



ЗАМЕЧАНИЯ

**членов Комиссии по изучению вопроса об отмене смертной казни
в Республике Казахстан при Правительстве Республики Казахстан,**

**директора Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению
законности Е.А.ЖОВТИСА и исполнительного директора общественного фонда
«Хартия за права человека» Ж.У.ТУРМАГАМБЕТОВОЙ**

**к проекту Закона «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные
акты Республики Казахстан по вопросам смертной казни»¹**

В соответствии с поправками, внесенными Законом Республики Казахстан от 21 мая 2007 г. «О внесении изменений и дополнений в Конституцию РК Республики Казахстан», 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.

В связи с этим, согласно Пояснительной записке² к проекту Закона «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам смертной казни» (далее – **проект Закона**), целью принятия законопроекта является совершенствование действующего законодательства, приведение его в соответствие с положением Конституции Республики Казахстан, а также обеспечение основополагающего права человека на жизнь.

В соответствии с законопроектом изменения и дополнения вносятся в ряд статей Уголовного кодекса РК и Уголовно-процессуального кодекса РК.

К проекту Закона (по состоянию на 3 марта 2008 г.) имеется ряд замечаний как концептуального, так и редакционного характера, изложенных ниже.

I. Начиная с 1994 г., придерживаясь общепризнанного международного курса, Республика Казахстан проводит политику поэтапной отмены смертной казни.

На первом этапе правовой реформы в результате принятия в 1997 г. нового Уголовного кодекса в законодательстве было практически вдвое сокращено количество преступлений, за совершение которых предусматривалась такая мера наказания, как смертная казнь.

¹ См. проект Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам смертной казни» по состоянию на 3 марта 2008 г.

² См. Пояснительная записка к проекту Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам смертной казни»

В Концепции правовой политики Республики Казахстан от 20 сентября 2002 г. был закреплен курс «на постепенное сужение сферы применения смертной казни».

19 декабря 2003 г. Президентом Республики был объявлен бессрочный мораторий на исполнение смертной казни **до решения вопроса о ее полной отмене**.

В качестве альтернативы смертной казни в марте 2004 года введено пожизненное лишение свободы.

В мае 2007 г., в результате внесения поправок в статью 15 Конституции РК, была существенно ограничена сфера **возможного** применения смертной казни, которая теперь устанавливается только за террористические преступления, сопряженные с гибелью людей, и особо тяжкие преступления, совершаемые в военное время, с предоставлением приговоренному права ходатайствовать о помиловании.

В рамках выбранного подхода к постепенному решению вопроса отмены смертной казни Республика Казахстан присоединилась к Заявлению Европейского Союза об отмене смертной казни, сделанному на 61-ой сессии Генеральной Ассамблеи ООН 19 декабря 2006г.

Казахстан также поддержал резолюцию 62-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН «Мораторий на высшую меру наказания с дальнейшим рассмотрением возможности отмены смертной казни», одобренную 18 декабря 2007 г. При этом резолюцию поддержали 104 государства, против выступили - 54 и воздержались - 29.

В ноябре 2005 г. Республикой Казахстан был ратифицирован Международный пакт о гражданских и политических правах (МПГПП) и к концу 2007 года на повестку дня встал вопрос, связанный с присоединением ко Второму Факультативному протоколу к МПГПП, направленного на отмену смертной казни.

И здесь выявились два принципиально различных подхода:

- 1. Формальное приведение уголовного и уголовно-процессуального законодательства в соответствие с изменениями, внесенными в Конституцию РК в мае 2007 г., и таким образом создание очевидных препятствий в ратификации Второго Факультативного протокола к МПГПП, направленного на отмену смертной казни, поскольку он предусматривает лишь одну оговорку – применение смертной казни за тяжкие преступления военного характера, совершенные в военное время.**
- 2. Полное исключение такого вида наказания, как смертная казнь, из уголовного законодательства Республики Казахстан и таким образом устранение любых препятствий в ратификации Второго Факультативного протокола к МПГПП, направленного на отмену смертной казни.**

Подобные различия в подходах связаны с тем, что внесенные в мае 2007 г. поправки в ст.15 Конституции РК, несмотря на определенный прогресс в вопросе поэтапной отмены смертной казни, являлись, по нашему мнению, все же половинчатыми и не вполне последовательными.

Проведенные международные исследования, а также информация, представленная Верховным судом РК и Генеральной прокуратурой РК, убедительно показывают, что смертная казнь не является сдерживающим фактором в предупреждении особо тяжких преступлений. Во всяком случае, никаких убедительных доказательств этого нет.

Согласно той же информации за последние годы наказание в виде смертной казни назначалось только по ч.2 ст.96 УК РК, т.е. - за убийство при отягчающих обстоятельствах.

Террористических преступлений и военных преступлений, наказание за совершение которых предусматривается, в том числе и в виде смертной казни, в Казахстане не совершалось.

Поэтому, исключая такую меру наказания как смертная казнь за убийство при отягчающих обстоятельствах, при том, что 100% приговоров к этой мере наказания в Казахстане связаны с совершением именно этого преступления, нелогично оставлять ее за совершение преступлений, которые в Казахстане не совершаются, несмотря даже на то, что они относятся к категории особо тяжких и их серьезность признается международным сообществом.

Современная теория и практика международного права основывается на том, что те или иные ограничения прав человека, в том числе и применение репрессии в качестве меры сдерживания преступности, должны быть связаны с настоятельной социальной или общественной необходимостью, которая в настоящее время в этом отношении в нашей стране отсутствует.

А сохранение этой меры наказания «на будущее», в качестве профилактической меры в случае возникновения такой необходимости не вполне согласуется с явно выраженной политической волей руководства страны на поэтапную полную отмену смертной казни.

Согласно п.2 ст.15 Конституции РК (в редакции Закона РК от 21.05.07 г. № 254-III): *«Никто не вправе 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».*

Данную формулировку, с нашей точки зрения, надо понимать не как императивное установление смертной казни за указанные преступления, а как определение процедуры – *«устанавливается законом»*, и как ограничение сферы применения – *«за террористические преступления, сопряженные с гибелью людей, а также за особо тяжкие преступления, совершенные в военное время».*

То есть Конституция не содержит нормы об **обязательном** закреплении в уголовном законе такой меры наказания как смертная казнь за террористические и военные преступления, а лишь закрепляет обязательность установления такой меры наказания **законом**. Это подтверждается и тем, что всех случаях совершения указанных преступлений уголовное законодательство предусматривает альтернативные меры наказания, в том числе и пожизненное лишение свободы.

Отсутствие в уголовном законе такой меры наказания как смертная казнь, в том числе и за указанные преступления, не будет противоречить Конституции РК, особенно если рассматривать конституционные нормы в их внутренней взаимосвязи, например, имея в виду п.1 ст.1 Конституции РК: *«Республика Казахстан утверждает себя демократическим, светским, правовым и социальным государством, высшими ценностями которого являются человек, его жизнь, права и свободы».*

Таким образом, исключение из уголовного закона такой меры наказания как смертная казнь, с одной стороны, не будет противоречить Конституции РК, а с другой - снимет все препятствия в отношении ратификации Второго Факультативного протокола к МПГПП.

II. Согласно статье 4 Конституции РК действующим правом в Республике 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.

Международные договоры, ратифицированные Республикой, имеют приоритет перед ее законами и применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона.

Согласно п.1 ст.27 Венской Конвенции о праве международных договоров (Республика Казахстан присоединилась к данной Конвенции 31 марта 1993 г.): **«Участник не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения им договора».**

Очевидно, что Конституция РК является частью внутреннего права РК, и само по себе присоединение Республики Казахстан к Венской Конвенции о праве международных договоров определило обязательство государства-участника выполнять ратифицированные им международные договоры без ссылок на положения внутреннего права.

Более того, с нашей точки зрения, это положение международного права, признанное Республикой Казахстан, делает юридически несостоятельной ссылку на Постановление Конституционного Совета РК от 18.05.2006 года № 2 «Об официальном толковании подпункта 7) статьи 54 Конституции РК», согласно которому *«... Конституционный Совет полагает, что в случае признания в установленном порядке международного договора Республики Казахстан или отдельных его положений противоречащими Конституции Республики, обладающей согласно пункту 2 статьи 4 Основного Закона высшей юридической силой на территории Республики, такой договор полностью или в части, признанной не соответствующей Конституции, не подлежит исполнению».*

Этот вывод Конституционного Совета РК нашел свое выражение и в резолютивной части данного Постановления, где утверждается, что: *«... 4. В случае признания в установленном порядке международного договора Республики Казахстан или отдельных его положений противоречащими Конституции Республики, такой договор или его соответствующие положения не подлежат исполнению».*

Постановления Конституционного Совета РК так же, как и Конституция РК, являются частью внутреннего права РК и согласно Венской Конвенции о праве международных договоров не могут служить юридическим основанием для невыполнения положений ратифицированного РК международного договора.

Поэтому присоединение и ратификация Республикой Казахстан Второго Факультативного протокола к МПГПП при отсутствии в уголовном законе такой меры наказания как смертная казнь, с нашей точки зрения, не имеют никаких конституционных препятствий, а сам этот международный договор, так же, как и другие международные договоры по правам человека, уже ратифицированные РК, будет иметь приоритет над нормами внутреннего права, создавая необходимую законодательную базу для неприменения смертной казни.

III. Сохранение в Уголовном кодексе Республики Казахстан такой меры наказания как смертная казнь за военные преступления и последующее присоединение и ратификация Второго Факультативного протокола к МПГПП с оговоркой, с нашей точки зрения, также не имеет особого смысла.

Республика Казахстан не участвует в настоящее время в военных действиях, на ее территории нет вооруженных конфликтов и в связи с этим нет никакой общественной необходимости в сохранении в уголовном законодательстве такой меры наказания за преступления, которые не совершаются на ее территории.

А сохранение этой меры наказания «на будущее», в качестве профилактической меры в случае возникновения такой необходимости не вполне согласуется с явно выраженной политической волей руководства страны на поэтапную полную отмену смертной казни.

Сохранение в уголовном законодательстве смертной казни за преступления в военное время при отсутствии таковых на территории нашей страны будет выглядеть как не вполне обоснованное намерение иметь возможность сделать оговорку при ратификации Второго Факультативного протокола к МПГПП.

Кроме того, формулировка, использованная в п.2 ст.15 Конституции РК, не соответствует формулировке возможной оговорки в соответствии с п.1 ст.2 Второго Факультативного протокола к МПГПП.

В п.2 статьи 15 Конституции РК речь идет об **особо тяжких преступлениях, совершенных в военное время**, в то время как в п.1. ст.2 Второго Факультативного протокола к МПГПП говорится о **наиболее тяжких преступлениях военного характера, совершенных в военное время**.

Очевидно, что в формулировке, использованной в п.2 ст.15 Конституции РК, по сравнению с формулировкой, использованной в п.1. ст.2 Второго Факультативного протокола к МПГПП, пропущен важный квалифицирующий признак – преступления **военного характера**, а не вообще особо тяжкие преступления, совершенные в военное время.

Подобное несоответствие формулировок делает еще более проблематичным ратификацию Второго Факультативного протокола к МПГПП с оговоркой, даже если в уголовном законодательстве смертная казнь будет сохранена только за особо тяжкие преступления, совершенные в военное время.

IV. Изложенные в распространенном на третьем заседании Комиссии по изучению вопроса об отмене смертной казни в Республике Казахстан Приложении к Позиционному материалу по вопросу о применении смертной казни в Республике Казахстан аргументы в отношении применения смертной казни за террористические преступления также представляются не вполне обоснованными.

Мировое сообщество действительно признает акты терроризма как серьезную угрозу международному правопорядку и интересам всего человечества. Тем не менее, ни в одном из принятых по этому поводу решений Совета Безопасности Организации Объединенных Наций, конвенций ООН и других международных документах, принятых международными организациями и направленных на борьбу с терроризмом, нет даже упоминания о возможности применения смертной казни за террористические преступления.

Ни одно из государств-участников Второго Факультативного протокола к МПГПП, в том числе и подвергшихся террористическим атакам (Великобритания, Испания и др.), не ставило вопрос о пересмотре этого международного договора.

Аналогично ни одно из государств-участников, подвергшихся террористическим атакам, не ставило вопрос о внесении изменений в свое уголовное законодательство и восстановлении в нем такой меры наказания.

Среди террористических актов, осуществленных за последние годы, наиболее масштабными, приведшими к массовой гибели людей и разрушениям, являются преступления, совершенные террористами-смертниками.

Помимо того, что исследования, проведенные на международном уровне, показывают, что нет никаких убедительных доказательств, что смертная казнь является сдерживающим

фактором в отношении особо тяжких преступлений, сохранение ее в отношении исполнителей террористических преступлений - смертников, которые и так отдают свою жизнь, движимые ложными фанатичными мотивами, по меньшей мере не имеет никакого смысла.

Что же касается организаторов терактов, то, как показывает практика, установление смертной казни за террористические преступления также не является сдерживающим фактором. Достаточно вспомнить опыт США, где наличие в уголовном законодательстве такой меры наказания не оградило страну от терактов 11 сентября.

Террористические преступления в 21-ом веке в значительной степени приобрели международный характер и необходимо посмотреть на международную практику в этом вопросе.

Согласно принятому в 1998 г. и вступившему в силу в 2002 г. Римскому Статуту Международного Уголовного Суда, п.1. ст.5: *«Юрисдикция Суда ограничивается самыми серьезными преступлениями, вызывающими озабоченность всего международного сообщества. В соответствии с настоящим Статутом Суд обладает юрисдикцией в отношении следующих преступлений:*

- a) преступление геноцида;*
- b) преступления против человечности;*
- c) военные преступления;*
- d) преступление агрессии».*

То есть, **Международный Уголовный Суд рассматривает дела о самых серьезных преступлениях, зачастую имеющих международный характер и характеризующихся гибелью большого количества людей.**

Тем не менее, согласно ст.77 Римского Статута Международного Уголовного Суда *«... Суд может назначить одну из следующих мер наказания лицу, признанному виновным в совершении преступления, предусмотренного в статье 5 настоящего Статута:*

- a) лишение свободы на определенный срок, исчисляемый в количестве лет, которое не превышает максимального количества в 30 лет, или*
- b) пожизненное лишение свободы в тех случаях, когда это оправдано исключительно тяжким характером преступления и индивидуальными обстоятельствами лица, признанного виновным в его совершении.*

2. Помимо лишения свободы, Суд может назначить:

- a) штраф в соответствии с критериями, предусмотренными в Правилах процедуры и доказывания;*
- b) конфискацию доходов, имущества и активов, полученных прямо или косвенно в результате преступления, без ущерба для прав bona fide третьих сторон».*

То есть **наиболее строгим видом наказания за особо тяжкие преступления, имеющие международный характер и характеризующиеся гибелью (иногда массовой) людей, является пожизненное лишение свободы.**

В Римском Статуте Международного Уголовного Суда, ратифицированном более чем 100 государствами, нашла свое отражение международная тенденция безусловной и полной отмены смертной казни, в том числе и за наиболее серьезные преступления, вызывающие озабоченность мирового сообщества.

В связи с этим не вполне обоснованным и последовательным выглядит предложение сохранить в уголовном законодательстве нашего государства такую меру наказания за террористические и военные преступления со ссылкой на международную озабоченность серьезностью этих преступлений.

V. Необоснованной и весьма искусственной представляется аргументация в пользу внесения изменений и дополнений в ст.160 УК РК в части исключения наказания в виде смертной казни за геноцид в мирное время и включения ее за геноцид в военное время.

Геноцид, так же как и убийство при отягчающих обстоятельствах или диверсия, относится к особо тяжким преступлениям, но не является террористическим преступлением, воинским преступлением или преступлением военного характера. В ст.1 Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него от 9 декабря 1948 г. подтверждено, что геноцид независимо от того, **совершается ли он в мирное или военное время**, является преступлением, которое нарушает нормы международного права и против которого стороны обязуются принимать меры предупреждения и карать за его совершение. Таким образом, геноцид должен наказываться одинаково эффективно как в мирное время, так и военное время. Его общественная опасность не меняется от того совершенно ли это преступление в военное или в мирное время. В соответствии со Статутом Международного Уголовного Суда максимальным наказанием, которое может быть применено за геноцид может стать пожизненное заключение (ст. 77 Статута).

VI. В случае принятия данного проекта Закона, по существу, сохранится возможность введения смертной казни за любое особо тяжкое преступление, не обязательно связанное с посягательством на жизнь человека, совершенное в военное время, так как этот квалифицирующий признак исключен из диспозиции ст. 49 УК РК. Старая редакция статьи 49 УК РК предусматривала смертную казнь за совершаемые в военное время или в боевой обстановке, государственную измену, преступления против мира и безопасности человечества и особо тяжкие воинские преступления. Согласно новой редакции ст.49 УК РК возможность применения смертной казни распространяется на все особо тяжкие преступления, совершенные в военное время, а не только на государственную измену, преступления против мира и безопасности человечества и особо тяжкие воинские преступления.

Так, например, проект Закона позволяет применение смертной казни за убийство при отягчающих обстоятельствах, совершенное в военное время (ч. 3 ст. 96 проекта Закона).

Таким образом, проект Закона расширяет возможность применения смертной казни в военное время, в том числе и по общеуголовным преступлениям. Такой подход не оправдан и не обоснован в рамках политики Республики Казахстан по **поэтапной полной отмене смертной казни**. Сохранение и расширение возможности применения смертной казни за общеуголовные преступления (а не за преступления военного характера) противоречит общемировым тенденциям. В регионе ОБСЕ среди стран, которые отказались от применения смертной казни в мирное время, только Латвия сохраняет возможность применения смертной казни за общеуголовное преступление (убийство, совершенное при особо отягчающих обстоятельствах в военное время).

Вообще из 56 стран–членов ОБСЕ, где Республика Казахстан займет пост Председателя в 2010 году, 50 стран полностью отменили смертную казнь.

Общим принципом должно быть исключение такого вида наказания как смертная казнь из уголовного законодательства совсем, а не поиск неких обоснований необходимости ее сохранения за отдельные особо тяжкие преступления.

VII. Следует поддержать позицию Верховного суда РУ, изложенную в Протоколе разногласий, касательно необходимости скорректировать проект Закона со Вторым Факультативным протоколом к МПГПП.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В связи с вышеизложенным, полагаем, что **необходимо принять очевидное и обоснованное решение о полной отмене смертной казни в уголовном законодательстве Республики Казахстан.**

В соответствии с этим **необходимо исключить из проекта Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам смертной казни» такую меру наказания как смертная казнь.**

В крайнем случае, можно внести изменения в ч.1 ст.49 Уголовного кодекса РК (Общая часть), изложив ее в следующей редакции: **«1. Смертная казнь – расстрел как исключительная мера наказания может быть установлена только за террористические преступления, сопряженные с гибелью людей, предусмотренные статьями 167, 233 настоящего Кодекса, а также за особо тяжкие преступления военного характера, совершенные в военное время в соответствии с настоящим Кодексом, с предоставлением приговоренному права ходатайствовать о помиловании»** имея в виду, что формулировка *«...может быть установлена»* дает возможность не закреплять в Особенной части Уголовного кодекса РК такой меры наказания как смертная казнь, хотя и это делать нецелесообразно, не говоря уже о том, что при ратификации Второго Факультативного протокола к МПГПП эта норма становится противоречащей международному договору и, соответственно, будет действовать приоритет норм международного права. В то же время из Особенной части Уголовного кодекса такой вид наказания, как смертная казнь, следует исключить полностью

Как следует из Протокола разногласий, Министерство юстиции РК полагает, что норма ст.15 Конституции РК имеет императивный характер, то есть предполагает **обязательное** закрепление в уголовном законе такой меры наказания как смертная казнь за указанные в этой статье преступления.

Согласно тому же Протоколу разногласий, с подобным толкованием статьи 15 Конституции РК не согласен Верховный суд РК, чье мнение мы разделяем, особенно с учетом необходимости применения норм Конституции в их взаимосвязи и взаимозависимости.

В связи с этим считаем необходимым обратиться к органам и лицам, имеющим право обращения в Конституционный Совет РК, с просьбой направить данный проект Закона в Конституционный Совет РК с просьбой дать толкование ст.15 Конституции РК как в части обязательности (необязательности) закрепления в уголовном законе такой меры наказания, как смертная казнь, а также в части толкования понятия «террористические преступления».

Март 2008 г.