминации, что явно отражается на «особом» отношении к Президенту, депутатам и высшим должностным лицам. Мы рекомендуем исключить из Уголовного кодекса дискриминационные статью и нормы, а также провести экспертизу всего УК на предмет соблюдения принципа недискриминации.

Также нецелесообразно включать ответственность за клевету и оскорбление в уголовное законодательство, поскольку такие нарушения уже регулируются гражданским законодательством о возмещении морального вреда и ущерба деловой репутации. Статьи 129 и 130 из действующего кодекса, а также из новой редакции УК необходимо исключить.

В целом, замечания и рекомендации Комитета ООН по правам человека, адресованные Казахстану, в большинстве своем относятся к правоприменительной практике. Даже если у

нас будет идеальное законодательство с точки зрения соблюдения прав человека, очень важно, чтобы это законодательство точно исполнялось. К сожалению, коррупция, непрофессионализм правоохранительных органов, репрессивный подход, оставшийся в наследство от Советского Союза, мешают Казахстану стать истинно правовым государством.

Проблемы отмены смертной казни в Республике Казахстан

В предлагаемой Концепции проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан (новая редакция) и сравнительной таблице, с учетом предложений и замечаний государственных органов, к сожалению, увеличено количество статей, по которым возможно применение высшей меры наказания - смертная казнь. **Теперь их 16.**

Например, к концу периода действия УК Казахской ССР от 1959 г. в нем насчитывалось **24 статьи**, в санкциях которых была предусмотрена исключительная мера наказания.

С обретением независимости вся правовая политика государства базировалась на положениях Конституции и Государственной программы правовой реформы в Республике Казахстан, утвержденной постановлением Президента Республики Казахстан от 12 февраля 1994 года № 1569, **в которой уголовная политика была нацелена на изменения в системе наказаний, в частности, определялось «ограничить число преступлений, за совершение которых предусматривается смертная казнь».**

При принятии УК РК в 1997 году количество статей УК, устанавливающих данный вид наказания, был сокращен **до 17**, включающих особо тяжкие преступления, посягающие на жизнь человека, а также совершаемые в военное время или в боевой обстановке, государственную измену, преступления против мира и безопасности, человечества и особо тяжкие воинские преступления.

Ст. 22 Уголовного Кодекса, которая называлась «Исключительная мера наказания - смертная казнь», устанавливалось, что **«В виде исключительной меры наказания, впредь до ее полной отмены, допускается применение смертной казни - расстрела - за государственные преступления в случаях, предусмотренных Законом СССР «Об уголовной ответственности за государственные преступления», за умышленное убийство при отягчающих обстоятельствах, указанных в статьях уголовных законов Союза ССР и Казахской ССР, устанавливающих ответственность за умышленное убийство.**

В Концепции правовой политики Республики Казахстан, одобренной Указом Президента РК от 20 сентября 2002 года № 949, курс на постепенное сужение сферы применения смертной казни был сохранен. Одновременно был обозначен вопрос о возможности объявления моратория на смертную казнь. **В дальнейшем, Указом Главы государства от 17 декабря 2003 года № 1251 в РК был введен бессрочный мораторий, который действует и поныне.**

В Нормативном постановлении от 30 января 2003 года № 10 «Об официальном толковании пункта 2 статьи 15 Конституции Республики Казахстан» Конституционный Совет разъяснил, что **«норму об исключительной мере наказания следует считать ограничительной, поскольку она распространяется лишь на особо тяжкие преступления, а не на преступления иной степени тяжести. Конкретные составы особо тяжких преступлений, за которые может быть назначена смертная казнь, определяются уголовным законодательством. При этом за особо тяжкие преступления в законе могут быть установлены и иные, кроме смертной казни, наказания».**

В соответствии с этими документами исключительная мера наказания была отменена за ряд преступлений, в том числе за «**Бандитизм**», (ст. 63), «**Изнасилование при отягчающих обстоятельствах**» (ч. 4 ст. 101).

Статья 15 Конституции РК, после внесения в нее изменений в 2007 г., гласит:

1. Каждый имеет право на жизнь.

2. Никто не в праве произвольно лишать человека жизни. Смертная казнь устанавливается законом как исключительная мера наказания за террористические преступления, сопряженные с гибелью людей, а также за особо тяжкие преступления, **совершенные в военное время**, с предоставлением приговоренному права ходатайствовать о помиловании».

Республика Казахстан ратифицировала Международный Пакт о гражданских и политических правах, который в ст. 6 провозглашает, что **право на жизнь есть неотъемлемое право каждого человека. Это право охраняется законом. Никто не может быть произвольно лишен жизни.** Этому положению по смыслу и значению соответствует раздел Конституции «Человек и гражданин», где в иерархии конституционных ценностей установлен приоритет права на жизнь и конкретизировано, что **право человека на жизнь не может быть ограничено ни в каких случаях, даже с целью защиты конституционного строя, охраны общественного порядка, прав и свобод человека, здоровья и нравственности населения.** Тем не менее, в п.2 ст. 15 Конституции РК сохраняется применение смертной казни как исключительной меры наказания **за террористические преступления**, хотя международное право допускает такое наказание только **за военные преступления.**

В Римском статуте Международного Уголовного Суда дается список тягчайших преступлений, по которым возможно применение высшей меры наказания - смертная казнь:

- a) преступления геноцида;
- b) преступления против человечности;
- c) военные преступления
- d) преступления агрессии,

но и они не предусматривают такой меры наказания как смертная казнь!

Например, **статья 7 Римского статута МУСа**, которая озаглавлена как **Преступления против человечности**, предполагает возможность сохранения в национальном законодательстве наказания в виде смертной казни и только тогда когда они **совершаются в рамках широкомасштабного или систематического нападения на любых гражданских лиц, и если такое нападение совершается сознательно:**

- a) убийство;
- b) истребление;
- c) порабощение;
- d) депортация или насильственное перемещение населения;
- e) заключение в тюрьму или другое жестокое лишение физической свободы в нарушение основополагающих норм международного права;
- f) пытки;
- д) изнасилование, обращение в сексуальное рабство, принуждение к проституции, принудительная беременность, принудительная стерилизация или любые другие формы сексуального насилия сопоставимой тяжести;
- h) преследование любой идентифицируемой группы или общности по политическим, расовым, национальным, этническим, культурным, религиозным, тендерным, как это определяется в пункте 3, или другим мотивам, которые повсеместно признаны недопустимыми согласно международному праву, в связи с любыми деяниями, указанными в данном пункте, или любыми преступлениями, подпадающими под юрисдикцию Суда;

- i) насильственное исчезновение людей;
- j) преступление апартеида;
- к) другие бесчеловечные деяния аналогичного характера, заключающиеся в умышленном причинении сильных страданий или серьезных телесных повреждений или серьезного ущерба психическому или физическому здоровью.

По нашему мнению, разработчики проекта новой редакции Уголовного кодекса Республики Казахстан, предусмотрев 16 составов преступлений, за совершение которых в качестве наказания может быть назначена смертная казнь, в том числе 3 новые статьи: **статья 176 «Нарушение законов и обычаев войны»**; **статья 177 «Преступные нарушения норм международного гуманитарного права во время вооруженных конфликтов»** и **статья 184 «Международный терроризм»**, а также 37 статей, в санкциях которых предусмотрено наказание в виде пожизненного лишения свободы, - не учли ни Конституцию страны, ни положения Государственной программы правовой реформы в Республике Казахстан, утвержденной Постановлением Президента РК от 12 февраля 1994 года, ни положения Концепции правовой политики Республики Казахстан на период 2010 -2020 г.г.

Уголовное законодательство Республики Казахстан в области борьбы с терроризмом

Термин «Терроризм» на национальном законодательном уровне впервые был использован в Уголовном кодексе РК от 16 июня 1997 г. В нем содержалась только одна статья, касающаяся терроризма и преступной террористической деятельности в целом – статья 233.

Статья 233 УК РК была сформулирована следующим образом:

«1. Терроризм, то есть совершение взрыва, поджога или иных действий, создающих опасность гибели людей, причинения значительного имущественного ущерба либо наступления иных общественно опасных последствий, если эти действия совершены в целях нарушения общественной безопасности, устрашения населения либо оказания воздействия на принятие решений государственными органами, а также угроза совершения указанных действий в тех же целях¹⁸³ -

наказываются лишением свободы на срок от трех до восьми лет¹⁸⁴.

2. Те же деяния, совершенные:

а) группой лиц по предварительному сговору;

б) неоднократно;

в) с применением огнестрельного оружия¹⁸⁵.-

наказываются лишением свободы на срок от семи до двенадцати лет¹⁸⁶.

3. Деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, если они:

а) совершенное организованной группой;

б) соединены с применением или угрозой применения оружия массового поражения, радиоактивных материалов и совершением или угрозой совершения иных действий, способных повлечь массовую гибель людей;

в) повлекли по неосторожности смерть человека или иные тяжкие последствия¹⁸⁷, -

¹⁸³ Впоследствии в ч.1 ст.233 после слов «оказания воздействия на принятие решений государственными органами» были добавлены слова «Республики Казахстан, иностранным государством или международной организацией».

¹⁸⁴ На сегодняшний день санкция по ч.1 ужесточена: «наказываются лишением свободы на срок от четырех до десяти лет».

¹⁸⁵ По состоянию на 2012 год ч.2 ст.233 видоизменена, т.е. п.«а» преобразован в другой состав преступления, а п.«в» дополнен: «с применением оружия либо предметов, используемых в качестве оружия, взрывчатых веществ или взрывных устройств, которые могут создать реальную угрозу для жизни и здоровья граждан».

¹⁸⁶ Санкция ч.2 до сих пор сохраняется без изменений.

¹⁸⁷ По состоянию на 2012 год ч.3 ст.233 видоизменена, т.е. п.«а» преобразован в другой состав преступления, а п.«б» изменен и преобразован в п.«а»: «соединены с применением или угрозой

наказываются лишением свободы на срок от десяти до двенадцати лет»¹⁸⁸.

В последующие годы она претерпела множество изменений и дополнений в соответствии с законами РК от 08.07.05 г. № 67-III (см. стар. ред.), от 10.07.09 г. № 175-IV (см. стар. ред.), от 14.06.10 г. № 290-IV (см. стар. ред.), от 29.12.10 г. № 372-IV (см. стар. ред.), от 29.11.11 г. № 502-IV (см. старую редакцию).

По состоянию на март 2013 г. в эту статью добавлена еще одна часть: «4. Посягательство на жизнь человека, совершенное в целях нарушения общественной безопасности, устрашения населения либо оказания воздействия на принятие решений государственными органами Республики Казахстан, иностранным государством или международной организацией, а равно посягательство на жизнь государственного или общественного деятеля, совершенное в тех же целях, а также в целях прекращения его государственной или иной политической деятельности либо из мести за такую деятельность, либо посягательство на жизнь человека, сопряженное с нападением на лиц или организации, пользующихся международной защитой, здания, сооружения, захватом заложника, зданий, сооружений, средств сообщения и связи, угоном, а равно с захватом воздушного или водного судна, железнодорожного подвижного состава либо иного общественного транспорта», на санкции которой рассматривается не только лишение свободы «на срок от пятнадцати до двадцати лет» даже в качестве альтернативы смертная казнь и пожизненным лишением свободы.

Одним из новшеств последних изменений и дополнений в ст.233, в частности, и в УК РК в целом является законодательное определение круга террористических преступлений, которое дается в п.2 примечания к ст.233 УК РК: «Террористическими преступлениями признаются преступления, предусмотренные статьями 162, 163, 166-1, 167, 171, 233, 233-1, 233-2, 233-3, 233-4, 234, 238, 239 настоящего Кодекса».

13 июля 1999 года был принят Закон «О борьбе с терроризмом», а 19 февраля 2002 года Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам борьбы с терроризмом». В связи с этим Уголовный кодекс Республики Казахстан от 16 июля 1997 года был дополнен статьями 233-1, 233-2, а в статьи 233 и 242 были внесены дополнения и изменения.

Термин «терроризм» употребляется и упоминается еще в нескольких статьях УК РК, в том числе в ст.49 «Смертная казнь», ст.54 «Обстоятельства, отягчающие уголовную ответственность и наказание), ст.69 «Освобождение от уголовной ответственности в связи с истечением срока давности», ст.70 «Условно-досрочное освобождение от отбывания наказания», ст.71 «Замена неотбытой части наказания более мягким видом наказания», ст.74 «Освобождение от наказания и отсрочка отбывания наказания вследствие чрезвычайных обстоятельств», ст.75 «Освобождение от отбывания наказания в связи с истечением срока давности обвинительного приговора».

Целесообразно упомянуть о том, что в связи с дополнениями, внесенными в ст.75 УК РК, террористические преступления отнесены к преступлениям, не имеющим сроков давности, наряду с преступлениями против мира и безопасности человечества.

применения оружия массового поражения, радиоактивных материалов и совершением или угрозой совершения массовых отравлений, распространения эпидемий или эпизоотий, а равно иных действий, способных повлечь массовую гибель людей». Содержание п. «в» остается без изменений, но преобразовано в п.«б».

¹⁸⁸ Санкция ч.3 не претерпела изменений.

АККУЛЕВ А.Ш.
Доцент кафедры государственно-правовых дисциплин
Евразийского гуманитарного института,
Кандидат юридических наук

Выполнение Казахстаном рекомендаций Комитета ООН по правам человека по принятию мер по сокращению тюремного населения и реформированию уголовно-исполнительного законодательства

Как Вы знаете, вопрос снижения численности осужденных содержащихся в местах лишения свободы всегда был актуальным для нашей страны. Еще в 2002 г. Казахстан занимал - 3 тье место в мире в так называемом индексе тюремного населения. Сегодня мы переместились на 36 место, это очень серьезная положительная динамика, тем более за такой, в общем-то, короткий исторический период – порядка 10 лет.

Однако, есть общее понимание, что и этот показатель все еще остается неоправданно, неразумно высоким. Он в два раза превышает индикаторы европейских стран и остается самым высоким среди государств Центральной Азии.

Между тем, на сегодня, действующее законодательство уже не позволяет и дальше снижать численность тюремного населения. Если можно так выразиться, мы исчерпали возможности гуманизировать уголовную политику, в том числе и сокращать тюремное население, не затрагивая некоторые из существующих основных положений уголовного, уголовно-процессуального и исполнительного права.

А если сюда добавить и то обстоятельство, что за последние два года совершенно верно существенным образом ужесточена учетно-регистрационная практика, *как известно, рост числа зарегистрированных преступлений за последние два года составил более чем в два раза*, то мы естественным образом, по итогам уже текущего года, получим повышение численности тюремного населения.

И, как следствие, понизится в мировом рейтинге общий тюремный индекс Казахстана.

Вместе с тем, в качестве положительных факторов необходимо отметить, что проектами нового УК и УПК предусматриваются некоторые новеллы, закладывающие правовые возможности по сдерживанию роста численности тюремного населения (*увеличивается количество составов, в которые вводятся альтернативные виды наказания; больше ста составов переводится в разряд уголовных проступков и по ним не предусмотрено применение л\св; вводится институт сделки о признании вины, и др.*)

Но, что куда важнее, в рассматриваемом контексте, то, что в настоящее время Генеральной Прокуратурой по поручению Главы государства разработан проект специальной концепции «Десять мер по снижению тюремного населения», который представлен на рассмотрение, в том числе, и общественности.

Полагаю, уважаемые участники конференции, что вы с проектом этой концепции ознакомлены.

Следует отметить, что данный проект представляет собой объективный и достаточно емкий, продуманный документ, позволяющий, в случае его реализации заложить хорошие основы для дальнейшей гуманизации уголовной политики, в том числе и качественного снижения численности тюремного населения.

Так, в концепции, в качестве основных причин высокой численности тюремного контингента, совершенно верно, указываются:

1. Недостатки в сфере профилактики правонарушений.
2. Репрессивность уголовного закона, в том числе большие сроки лишения свободы;
3. Недостатки судебной практики назначения наказания, в числе которых и сложившийся советский стереотип «карательной» практики;
- 4. Недостаточное применение мер пресечения, альтернативных аресту.**
- 5. Слабое использование потенциала института освобождения от наказания за примирением:**
6. «Барьеры» для широкого применения условно-досрочного освобождения
7. Ограничения в применении замены наказания более мягким видом
8. Распространение тюремной субкультуры, в числе причин которых указываются отрядно-барачное содержание; неэффективная воспитательная работа; низкая трудозанятость осужденных; недостаточная работа при подготовке к освобождению из мест л/с; отсутствие тюрем, соответствующих современным международным стандартам.
9. Недостатки профилактической работы в постпенитенциарный период, в том числе отсутствие центров по социальной адаптации и реабилитации (*кроме Шымкента и Павлодара*); трудности при устройстве на работу после освобождения из мест л/с.

Как видно, Генеральная прокуратура, достаточно критично подошла к определению причин рассматриваемой проблемы, указав в том числе, наличие и существующего «карательного» стереотипа, то есть ментальности, доставшейся нам от советского прошлого и продолжающей давить в уголовной политике страны и сегодня

При этом предлагается целый перечень организационных и правовых мер, направленных на устранение указанных причин.

Думаю, Генеральная прокуратура по окончании подготовки проекта концепции более детально презентует ее на специальной конференции.

В связи с чем, позвольте мне, не останавливаясь на положительных моментах этого документа высказать рекомендации по отдельным положениям.

1. В концепции одной из причин имеющейся численности тюремного населения указываются и большие сроки лишения свободы. Однако предложений по пересмотру общих сроков лишения свободы не предлагается.

Между тем, на сегодня, как вы знаете, они значительно больше чем были в УК Каз.ССР. Если при принятии УК 1997 года это было оправданно с учетом бывшей на тот период сложной социально-экономической ситуации в стране, то сейчас ситуация положительным образом изменилась и возможно стоит пересмотреть общие сроки лишения свободы в сторону их уменьшения.

Полагаем, именно, большие общие сроки лишения свободы являются одним из основных факторов, если не самым основным, негативно влияющим на численность тюремного населения в стране.

При этом, такие длительные сроки – средний срок лишения свободы составляет – 8,5 лет - дают только отрицательный эффект.

Всем известно, это приводит не только к увеличению затратности, но и к деградации личности осужденного, когда он теряет социальные связи, навыки работы, профессии, зачастую семью, нередко оказывается лицом без определенного места жительства и работы.

Возьмите еще и отрядно-барачную систему, в которой они содержится эти годы, мы получаем хорошую кузницу кадров преступного мира – более 40% лишенных свободы, это лица, ранее привлекавшиеся к лишению свободы. И понятно это все распространяется и на свободное общество, криминализируя его.

В концепции обращается внимание на недостаточное эффективное использование института УДО и вместе с тем оставляются ограничения для его применения.

Полагаем, это вопрос принципиального свойства. Суд при вынесении приговора уже дает полную оценку содеянному и личности виновного.

В связи с чем, представляется неверным определять категорию лиц, на которых изначально УДО не может быть распространено.

Думаем на возможность применения УДО должно влиять только поведение осужденного уже в ходе отбывания наказания и степень тяжести совершенного преступления для определения времени возможности применения УДО.

Кроме того, вводя ограничения в возможности применения УДО, мы фактически лишаем этих осужденных, самого важного фактора, стимулирующего его на позитивное поведение, то есть исправление.

В целом, говоря о предпринимаемых мерах, необходимости и наличии резервов по уменьшению тюремного населения, полагаю мы не должны уменьшение тюремного населения определять основной целью проводимой уголовной политики.

Сокращение данного контингента осужденных и поддержание ее на определенном уровне должно вытекать из проводимой уголовной политики, а не быть ее безусловным приоритетом.

В этом смысле следует согласиться с Генеральной прокуратурой, которая попыталась вычленить все причины, обуславливающие высокий уровень тюремного индекса Казахстана и предложить меры по их устранению.

Вместе с тем, только жизнь может показать, к чему приведут эти все меры. Поэтому очень важно не допустить девальвации уголовного закона.

Для чего, учитывая, что данным проектом предполагается самым серьезным, существенным образом сократить численность тюремного населения необходимо кардинальным образом укреплять деятельность государства по исполнению наказаний не связанных с лишением свободы и по ресоциализации осужденных.

Поскольку, как показывает практика, численность регистрируемых преступлений увеличивается и, как следствие, это повлечет увеличение численности привлеченных к уголовной ответственности лиц, которым будут применены альтернативные виды наказания.

Думается, следует не просто добиваться механического уменьшения численности тюремного контингента, а уже назрела необходимость скорейшего переориентирования вектора всего уголовного процесса в сторону достижения примирения, восстановления нарушенных прав и общественного спокойствия.

В связи с чем, следует концептуально усилить Службу пробации, ответственную по проекту нового УИК за исполнение наказаний не связанных с лишением свободы, а также ресоциализирующих механизмов и, прежде всего, так называемого, института восстановительного правосудия (медиации), который коренным образом должен отличаться от действующего на сегодня механизма медиации.

Как известно, в Казахстане в уголовном процессе медиация может применяться только в случае совершения преступлений небольшой и средней тяжести и не предусматривает осуществление ресоциализирующих мероприятий в отношении потерпевшего и виновного, достаточно того, что стороны через медиатора договорились о материальном возмещении ущерба, то есть речь идет о формальном примирении.

И при этом она практически не применяется.

Между тем, у рассматриваемого института огромный потенциал, который уже давно и активно используется во многих развитых странах мира.

Полагаем, следует пересмотреть суть и механизм медиации в уголовном процессе, адаптировав все наиболее действенное и прогрессивное.

Например, выработав стандарты осуществления медиативных процедур по уголовным делам целесообразно:

- делегировать Службе пробации полномочия по осуществлению медиации по уголовным делам, предусмотрев возможность осуществления медиации при всех возможных случаях, с соблюдением законодательно закрепленных принципов медиации;

- при этом ориентировать Службу пробации на ресоциализацию потерпевшего и виновного путем организации личных встреч, бесед с целью заключения мирных соглашений, возмещения ущерба, принесения виновным личных извинений потерпевшему, получения виновным прощения;

- наделить Службу пробации полномочиями по изучению личности подозреваемого, обвиняемого с предоставлением суду специального заключения о личности обвиняемого и рекомендаций о возможном виде и сроках наказания, испытательного срока и выбора обязанностей;

- выработать меры по привлечению общественности в качестве добровольных помощников (волонтеров) Службы пробации. Учитывая большой объем работы, без волонтеров будет сложно эффективно исполнять возложенные обязанности. В мировой практике волонтеры активно привлекаются службами пробации и зачастую в несколько десятков раз превышают по численности численность штатных сотрудников;

Следует принять самостоятельный Закон «О Пробации», которым урегулировать все эти вопросы.

В целом надо во исполнение п.2.10. Концепции развития правовой политики Республики Казахстан до 2020 года создать Службу пробации в виде самостоятельного юридического лица подчиненную непосредственно руководству КУИС.

Стране нужна сильная, эффективная служба пробации, в противном случае мы рискуем превратить всю эту деятельность в фарс, когда формализм заменит собой контроль и действенную помощь, и в итоге мы вновь получим увеличение тюремного населения, как реакцию на безответственное отношение к пробационным мероприятиям.

Общественный контроль за деятельностью исправительных учреждений Республики Казахстан: выполнены ли рекомендации Комитета ООН по правам человека

В Казахстане последнее десятилетие большое внимание уделялось развитию института общественного контроля в местах лишения свободы. За эти годы институт общественного контроля был законодательно закреплен, были созданы Общественно-наблюдательные комиссии (далее ОНК) во всех регионах Казахстана.

Хотел бы напомнить, что в замечаниях Комитета ООН по правам человека по докладу об исполнении Международного пакта о гражданских и политических правах Республикой Казахстан в пункте 17 говорится, **что ОНК должна быть предоставлена возможность без предупреждения посещать с инспекцией все учреждения уголовно-исполнительной системы.** Считаю, что нельзя рассматривать вопрос беспрепятственного доступа в мест лишения свободы в отрыве от других сторон института общественного контроля. В связи с этим предлагаем проведенный анализ проекта Уголовно-исполнительного кодекса РК (новая редакция) относительно института общественного контроля в учреждениях УИС РК.

Уголовно-исполнительный кодекс Республики Казахстан выступает важным средством осуществления политики государства в сфере предупреждения преступности. Поскольку в данной сфере весьма актуален диалог гражданского общества и государства, справедливо полагать, что уголовно-исполнительные нормы и отношения отражают направления уголовно-исполнительной политики, связанные с доминантой развития гражданского общества, проявляющиеся в таких аспектах, как ресоциализация осужденных, общественный контроль за деятельностью институтов уголовно-исполнительной системы, реализация альтернативных мер уголовно-правового воздействия, защиты прав человека в условиях применения средств посткриминального контроля.

Касаясь вопросов о принятии новых Кодексов, регулирующих отношения в области противодействия преступности, Президент Республики Казахстан Н.А. Назарбаев пояснил, что «принятие новых Уголовного, Уголовно-исполнительного кодексов, Кодекса об административных правонарушениях... будет означать модернизацию Права». Несомненно, что модернизация правовой системы страны тесно связана с поиском стратегий оптимального взаимодействия государственных, публично-властных структур и гражданского общества. Данное обстоятельство имеет непосредственное отношение к сфере правового регулирования исполнения наказаний и иных мер уголовно-правового воздействия, находящей отражение в национальном уголовно-исполнительном законодательстве. В связи с этим возникает вопрос о том, насколько Проект Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан, предложенный для обсуждения юридической общественности страны, отвечает решению задач инновационного развития и модернизации государства и гражданского общества Казахстана.

Проект Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан (далее УИК РК) вполне традиционно включает Общую и Особенную части. В нем представлены положения, посвященные целям и задачам уголовно-исполнительного законодательства, правовому статусу осужденных, структуре уголовно-исполнительной системы, правовым формам и видам контроля за ее деятельностью. Особенная часть Проекта УИК РК содержит порядок исполнения основных и дополнительных видов наказаний, режим освобождения от отбывания наказания.

Заслуживает внимания то обстоятельство, что в проекте УИК РК конструируются нормы, посвященные общественному контролю. Как отмечалось нами ранее, «общественный контроль в данной сфере выступает как разновидность социально-правового контроля», осуществляемого институтами гражданского общества в отношении обеспечения прав, свобод и законных интересов осужденных, их поведения в условиях отбывания наказания с целью предупреждения нарушений законности в структурных подразделениях уголовно-исполнительной системы, содействия ресоциализации осужденных»¹⁸⁹. Подобный контроль возможен в различных организационно-правовых формах. То, что в статье 29 Проекта УИК РК названо его формами, фактически означает меры реализации общественного контроля (посещение учреждений УИС, анкетирование, опросы и интервьюирование лиц, содержащихся в исправительных учреждениях и т.п.).

Следует отметить, что в перечне этих мер почему то отсутствует организация и проведение мониторинга в сфере соблюдения прав человека в учреждениях уголовно-исполнительной системы, а эта мера представляется важнейшей в контексте обеспечения эффективности общественного контроля. Что касается его субъектного состава, то авторы проекта УИК РК, по-видимому, признают основным (и по существу, единственным субъектом осуществления общественного контроля, общественно-наблюдательные комиссии, далее ОНК).

Ранее мы отмечали, что необходим отказ от «однополярной» модели субъектного состава общественного контроля, который нельзя сводить к деятельности ОНК¹⁹⁰. Кроме того, с учетом мирового опыта предлагалось «привязывать» институты общественного контроля к конкретным исправительным учреждениям, а не к административно-территориальным единицам¹⁹¹.

Однако в Проекте УИК РК сохранен именно административно-территориальный подход к организации ОНК. Учитывая большую территориальную протяженность регионов Казахстана, высокую концентрацию в отдельных из них пенитенциарных учреждений, ОНК будет весьма сложно и проблематично решать задачи общественного контроля, закрепленные в статье 28 Проекта УИК РК, учитывая, что Проект предлагает весьма скромную численность участников ОНК - от 3 до 9 человек. Непонятно также, почему началом деятельности ОНК признается «предоставление в территориальный орган уголовно-исполнительной системы протокола первого заседания, на котором утвержден персональный ее состав и избран председатель» (п. 5 ст. 31 Проекта УИК РК). Почему, например, не считать таковым начальным моментом, проведение первого организационного собрания ОНК с последующим уведомлением территориального органа уголовно-исполнительной системы. Иначе не ясно, кто кого призван контролировать: общественно-наблюдательная комиссия соответствующие стороны деятельности исправительных учреждений или территориальные органы УИС – работу ОНК?

Помимо этого отметим, что протокол заседания ОНК – это внутренние документы комиссий, предоставление которых в территориальные органы УИС, по-видимому, не вполне корректно «связывать» с начальным моментом функционирования общественных наблюдательных комиссий.

Вызывают определенные замечания и отдельные положения статьи 32 Проекта УИК РК, касающиеся установления правоограничений для участников ОНК. Так, например, членами ОНК не могут быть лица, имеющие не снятую и не погашенную судимость. На первый взгляд, эта норма-ограничение вполне понятна. Однако как быть с осужденными за

¹⁸⁹ Гета М.Р., Рахимбердин К.Х. Концепция Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан.- Усть-Каменогорск: Либриус, 2013. – с. 16.

¹⁹⁰ Рахимбердин К.Х. Гражданское общество Казахстана и его роль в гуманизации уголовной политики. - Усть-Каменогорск: Либриус, 2010. – С. 97.

¹⁹¹ Там же. - С. 97.

сравнительно неопасные преступления либо с отбывавшими наказания, но имеющими судимость? Получается, мы отказываем им в доверии и фактически стигматизируем, не принимая во внимание особенности личности данных осужденных. В связи с этим заслуживает опыт других государств по привлечению самих осужденных к участию в осуществлении общественного контроля. Так, например, в Великобритании такие лица могут быть участниками программы общественного мониторинга при условии, что не могут посещать тюрьмы, в которых ранее отбывали наказание¹⁹². Представляется, что в перспективе стоит подумать над изменением ситуации, допустив к работе ОНК осужденных за преступления небольшой и средней тяжести, положительно характеризующихся, успешно завершивших ресоциализирующие программы пробации.

Вызывает недоумение запрет участия в ОНК лиц, подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений. Как быть в таком случае с конституционными положениями относительно презумпции невиновности гражданина? На каком основании до вступления в законную силу судебного приговора (возможно, и оправдательного) ограничивается правосубъектность личности посредством конструирования запрета принимать участие в работе общественной наблюдательной комиссии? По-видимому, данное правоограничение из Проекта УИК РК целесообразно исключить.

Полномочия ОНК в Проекте УИК Республики Казахстан обозначены достаточно подробно, однако весьма спорной является формулировка п. 5 ст. 34 Проекта УИК, согласно которой «при осуществлении общественного контроля не допускается вмешательство в деятельность учреждений уголовно-исполнительной системы, а также в оперативно-розыскную, уголовно-процессуальную деятельность и производство по делам об административных правонарушениях». Подобная жесткая формулировка имеет прекрасную возможность для расширительного толкования, поскольку любую активность ОНК (или ее отдельных участников) можно при желании расценить как «вмешательство». По существу, любое посещение исправительного учреждения УИС, уже является «вмешательством» в его жизнедеятельность. Несомненно, что к «недопустимому вмешательству» можно будет отнести анкетирование членами ОНК осужденных, признанных потерпевшими при совершении преступления (это вмешательство в уголовно-процессуальную деятельность) и т.п.

И, наконец, почему бы не допустить реализацию общественного контроля применительно к соблюдению законности при осуществлении производства по делам об административных правонарушениях, использовании различных процессуальных форм уголовного преследования, не исключая, конечно, обстоятельства, относящиеся к тайне следствия, обеспечения безопасности потерпевших и свидетелей, конфиденциальность информации, полученной оперативным путем. На наш взгляд, п. 5 статьи 34 в Проекте УИК РК допустимо изложить в следующем примерно варианте: «При осуществлении деятельности общественных наблюдательных комиссий не допускается такое вмешательство в деятельность исправительных учреждений и следственных изоляторов, которое объективно создает угрозу режиму законности и правопорядка, способствует неправомерному распространению информации об осужденных, имеющей конфиденциальный характер и создающей опасность для их жизни, здоровья, личной неприкосновенности».

К сожалению, в Проект УИК РК не включены положения, обеспечивающие юридические основания «внезапности» общественного контроля. Так, в соответствии с п. 1 статьи 34 Проекта, общественная наблюдательная комиссия вправе посещать учреждения уголовно-исполнительной системы, «при этом уведомлять соответствующего начальника учреждения о планируемом посещении с предоставлением списка посещающих не менее, чем за одни сутки». Конечно, нельзя не учитывать специфику режима исправительных учреждений

¹⁹² Рахимбердин К.Х. Гражданское общество Казахстана и его роль в гуманизации уголовной политики. - Усть-Каменогорск: Либриус, 2010. – С. 92.

уголовно-исполнительной системы, однако как в подобных условиях обеспечить эффективность контроля и соблюдение таких его принципов, закрепленных в статье 27 Проекта УИК РК, как открытость, равноправие и приоритет прав человека? Вполне очевидно, что предварительное уведомление о посещении исправительного учреждения позволяет подготовиться к нему и соответствующим образом «подготовить» его персонал и осужденных. Рассчитывать на результативность посещения в этом случае можно лишь при некоем идеале работы пенитенциарных учреждений, игнорируя факторы реальной действительности.

Как отмечалось нами ранее, оправданно расширить субъектный состав общественного контроля, включив в него общественные и религиозные формирования, тем более что авторы Проекта УИК РК признают за различными социальными коллективами право на участие в общественном воздействии на осужденных. Учитывая, что общественное воздействие весьма близко по своей юридической природе к общественному контролю, не вполне логично сводить субъектов реализации последнего только к общественным наблюдательным комиссиям. В связи с этим полагаем целесообразным включить в новый Уголовно-исполнительный кодекс Республики Казахстан норму следующего примерно характера, посвященную институционализации общественного контроля.

«Общественный контроль осуществляется общественными объединениями, иными организациями и лицами, деятельность которых не противоречит законодательству Республики Казахстан, в целях оказания помощи учреждениям и органам уголовно-исполнительной системы Республики Казахстан в обеспечении прав, свобод и законных интересов осужденных и других лиц в связи с порядком и условиями отбывания или наказания или иной меры уголовно-правового воздействия, условиями содержания, медико-санитарного обеспечения, организации труда, досуга, обучения, воспитательного и общественного воздействия, предусмотренных законодательством Республики Казахстан, предупреждения нарушений прав осужденных и других лиц в сфере деятельности уголовно-исполнительной системы Республики Казахстан». Тем самым будет предпринят важный шаг по совершенствованию правовых основ сотрудничества, кооперации институтов гражданского общества и государственных органов в области исполнения различных видов уголовно-правового воздействия. Кроме того, необходимо учитывать, что предметом общественного контроля выступает «деятельность уголовно-исполнительной системы Республики Казахстан по созданию необходимых условий для осуществления своих прав, свобод, законных интересов...»¹⁹³. Следовательно, в новом уголовно-исполнительном законодательстве необходимо отразить эту направленность общественного контроля. Это, в свою очередь, позволит уйти от «утилитарно-инструментального отношения к общественному контролю...»¹⁹⁴.

Несомненно, что общественный контроль выступает важнейшей составной частью механизма превенции пыток и жестокого обращения. Однако это не означает, что превентивный механизм в уголовно-исполнительной системе осуществляется только «путем общественного контроля в учреждениях уголовно-исполнительной системы», как это предусматривается в статье 26 Проекта УИК РК. Полагаем, что сводить механизм превенции пыток и жестокого обращения к мерам общественного контроля некорректно и недопустимо. По этой логике получается, что гражданское общество должно участвовать в предупреждении нарушений прав человека в уголовно-исполнительной системе, а государство словно остается в стороне от этого процесса. Представляется, что создание действительного превентивного механизма - это результат взаимодействия государства и гражданского общества, и роль государства, обеспечивающего признание, охрану, уважение прав и свобод граждан, создающего гарантии защиты этих прав, в данном контексте

¹⁹³ Рахимбердин К.Х. Гражданское общество Казахстана и его роль в гуманизации уголовной политики. - Усть-Каменогорск: Либриус, 2010. – С. 75.

¹⁹⁴ Гета М.Р., Рахимбердин К.Х. Концепция Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан. - Усть-Каменогорск: Либриус, 2013. – С. 15.

исключительно велика. Именно государственные институты призваны выступать своего рода «ракетоносителем» для национального превентивного механизма. Увы, в Проекте нового УИК РК данное обстоятельство упущено из виду, и в главе 3 Проекта, имеющей название «Превентивный механизм в уголовно-исполнительной системе» выражается мысль об общественном контроле. Очевидно, что качество «работы» подобного механизма зависит, прежде всего, от стратегического партнерства государственной власти и гражданского общества, вне которого потенциал последнего не будет должным образом реализован в сфере уголовной и уголовно-исполнительной политики.

В упомянутой главе 3 Проекта УИК РК ничего не говорится о таких составляющих механизма превенции, как деятельность Уполномоченного по правам человека, органов прокуратуры, внутренних дел, представительной власти и других публичных институтов. Справедливости ради следует отметить, что в Проекте сконструированы отдельные статьи, посвященные различным видам контроля государственных органов за деятельностью уголовно-исполнительной системы. Но, во-первых, эти виды контроля обозначены в весьма «сжатом» виде, с использованием отсылочных норм, а во-вторых, они выведены разработчиками Проекта за «рамки» превентивного механизма, что, на наш взгляд, ошибочно и нуждается в коррекции. В Проекте сохранен разрешительный порядок посещения исправительных учреждений представителями СМИ и иными лицами «по специальному разрешению администрации учреждений либо вышестоящих органов уголовно-исполнительной системы...». Конечно, это не способствует осуществлению превентивного механизма, поскольку всегда сложно найти основания, для того чтобы отказать представителям СМИ и других структур гражданского общества в посещении пенитенциарных учреждений, а значит, и во встречах с осужденными. Таким образом, системного, не зависящего от какого-либо бюрократического «усмотрения» механизма превенции на уровне Уголовно-исполнительного кодекса создать не удалось, хотя решать эту проблему необходимо в ближайшей перспективе.

Следует отметить, что в Проекте УИК РК отсутствует ссылка на международно-правовые акты. Полагаем, что в статью 2 Проекта УИК РК, раскрывающую состав законодательства в сфере исполнения наказаний и иных мер уголовно-правового воздействия, необходимо включить упоминание о международных стандартах обращения с осужденными. Опыт такого «включения» имеется, например, в Российской Федерации, где в УИК предусмотрена самостоятельная норма – «Уголовно-исполнительное законодательство Российской Федерации и международно-правовые акты» (ст. 3 УИК РФ).

Ранее нами предлагалась примерная редакция соответствующей статьи УИК РК¹⁹⁵. Позволим вновь ее воспроизвести: «Уголовно-исполнительное законодательство основывается на Конституции Республики Казахстан и международно-правовых актах общепринятого и договорного характера - Соблюдение общепризнанных принципов и норм международного права при исполнении наказаний и иных мер уголовно-правового воздействия не зависят от уровня социально-экономических возможностей государства».

Полагаем, что закрепление в УИК РК нормы, упоминающей международно-правовые акты в области прав человека, будут способствовать повышению престижа Республики Казахстан как государства, модернизирующего уголовно-исполнительную политику с учетом рекомендаций мирового опыта уголовно-исполнительной практики, отражающих «гуманистические тенденции развития системы исполнения наказаний»¹⁹⁶.

Иными словами, целый ряд положений Проекта Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан нуждается в совершенствовании и уточнении. Казахстанскому

¹⁹⁵ Гета М.Р., Рахимбердин К.Х. Концепция Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан, - Усть-Каменогорск: Либриус, 2013. – С. 13.

¹⁹⁶ Уткин В.А. Международные стандарты обращения с осужденными и проблемы их реализации. – Томск: ТГУ, 1998. – С. 5.

обществу и государству необходимы эффективные правовые средства осуществления уголовно-исполнительной политики для режима этой стратегической задачи. Будущий УИК должен создавать оптимальные условия обеспечения прав осужденных, контроля за их поведением, участия представителей гражданского общества в процессе ресоциализации лиц, отбывающих наказание и иные меры уголовно-правового воздействия. Имеющийся Проект УИК РК, несмотря на свои достоинства, в данном контексте не отвечает в полной мере требованиям участия гражданского общества в модернизации уголовно-исполнительной политики Казахстана и заслуживает дальнейшей доработки и уточнения.

СЕССИЯ 3. УКРЕПЛЕНИЕ НЕЗАВИСИМОСТИ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН В СООТВЕТСТВИИ С МЕЖДУНАРОДНЫМИ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАМИ И СТАНДАРТАМИ

ЕРГАЛИЕВА Н.
Эксперт-консультант
Центра исследования правовой политики

Комментарий к пункту 22 Замечаний Комитета ООН по правам человека по докладу Казахстана об исполнении Международного пакта о гражданских и политических правах

Государству-участнику следует провести исследование с целью установить причины столь малого количества оправдательных приговоров по уголовным делам для обеспечения того, чтобы права обвиняемых гарантировались и защищались в соответствии с Пактом в ходе всего судебного процесса.

Проблема малого количества оправдательных приговоров присутствует во многих государствах с различными экономическими, политическими и правовыми особенностями развития. Комитет ООН по правам человека, в частности, отмечал эту проблему в отношении Грузии, России, Украины, Белоруссии, Китая, Японии и других стран.¹⁹⁷ Эти государства на протяжении многих лет сохраняют устойчивый уровень (95 – 99 %) обвинительных приговоров по уголовным делам.

Количество обвинительных приговоров является одним из ключевых индикаторов, которыми измеряется деятельность правоохранительных органов во многих странах. В странах, где практикуется выборность прокурорских работников определенного уровня, данные показатели активно используются в предвыборной программе, как показатели профессионального успеха и компетентности кандидатов. Согласно глобальной статистике Офиса ООН по Наркотикам и Преступности за 2010 в странах-участниках наблюдается общий тренд увеличения количества обвинительных заключений и приговоров, особенно после 2000 года.

В правовой литературе обсуждается множество причин, которые могут объяснить природу высокого уровня обвинительных приговоров. Так, например, в странах континентальной системы правосудия, этот феномен часто связывают со спецификой инквизиционной формы уголовного процесса. Такая модель уголовного правосудия предполагает основную работу по сбору доказательств на этапе предварительного следствия, осуществляемой полицией и/или прокуратурой целью, которой является выявление истины по делу и раскрытие преступления. Результатом такой работы является полицейское досье, которое формирует основу обвинения. Предполагается, что дела, которые поступают в суд, уже доказаны с точки зрения наличия вины обвиняемого и требуют лишь утверждения судом и выбора наказания.¹⁹⁸ В таком понимании, высокий уровень обвинительных приговоров демонстрирует эффективность системы уголовной юстиции.

С другой стороны, ученые юристы и практики предлагают рассматривать высокие проценты обвинительных приговоров как патологический симптом болезненной правовой системы.

¹⁹⁷ См. Совет по Правам Человека ООН: Доклады Рабочих Групп по Универсальному Периодическому Обзору в отношении Грузии, России, Украины, Китая, Японии и Белоруссии.

¹⁹⁸ Adversarial And Inquisitorial Systems: A Brief Overview Of Key Features [Electronic resource]/ Law Commission. New Zealand. URL: http://www.lawcom.govt.nz/sites/default/files/adversarial_and_inquisitorial_systems_2.pdf

Как отметил один американский судья, применяя те же линзы, что и в отношении результатов выборов или официальной статистики об уровне занятости, показатели уровня обвинительных приговоров в более чем 97% должны рассматриваться с крайней долей скептицизма.¹⁹⁹ Так, например, юристы-правозащитники полагают, что устойчиво высокий уровень обвинений можно достичь лишь за счет ослабления гарантий прав подозреваемых и обвиняемых. Согласно их аргументу: «Если каждое задержанное лицо имеет статистически высокую вероятность быть осужденным, тогда в такой системе отсутствуют гарантии справедливого судебного процесса».²⁰⁰

Эмпирические исследования, объектом которых были вопросы правосудия, рассматривали влияние различных факторов на исход уголовного преследования, в частности: различные модели поведения прокуроров и судей, наличие определенных правовых институтов (сделка с правосудием), финансовые и политические рычаги, такие как выборность и распределение бюджета и другие. Так, например, в отношении роли прокуроров и судей, при выявлении причин высокого уровня обвинительных приговоров в Японии, американские исследователи Ramseyer и Rasmusen предложили рассмотреть следующую таблицу для теоретического осмысления различных вариантов поведения этих агентов и соответствующих результатов их действий.²⁰¹

Таблица 1.

| Варианты | Поведение прокурора | Поведение судьи | Уровень обвинительных приговоров | Уровень осуждения невиновных лиц |
|----------|---------------------|-----------------|----------------------------------|----------------------------------|
| A | Тщательно | Справедливо | Высокий | Низкий |
| B | Тщательно | Пристрастно | Высокий | Низкий |
| C | Поверхностно | Справедливо | Низкий | Низкий |
| D | Поверхностно | Пристрастно | Высокий | Высокий |

Основываясь на теории рационального выбора, в соответствии с этой таблицей у прокурора есть два возможных варианта действий: осуществлять проверку уголовных дел перед передачей в суд 1) поверхностно или 2) тщательно. Аналогично модель поведения судьи также состоит из двух вариантов: проводить судебное разбирательство 1) справедливо 2) пристрастно. В результате различных комбинаций моделей поведения прокуроров и судей получаются четыре варианта разбирательства уголовных дел: А, В, С, D.

Из этой таблицы можно сделать два важных наблюдения. Во-первых, для достижения качественного правосудия, то есть когда шансы наказать невиновного очень малы, необходимо обеспечить справедливое судебное разбирательство, при этом не имеет значения насколько тщательно или поверхностно осуществляется прокурорская проверка. В таблице это варианты А и С.

Что касается варианта В, который также может привести к справедливому исходу дело, то он не рассматривается, так как при такой ситуации отсутствует потенциальная возможность достижения оптимального равновесия в системе. Применимо к уголовному процессу это

¹⁹⁹ US Chief Magistrate Judge, Justo Arenas “Convictions Rate and Judiciary Independence – Counter-intuitive Correlation [Electronic resource]/ Tabula, September 19, 2011. URL: <http://www.tabula.ge/en/story/70169-convictions-rate-and-judiciary-independence-counter-intuitive-correlation>

²⁰⁰ Research and Library Services Division (June 2010) *Conviction rates in selected places*, Hong Kong: Legislative Council.

²⁰¹ Ramseyer, J. Mark and Rasmusen, Eric (2001) 'Why Is the Japanese Convictions Rate so High?', *Journal of Legal Studies*, 30(1), pp. 53-88.

означает, что прокуроры не будут мотивированы для устойчивого поведения тщательно готовить уголовные дела, если они знают, что судья лишь штампует их заключения.

Второе, теоретически высокий уровень обвинительных приговоров сам по себе не является проблемой, если только не сочетается с отсутствием справедливого судебного разбирательства; в таком случае, результатом является повышение вероятности наказания невиновных лиц (Вариант D).

Таким образом, высокий уровень обвинительных приговоров может наблюдаться в 2 вариантах поведения основных игроков - A и D. В первом случае, тщательная проверка дел прокурорами в сочетании со справедливым судебным разбирательством ведет к тому, что большинство дел завершаются обвинительными приговорами, при этом вероятность наказания невиновных крайне низкая. Во втором случае, высокий уровень обвинительных приговоров является результатом не качественной работы прокуроров и отсутствием справедливого судебного разбирательства.

Согласно другому исследователю - Райту, эти два варианта объяснения природы высокого уровня обвинительных приговоров можно еще рассматривать, как гипотезе «тщательности» (вариант A), и гипотезе «искаженного правосудия» (Вариант D). Эти гипотезы основаны на простом предположении, что теоретически высокий уровень обвинительных приговоров является следствием либо повышенного уровня качества дел, то есть уголовные дела лучше готовятся и лучше защищаются в суде, либо злоупотреблений в системе, например, если обвиняемых вынуждают идти на сделку с правосудием и таким образом гарантируют обвинительный приговор.²⁰² Эмпирические исследования в различных странах, показали несостоятельность гипотезы тщательности; то есть предположение об идеальном сочетании качественной работы прокурора и качественной работы судьи не поддерживается реалиями практики.

Объяснения этому можно найти в других исследованиях направленных на более детальное изучение моделей поведения прокуроров. Так один из выводов, который позволяет сделать обзор литературы, это то, что в независимости от правовой системы и роли этого института, - прокуроры во всех странах максимизируют показатели, в частности процент обвинительных приговоров, так как они используются в качестве оценки их деятельности. Применение теорий рационального агента объясняет, что прокуроры для продвижения показателей используют любые доступные ресурсы.

Например, исследования показали, что расширение бюджета прокуратуры, скорее всего, приведет не к улучшению качества дел, а к повышению процента обвинительных приговоров.²⁰³ При этом выбор средств для достижения данной цели осуществляется на основе прагматичности и своего рода анализа затрат и эффективности. Наиболее типичные стратегии, используемые прокурорами, это увеличение количества дел с использованием процедуры сделки с правосудием, а также отбор для направления в суд уголовных дел, которые гарантируют обвинительный приговор. Такого рода тактика поведения прокуроров может идти в разрез с интересами правосудия и правами подозреваемых и обвиняемых. Поэтому исследователи предупреждают о возможных рисках снижения качества правосудия, когда наблюдается уменьшение процента оправдательных приговоров на фоне увеличения количества дел, завершившихся сделкой с правосудием.²⁰⁴

²⁰² Wright, Ronald F. (2005-2006) 'Trial Distortion and the End of Innocence in Federal Criminal Justice', *U. Pa. L. Rev.*, 154 (79).

²⁰³ Ramseyer, J.M., Rasmusen, E., Raghav, M. (2008) 'Conviction versus Conviction Rates: The Prosecutor's Choice', *Harvard Economics and Business Discussion Paper Series*, 611(1), pp. 1-30.

²⁰⁴ Wright, Ronald F. (2005-2006) 'Trial Distortion and the End of Innocence in Federal Criminal Justice', *U. Pa. L. Rev.*, 154 (79).

Именно такое сочетание факторов было подвергнуто критике Рабочей Группой ООН по произвольным задержаниям в отношении ситуации в Грузии. Тот факт, что более 90% дел завершаются сделкой с правосудием в сочетании с 0,1% оправдательных приговоров, было признан экспертами как вызывающий беспокойство в отношении соблюдения прав подозреваемых и обвиняемых на справедливое судебное разбирательство.²⁰⁵

В соответствии с экономическим анализом системы уголовной юстиции, особенно высокие риски снижения качества правосудия наблюдаются в странах, где прокуратора обладает широкими полномочиями. В таких случаях поведение прокуроров неизбежно приводит к злоупотреблениям в их деятельности, информационной асимметрии в отношении других участников процесса и отсутствию ответственности перед обществом.²⁰⁶

Однако эти искажения в поведении правоохранительных органов могут быть исправлены посредством адекватного судебного контроля осуществляемого справедливым и беспристрастным судом. Так, например, исследование Мишели Т. показывает, что усиление судом процедуры доказывания, а также усмотрение судьи при выборе наказания компенсируют ошибки прокуроров, связанные с их мотивацией максимизировать процент обвинительных приговоров.²⁰⁷ В таблице, приведенной выше, такая модель поведения предполагается в варианте С, где результатом беспристрастного судебного контроля является понижение уровня обвинительных приговоров и соответствующее понижение количества потенциально невиновных, подвергшихся наказанию.

В этой связи возникает вопрос, каким образом обеспечить беспристрастный суд? Какие именно факторы наиболее существенно влияют на справедливость судьи? В эмпирической литературе имеется множество примеров анализа влияния различных факторов на формирование пристрастного поведения у судей. Например, было изучено влияние факторов социальной психологии на судей, таких как политические взгляды, происхождение, образование и др., наряду с такими вопросами организации работы судей, как загруженность, продвижения в карьере и т.д.²⁰⁸ Проявление этих факторов и их влияние на формирование пристрастного поведения у частного судьи могут быть произвольными и слабыми с точки зрения последствий для качества отправления правосудия в целом. Однако, пристрастное поведение судей может стать объективной реальностью, в случае если судебная система подвергается влиянию со стороны других ветвей власти.²⁰⁹ Другими словами, судьи будут вести себя систематически пристрастно при наличии проблем с независимостью судебной власти. Такое отсутствие беспристрастного судебного контроля неизбежно приводит систему в вариант D, ситуацию искаженного правосудия, в результате которого, система имеет высокие показатели по количеству обвинительных приговоров, наряду с высоким уровнем риска судебных ошибок и наказания невиновных лиц.

Касательно ситуации в Казахстане и выполнения страной рекомендаций Комитета ООН по установлению причин столь малого количества оправдательных приговоров по уголовным делам, к сожалению, приходится констатировать о невыполнении государством данной рекомендации, спустя два года после заслушивания отчета в 2011 году.

²⁰⁵ OHCHR (2013) Working Group on Arbitrary Detention statement upon conclusion of its mission to Georgia (15-24 June 2011). URL: <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=11244&LangID=E> (Accessed: 15 June 2013).

²⁰⁶ Schulhofer, J. 'Criminal Justice Discretion as a Regulatory System Stephen', *The Journal of Legal Studies*, Vol. 17, No. 1 (Jan., 1988), pp. 43-82.

²⁰⁷ Miceli, T. J. (1990) 'Optimal Prosecution of Defendants Whose Guilt is Uncertain', *Journal of Law, Economics and Organizations*, 6(1), pp. 189-201.

²⁰⁸ Sisk, G.B., Heise, M. and Morriss A.P. (1998) 'Charting the Influences on the Judicial Mind: An Empirical Study of Judicial Reasoning', *N.Y.U. L. REV.*, 73(1377), pp.1487-93.

²⁰⁹ Solomon H. P. (2002) 'Putin's Judicial Reform: Making Judges Accountable as well as Independent', *East European Constitutional Review*, 11(1), pp. 117-124.

Казахстанские юристы, на основе правового анализа законодательства и практики, отмечают существенные проблемы, как с системной независимостью судебной власти, так и с процессуальными полномочиями участников процесса, которые ведут к устоявшемуся обвинительному уклону в уголовном правосудии.²¹⁰

Для комплексного изучения данной проблемы и определения основных причин сложившейся практики, помимо правового анализа, государству необходимо провести широкомасштабное эмпирическое исследование. Целью такого исследования должно быть выявление наиболее значимой зависимости уровня обвинительных приговоров от различных факторов, таких как: полномочия прокуроров в уголовном процессе, влияние председателей на индивидуальных судей, карьерный рост судей, дисциплинарная практика, и др. Такая эмпирика необходима не только для диагностики проблемы, но и для поиска эффективных решений. Важно отметить, что такие исследования должны проводиться в условиях абсолютной независимости и объективности. Для обеспечения таких условий необходимо исключить возможность проведения таких исследований под руководством органов уголовной юстиции, то есть полиции, прокуратуры или суда. Для обеспечения открытости и представительности этого процесса необходимо привлечь экспертные ресурсы гражданского общества и использовать имеющийся международный опыт.

²¹⁰ Сулейменова Г. Комментарий к пункту 22 Замечаний Комитета ООН по правам человека по докладу Казахстана об исполнении Международного пакта о гражданских и политических правах. Центр исследования правовой политики.