



# АДВОКАТЫ АЛМАТЫ

Журнал зарегистрирован Министерством культуры, информации и общественного согласия Республики Казахстан, Свидетельство о постановке на учет средства массовой информации № 5658-Ж от 18.02.2005 г.

Издается с августа 2004 г.  
Периодичность: 4 выпуска в год  
Тираж: 1 000 экз.

#### Издатель:

Алматинская городская коллегия адвокатов,  
Республика Казахстан, 050091,  
г. Алматы, Наурызбай Батыра 49\61, тел.\факс  
8(727) 278-04-77.

#### Главный редактор:

Неясова Н.М. – Заместитель  
Председателя Президиума  
Алматинской городской коллегии  
адвокатов

#### Выпускающий редактор:

Кусяпова Н.В., адвокат  
Специализированной юридической  
консультации «Адвокат»,  
тел: 8 (727) 292-27-15

#### Редакционная коллегия:

Карчегенов К.К. – Председатель  
Президиума Алматинской городской  
коллегии адвокатов,  
Байгазина Г.Б. – Член Президиума  
Алматинской городской коллегии  
адвокатов.

#### Дизайн, верстка, фотографии:

Соколов Н.Н.

Текущая подписка производится  
редакцией журнала  
«Адвокаты Алматы» и Алматинской  
городской коллегией адвокатов

#### Адрес редакции:

Республика Казахстан, 050091,  
г. Алматы, Наурызбай Батыра 49\61, тел.\факс  
8(727) 278-04-77,  
e-mail: ukadvokat@mail.ru

#### Типография: «ИП Волкова»

Республика Казахстан, г. Алматы,  
пр. Райымбека 212/1, оф.319,  
тел. 8 (727) 330-03-12.

Мнение авторов не всегда отражает  
точку зрения редакции.

Рукописи не возвращаются.  
Перепечатка материалов, содержащихся в жур-  
нале, допускается только по  
согласованию с редакцией; ссылка на  
журнал обязательна.

## СОДЕРЖАНИЕ

№1-2(35-36) 06'2013

### НОВОСТИ

Основные события ..... 2

### УГОЛОВНОЕ ПРАВО И УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

Заключение по проекту Закона «Об органах внутренних дел в Республике Казахстан»  
Рамазанова Л.А. .... 7

Процессуальные гарантии защиты от пыток в Казахстане. Рекомендации.  
Чернобилль Т. .... 20

Обеспечение права на защиту в суде присяжных. Предложения по реформированию  
законодательства и правоприменительной практики. Алимбаев И.М. .... 25

Право на защиту. Керимбаева Ш.А. .... 30  
Взяточничество: ретроспектива и перспектива. Нам Г.М. .... 34

Выражи или миражи закона. Юридические казусы или новейшие технологии в старом  
правовом поле /на основе реального уголовного дела/. Рахманов Н.Д. .... 50

Сроки ареста и порядок их продления. Стуканов Ю.С. .... 54

Понятие и история возникновения института суда присяжных. Темирбекова А.М. .... 57

Понятие и значение системы наказаний по уголовному законодательству  
Республики Казахстан. Балтабаев С.К. .... 64

Частный судебный исполнитель: плюсы и минусы. Дарибаева А.Б. .... 71

Дежурная тема: Дружеская помощь или преступление??? Рахымбай Т.М. .... 78

### ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

Регулирование аудиторской деятельности. Жумаханова Д.Р. .... 81

Основания недействительности сделки: исторический аспект и современные реалии.  
Кудинова Е.А. .... 84

Проблемы возврата из бюджета сумм превышения НДС, образовавшихся в  
период этапа разведки. Ильясова А.Р. .... 92

### АДВОКАТУРА

К вопросу о создании государственной адвокатуры. Канафин Д.К. .... 97

### РЕЧИ АДВОКАТОВ

Выступление в прениях сторон по уголовному делу в отношении Ринаева А.К.  
в интересах потерпевшего Кожанова М.Б. Алимova Л.Ш. .... 103

# Основные события

## Основными событиями первой половины 2013 года стали следующие события:

**31 января 2013 года состоялось заседание Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов.** Членами Президиума рассмотрены следующие вопросы:

- 1) рассмотрено 8 заявлений адвокатов об исключении по собственному желанию из членов АГКА, докладная об исключении 2 адвокатов в связи с кончиной, докладная об исключении 1 адвоката за длительное отсутствие связи с коллегией /8 адвокатов исключены из АГКА по собственному желанию, 2 адвоката исключены в связи с кончиной, 1 адвокат исключен за длительное отсутствие связи с коллегией/;
- 2) рассмотрено 10 заявлений о приеме в члены АГКА /10 адвокатов приняты в АГКА/;
- 3) рассмотрено 35 заявлений о приеме стажером адвоката АГКА /34 заявления удовлетворены/;
- 4) Заслушаны отчеты стажеров, даны заключения о прохождении стажировки, рассмотрен вопрос о расторжении договоров со стажерами;
- 5) рассмотрено дисциплинарное производство в отношении адвоката Абиевой Р.В. по жалобе Одарченко Н.А. /адвокату объявлен выговор/;
- 6) рассмотрено дисциплинарное производство в отношении адвоката Буканова Б.Т. по жалобе Смирновой И.Д.;

- 7) рассмотрена докладная главного бухгалтера Медведчук А.П. по постановлениям по ст. 71 УПК РК /принято решение, что постановления на оплату принимаются один раз в месяц через заведующего юридической консультацией за прошедший месяц/;
- 8) утверждение списка адвокатов, подлежащих аттестации в 2013 году, определении даты проведения аттестации и сроков предоставления аттестационных материалов /срок проведения аттестации определен 12-13 декабря 2013 года, срок сдачи аттестационных материалов до 01 ноября 2013 года/;
- 9) о созыве Конференции адвокатов АГКА /22 февраля 2013 года – дата созыва Конференции/;
- 10) рассмотрено заявление адвоката Кисиковой Б.И. о приостановлении членства /заявление удовлетворено, членство в АГКА приостановлено до 01 января 2014 года/;
- 11) рассмотрено заявление адвоката Алмасбек А. о приостановлении членства /заявление удовлетворено, членство в АГКА приостановлено до 01 апреля 2013 года/;
- 12) рассмотрено заявление адвоката Бурбаева С.Б. об оказании материальной помощи /заявление удовлетворено/;
- 13) рассмотрены заявления заведующей ЮК № 6 Шабановой Р.Г. об оказании материальной помощи адвокату Гизатуллиной Ф.Р. в связи с кончиной матери и адвокату Тленчиеву Б.Н. в связи с кончиной отца /заявления удовлетворены/;
- 14) рассмотрено заявление быв-

шего адвоката пенсионерки Ахметкалиевой Ш.К. об оказании материальной помощи /заявление удовлетворено/;

- 15) рассмотрено заявление стажера Сарбасова С.С. /заявление удовлетворено/;
- 16) Разное /рассмотрены вопросы ремонтов, организационные вопросы/.

**21 февраля 2013 года в г. Алматы состоялась Конференция на тему: «Реализация в Казахстане Руководящих принципов предпринимательской деятельности в аспекте прав человека: осуществление рамок Организации Объединенных Наций, касающихся «защиты, соблюдения и средств правовой защиты».** Организатором конференции выступил Центр исследования правовой политики (LPRC). Конференция была нацелена на обсуждение вопросов воздействия предпринимательской деятельности на права человека, обязанность государства защищать права человека, общие функции государства в сфере нормативного регулирования и политики, связь государства и предприятий, обеспечение соблюдения прав человека предприятиями в районах, затронутых конфликтами, корпоративной ответственности за соблюдение прав человека, доступа к средствам правовой защиты при нарушениях прав человека со стороны субъектов предпринимательской деятельности.

В обсуждении приняли участие международные эксперты, ведущие эксперты гражданского общества, представители национальных институтов по правам человека, государственных органов, международных и неправительственных организаций и предпринимательских структур.

**22 февраля 2013 года в г. Алматы состоялась Экспертная конферен-**

**ция «Разработка эффективного механизма расследования фактов пыток в странах Центральной Азии».** Организатором конференции выступили Центр исследования правовой политики (LPRC) и Представительство Penal Reform International (Международная тюремная реформа) в Центральной Азии. Конференция нацелена на обсуждение вопросов формирования эффективного механизма расследования фактов пыток в странах Центральной Азии и в Республике Казахстан в частности, необходимых реформ в сфере уголовно-правовой политики, организации компенсационного фонда для жертв пыток, имплементации Стамбульского протокола в Республике Казахстан и использования таких механизмов защиты от пыток как общественный контроль и национальный превентивный механизм.

В обсуждении приняли участие международные эксперты, ведущие эксперты гражданского общества, представители национальных институтов по правам человека, государственных органов, международных и неправительственных организаций.

Мероприятие было проведено в рамках проекта LPRC «Реализация гарантий защиты от пыток в законодательстве и практике Республики Казахстан», реализуемого в Казахстане при поддержке Посольства Великобритании в Астане и проекта PRI «Усиление институтов и наращивание потенциала гражданского общества для предотвращения пыток в 9 странах СНГ», финансируемого Европейским Союзом.

**28 февраля 2013 года в г. Астане состоялся Международный круглый стол на тему: «Усиление роли адвокатуры в обеспечении конституционных прав и свобод граждан в условиях реформи-**

**вания уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан».** Организаторами данного мероприятия являлись: Комитет по законодательству и судебно-правовой реформе Мажилиса Парламента Республики Казахстан, Верховный Суд Республики Казахстан, Республиканская коллегия адвокатов, Проект Европейского Союза «Поддержка судебной и правовой реформы в Республике Казахстан», Центр ОБСЕ в г. Астане, Центр исследования правовой политики, Фонд Сорос Казахстан. Работа круглого стола осуществлялась по двум сессиям:

- 1) Совершенствование функции защиты в уголовно-процессуальном законодательстве Республики Казахстан в соответствии с международными стандартами и практикой;
- 2) Проблемные вопросы обеспечения права на защиту в уголовном процессе и пути их разрешения.

**15-16 марта 2013 года в г. Алматы состоялся Круглый стол на тему: «Реформирование уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан на основе принципов правового государства».** Организаторами данного мероприятия являлись: Конституционный Совет Республики Казахстан, Генеральная Прокуратура Республики Казахстан, Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе, Проект Европейского Союза «Поддержка судебной и правовой реформы в Республике Казахстан», Венецианская Комиссия, Германский Фонд Международного Правового Сотрудничества, ОФ «Хартия за права человека», Управление Верховного комиссара по правам человека, Посольство Королевства Нидерландов в Республике Казахстан. В работе Круглого стола активное участие приняли адвокаты

Алматинской городской коллегии адвокатов.

На круглом столе состоялось обсуждение проекта нового Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

**29 марта 2013 года в г. Астане состоялся Круглый стол по вопросам совершенствования законодательства в части передачи споров по незначительным вопросам в институты внесудебного урегулирования споров.** Организаторами круглого стола выступили Министерство юстиции Республики Казахстан, Институт законодательства Республики Казахстан. В работе круглого стола приняли участие представители государственных органов, ученые, адвокаты Алматинской городской коллегии адвокатов, представители неправительственных организаций. По итогам круглого стола были выработаны Предложения по совершенствованию действующего законодательства в части передачи споров по незначительным вопросам в институты внесудебного урегулирования споров.

**25 апреля 2013 года в г. Алматы состоялась Республиканская научно-теоретическая конференция на тему: «Гражданско-правовая ответственность: вопросы теории и практики».** Организатором конференции выступила кафедра гражданского права и гражданского процесса, трудового права юридического факультета КазНУ им. Аль-Фараби. В работе конференции приняли участие: судья одного из районных судов г. Алматы, адвокат Алматинской городской коллегии адвокатов, ученые, нотариусы г. Алматы и Алматинской области. На конференции обсуждались концептуально-теоретические и практические проблемы институ-

та гражданско-правовой ответственности.

**25 апреля 2013 года состоялось заседание Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов.** Членами Президиума рассмотрены следующие вопросы:

- 1) рассмотрено 9 заявлений адвокатов об исключении по собственному желанию из членов АГКА /9 адвокатов исключены из АГКА по собственному желанию/;
- 2) рассмотрено 8 заявлений о приеме в члены АГКА /8 адвокатов приняты в АГКА/;
- 3) рассмотрено 20 заявлений о приеме стажером адвоката АГКА /20 заявлений удовлетворены/;
- 4) Заслушаны отчеты стажеров, даны заключения о прохождении стажировки, рассмотрен вопрос о расторжении договоров со стажерами;
- 5) рассмотрено дисциплинарное производство в отношении адвоката Дадочкиной В.М. по жалобе Сыздыковой Ш.А. /принято решение – ограничиться обсуждением/;
- 6) рассмотрено дисциплинарное производство в отношении адвоката Тепсаевой П.Ю. по частному постановлению Сарыаркинского районного суда № 2 г. Астаны /принято решение – ограничиться обсуждением/;
- 7) рассмотрено дисциплинарное производство в отношении адвоката Уалиева А.М. по жалобе Кулсерековой С. /объявлен строгий выговор/;
- 8) рассмотрены дисциплинарные производства в отношении адвоката Поверенного В.А. по частным постановлениям: апелляционной судебной коллегии по уголовным делам Алматинского городского суда, кассационной судебной колле-

- гии Алматинского городского суда /объявлен выговор/;
- 9) рассмотрена докладная заведующей ЮК № 12 о расторжении договора со стажером адвоката Уразгалиевым С. /принято решение – расторгнуть договор/;
- 10) рассмотрена докладная заведующей СЮК «Адвокат» по ремонту Центра стажировки /информация принята к сведению/;
- 11) рассмотрено 4 заявления адвокатов о приостановлении членства в АГКА /по 4 заявлениям приняты решения – приостановить членство в АГКА согласно заявлениям/;
- 12) рассмотрены 3 заявления адвокатов об оказании материальной помощи /3 заявления удовлетворены/;
- 13) рассмотрение благодарственных писем в отношении адвокатов Дадочкиной В.М., Валиевой Л.Т., Ашимовой З.Н.;
- 14) рассмотрен вопрос о создании филиала АГКА – ЮК № 15 Алатауского района /принято решение об организационных вопросах, связанных с созданием ЮК № 15/.

**16-17 мая 2013 года в г. Алматы состоялся Международный семинар на тему: «Правовое регулирование сделок, последствия недействительности сделок.** Вопросы гражданского процессуального права». Семинар был организован Верховным Судом Республики Казахстан совместно с Программой Германского Общества по Международному Сотрудничеству (GIZ) «Содействие правовой государственности в странах Центральной Азии» и проведен на базе Учебного центра Алматинского городского суда. Семинар проводился для судей г. Алматы, Алматинской, Жамбылской, Южно-Казахстанской и Кызыл-

ординской областей Республики Казахстан. Работа проводилась по трем сессиям:

- 1) Правовое регулирование сделок. Теоретические аспекты;
- 2) Основания признания сделок недействительными. Правовые последствия признания сделок недействительными;
- 3) Вопросы процессуального права. В работе семинара приняли участие также ученые, нотариусы и адвокаты Алматинской городской коллегии адвокатов. По итогам семинара были выработаны Рекомендации для внесения изменений и дополнений в действующее законодательство Республики Казахстан по вопросам признания сделок недействительными. А также состоялось награждение участников сертификатами.

**23 мая 2013 года состоялось заседание Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов.** Членами Президиума рассмотрены следующие вопросы:

- 1) рассмотрено 3 заявления адвокатов об исключении по собственному желанию из членов АГКА /3 адвоката исключены из АГКА по собственному желанию/;
- 2) рассмотрено 3 заявления о приеме в члены АГКА /3 адвоката приняты в АГКА/;
- 3) рассмотрено дисциплинарное производство в отношении адвоката Муқанова Е.К. по жалобе Ибраева А.Ж. /объявлено замечание и рекомендация пройти курсы повышения квалификации адвокатов/;
- 4) рассмотрено дисциплинарное производство в отношении адвокатов Алимбаева И.М. и Нурмашевой Р.К. по частному постановлению СМС Жамбылской области /решено дисциплинарное производство прекратить/;

- 5) рассмотрено дисциплинарное производство в отношении адвоката Ахмадиева Р.Г. по жалобе Мироновой С.А. /объявлен строгий выговор/;
- 6) рассмотрено дисциплинарное производство в отношении адвоката Ахмадиева Р.Г. по докладной заведующего юридической консультацией № 5 /принято решение об исключении из членов АГКА с направлением соответствующего ходатайства в Департамент юстиции/;
- 7) рассмотрено заявление адвоката Котова Б.Ф. о приостановлении членства /принято решение приостановить членство в АГКА до 01 января 2014 года/;
- 8) рассмотрено заявление адвоката Малибековой Б.К. об оказании материальной помощи /заявление удовлетворено/;
- 9) Разное /заслушано выступление адвоката о ситуации с правами адвоката/.

**06 июня 2013 года состоялось заседание Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов.** Членами Президиума рассмотрены следующие вопросы:

- 1) рассмотрено 1 заявление адвоката об исключении по собственному желанию из членов АГКА /1 адвокат исключен из

- АГКА по собственному желанию/;
- 2) рассмотрено 1 заявление о приеме в члены АГКА /1 адвокат принят в АГКА/;
- 3) рассмотрены вопросы, связанные с подготовкой проведения мероприятий, связанных с 40-летием образования Алматинской городской коллегии адвокатов;
- 4) рассмотрен вопрос об исполнении Постановления Правительства Республики Казахстан от 29.12.2012 г. № 1743;
- 5) рассмотрена докладная заведующей юридической консультацией № 7 о расторжении договора со стажером адвоката /договор расторгнут/.

**18 июня 2013 года состоялась Международная научно-практическая конференция по обсуждению Концепции проекта: Бітімгершілік – Примирение (в уголовном и гражданском процессах).** Конференция проводилась в г. Астане, но в целях охвата поднимаемыми на конференции вопросами представителей всех заинтересованных государственных органов и организаций была организована видео-конференц-связь со всеми областями Республики Казахстан.

Основным организатором форума выступила Генеральная Прокуратура

Республики Казахстан. Соорганизаторами форума являлись Верховный Суд Республики Казахстан, Министерство юстиции Республики Казахстан, представительство «PRI» в Центральной Азии, Проект развития ООН в Казахстане, Центр ОБСЕ в г. Астане, Проект Европейского Союза «Поддержка судебной системы и правовой реформы в Республике Казахстан». В работе конференции приняли участие депутаты Сената и Мажилиса Парламента, представители Администрации Президента, Конституционного Совета, министерств и ведомств, дипломатических миссий, неправительственных организаций, ученые. В работе конференции приняли активное участие адвокаты Алматинской городской коллегии адвокатов.

На конференции состоялась презентация Концепции проекта: Бітімгершілік – Примирение (в уголовном и гражданском процессах), прозвучали выступления по проблемным вопросам досудебного урегулирования споров в гражданском и уголовном процессах, были вынесены на обсуждение предложения по изменению действующего законодательства в этой части, заслушаны мнения представителей различных органов, организаций, представителей адвокатского сообщества. ■

## Уважаемые читатели,

Приглашаем вас к сотрудничеству с нашим журналом.

Рады будем вашим статьям, отзывам, пожеланиям, рекомендациям.

Материалы для печати принимаются

на казахском и русском языках по выбору автора.

# УГОЛОВНОЕ ПРАВО И УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС



Заключение по проекту Закона «Об органах внутренних дел в Республике Казахстан»	07
Процессуальные гарантии за- щиты от пыток в Казахстане. Рекомендации	20
Обеспечение права на защиту в суде присяжных. Предложения по реформированию законодательства и правоприменительной практики	25
Право на защиту	30
Взятничество: ретроспектива и перспектива	34
Вирази или миражи закона. Юридические казусы или новейшие технологии в старом правовом поле	50
Сроки ареста и порядок их продления	54
Понятие и история возникновения института суда присяжных	57
Понятие и значение системы наказаний по уголовному законодательству Республики Казахстан	64
Частный судебный исполнитель: плюсы и минусы	71
Дежурная тема: Дружеская помощь или преступление???	78

# Заключение по проекту Закона «Об органах внутренних дел в Республике Казахстан»



**Данный проект Закона внесен постановлением Правительства Республики Казахстан от 29 декабря 2012 года № 1747 на рассмотрение Мажилиса Парламента Республики Казахстан**

**РАМАЗАНОВА Лейла Адильхановна**  
адвокат Специализированной юридической  
консультации «Адвокат»  
Алматинской городской коллегии адвокатов

## 1. Введение

Целью настоящего исследования является анализ проекта Закона Республики Казахстан «Об органах внутренних дел» на предмет соответствия международным стандартам в области прав и свобод человека.

При подготовке настоящего исследования были рассмотрены следующие вопросы:

- задачи, которые преследовались проектом Закона «Об органах внутренних дел»;
- качество законопроекта, с точки зрения соответствия международным стандартам;
- исследование проекта Закона «Об органах вну-

тренних дел» на предмет соответствия Конституции Республики Казахстан; - предполагаемые основные последствия в результате принятия проекта Закона «Об органах внутренних дел».

В результате проведенного исследования был сделан вывод:

Существование статьи 24 в проекте Закона Республики Казахстан «Об органах внутренних дел», предоставляющей право применять огнестрельное оружие, в том числе, без предупреждения и на поражение, с отсылочной нормой права к Закону Республики Казахстан



«О правоохранительной службе» от 06 января 2011 года – будет свидетельствовать о несоответствии норм национального законодательства основным принципам применения силы и огнестрельного оружия должностными лицами по поддержанию правопорядка (далее – «Основные принципы применения силы») /1/.

Определение угрозы жизни, здоровью, либо возможность иных тяжких последствий для физического лица или самого сотрудника, не является конкретным и бесспорным критерием для применения огнестрельного оружия на поражение без предупреждения.

В предлагаемом проекте Закона «Об органах внутренних дел» и в Законе «О правоохранительной службе» от 06 января 2011 года не указано, что сотрудники правоохранительных, а не карательных органов, должны, насколько это возможно – использовать ненасильственные средства до вынужденного применения силы или огнестрельного оружия.

Вводимые ограничения права на жизнь должны быть исклю-

чительными, разрешить сотрудникам полиции применять силу, не говоря уже о применении огнестрельного оружия на поражение без предупреждения, можно только в тех случаях, когда другие средства являются неэффективными или не дают каких-либо надежд на достижение намеченного результата.

Вводимые ограничения права на жизнь должны быть установлены законами, не противоречащими нормам Конституции Республики Казахстан, должны соответствовать критерию необходимости в демократическом обществе в интересах государственной безопасности и общественного спокойствия, в целях предотвращения преступлений и беспорядков, для охраны здоровья и нравственности или защиты прав и свобод других лиц. При этом эти ограничения должны соответствовать следующим критериям допустимости: отвечать насущной общественной или социальной необходимости, преследовать законно обоснованные цели, и являться соразмерными этим целям.

Преамбула Основных принципов обязывает Правительства

в рамках своего национального законодательства: принять во внимание и соблюдать практики «Основных принципов применения силы», разработанные с целью оказания помощи государствам-членам Организации Объединенных Наций в осуществлении их задачи по обеспечению и содействию выполнения соответствующей роли должностными лицами по поддержанию правопорядка; обязательно довести «Основные принципы применения силы» до сведения должностных лиц по поддержанию правопорядка, а также других лиц, таких как: судьи, работники прокуратуры, юристы, работники исполнительной власти, законодательной власти, и населения в целом.

В статье 2 «Основных принципов применения силы», указано об обязанности разработки Правительствами и использовании правоохранительными органами не приводящих к смерти, но нейтрализующих видов оружия, чтобы свести к минимуму риск нанесения ущерба посторонним лицам, и осуществлять строгий контроль в отношении использования такого оружия.

## **2. Описание проблем законодательства по рассматриваемому вопросу**

Согласно пункту 1 статьи 4 Конституции Республики Казахстан – 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 Казахстан.

**Существование статьи 24 в проекте Закона Республики Казахстан «Об органах внутренних дел», предоставляющей право применять огнестрельное оружие, в том числе, без предупреждения и на поражение, с отсылочной нормой права к Закону Республики Казахстан «О правоохранительной службе» от 06 января 2011 года - будет свидетельствовать о несоответствии норм национального законодательства основным принципам применения силы и огнестрельного оружия должностными лицами по поддержанию правопорядка.**



Как следует из пункта 2 Конституции Республики Казахстан – Конституция имеет высшую юридическую силу и прямое действие на всей территории Республики.

В пункте 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан провозглашено, что Международные договоры, ратифицированные Республикой Казахстан, имеют приоритет перед ее законами и применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона /2/.

Общеизвестным является принятие Закона Республики Казахстан от 28 ноября 2005 года N 91-3 о ратификации Международного пакта о гражданских и политических правах (далее – «Пакт») /3/.

11 февраля 2009 года Законом Республики Казахстан за номером 130-4 /4/ – Республика Казахстан, в соответствии со статьей 1 Факультативного протокола, признала компетенцию Комитета по правам человека принимать и рассматривать сообщения отдельных лиц, подающих под юрисдикцию Казахстана, в отношении действий и бездействий органов государственной власти в отношении принятых ими актов или решений, имевших место после даты вступления в силу Первого Факультативного протокола для Республики Казахстан.

В Замечаниях общего порядка N 3, принятых Комитетом ООН по правам человека /5/ в целях оказания содействия дальнейшему претворению государствами в жизнь Пак-

та /6/ – Комитет отметил, что статья 2 Пакта в общем предоставляет право соответствующим государствам-участникам самим выбирать методы осуществления прав на своей территории с соблюдением принципов, установленных в этой статье.

В ней, в частности, признается, что осуществление прав зависит не только от конституционных или законодательных положений, которые сами по себе часто являются недостаточными. Комитет посчитал необходимым обратить внимание государств-участников на тот факт, что обязательства в соответствии с Пактом не ограничиваются уважением прав человека, он означает, что государства-участники обязаны также обеспечивать пользование этими правами всеми лицами, находящимися под их юрисдикцией. Этот аспект требует проведения государствами-участниками конкретной деятельности по обеспечению того, чтобы люди могли пользоваться своими правами.

В целом законодательство Республики Казахстан о деятельности органов внутренних дел, в первую очередь, касающееся правомерности действий по применению силы сотрудниками полиции содержит ряд существенных проблем, препятствующих созданию эффективного механизма защиты прав и свобод человека, соответствующего принятым на себя международным обязательствам. Существующие в законах Казахстана нормы не гарантируют обеспечение соблюдения естественного конституцион-

ного права – права на жизнь и права на неприкосновенность личности. Кроме того, не предусмотрены действенные превентивные меры, направленные на предупреждение возможных злоупотреблений властью должностными лицами.

### **Существующие в законах Казахстана нормы не гарантируют обеспечение соблюдения естественного конституционного права – права на жизнь и права на неприкосновенность личности.**

Вопрос о подробном законодательном регулировании правомерности применения силы сотрудниками полиции Казахстана, в частности, применение огнестрельного оружия на поражение без предупреждения, что подразумевает ограничение права на жизнь лиц, находящихся под юрисдикцией нашей страны остается актуальным на протяжении длительного периода времени. К сожалению, этот общественно значимый вопрос так и остался не решенным, как в недавно принятом законе Республики Казахстан «О правоохранительной службе» от 06 января 2011 года N 380-IV ЗРК, так и в тексте проекта закона «Об органах внутренних дел», предложенном в конце 2012 года на рассмотрение депутатам нижней Палаты Парламента.

Вышеуказанными Законами фактически вводятся основания для применения сотрудниками правоохранительных служб ограничения права на жизнь.

Между тем, критерии правомерных ограничений государ-

**При применении ограничения, государство не должно применять меры, приводящие к большему ограничению прав, чем это необходимо для достижения цели, с которой вводится ограничение.**

ством индивидуальных прав и свобод были впервые сформулированы во Всеобщей декларации прав человека 1948 года. Согласно статье 29 Всеобщей декларации прав человека «при осуществлении своих прав и свобод каждый человек должен подвергаться только таким ограничениям, какие установлены законом исключительно с целью обеспечения должного признания и уважения прав и свобод других и удовлетворения справедливых требований морали, общественного порядка и общего благосостояния в демократическом обществе». Аналогичные критерии изложены в статьях Международного пакта о гражданских и политических правах /7/.

Суть этих критериев заключается в следующей общей формулировке: осуществление определенных прав не подлежит никаким ограничениям, кроме тех, которые установлены законом и которые необходимы в демократическом обществе в интересах государственной безопасности и общественного спокойствия, в целях предотвращения беспорядков и преступлений, для охраны здоровья и нравственности или защиты прав и свобод других лиц.

Подробное толкование возможных ограничений и отступлений от положений Пакта формули-

рованы в Сиракузских принципах /8/.

В качестве общих принципов толкования положений Пакта, относящихся к правомерности ограничения прав обозначены:

- установление запрета на любые ограничения или основания для их применения в отношении прав, гарантируемых в Пакте, за исключением ограничений, которые рассматриваются в положениях самого Пакта;
- сфера применения ограничения не может быть истолкована таким образом, чтобы поставить под угрозу сущность соответствующего права;
- толкование любых ограничений должно быть максимально конкретным и любые сомнения должны решаться в пользу защиты рассматриваемых прав;
- толкование ограничений должно происходить с учетом характера и контекста, в котором существует каждое из ограничиваемых прав;
- все ограничения признаваемых в Пакте прав должны быть закреплены в соответствии с национальным законом и соответствовать

- целям и задачам Пакта;
- перечисленные в Пакте ограничения не могут быть применены для целей, не совпадающих с описанными в Пакте;
- произвольное применение ограничений не допускается;
- законом должны быть предусмотрены возможность обжалования и эффективные средства правовой защиты от неправомерного введения или применения каждого из ограничений.

В тех случаях, когда Пакт предписывает, чтобы ограничение было «необходимым», термин «необходимо» подразумевает, что такое ограничение:

- (a) основано на одном из положений, согласно которым такое ограничение является допустимым в соответствии с одной из статей Пакта,
- (b) отвечает насущной потребности государства или общества,
- (c) преследует законные цели, а также
- (d) является соразмерным этим целям.

Любая оценка необходимости того или иного ограничения

**При осуществлении своих прав и свобод каждый человек должен подвергаться только таким ограничениям, какие установлены законом исключительно с целью обеспечения должного признания и уважения прав и свобод других и удовлетворения справедливых требований морали, общественного порядка и общего благосостояния в демократическом обществе.**

должна основываться на объективных факторах.

При применении ограничения, государство не должно применять меры, приводящие к большему ограничению прав, чем это необходимо для достижения цели, с которой вводится ограничение.

Обязанность доказать правомерность ограничения прав, гарантируемых в Пакте, лежит на государстве.

### **2.1. Сравнение стандарта защиты права человека, закрепленного в международном праве, со стандартом этой защиты, определенным во внутреннем законодательстве**

Безусловно, Республика Казахстан не является членом Совета Европы, Казахстаном также не ратифицирована Европейская конвенция о защите прав человека и основных свободах /9/. Однако, в этом международном документе впервые права и свободы каждого человека были гарантированы участвующими государствами; в рамках международного договора о защите прав человека был создан конкретный механизм их защиты; парламенты и судебные органы получили прочную основу в области прав человека для принятия и толкования законов.

В статье 2 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свободах провозглашено право каждого человека на жизнь, охраняемую законом.

Никто, согласно Европейской конвенции не может быть умышленно лишен жизни иначе как во исполнение смерт-

ного приговора, вынесенного судом за совершение преступления, в отношении которого законом предусмотрено такое наказание.

Лишение жизни не рассматривается как совершенное в нарушение данной статьи Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, если оно является результатом применения силы, абсолютно необходимой:

- a) для защиты любого лица от незаконного насилия;
- b) для осуществления законного ареста или предотвращения побега лица, задержанного на законных основаниях;
- c) для подавления, в соответствии с законом, бунта или мятежа.

В этой связи уместна ссылка и на практику Европейского суда по правам человека. Дело Мак-Канн и другие против Соединенного Королевства (Судебное решение от 27 сентября 1995 года), это дело началось с заявления, поданного в Комиссию в августе 1991 года тремя ирландскими и британскими жителями, Маргарет Мак-Канн, Даниелем Фаррелом и Джоном Саваджем. Заявители являются родителями Даниеля Мак-Канна, Мейред Фаррелл (женщины) и Сина Саваджа, которые были застрелены 06 марта 1988 года в Гибралтаре членами Специальных воздушных сил (Special Air Service, the "SAS"), которые являются полком Британской Армии /10/.

В данном деле Европейский суд по правам человека не был убежден, что лишение жизни трех террористов представляло

собой применение силы абсолютно необходимой для защиты людей от противоправного насилия по смыслу п. 2 (а) статьи 2 Конвенции. Принимая во внимание, что было решено не препятствовать въезду подозреваемых в Гибралтар, что власти не смогли учесть возможность ошибочности своих разведывательных оценок, по крайней мере, в некоторых аспектах, и что, когда военнослужащие открыли огонь, это автоматически означало применение силы, влекущей за собой лишение жизни.

В статье 6 Пакта, ратифицированного Республикой Казахстан отмечено, что:

1. Право на жизнь есть неотъемлемое право каждого человека. Это право охраняется законом. Никто не может быть произвольно лишен жизни.
2. В странах, которые не отменили смертной казни, смертные приговоры могут выноситься только за самые тяжкие преступления в соответствии с законом, который действовал во время совершения преступления и который не противоречит постановлениям настоящего Пакта и Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него. Это наказание может быть осуществлено только во исполнение окончательного приговора, вынесенного компетентным судом.
3. Когда лишение жизни составляет преступление геноцида, следует иметь в виду, что ничто в настоящей статье не дает участвующим в настоящем

**Право на жизнь, провозглашенное в первом пункте статьи 6 Международного пакта о гражданских и политических правах, является основополагающим правом, от которого не допускается никаких отступлений даже во время чрезвычайного положения в государстве.**

Пакте государствам права каким бы то ни было путем отступать от любых обязательств, принятых согласно постановлениям Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него.

4. Каждый, кто приговорен к смертной казни, имеет право просить о помиловании или о смягчении приговора. Амнистия, помилование или замена смертного приговора могут быть дарованы во всех случаях.
5. Смертный приговор не выносится за преступления, совершенные лицами моложе восемнадцати лет, и не приводится в исполнение в отношении беременных женщин.
6. Ничто в настоящей статье не может служить основанием для отсрочки или недопущения отмены смертной казни каким-либо участвующим в настоящем Пакте государством.

В замечании общего порядка № 6, принятом на 378-м заседании 27 июля 1982 года /11/, Комитет по правам человека указал, что право на жизнь, провозглашенное в первом пункте статьи 6 Международного пакта о гражданских и политических

правах, является основополагающим правом, от которого не допускается никаких отступлений даже во время чрезвычайного положения в государстве.

Естественное право на жизнь провозглашено также в статье 3 Всеобщей декларации прав человека, принятой Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций 10 декабря 1948 года. Это право является основой всех прав человека.

В связи с рассматриваемым вопросом о правомерности применения силы сотрудниками полиции помимо перечисленных международных документов о правах и свободах человека очень важны положения Резолюции 690 (1979) «О принятии декларации о полиции», касающиеся:

- честных, беспристрастных действий сотрудника полиции, осуществляемых с чувством собственного достоинства и обязанности воздерживаться от всех проявлений коррупции и решительно противодействовать им (пункт 2);
- запрета повиноваться или исполнять любой приказ или инструкцию, предписывающие дисциплинарные взыскания, пытки и другие формы негуманного или унижающего обращения или наказания (пункт 3);
- исполнения указаний, изданных надлежащим образом его вышестоящим начальником и обязанности воздерживаться от выполнения указаний, если ему известно или должно быть известно о том, что они незаконны (пункт 4);
- противодействия сотруд-

ника полиции фактам нарушения закона, в случае, когда правонарушение может непосредственно повлечь причинение неоправданного и серьезного ущерба, он должен незамедлительно принять все возможные меры по предотвращению такого правонарушения (пункт 5);

- принятия мер по предотвращению последствий этого правонарушения или его рецидива в случае отсутствия угрозы причинения непосредственного и непоправимого ущерба путем доклада о сложившейся ситуации своим непосредственным начальникам; обращения к вышестоящему руководству в случае не приведшем к желаемым результатам обращения к своему непосредственному начальству (пункт 6);
- запрета применения уголовных и дисциплинарных мер наказания в отношении полицейского, отказавшегося выполнять незаконный приказ (пункт 7);
- отсутствия обязанности у сотрудника полиции – оказывать содействие в розыске, аресте, охране или конвоировании лиц, которые, не будучи подозреваемыми в совершении незаконных действий, тем не менее разыскиваются, задерживаются или преследуются в связи с их расовой, религиозной или политической принадлежностью (пункт 8);
- личной ответственности за свои собственные действия и за незаконные действия или бездействие,

совершенные по его указанию (пункт 9);

- существования четкой регламентации указаний, позволяющей осуществить возможность установления начальника, ответственного в конечном итоге за действия или бездействие того или иного полицейского (пункт 10).

Преамбула Основных принципов обязывает Правительства в рамках своего национального законодательства принять во внимание и соблюдать практики «Основных принципов применения силы», разработанных с целью оказания помощи государствам-членам в осуществлении их задачи по обеспечению и содействию выполнению соответствующей роли должностными лицами по поддержанию правопорядка; обязательно довести «Основные принципы применения силы» до сведения должностных лиц по поддержанию правопорядка, а также других лиц, таких, как: судьи, работники прокуратуры, юристы, работники исполнительной власти и законодательной власти и населения в целом.

В статье 2 «Основных принципов применения силы», указано об обязанности разработки Правительствами и использованием правоохранительными органами не приводящих к смерти, но нейтрализующих видов оружия, чтобы свести к минимуму риск нанесения ущерба посторонним лицам, и осуществлять строгий контроль в отношении использования такого оружия.

Далее в статье 4 «Основных принципов применения силы»

определено, что должностные лица по поддержанию правопорядка при осуществлении своих функций, насколько это возможно, используют ненасильственные средства до вынужденного применения силы или огнестрельного оружия. Они могут применять силу и огнестрельное оружие только в тех случаях, когда другие средства являются неэффективными или не дают каких-либо надежд на достижение намеченного результата.

В статье 5 «Основных принципов применения силы» предопределено, что во всех случаях, когда применение силы или огнестрельного оружия неизбежно, должностные лица по поддержанию правопорядка:

- a) проявляют сдержанность в таком применении силы и действуют исходя из серьезности правонарушения и той законной цели, которая должна быть достигнута;
- b) сводят к минимуму возможность причинения ущерба и нанесения ранений и охраняют человеческую жизнь;
- c) обеспечивают предоставление медицинской и другой помощи любым раненым или пострадавшим лицам в самые кратчайшие сроки;
- d) обеспечивают, чтобы родственники или близкие друзья раненых или пострадавших лиц уведомялись в как можно более короткий срок.

Согласно «Основным принципам применения силы» - Правительства обеспечивают, чтобы произвольное или злонамерен-

## **Каждый имеет право на жизнь и никто не вправе произвольно лишать человека жизни.**

ное применение силы или огнестрельного оружия должностными лицами по поддержанию правопорядка каралось в соответствии с их законом как уголовное преступление.

Статья 3 Кодекса поведения должностных лиц гласит: «Должностные лица по поддержанию правопорядка могут применять силу только в случае крайней необходимости и в той мере, в какой это требуется для выполнения их обязанностей».

В соответствии с пунктом 1 и 2 статьи 15 Конституции Республики Казахстан – каждый имеет право на жизнь и никто не вправе произвольно лишать человека жизни.

### **2.2. Анализ актов внутреннего права**

В настоящее время согласно пункту 2 статьи 10 Закона Республики Казахстан «Об органах внутренних дел» от 21 декабря 1995 года за № 2707: сотрудникам органов внутренних дел предоставляется право ношения, хранения и применения специальных средств и огнестрельного оружия. Они также вправе применять физическую силу, в том числе боевые приемы борьбы. Порядок применения специальных средств, огнестрельного оружия и физической силы определяется Законом Республики Казахстан «О правоохранительной службе».



Ранее, в статье 14 Закона Республики Казахстан «Об органах внутренних дел» /12/, было определено, что сотрудники органов внутренних дел имели право применить огнестрельное оружие для:

- 1) защиты граждан от преступного посягательства, а равно освобождения заложников;
- 2) отражения нападения на сотрудников органов внутренних дел и членов их семей, лиц, выполняющих служебный или общественный долг по охране общественного порядка, обеспечению общественной безопасности и борьбе с преступностью;
- 3) отражения нападения на жилые помещения граждан, на охраняемые органами внутренних дел объекты, помещения государственных организаций, отражения нападения на служебный или войсковой наряд;
- 4) задержания лиц, оказавших сопротивление либо застигнутых при совершении преступления, совершающих побег из-под стражи (кроме содержащихся под админи-

стративным арестом), для задержания вооруженных лиц;

- 5) остановки транспортных средств путем их повреждения, если водитель не подчиняется законным требованиям сотрудников органов внутренних дел и ставит под угрозу жизнь и здоровье граждан;
- 6) защиты от нападения животных;
- 7) подачи сигналов тревоги или вызова помощи;
- 8) а также во всех иных случаях необходимой обороны и крайней необходимости.

Согласно части 2 статьи 15 Закона РК «О правоохранительной службе»: «сотрудникам, за исключением сотрудников органов государственной противопожарной службы, предоставляется право ношения, хранения и применения огнестрельного оружия и специальных средств». К правоохранительным органам в соответствии со статьей 3 Закона «О правоохранительной службе» относятся органы прокуратуры, внутренних дел, финансовой полиции, уголовно-исполнительной системы, государственной противопожарной службы, таможенные органы Республики Казахстан.

В соответствии с частью 2 статьи 20 Закона РК «О правоохранительной службе»: служебное удостоверение сотрудника подтверждает его право на ношение и хранение огнестрельного оружия, специальных средств, за исключением сотрудника государственной противопожарной службы, иные полномочия, предоставленные сотруднику в соответ-

ствии с законодательством Республики Казахстан.

Как следует из части 8 статьи 14 Закона РК «О правоохранительной службе»: «сотрудники не несут ответственности за вред, причиненный в связи с применением огнестрельного оружия, специальных средств и физической силы, если их действия осуществлены в соответствии с настоящим Законом».

При сомнениях же в правомерности полученного для исполнения распоряжения, согласно части 2 статьи 19 Закона РК «О правоохранительной службе» сотрудник правоохранительной службы должен незамедлительно сообщить об этом в письменной форме своему непосредственному руководителю и руководителю, давшему распоряжение. В случае, если вышестоящий по должности руководитель письменно подтверждает данное распоряжение, сотрудник обязан его исполнить, если исполнение его не влечет действий, которые относятся к уголовно наказуемым деяниям. Ответственность за последствия исполнения сотрудником неправомерного распоряжения несет подтвердивший это распоряжение руководитель.

Выполнение заведомо противоправного приказа или указания не освобождает сотрудника от ответственности.

Неэффективной является и процедура привлечения сотрудника правоохранительной службы к дисциплинарной ответственности, предусмотренная в Законе РК «О правоохранительной службе», так как только в течение 6 месяцев со дня, когда

стало известно о допущенном нарушении сотрудника полиции, допустившего грубое нарушение Закона можно привлечь к дисциплинарной ответственности.

В статье 59 Закона РК «О правоохранительной службе» в качестве цели применения огнестрельного оружия, специальных средств и физической силы определено прекращение общественно опасных деяний, задержания и доставления в правоохранительные органы лиц, их совершивших, с учетом характера правонарушений и конкретных ситуаций.

Согласно статье 60 вышеназванного Закона:

**1.** Сотрудники имеют право применять физическую силу, в том числе боевые приемы борьбы, а также специальные средства, в том числе наручники, резиновые палки, слезоточивые вещества, светозвуковые устройства отвлекающего воздействия, устройства для вскрытия помещений, принудительной остановки транспорта, водометы, служебных животных, бронемашин и другие специальные транспортные средства, перечень которых определяется Правительством Республики Казахстан, для:

- 1) отражения нападений на физических лиц, сотрудников и иных лиц, выполняющих служебный или общественный долг по охране общественного порядка, обеспечению общественной безопасности и противодействию преступности;
- 2) освобождения заложников, пресечения массовых беспорядков и групповых нарушений обществен-

ного порядка (групповых нарушений установленного режима содержания в учреждениях уголовно-исполнительной системы), а также противоправных действий при побеге или задержании бежавших из исправительных учреждений, и следственных изоляторов осужденных, подозреваемых и обвиняемых;

- 3) отражения нападения на здания, помещения, сооружения, транспортные средства, земельные участки, принадлежащие физическим лицам, организациям и государственным органам, а равно для освобождения их от захвата;
- 4) задержания правонарушителей (осужденных, подозреваемых, обвиняемых и лиц, совершивших административные правонарушения), если они оказывают неповиновение или сопротивление сотрудникам, иным лицам, выполняющим возложенные на них обязанности по охране общественного порядка, обеспечению общественной безопасности, для их доставления в правоохранительные органы, конвоирование и охрану задержанных, заключенных под стражу лиц, а также лиц, подвергнутых административному аресту, осужденных, подозреваемых и обвиняемых либо если имеются достаточные основания полагать, что они могут совершить побег или причинить вред окружающим или себе, а также в отношении лиц, умышленно препятствующих

сотрудникам в осуществлении возложенных на них законом обязанностей;

- 5) отражения нападения с целью самозащиты сотрудником или защиты членов своей семьи при реальной угрозе причинения ему и (или) им тяжкого вреда здоровью или жизни;
- 6) необходимой обороны, крайней необходимости;
- 7) доставления правонарушителей, если это необходимо в целях пресечения правонарушения, установления личности правонарушителя, а также составления протокола об административном правонарушении при невозможности составить его на месте, если составление протокола является обязательным.

**2.** Запрещается применять специальные средства и боевые приемы борьбы в отношении женщин, лиц с явными признаками инвалидности и малолетних, кроме случаев совершения ими нападения, угрожающего жизни и здоровью окружающих, группового нападения либо оказания вооруженного сопротивления.

Как следует из статьи 61 Закона «О правоохранительной службе» сотрудники имеют право применять огнестрельное оружие для:

- 1) защиты физических лиц от преступного посягательства в случае угрозы их жизни и здоровью, а равно освобождения заложников;
- 2) отражения нападения на сотрудников и членов их семей, лиц, выполняющих служебный или общественный долг по охране

## Последствия применения огнестрельного оружия, специальных средств, физической силы определены в статье 62 Закона РК «О правоохранительной службе».

- общественного порядка, обеспечению общественной безопасности и противодействию преступности;
- 3) отражения нападения на жилые помещения физических лиц, на охраняемые правоохранительными органами объекты, помещения государственных организаций, отражения нападения на служебный или войсковой наряд;
  - 4) задержания лиц, оказывающих сопротивление либо застигнутых при совершении преступления, совершающих побег из-под стражи (кроме содержащихся под административным арестом), для задержания вооруженных лиц;
  - 5) остановки транспортных средств путем их повреждения, если водитель не подчиняется законным требованиям сотрудника и ставит под угрозу жизнь и здоровье физических лиц;
  - 6) защиты от нападения животных;
  - 7) подачи сигнала тревоги или вызова помощи;
  - 8) во всех иных случаях необходимой обороны и крайней необходимости.

**2.** Запрещается применять оружие в отношении женщин, лиц с явными признаками инвалидности, несовершеннолетних, когда их возраст известен или очевиден, кроме случаев совершения ими вооруженного напа-

дения, оказания вооруженного сопротивления, захвата заложников, транспортных средств, в том числе воздушного судна, либо группового нападения.

Условия, а точнее последствия применения огнестрельного оружия, специальных средств, физической силы определены в статье 62 Закона «О правоохранительной службе».

1. Во всех случаях применения огнестрельного оружия, специальных средств, физической силы сотрудник обязан принять необходимые меры для обеспечения безопасности физических лиц, оказания неотложной медицинской помощи пострадавшим, доложить непосредственному руководителю о применении огнестрельного оружия, специальных средств, физической силы.
2. О каждом случае применения огнестрельного оружия, специальных средств, физической силы, повлекшем гибель людей или иные тяжкие последствия, незамедлительно информируется прокурор.

Закон Республики Казахстан «Об органах внутренних дел» от 21 декабря 1995 года и Закон Республики Казахстан «О правоохранительной службе» практически не содержит в себе положений, касающихся процедуры применения огнестрельного оружия, не указано, что применение огнестрельного оружия и силы является исключительной мерой, применяемой представителем правоохранительной службы в связи с неэффективностью других средств и отсутствует воз-

можность достичь намеченного результата, не указано какие действия сотрудник правоохранительной службы должен осуществить, прежде чем применять огнестрельное оружие, куда должен стрелять сотрудник, должен ли сотрудник правоохранительной службы сделать предупредительный выстрел в воздух. Возможно, вся процедура подробно описана в инструкциях для служебного пользования. Однако, ограничения прав и свобод человека могут быть предусмотрены только Законами.

### 2.3. Оценка законопроекта

Существование статьи 24 в проекте Закона Республики Казахстан «Об органах внутренних дел», предоставляющей право применять огнестрельное оружие, в том числе без предупреждения и на поражение с отсылочной нормой права к Закону Республики Казахстан «О правоохранительной службе» от 06 января 2011 года - будет свидетельствовать о несоответствии норм национального законодательства основным принципам применения силы и огнестрельного оружия должностными лицами по поддержанию правопорядка.

Определение угрозы жизни, здоровью, либо возможность иных тяжких последствий для физического лица или самого сотрудника, не является конкретным и бесспорным критерием для применения огнестрельного оружия на поражение без предупреждения.

Содержание статьи 24 проекта Закона «1. Условия и пределы применения физической силы, специальных средств, огнестрельного и иного оружия



сотрудниками органов внутренних дел определяются Законом Республики Казахстан «О правоохранительной службе».

2. Сотрудник органов внутренних дел перед применением физической силы специальных средств, огнестрельного и иного оружия обязан предупредить о намерении их применения, предоставив лицам, в отношении которых предполагается их применение, возможность выполнить законные требования сотрудника органов внутренних дел и время для их выполнения. В случаях необходимости можно производить предупредительный выстрел.

3. Если посягательство непосредственно угрожает жизни и здоровью физического лица или самого сотрудника, либо может повлечь иные тяжкие последствия, сотрудник органов внутренних дел имеет право применить огнестрельное оружие на поражение без предупреждения».

Подпункт 5 пункта 1 статьи 19 проекта Закона «Об органах внутренних дел» содержит отсылочную норму к Закону «О правоохранительной службе».

В проекте Закона «Об органах внутренних дел» сотрудникам полиции предоставляется широкий круг прав и полномочий – в статье 19 перечислено 8 пунктов прав, не считая полномочий и компетенции органа внутренних дел, обозначенных в статье 15 (компетенция органов внутренних дел – 40 пунктов прав и обязанностей), статья 16 (полномочия органов внутренних дел – 26 пунктов обязанностей и 40 пунктов прав) и 18 (16 пунктов обязанностей), с бланкетными нормами права

следующего содержания «иные функции, иные права, предусмотренные настоящим Законом, иными законами Республики Казахстан, актами Президента (например, статья 16 последний пункт и пункт 41 статьи 15 проекта Закона)».

В пункте 12 статьи 18 проекта Закона «Об органах внутренних дел» не указано, что для сотрудников органов внутренних дел должны быть соответствующие законные основания, определяющие правомерным само вхождение в жилые и иные помещения граждан, на принадлежащие им земельные участки помимо воли проживающих там лиц при использовании безопасных способов и средств, бережном отношении к жизни и здоровью граждан.

В подпункте 1 пункта 2 статьи 16 проекта Закона «Об органах внутренних дел» не прописаны виды и пределы мер при-

нуждения. В то время, данный пункт предоставляет право сотруднику органа внутренних дел: требовать от физических лиц соблюдения общественного порядка и общественной безопасности, прекращения противоправных действий, а в случае невыполнения этих требований – применять соответствующие меры принуждения.

В подпункте 2 пункта 2 статьи 16 проекта Закона «Об органах внутренних дел» не указаны критерии объективных оснований для проверки документов, что может впоследствии вызвать произвольные злоупотребления должностными лицами правом осуществлять проверку документов («при наличии объективных оснований проверять у физических лиц документы, удостоверяющие их личность, а также другие документы, необходимые для проверки соблюдения установленных правил,



контроль за выполнением которых возложен на органы внутренних дел»).

В подпункте 31 вышеназванного пункта проекта Закона «Об органах внутренних дел» полицейским предоставляется право проводить в соответствии с законодательством Республики Казахстан освидетельствование лиц, содержащихся в учреждениях уголовно-исполнительной системы, с целью выявления фактов употребления алкогольных напитков, токсичных, наркотических и иных психотропных средств. Что не отвечает принципам гуманности, объективности, законности и незаинтересованности и вызовет массу акций протеста в местах лишения свободы.

В статье 17 проекта Закона не конкретизирована подробно процедура и критерии признания полученного приказа или указания незаконными, не определены сроки, а также реальные возможности для неисполнения приказа или указания начальника, если они не являются законными, что само по себе обязывает полицейского исполнять абсолютно все приказы и указания.

Пунктом 1 статьи 21 предусмотрены иные работники органов внутренних дел, с которыми заключены трудовые договора, а также назначенные на административные должности. В самом проекте Закона «Об органах внутренних дел» не определено, могут ли данные сотрудники применять силу и огнестрельное оружие.

В проекте Закона «Об органах внутренних дел» содержатся в основном нормы декларативного характера, по сути, предлагаемой

редакцией проекта Закона «Об органах внутренних дел» предполагается узаконить применение огнестрельного оружия на поражение без предупреждения, что противоречит статье 15 Конституции Республики Казахстан, устанавливающей запрет на произвольное лишение человека жизни. Кроме того, проектом Закона «Об органах внутренних дел» допускается произвольное проникновение в жилище и на земельные участки против воли проживающих там лиц и применение в отношении этих лиц силы.

### 3. Рекомендации

Определить для сотрудников правоохранительной службы Республики Казахстан четкие и бесспорные критерии применения силы и применения огнестрельного оружия на поражение без предупреждения, в соответствии с международными стандартами о правах и свободах человека.

В предлагаемом проекте Закона «Об органах внутренних дел» и в Законе «О правоохранительной службе» от 06 января 2011 года предусмотреть, что сотрудники правоохранительных органов должны настолько это возможно – использовать ненасильственные средства до вынужденного применения силы или огнестрельного оружия.

Исключить из проекта Закона «Об органах внутренних дел» права и обязанности, предусматривающие произвольное проникновение в частные жилища, на земельные участки и иные помещения и возможность произвольного применения силы.

Определить в проекте Закона «Об органах внутренних дел»

объективные основания для проверки документов.

Исключить из проекта Закона «Об органах внутренних дел» право сотрудников полиции проводить освидетельствование лиц, содержащихся в местах лишения свободы.

Вводимые ограничения права на жизнь должны быть исключительными, разрешить сотрудникам полиции применять силу, не говоря уже о применении огнестрельного оружия на поражение без предупреждения только в тех случаях, когда другие средства являются неэффективными или не дают каких-либо надежд на достижение намеченного результата.

Вводимые ограничения права на жизнь должны быть установлены законами, не противоречащими нормам Конституции Республики Казахстан, должны соответствовать критерию необходимости в демократическом обществе в интересах государственной безопасности и общественного спокойствия, в целях предотвращения преступлений и беспорядков, для охраны здоровья и нравственности или защиты прав и свобод других лиц. При этом эти ограничения должны соответствовать следующим критериям допустимости: отвечать насущной общественной или социальной необходимости, преследовать законно обоснованные цели, и являться соразмерными этим целям.

Преамбула Основных принципов обязывает Правительства в рамках своего национального законодательства: принять во внимание и соблюдать практики «Основных принципов

применения силы», разработанные с целью оказания помощи государствам-членам Организации Объединенных Наций в осуществлении их задачи по обеспечению и содействию выполнения соответствующей роли должностными лицами по поддержанию правопорядка; обязательно довести «Основные принципы применения силы» до сведения должностных лиц по поддержанию правопорядка, а также других лиц, таких как: судьи, работники прокуратуры, юристы, работники исполнительной власти, законодательной власти и населения в целом.

В статье 2 «Основных принципов применения силы», указано об обязанности разработки Правительств и использовании правоохранительными органами не приводящих к смерти, но нейтрализующих видов оружия, чтобы свести к минимуму риск нанесения ущерба посторонним лицам, и осуществлять строгий контроль в отношении использования такого оружия.

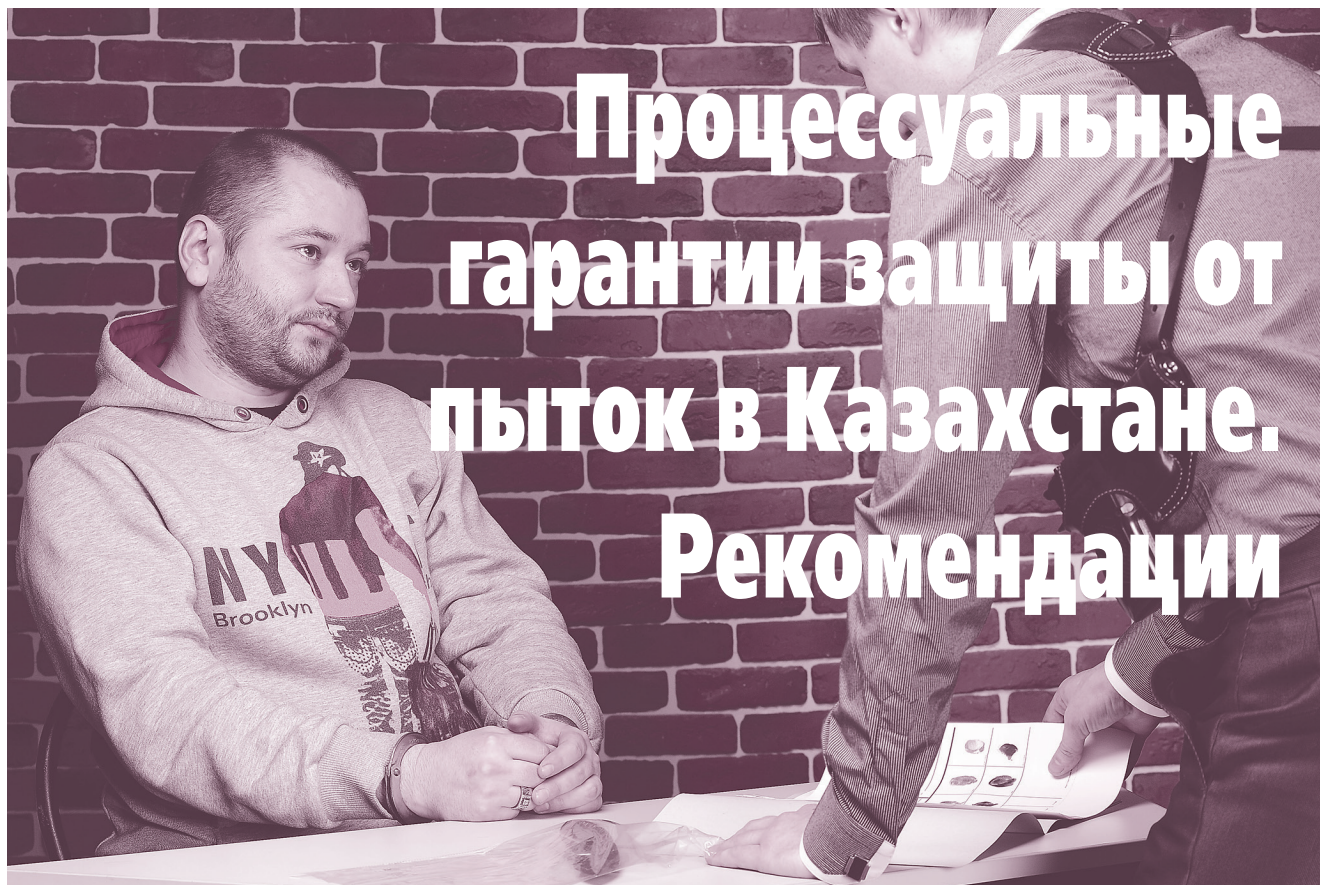
Кроме того, в соответствии с «Основными принципами применения силы» – предусмотреть в проекте Закона Уголовного кодекса Республики Казахстан уголовную ответственность за произвольное или злонамеренное применение силы или огнестрельного оружия должностными лицами по поддержанию правопорядка.

#### Список использованных источников:

1. Основные принципы применения силы и огнестрельного оружия должностными лицами по поддержанию правопорядка. Приняты восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, Гавана, Куба, 27 августа – 07 сентября 1990 года.
2. Статья 4 Конституции Республики Казахстан, принятой на республиканском референдуме 30 августа 1995 года.
3. Принят резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи ООН от 16 декабря 1966 года.
4. <http://www.pavlodar.com/zakon/?dok=04333&all=all>.
5. Тринадцатая Сессия ООН, 1981 год. Право на эффективные средства правовой защиты.
6. По вопросу о характере и цели замечаний общего порядка см. Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать шестая сессия, Дополнение № 40 (А/36/40), приложение VII, введение. Историю вопроса, методику составления и практическую полезность замечаний общего порядка, там же, тридцать девятая сессия, Дополнение № 40 (А/39/40 и Corr. 1 и 2), пункты 541-557. Текст замечаний общего порядка, принятых Комитетом, там же, тридцать шестая сессия, Дополнение № 40 (А/36/40), приложение VII; там же, тридцать седьмая сессия, Дополнение № 40 (А/37/40), приложение V; там же, тридцать восьмая сессия, Дополнение № 40 (А/38/49), приложение VI; там же, тридцать девятая сессия, Дополнение № 40 (А/39/40 и Corr. 1 и 2), приложение VI; там же, сороковая сессия, Дополнение № 40 (А/40/40), приложение VI; там же, сорок первая сессия, Дополнение № 40 (А/41/40), приложение VI; сорок третья сессия, Дополнение № 40 (А/43/40), приложение VI; там же, сорок четвертая сессия, Дополнение № 40 (А/44/40), приложение VI; там же, сорок пятая сессия, Дополнение № 40 (А/45/40), приложение VI; там же, сорок седьмая сессия, Дополнение № 40 (А/47/40), приложение VI; там же, сорок девятая сессия, Дополнение № 40 (А/49/40), приложение V; и там же, пятидесятая сессия, Дополнение № 40 (А/50/40), приложение V. Также опубликована в документах ССРР/С/21/Rev.1 и Rev.1/Add. 1-9.
7. Международный пакт о гражданских и политических правах. Принят резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1966 года.
8. Организация Объединенных Наций. Экономический и Социальный Совет. Документ ООН E/CN.4/1985/4, Приложение (1985).
9. Принята и открыта для подписания в Риме, 04 ноября 1950 г.
10. Билл Боуринг. Судебные дела. Институт Конституционной и законодательной политики, г. Будапешт, Венгерская Республика.
11. Замечание Общего порядка № 6 Комитета ООН по правам человека общего порядка (Шестнадцатая Сессия).
12. В действующей в настоящий момент редакции Закона «Об органах внутренних дел» от 21 декабря 1995 года глава 3 и 4 исключены. ■

### Уважаемые читатели,

Приглашаем вас на страницах журнала принять активное участие в дискуссиях по спорным и проблемным вопросам законодательства и практики, высказать свое мнение в статьях.



# Процессуальные гарантии защиты от пыток в Казахстане. Рекомендации

**ЧЕРНОБИЛЬ Татьяна**  
независимый консультант по  
международному праву в области прав  
человека

**Гарантии защиты от пыток призваны обеспечить практическую реализацию закрепленного в Конституции права каждого – независимо от его процессуального или иного статуса – на неприкосновенность человеческого достоинства.**

**Гарантии защиты от пыток находят свое правовое воплощение, прежде всего, в принципах уголовного процесса.**

Почему уголовного? Потому что чаще всего пытки совершаются в обстоятельствах уголовного преследования, то есть в условиях властно-подчиненных отношений, в условиях вынужденной или принуждаемой зависимости личности от представителя власти, когда человек лишается своих волевых полномочий и становится уязвимым для злоупотреблений властью. Причины у этого явления просты – отсутствие, как раз, надлежащих правовых гарантий защиты от злоупотреблений властью, одним из наиболее тяжких, циничных

проявлений которых являются пытки.

Гарантии защиты личности от злоупотреблений властью, в частности, от пыток, должны не просто гарантироваться законом. Их соблюдение должно обеспечиваться на практике посредством надлежащего контроля и надзора.

Пытки совершаются в «правовой темноте», в «правовом вакууме». «Провалы» или «черные дыры» в законодательстве – это благодатная среда для злоупотреблений зависимым положением жертвы в интересах власти, тем более подкрепленной государственными полномочиями.

Где такие пробелы есть в казахстанском законодательстве? Перечислю лишь некоторые.

Начнем с определения «пытки» в Уголовном Кодексе. Пытки, согласно статье 141-1, только тогда пытки, когда не являются результатом «законных санкций должностных лиц». Действительно, в оговорке к статье 1 Конвенции ООН против пыток говорится, что боль и страдание, возникающие в результате законных санкций, не отделимые от этих санкций, либо вызываемые ими случайно, пытками не считаются. При этом, надо понимать, что понятие «санкции» в русском языке отличается от его понимания в английском языке – оригинальном языке Конвенции, – где «санкции» означает «наказание». Тогда как в русском языке, «санкция», прежде всего, означает «распоряжение». Таким образом, уже сама эта оговорка к статье 141-1 УК РК «Пытки» допускает применение «физических и психических страданий».

Далее. Сейчас предусмотренные уголовно-процессуальным кодексом гарантии защиты от пыток (которые, в целом, соответствуют международным гарантиям защиты от пыток) распространяются лишь на подозреваемых как участников уголовного процесса. Подозреваемым, с одной стороны, согласно статье 68 УПК РК, является, в том числе, и лицо, «в отношении которого осуществлено задержание», и, казалось, бы права подозреваемых, т.е. гарантии защиты от пыток, должны распространяться и на задержанных. Однако, в статье 134 УПК РК

говорится, что права подозреваемых у задержанных возникают не с момента задержания, а с момента составления протокола задержания, т.е. в ходе задержания и доставления, задержанный процессуальных прав подозреваемого лишен, а значит – лишен гарантий защиты от пыток. Практика подтверждает, что чаще всего пытки совершаются как раз в этот, неурегулированный законом, период между фактическим или физическим задержанием лица и его, так сказать, юридическим задержанием.

То, что «задержанный» и «подозреваемый», в противоречие части 1 статьи 68 УПК РК, на самом деле, не являются носителями единого процессуального статуса, подтверждается также тем, что согласно части 3 статьи 70 УПК РК, защитник к участию в деле допускается «с момента признания лица подозреваемым либо обвиняемым», не ранее того. Соответственно, до признания задержанного процессуальным подозреваемым в смысле статьи 68 УПК РК, т.е. в период между его фактическим задержанием и составлением протокола, задержанный права на защитника, как одной из основных гарантий защиты от пыток, лишен.

Следующая немаловажная гарантия защиты от пыток – возможность оспорить в суде законность своего задержания, процедура *habeas corpus*. В Казахстане многие ошибочно считают институт судебного санкционирования ареста процедурой *habeas corpus*. Санкционирование

## **Немаловажная гарантия защиты от пыток – возможность оспорить в суде законность своего задержания, процедура *habeas corpus*.**

ареста судом, безусловно, – похвальная процедура, но, в отличие от *habeas corpus*, не гарантирует срочной судебной защиты в случае незаконного «задержания» (не путать с «содержанием»). В пункте 1 принципа 11 Свода принципов ООН о защите всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме говорится о том, что «лицо не может находиться в задержании без предоставления эффективной возможности быть в срочном порядке заслушанным судебным или иным органом».

## **Санкционирование ареста судом, безусловно, – похвальная процедура, но, в отличие от *habeas corpus*, не гарантирует срочной судебной защиты в случае незаконного «задержания».**

Следующий «пробел» в законодательстве, который используют недобросовестные блюстители порядка, применяя к задержанным пытки, – невозможность своевременного уведомления задержанным третьей стороны по своему выбору.

Кроме уже отмеченной проблемы о том, что права на уведомление близких у задержанных, фактически, просто

**Следует распространить гарантии защиты от пыток на всех и любых лиц, «подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме», не зависимо от их процессуального статуса или «выполнения иных формальных процедур».**

нет, у процессуальных подозреваемых тоже с этим не все благополучно. Так, согласно статье 68 УПК РК, право на уведомление «по телефону или иным способом» «по месту своего жительства или работы» у «задержанного подозреваемого» возникает «немедленно». Вместе с тем, статья 138 УПК РК преимущественное право уведомить о задержании «кого-либо из совершеннолетних членов семьи [подозреваемого], а при отсутствии их – других родственников или близких лиц», отводит дознавателю либо следователю, и только потом – самому задержанному подозреваемому. При этом не только сокращается круг лиц, уведомляемых о задержании и месте содержания подозреваемого, но и само время уведомления растягивается до 12 часов, в нарушение международных стандартов защиты от пыток о праве задержан-

**Возможно, имело бы смысл принять отдельный закон (наподобие «Закона о государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе») «О защите всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме».**

ного на немедленное уведомление третьих лиц по своему выбору о своем задержании и месте содержания.

Свод принципов ООН о защите всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, подтверждает, что при «исключительных обстоятельствах расследования» [.] «лицу, находящемуся в заключении, может быть отказано в связи с внешним миром, и в частности с его семьей или адвокатом», но устанавливает, что такая отсрочка не может превышать «разумный период». В предыдущей редакции части 3 статьи 138 УПК РК, предусматривалась возможность отсрочки уведомления родственников или близких подозреваемого на срок до 72 часов. Вместе с похвальным исключением этой нормы в 2011 году были также изъяты условия такой отсрочки, которые, как представляется, следует вернуть в статью 138 УПК РК, установив право подозреваемых информировать третьих лиц по своему выбору о своем задержании и месте содержания в момент фактического задержания, а «при исключительных обстоятельствах, когда это диктуется особым характером дела, в целях надлежащего обеспечения соблюдения тайны первоначального этапа следствия с санкции прокурора, его заместителя», – в течение, но не позднее, 12 часов с момента фактического задержания.

Таким образом, без приведения в законодательстве Казахстана понятий «фактическое задержание», «момент задержания», «момент состав-

ления протокола», «задержанный», «лицо, в отношении которого осуществлено задержание», «задержанный подозреваемый», «подозреваемый» в согласование между собой, нельзя говорить о гарантиях лиц, лишенных свободы, в смысле статей 9 и 14 Международного пакта о гражданских и политических правах.

Следует распространить гарантии защиты от пыток на всех и любых лиц, «подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме», не зависимо от их процессуального статуса или «выполнения иных формальных процедур».

Возможно, имело бы смысл принять отдельный закон (наподобие «Закона о государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе») «О защите всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме», в котором «задержание» обозначить соответственно известному определению Конституционного Совета, а именно: «ограничение свободы, включая свободу передвижения – принудительное удержание в определенном месте, принудительное доставление в органы дознания и следствия (захват, закрытие в помещении, принуждение пройти куда-либо или остаться на месте и т.д.), а также какие-либо иные действия, существенно ограничивающие личную свободу человека, независимо от придания задержанному какого-либо процессуального статуса или выполнения иных формальных процедур» с момента, когда такое ограничение свободы стало «реальным».

В этом случае, гарантии защиты от пыток будут также распространяться на случаи и обстоятельства административного производства, проведения оперативно-розыскных мероприятий, исполнения наказания в виде лишения свободы, и другие.

Среди оперативно-розыскных мероприятий, способных повлечь причинение вреда задержанному, – опрос, задержание, захват, личный досмотр. Эти, так называемые «общие» мероприятия, в отличие от «специальных», не требуют санкции прокурора, а личный досмотр «в ходе осуществления антитеррористической операции» может производиться даже без участия понятых.

Закон РК «Об оперативно-розыскной деятельности», в настоящем виде, представляет большой простор для злоупотреблений властью и открывает возможности для совершения пыток.

Круг лиц, в отношении которых проводятся оперативно-розыскные мероприятия неопределенно широк. В него, кроме участников уголовного процесса – «подозреваемых», «обвиняемых», «подсудимых», входят также лица, чей процессуальный статус не определен: «опрашиваемое лицо», «искмое лицо», «изучаемое лицо», «конкретное лицо», «проверяемое лицо», «лица, скрывшиеся от следствия, дознания или суда, уклоняющиеся от уголовной ответственности», «лицо готовящее, совершающее или совершившее преступление», «задержанное лицо», и «вооруженные преступники».

Видимо, следует полагать, что на лиц, в отношении которых проводятся оперативно-розыскные мероприятия, но которые, при этом, не являются участниками уголовного процесса, распространяются права, присущие свободным лицам. Но являются ли такие лица по-настоящему свободными? «Опрос», «задержание», «личный досмотр», «захват» – такие действия предполагают, как минимум, зависимость лица, по отношению к которому они применяются, от лиц, эти действия производящих, а, согласно международным стандартам, являются фактическим лишением человека – объекта этих мероприятий – свободы.

Представляется, что эти лица должны быть объединены единым понятием «задержанный», в понимании определения Конституционного Совета Республики Казахстан, и на них должны распространяться гарантии защиты.

Еще из «черных дыр». В Законе РК «Об оперативно-розыскной деятельности» не достаточно ясны основания для проведения оперативно-розыскных мероприятий. Из пяти возможных оснований для проведения оперативно-розыскных мероприятий, предусмотренных статьей 10, два не требуют документального подтверждения. Так, к числу оснований для проведения оперативно-розыскных мероприятий, относится непонятное: «*поступившая в органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, информация [...] /1/ и «необходимость получения [...] информации в интересах общества, государства [...] /2/*

## **Закон РК «Об оперативно-розыскной деятельности», в настоящем виде, представляет большой простор для злоупотреблений властью и открывает возможности для совершения пыток.**

(курсив наш. – Т.Ч.). Между тем, все остальные основания /3/ имеют документальное выражение и не вызывают вопросов, это: «наличие возбужденного уголовного дела», «письменное поручение следователя по расследуемым уголовным делам», «постановление Генерального прокурора [...], а также письменные указания прокурора», «судебные акты» и «запросы международных правоохранительных организаций».

## **В Законе РК «Об оперативно-розыскной деятельности» не достаточно ясны основания для проведения оперативно-розыскных мероприятий.**

Оперативно-розыскные мероприятия, способные повлечь вред достоинству и личной неприкосновенности человека, такие как: опрос, личный досмотр, задержание, захват, должны осуществляться с обязательной санкции прокурора, а лучше – суда. При этом рекомендуется распространить предложение Верховного Суда Республики Казахстан о передаче санкционирования специальных оперативно-розыскных мероприятий от прокуратуры суду /4/, также на указанные оперативно-розыскные меро-

**Оперативно-розыскные мероприятия, способные повлечь вред достоинству и личной неприкосновенности человека, такие как: опрос, личный досмотр, задержание, захват, должны осуществляться с обязательной санкции прокурора, а лучше – суда.**

приятия, разделяя мнение Верховного Суда о том, что «органы прокуратуры, являясь стороной обвинения в уголовном судопроизводстве, предавая обвиняемого суду, заинтересованы в исходе дела, а именно, в вынесении обвинительного приговора, [...] и при санкционировании специальных [а наш взгляд – также тех, которые угрожают личной неприкосновенности и достоинству человека] оперативно-розыскных мероприятий [...] не могут быть объективными» /5/.

Все основания для проведения оперативно-розыскных мероприятий должны иметь

документальное подтверждение. Закон РК «Об оперативно-розыскной деятельности» не должен допускать разночтений, неясностей и ссылок на не определенные нормативно-правовые документы.

Кроме отмеченных, подобные пробелы существуют также и в КоАП и некоторых нормативно-правовых актах (например «Инструкции о порядке электронного учета посетителей в органах внутренних дел областных центров и крупных городов»).

**Исходя из вышеизложенного, рекомендуется:**

1. Рассмотреть возможность принятия отдельного Закона «О государственной защите всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме»; либо
2. С точки зрения обеспечения гарантий защиты от пыток, привести в согласование и единообразие соответствующий понятийный аппарат, используя за

основу толкование Конституционным Советом РК понятий «задержание», «задержанный», «момент задержания» (Нормативное постановление Конституционного Совета от 13.04.2012 года № 2).

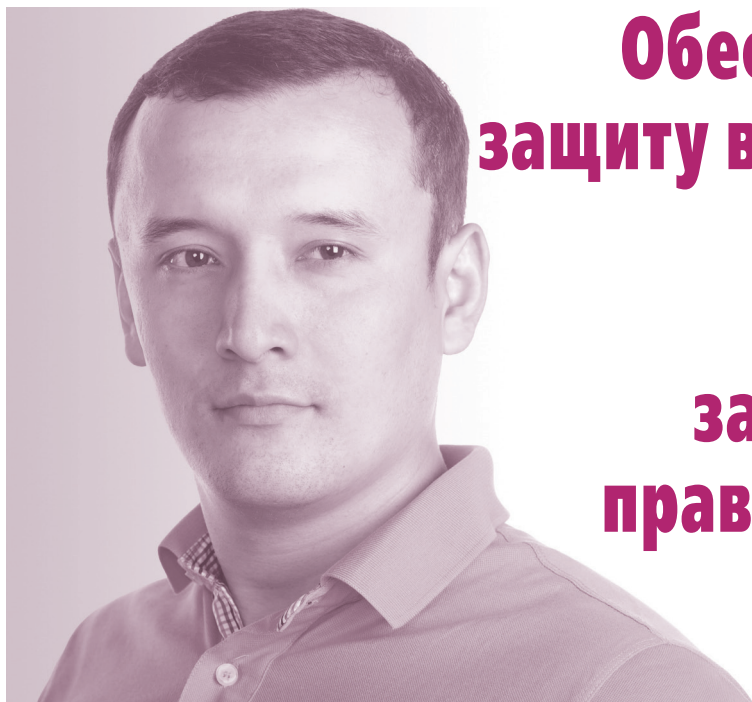
3. Предусмотреть в законе и обеспечить на практике обязательную фиксацию времени и даты фактического задержания, либо путем телефонного уведомления третьей стороны (например, надзорный орган, защитник), либо посредством автоматической видеорегистрации с передачей данных в надзорный орган, либо того и другого.
4. Ввести систему электронного учета посетителей во всех правоохранительных органах, всех их подразделения по всей территории страны.
5. Следственные изоляторы должны быть возвращены (а из КНБ – переданы) в ведение Министерства юстиции.
6. Передать учреждения системы исполнения наказаний в гражданское управление, включая медицинские службы в них.
7. Создать механизм беспрепятственного направления и эффективного и оперативного рассмотрения жалоб заключенных на пытки или жестокое, бесчеловечное либо унижающее достоинство обращение.

**Список использованных источников:**

1. См. 51, п. 1, пп. «б», ст. 10.
2. См. 51, п. 1, пп. «д», ст. 10.
3. См. 51, п. 1, пп. «а», «в», «в-1», «в-2», «г».
4. См. 37.
5. См. там же. ■







## Обеспечение права на защиту в суде присяжных. Предложения по реформированию законодательства и правоприменительной практики.

**С**удопроизводство с участием присяжных заседателей является одним из самых демократических институтов в уголовном процессе, поскольку предоставляет гражданам возможность непосредственно участвовать в отправлении правосудия. Данный институт правосудия эффективно применяется в мировой юстиции на протяжении долгого времени.

Приведенные ниже предложения по реформированию законодательства и правоприменительной практики основаны на практическом опыте адвокатов, осуществлявших защиту по уголовным делам. Кроме того, в их основу положен опыт, полученный по результатам мониторинга, проведенного бюро по демократическим институтам и правам человека процессов, прошедших с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан в 2007-2008 г.г., а

также исследования порядка составления списков кандидатов в присяжные заседатели (далее – «Мониторинг»).

**1.** За время действия суда с участием присяжных заседателей, данный инструмент правосудия показал свою высокую эффективность. К примеру, если в судах общей юрисдикции процент оправдательных приговоров составляет не более 1 %, то в судах с участием присяжных заседателей, данный показатель составляет более 10 %, что свидетельствует о демократичности и гуманности данного института. Общемировая статистика по уголовным делам такова, что в США процент оправдательных приговоров составляет 25-30 %, в Европе – около 20 %.

Учитывая тяжесть категории преступлений, подсудных суду с участием присяжных заседателей, длительное ограничение прав и свобод лиц, осужденных

**АЛИМБАЕВ Искандер Муханович**

адвокат Специализированной юридической консультации «Адвокат»

Алматинской городской коллегии адвокатов

за указанную категорию дел, мы считаем неоправданным сужение категорий уголовных дел, которые могут быть рассмотрены с участием присяжных заседателей. В этой связи, мы считаем необходимым, внести в ст. 630, 631 проекта УПК соответствующие изменения, расширив категории дел, которые могут быть рассмотрены с участием присяжных заседателей, включив туда тяжкие и особо тяжкие преступления.

### **Выборка кандидатов в присяжные заседатели остается крайне закрытым процессом, что противоречит принципу гласности уголовного судопроизводства, и необоснованно с точки зрения законодательства.**

Высшей ценностью, в соответствии с Конституцией Республики Казахстан, является человек и гражданин, право на рассмотрение дела с участием присяжных заседателей предусмотрено п. 2 ст. 75 Конституции Республики Казахстан. Столь узкое применение суда присяжных неоправданно, в данном случае проект УПК серьезно ограничивает право подсудимого на рассмотрение его дела с участием присяжных даже по сравнению с действующей редакцией УПК. Учитывая демократичность и эффективность данного института, следует расширить категории дел рассматриваемых с участием присяжных. Обращаем внимание, что в США суд присяжных рассматривает в том числе и гражданские дела.

**2.** В ч. 2 ст. 331 проекта УПК оглашение показаний, данных при производстве предвари-

тельного расследования, возможно лишь в исключительных случаях, предусмотренных настоящим Кодексом. На практике исключительными случаями является невозможность непосредственного участия участников процесса в ходе судебного заседания в силу различных причин, однако в законодательстве нет четкого определения, какие причины могут являться уважительными.

Кроме того, в соответствии с положениями проекта УПК, следственный судья наделен полномочиями депонирования доказательств, если участник процесса, в силу уважительных причин не может непосредственно участвовать в судебном заседании.

Мы считаем, что необходимо предусмотреть исчерпывающий перечень уважительных причин, т.к. на практике различное толкование уважительности причин является препятствием для единообразной практики применения законодательства, что в итоге может привести к неправильному применению законодательства, неполному исследованию обстоятельств уголовного дела, что в конечном итоге может привести к неправильному его разрешению.

**3.** В связи с упразднением института дополнительного расследования, внесены изменения в статью проекта УПК, регламентирующую пределы главного судебного разбирательства (ст. 340 проекта УПК). Очевидно, что данное изменение способствует соблюдению и защите прав участников процесса. В то же время, мы считаем, что необходимо установить

срок, в течение которого может быть предъявлено новое обвинение.

**4.** В ч. 6 ст. 345 проекта УПК не регламентированы основания, по которым председательствующий вправе запретить производство аудио, видео фиксации. При открытом судебном заседании, в данном случае на практике не всегда соблюдается принцип гласности уголовного судопроизводства, т.е. принцип, закрепленный ст. 29 проекта УПК. Считаем необходимым внести соответствующие изменения в указанную норму, установив исчерпывающий перечень оснований, по которым председательствующий вправе запретить производство фиксации, либо установить возможность фиксации хода судебного заседания после уведомления председательствующего.

**5.** В ст. 348 УПК предлагается установить в качестве начала течения срока для ознакомления момент уведомления сторон о готовности протокола. Ввиду того, что постановление, вынесенное в рамках ст. 349 проекта, обжалованию не подлежит, для подтверждения правильности замечаний на протокол, считаем необходимым разрешить лицам, участвующим в деле производство аудио фиксации с момента уведомления председательствующего.

**6.** Мониторинг выявил отсутствие открытости процесса производства выборки. Не было обнаружено гарантий, подтверждающих случайный характер отбора, и отсутствие постороннего влияния на этот процесс. Стороны не имеют права присутствовать при выборке. Основной при-

чиной такого положения вещей является пробельное регулирование в законе данного процессуального действия. Предлагается в ст. 638 проекта УПК вести выборку в присутствии участников процесса. Выборка кандидатов в присяжные заседатели остается крайне закрытым процессом, что противоречит принципу гласности уголовного судопроизводства, и необоснованно с точки зрения законодательства.

**7.** В настоящее время определена тенденция к повышению роли адвоката в уголовном процессе. Кроме того, одним из основополагающих принципов уголовного процесса Республики Казахстан, а также международного пакта о гражданских и политических правах является принцип равноправия и состязательности сторон. Ч. 4 ст. 639 проекта вступает в противоречие с приведенными нормами, так, согласно диспозиции указанной статьи, сторона защиты не вправе обращаться к кандидатам в присяжные напрямую, задавая вопросы через председательствующего в письменной форме, которые последний вправе отклонить. В то же время, прокурор вправе задавать вопросы кандидатам в присяжные в устной форме, самостоятельно. Предлагается внести изменения в ч. 4 ст. 639, наделив защиту полномочием самостоятельно задавать вопросы кандидатам в присяжные в устной форме, при этом, не согласовывая их предварительно с председательствующим. В случае, если при постановке вопросов кандидатам в присяжные, защитой нарушаются нормы права либо ущемляются честь и достоин-

ство кандидата в присяжные, к ней могут применяться соответствующие меры, но подобные ограничения, установленные ч. 4 ст. 639 не оправданы, и вступают в противоречие с международным и внутренним законодательством. Считаем, что процедура опроса кандидатов в присяжные заседатели является процессуальной гарантией формирования более объективного и беспристрастного состава коллегии присяжных.

**8.** Ст. 642 проекта УПК. Разрешение вопросов об отводе кандидатов в присяжные заседатели. Для того, чтобы исключить малейшую возможность присяжного быть пристрастным, или иметь определенное предвзятое мнение относительно подсудимого и обстоятельств дела, считаем необходимым изменить п. 4) указанной статьи, расширить основания для отвода, либо после слова «заседатели» словами «может быть».

**9.** Ч. 1 ст. 648 проекта УПК. Компетенция суда с участием присяжных заседателей. Считаем необходимым разделить компетенцию председательствующего и коллегии присяжных, исключить из компетенции коллегии присяжных участвовать в разрешении квалификации деяния и наказания, т.о. вопрос, предусмотренный п. 4 изложить в следующей редакции: «доказано ли что подсудимый виновен в совершении этого уголовного правонарушения», вопросы, предусмотренные п.п. 5, 7, 8 из компетенции коллегии присяжных заседателей исключить.

**10.** В соответствии с ч. 2 ст. 648 проекта УПК, судья не

должен знакомить присяжных заседателей с фактическими данными, недопустимыми в качестве доказательств. Если в ходе судебного разбирательства будут обнаружены фактические данные, недопустимые в соответствии со статьей 112 проекта УПК в качестве доказательств, председательствующий обязан решить вопрос об исключении их из числа таковых, а в случае исследования таких доказательств признать их не имеющими юридической силы, а состоявшееся их исследование недействительным.

## **В настоящее время определена тенденция к повышению роли адвоката в уголовном процессе.**

Тем не менее, в настоящее время нет единой практики по применению данной нормы. Считаем, что присяжные заседатели должны участвовать в исследовании всех доказательств по делу, к моменту такого исследования не исключенных в качестве доказательств в установленном законом порядке. Данное требование обусловлено тем, что присяжные решают вопросы квалификации деяний подсудимого. В случае, если в ходе рассмотрения дела, то или иное доказательство будет признано недопустимым в качестве такового, председательствующий обязан обратить внимание присяжных на то, что они не должны принимать во внимание данное обстоятельство, признанное недопустимым в качестве доказательства при вынесении решения по внутреннему убеждению. Более того, это соответствует прин-

ципу состязательности и равноправия сторон.

**11.** Ст. 653 проекта УПК регламентирует порядок постановки вопросов, подлежащих разрешению судом с участием присяжных заседателей.

### **Специфика суда с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан такова, что по своей структурной модели, и порядку функционирования он наиболее приближен к российской модели суда присяжных.**

Существующий и предлагаемый порядок составления опросных листов не регламентирован, не установлен перечень вопросов, задаваемых участниками процесса, обязательный для включения в опросный лист. Кроме того, как говорилось выше, необходимо разделить вопросы факта и вопросы, требующие специальных юридических знаний, в т.ч. связанные с квалификацией деяний. Специфика суда с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан такова, что по своей структурной модели, и порядку функционирования он наиболее приближен к российской модели суда присяжных. Предлагается, при составлении опросных листов, учитывая континентальную систему права, и особенности инсти-

тута суда с участием присяжных заседателей в Казахстане, использовать российский опыт в части составления. В частности, предусмотреть обязанность суда включать в опросный лист те вопросы, которые свидетельствуют о наличии по уголовному делу фактических обстоятельств, исключающих ответственность подсудимого за содеянное или влекущих за собой его ответственность за менее тяжкое преступление.

Учитывая негативные явления на практике, закрепить обязанность присяжных заполнять листы чернилами. По опросным листам, установить право сторон на ознакомление с ними.

**12.** Проектом предусмотрен достаточно широкий перечень оснований для отмены решения суда, принятого с участием присяжных заседателей, к которым относится нарушение норм материального и процессуального права. Видится, что данное положение не соответствует международным требованиям и стандартам, предъявляемым к суду с участием присяжных как к институту правосудия. Идея суда с участием присяжных заключается в создании прозрачного, беспристрастного, демократичного, основанного на народном представительстве коллегиального института правосудия. Кроме этого, данный институт носит также политический характер, основан на взаимном доверии государства и его граждан, которое выражается в предоставлении гражданам права участвовать в отправлении правосудия в своей стране, что в ответ, способствует формированию доверия граждан к своему государству, легитимности суще-

ствующей власти. Также необходимо учитывать материальные, в т.ч. экономические затраты государства при организации отправлении правосудия с участием присяжных.

В связи с вышеизложенным, мы считаем неоправданным наличие столь широкого перечня оснований для отмены приговора суда, вынесенного с участием присяжных заседателей. Учитывая опыт стран, где действуют суды с народным представительством (в т.ч. континентальной системы права), предлагается ввести изменения в проект, установив норму, что решение суда, принятого с участием присяжных заседателей, может быть изменено либо отменено лишь по процессуальным основаниям, в т.ч. при выявлении обстоятельств, повлиявших на беспристрастность присяжных заседателей. При этом, считаем необходимым исключить возможность пересмотра решения в апелляционном порядке, когда дело пересматривается по существу.

**13.** Предлагается ограничить прокурора при выступлении на судебном заседании по существу обвинения, не допуская оглашения обвинения в утвердительной форме, ибо, таким образом, уже на ранних стадиях судебного разбирательства, у присяжных может сформироваться предвзятое мнение по отношению к подсудимому. Кроме того, на практике бывают случаи, когда гособвинитель намеренно сообщает присяжным о прежних судимостях, при этом в законе не предусмотрена мера ответственности. Во избежание формирования предвзятого мнения по отношению к

подсудимому, установить порядок повторного формирования коллегии присяжных в случае оглашения прежних судимостей (ч. 2, 6 ст. 562, ч. 3 ст. 563 УПК).

### Некоторые предложения на основании проведенного мониторинга

**14.** Для обеспечения принципа равенства сторон и состязательности процесса, а также повышения воспитательного воздействия уголовного судопроизводства и торжественности отправления правосудия, считаем необходимым закрепить в нормативных актах единые требования к оборудованию залов судебных заседаний с участием присяжных, исключив привилегированное размещение какой-либо из сторон по отношению к присяжным и создание иных условий, могущих повлиять на их решение по делу вне рамок, установленных уголовно-процессуальной формой.

**15.** Наблюдатели в ходе проведения мониторинга заметили несколько случаев не оглашения или неполного оглашения председательствующим вопросов присяжных к участникам процесса. Предусмотреть право присяжных задавать вопросы лично, после получения согласия у председательствующего.

**16.** Необходимо законодательно определить, какая именно структура местных исполнительных органов должна составлять указанные списки. Так, в некоторых регионах этим занимались сотрудники различных подразделений акиматов – юристы, работники отдела внутренней политики и др. В других областях эта работа была возложена на сотрудников аппарата акима.

## Предлагается ограничить прокурора при выступлении на судебном заседании по существу обвинения, не допуская оглашения обвинения в утвердительной форме, ибо, таким образом, уже на ранних стадиях судебного разбирательства, у присяжных может сформироваться предвзятое мнение по отношению к подсудимому.

**17.** В некоторых случаях представленные в суды списки были неточными. Законом установлен не вполне эффективный порядок проверки, что влечет неоправданно большие организационные и материальные затраты. Например, проведение случайной выборки кандидатов согласно закону должно осуществляться после выявления лиц, не имеющих права выступать в качестве присяжных. Это означает, что проверяется большинство граждан, включенных в избирательные списки. Порой это несколько десятков тысяч человек! Было бы более разумным проверять этих людей после случайной выборки, что в разы сократило бы нагрузку на местные исполнительные и прочие государственные органы,

принимающие участие в составлении списков.

**18.** Мониторингом установлено, что государственными органами прилагались усилия для информирования населения о возможности ознакомиться со списками кандидатов в присяжные заседатели. Например, соответствующие объявления были опубликованы в средствах массовой информации, обнародованы по телевизору и т.п. Только в трех регионах эта работа не была проведена. Однако наблюдатели обнаружили, что гарантированное гражданам право на ознакомление со списками кандидатов в присяжные заседатели не было обеспечено надлежащим образом – указанные списки не всегда были доступны для населения. ■





**КЕРИМБАЕВА Шолпан Айдаркуловна**  
адвокат Юридической консультации № 1  
Алматинской городской коллегии адвокатов

**Право подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, осужденного на защиту – это совокупность всех предоставленных законом процессуальных возможностей для опровержения возникшего подозрения, предъявленного обвинения или смягчения ответственности и наказания, а также право оправданного на возмещение вреда, причиненного незаконным задержанием, привлечением в качестве обвиняемого, применением меры пресечения, преданием суду и осуждением.**

# Право на защиту

**П**ринцип уголовного процесса о праве подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, осужденного и оправданного на защиту – является конституционным, поэтому органы, ведущие уголовный процесс, обязаны неукоснительно выполнять положения, закрепленные в пункте 3 статьи 13, в пункте 3 статьи 16 Конституции Республики Казахстан, которые гласят: каждый имеет право на получение квалифицированной юридической помощи. В случаях, предусмотренных законом, юридическая помощь оказывается бесплатно, каждый задержанный, арестованный, обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента, соответственно, задержания, ареста или предъявления обвинения.

Право подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, осужденного на защиту – это

совокупность всех предоставленных законом процессуальных возможностей для опровержения возникшего подозрения, предъявленного обвинения или смягчения ответственности и наказания, а также право оправданного на возмещение вреда, причиненного незаконным задержанием, привлечением в качестве обвиняемого, применением меры пресечения, преданием суду и осуждением.

Обеспечение органами, ведущими уголовный процесс, права подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, осужденного, оправданного на защиту в совокупности с другими принципами уголовного процесса является гарантией справедливого разбирательства и принятия правильного решения по делу.

Между тем, на практике дело обстоит совершенно иначе. В большинстве случаев при про-

изводстве по уголовному делу защитник допускается к участию в деле к моменту предъявления обвинения и избрания меры пресечения лицу, задержанному по подозрению в совершении преступления.

Если лицо было задержано в порядке ст. 134 УПК РК, то в течение семидесяти двух часов с момента задержания задержанному лицу предъявляется обвинение и должна быть избрана мера пресечения в виде ареста или он подлежит освобождению.

Таким образом, до допуска защитника к участию в деле, задержанный находится во власти следователя, ведущего уголовное дело, в течение большей части семидесяти двух часов, установленных законом.

Если задержанный по подозрению в совершении преступления юридически подкован или он уже имеет судимость за ранее совершенное преступление, то данному лицу, как правило, известно, что он может пригласить защитника для защиты своих прав в уголовном преследовании с момента его задержания.

Если у задержанного лица отсутствуют средства для оплаты услуг защитника, то задержанный вправе требовать у следователя вынести постановление о назначении защитника в порядке ст. 71 УПК РК за счет средств республиканского бюджета.

Таким образом, вышеуказанное лицо будет иметь реальную возможность до первого допроса иметь свидание с защитником наедине и конфиденциально, а затем давать показания в качестве подозреваемого в присутствии своего защитника.

Однако, с лицами, впервые совершившими преступления, либо лицами, задержанными по подозрению в совершении преступления предусмотренного ст. 259 ч. 1-1, ч. 2 УК РК дело обстоит по-другому.

Данные задержанные, как правило, не знают, что они вправе пригласить защитника с момента их задержания и до первого допроса иметь с защитником свидание, либо вправе требовать у следователя предоставить ему защитника бесплатно.

Лица же задержанные по подозрению в совершении преступления предусмотренного ст. 259 ч. 1-1, ч. 2 УК РК в большинстве случаев находятся в состоянии наркотического опьянения и даже не могут полноценно участвовать в следственном действии, давать показания и подписывать протокола следственных действий.

Между тем, следователь не разъясняет задержанному о его праве пригласить защитника, либо требовать вынесения постановления о назначении защитника за счет средств республиканского бюджета.

Напротив, следователь приступает к допросу задержанного в качестве подозреваемого, отбирает от него расписку о том, что задержанный не нуждается в защитнике, что не связано с его материальным положением, предоставляет задержанному на подпись протокола его допроса в качестве подозреваемого.

Подозреваемый, слепо веря следователю, в большинстве случаев даже не читая протокол допроса, а если и читает то «на скорую руку», волнуясь и не совсем пони-

## **Обеспечение органами, ведущими уголовный процесс, права подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, осужденного, оправданного на защиту в совокупности с другими принципами уголовного процесса является гарантией справедливого разбирательства и принятия правильного решения по делу.**

мая, что там написано, поскольку следователь его подгоняет, ссылаясь на большую загруженность – подозреваемый подписывает протокол допроса.

На стадии предъявления задержанному обвинения, следователь уже приглашает защитника, который, беседуя со своим подзащитным выясняет, что подзащитный преступления не совершал, признательные показания не давал, протокола допроса не читал, но подписал какие-то бумаги при этом, не успев их прочитать.

Защитник, изучив протокола следственных действий произведенных с его подзащитным и убедившись, что подзащитный был допрошен в качестве подозреваемого и дал признательные показания рекомендует своему подзащитному изменить свои показания и дать правдивые показания непричастности к совершению преступления.

Однако, уже слишком поздно, миссия следователя выполнена. Следователь, получив признательные показания, закрепил обвинение, приобщил вещественные доказательства, протянул их к показаниям подозреваемого и дело можно направлять в суд.

Последующие показания, данные лицом в качестве обвиняемого, в которых он говорит, что не причастен к совершению преступления, следователь считает лживыми, относится к ним критически и считает, что обвиняемый, меняя показания, пытается уйти от ответственности.

**Если у задержанного лица отсутствуют средства для оплаты услуг защитника, то задержанный вправе требовать у следователя вынести постановление о назначении защитника в порядке ст.71 УПК РК за счет средств республиканского бюджета.**

Дело направляется в суд, где прокурор, ссылаясь на признательные показания данные лицом в качестве подозреваемого, строит обвинение, а первичные показания подозреваемого ложатся в основу приговора.

Таким образом, органами предварительного следствия повышается уровень раскрываемости преступлений, что увеличивает показатель успешности их работы.

Тогда как закон требует от правоохранительных органов неукоснительно соблюдать требование закона о предоставлении подозреваемому защитника с момента его задержания либо с момента применения меры пресечения до предъявления обвинения, а обвиняемому – с момента предъявления обвинения.

Для исполнения этих требований органом, ведущим уголовный процесс, должно быть вынесено соответствующее постановление. К делу приобщается ордер адвоката, доку-

менты иного лица, допущенного в качестве защитника.

С момента допуска лица к участию в деле в качестве защитника орган, ведущий уголовный процесс, обязан обеспечить подозреваемому, обвиняемому реальную возможность иметь до первого допроса свидания с защитником наедине и конфиденциально, без ограничения их количества и продолжительности.

Как правило, защитник должен присутствовать при разъяснении прав подозреваемому, обвиняемому и их допросах, производстве проверки и уточнения показаний на месте, следственном эксперименте, проведении опознания, допросе прокурором и избрании меры пресечения, формировании вопросов назначаемой экспертизы, на стадиях окончания следствия и судебного разбирательства.

Органом, ведущим уголовный процесс, должно быть разъяснено подозреваемому, обвиняемому, подсудимому право о возможности назначения ему защитника независимо от наличия у него средств на оплату.

Таким образом, несвоевременный допуск адвоката к своим подзащитным, не соблюдения органами предварительного следствия требования законодательства о разъяснении задержанному, подозреваемому его прав, в том числе права пригласить защитника либо требование о предоставлении защитника бесплатно, ведет к тому, что совершаются непоправимые ошибки, которые защитнику порой трудно исправить как в ходе предварительного следствия так и в суде.

Если рассмотреть обсуждаемый вопрос использования помощи защитника в отношении некоторых подозреваемых, к которым не была применена мера пресечения в виде ареста и которые находятся на свободе, то дело обстоит следующим образом.

Согласно действующему законодательству право обязательно воспользоваться услугами адвоката-защитника предоставляется людям, которые были задержанными или к которым была применена мера пресечения в виде ареста, в порядке предусмотренным статьей 132 УПК (их полный список приведен в статье 71 УПК).

В последние годы появилось множество трудов, доказывающих необходимость предоставления права использовать помощь защитника абсолютно всем подозреваемым и предоставление этого права с момента подозрения человека.

Во-первых, ограничение права подозреваемого на использование помощи адвоката-защитника напрямую связано с неспособностью правильно определить в законе порядок появления этого участника уголовно-процессуальной деятельности и понятия «подозреваемый».

Как указано выше, закон в основу участия подозреваемого берет не первоначальную причину появления этого участника в уголовном процессе (подозрение в совершении преступления), а последствие этого подозрения – ограничение права (задержание, меры пресечения).

Как показывает разделение ситуации подозреваемого и пре-



доставленного ему права, закон при установлении права защиты подозреваемого уделяет внимание мерам полного принуждения, берет их в основу всех, кто связан с подозреваемым. Само подозрение в совершении преступления отодвигается на второй план. При определении права подозреваемого на помощь защитника закон учел только характер ограничения, которому подвергся человек, и забывается то, что государственные органы подозревают человека в совершении преступления и ему нужно защищаться.

Во-вторых, если опираться на пункт 3 статьи 16 Конституции Республики Казахстан, то непонятно лишение некоторых подозреваемых такого права.

К тому же, насколько это необходимо разделять подозреваемых, на лишенных и не лишенных свободы, рассматривать это разделение как основу появления адвоката?

В-третьих, статья 14 Конституции Республики Казахстан указывает, что «перед законом и судом все равны», государство, несмотря ни на какие обстоятельства, дает гарантию равенства прав и свобод человека и граждан. Отсюда мы видим, что у людей с одинаковым правовым статусом (в нашем случае подозреваемые) существуют равные права, не существует никаких ограничений. Т.е. если у одних подозреваемых есть право на использование помощи защитника, то такое право должно быть и у других.

В-четвертых, в статье 68 УПК указано, что подозреваемый имеет право на защиту. Право на защиту комплексное понятие, один из его важных компонентов – право

человека на использование помощи защитника. Отсутствие любого из компонентов права на защитника и права защищаться (право подозреваемого защищать самого себя, используя любые средства и способы, не противоречащие закону, обязанность следственных органов, следователя, прокурора и суда разъяснить подозреваемому его права и обеспечить конкретные возможности их реализации) само по себе означает нарушение права на защиту.

Итак, в связи с вышеизложенным, можно сделать следующие выводы – ограничение права подозреваемого на получение защиты адвоката противоречит Конституции Республики Казахстан. Лишение некоторых подозреваемых этого права, является грубым нарушением права человека, вовлеченного в уголовный процесс правоохранительными органами, на защиту.

Несмотря на использованную меру принуждения, все подозреваемые должны получить право на использование помощи защитника.

Человек, проводящий допрос, должен обеспечить своими надлежащими действиями получение подозреваемым права на защитника.

Как только будут готовы протокол задержания, постановление о возбуждении уголовного дела, ходатайство о применении меры пресечения, следователь должен сообщить подозреваемому о том, что он имеет право пригласить защитника и выяснить, необходимо ли ему защитник.

Если подозреваемый согласится и пожелает пригласить

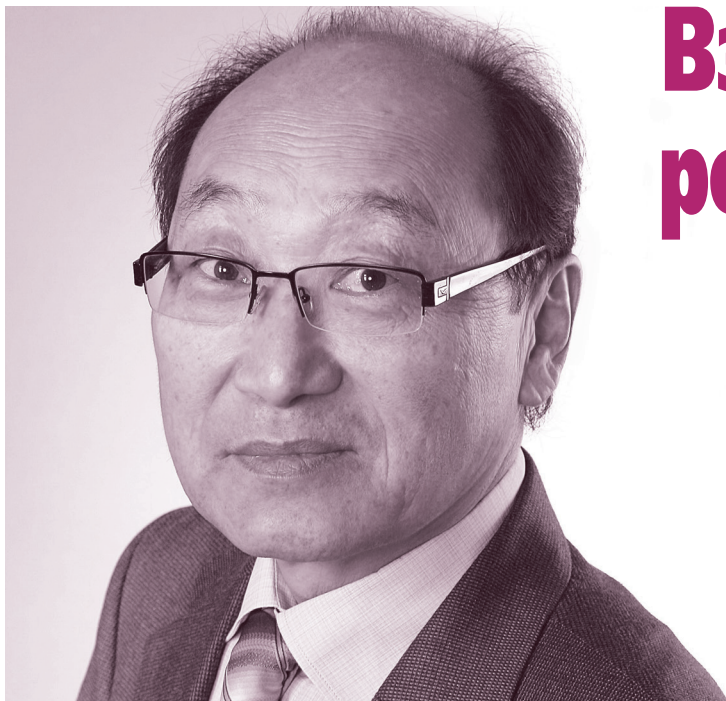
**Несвоевременный допуск адвоката к своим подзащитным, не соблюдения органами предварительного следствия требования законодательства о разъяснении задержанному, подозреваемому его прав, в том числе права пригласить защитника либо требование о предоставлении защитника бесплатно, ведет к тому, что совершаются непоправимые ошибки, которые защитнику порой трудно исправить как в ходе предварительного следствия так и в суде.**

защитника, следователь или дознаватель обязан сообщить об этом родственникам подозреваемого или другим людям, доверенным подозреваемого, на приглашение защитника.

Если приглашенный защитник не может явиться в течение нескольких часов, то в течение 24 часов подозреваемому должен быть предоставлен другой защитник. Это необходимо, так как после изъявления подозреваемым желания использовать помощь защитника, нельзя продолжать допрос без его участия.

#### Список используемых источников:

1. Конституция Республики Казахстан от 30.08.1995 г.
2. Уголовно – процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13.12.1997 г;
3. Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 06 декабря 2002 года № 26 «О практике применения уголовно-процессуального законодательства, регулирующего право на защиту».
4. Оказание правовой помощи подозреваемому адвокатом-защитником в Республике Казахстан, статья Нурмаганбет Е.Т., 2012. ■



© **НАМ Геннадий Мартынович**  
адвокат Юридической консультации № 14  
Алматинской городской коллегии адвокатов,  
доцент

## Взятничество: ретроспектива и перспектива

**В** отечественной и зарубежной науке уголовного права весьма обстоятельно исследованы причины и сущность взяточничества, методы и способы борьбы с ним, вопросы квалификации получения, дачи взятки и посредничества во взятке. Вместе с тем, несмотря на фундаментальность, многочисленность и разноплановость работ по данной тематике /1/, имеются отдельные не решенные теоретические вопросы предмета взятки и их дальнейшей судьбы, правовые основания освобождения от уголовной ответственности лиц, дающих и принимающих взятку, что вызывает трудности в правоприменении. Именно эти аспекты взяточничества являются предметом данного исследования, с учетом особенностей действующего законодательства Республики Казахстан, а также даются некоторые рекомендации, которые будут не бесполезны законодателю

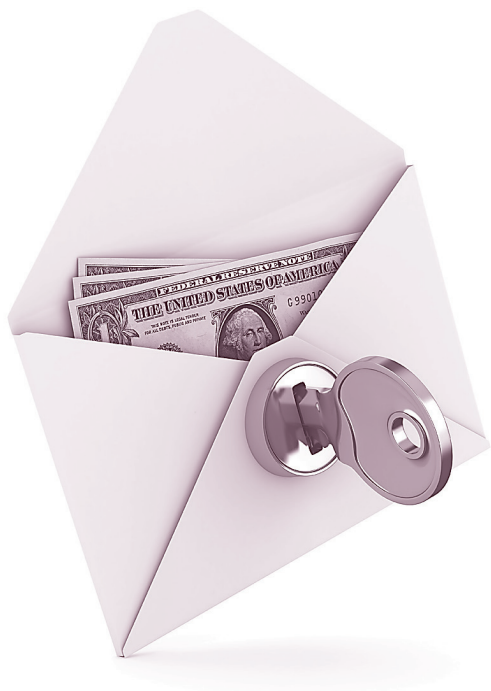
при принятии новых УК РК и УПК РК, для правоприменителей и, особенно адвокатов, осуществляющих защиту интересов своих клиентов по уголовным делам в настоящем и будущем.

Высказанные суждения не бесспорны, поскольку многие вопросы, которые подняты в работе – новые, а некоторые носят постановочный характер. Особенно те из них, что связаны с УК РК и УПК РК, которые будут приняты в скором времени. Ссылки на номера и содержание статей проектов УК РК и УПК РК даны на день выхода журнала.

### 1. Предметы взятки

В диспозиции ст. 311 УК РК перечисляются предметы взятки. Ими могут быть:

- а) деньги,
- б) ценные бумаги,
- в) иное имущество,
- г) права на имущество,
- д) выгоды имущественного характера.



Деньги – это тенге (ст. 127 ГК РК). Тенге могут быть в виде наличности (денежные купюры, металлические монеты) или безналичности. Безналичные деньги – это цифровые записи зафиксированные на бумажном или электронном носителе. Банковскую карточку с указанием пинкода для снятия денег в банкомате или производства расчета за приобретенные товары или полученные услуги, переданную во временное пользование взяткополучателю, следует признавать деньгами.

Имущество – это вещи, деньги, иностранная валюта, финансовые инструменты, работы, услуги, объективированные результаты творческой интеллектуальной деятельности, фирменные наименования, товарные знаки и иные средства индивидуализации изделий, имущественные права и другое имущество (ст. 115 ГК РК). Из изложенного следует, что иностранная валюта (доллары США, евро, российские рубли, киргизские сомы и пр.) деньгами не является. Согласно ст. 128 ГК РК – это валютные ценности /2/. Они, как и деньги, могут существовать в виде наличности, так и безналичности. В контексте ст. 311 УК РК, валютные ценности подпадают под понятие иное имущество.

Ценная бумага – это совокупность определенных записей и других обозначений, удостоверяющих имущественные права (ст. 129 ГК РК). С передачей ценной бумаги лицу к нему переходят все удостоверяемые ею права в совокупности. Видов ценных бумаг много. В частности, к ценным бумагам относятся облигация

(ст. 136 ГК РК), акция (ст. 139 ГК РК), вексель, чек, депозитный и сберегательные сертификаты, коносамент и другие документы, которые законодательством о ценных бумагах или в установленном им порядке отнесены к числу ценных бумаг. Их правовое регулирование осуществляется ст. 129 – 139-1 ГК РК, Законом РК «О рынках ценных бумаг» от 02 июля 2003 года.

Имущество может быть движимым или недвижимым. Движимое имущество – это то, что подлежит перемещению, при этом оно не теряет своей самостоятельности и ценности. К нему относятся: наземный транспорт, домашние и дикие животные, растения и пр. Недвижимое имущество – это объекты, которые привязаны к чему-то. Например, к земле, к месту регистрации. Это могут быть жилые и нежилые здания, сооружения и пр. К числу недвижимости относится и предприятие, как комплекс сооружений, воздушные, морские и речные суда, космические аппараты, земельные участки, участки недр земли с полезными ископаемыми, обособленные водные объекты и пр.

Права на имущество – документ предоставляющий право на получение конкретного имущества или право на отчуждение этого имущества. Например, доверенность, выданная взяткодателем взяткополучателю на отчуждение имущества (движимого или недвижимого) с правом получения денег.

Коносамент – является ценной бумагой и документом,

дающим право на получение того имущества (груза), который в нем указан. Дело в том, что лицо, владеющее грузом, как правило, это морской перевозчик, обязан передать перевозимый груз тому лицу, кто представит ему коносамент. Таким образом, коносамент – это документ, предоставляющий право на получение имущества (груза) лицом, кто предоставит коносамент.

В качестве предмета взятки могут быть билеты в театр, на спортивные соревнования, олимпийские игры, лотерейный билет на который выпал выигрыш и пр.

Предметом взятки могут выступать живые существа – животные (дикие, домашние), пернатые (птицы), водоплавающие, а также растения, дорогостоящие антикварные вещи.

Весьма специфичным с юридической точки зрения является такой предмет взятки, как фишки (чипы), плаки или жетоны казино. Плак – это разновидность фишки, но выполненная в форме прямоугольника и номиналом 25 000 долларов США и выше



**Анализ содержания диспозиции ст. 311 УК РК позволяет сделать вывод, что предметом взятки являются любые материальные блага, которые могут быть оценены в денежном эквиваленте, работы и услуги, а также права на имущество и выгоды имущественного характера.**

с порядковым номером, чем отличается от обычного чипа имеющего цилиндрическую форму и значительно меньшим номиналом. Согласно Закона РК «Об игорном бизнесе» от 12 января 2007 года лица, играющие в казино, приобретают за наличные деньги фишки, жетоны (легитимационные знаки) определенного номинала, которые заменяют собой наличные деньги, реализуемые через кассы игорного заведения и используемые в игорных заведениях для участия в азартных играх. Приобретенными фишками, плаками или жетонами игроки играют на различных игровых автоматах, делают ставки в рулетку, выставляют на игровой стол при игре в карты и пр. Выигрыш также получают легитимационными знаками, которые затем обменивают в кассе казино на наличные деньги. Так вот, чипы, плаки или жетоны являются объектом материального мира, хотя сами по себе не являются ценностями. Фишки, плаки изготавливаются из глины, пластика или композиционного материала, жетон – из металла (сплава). Но поскольку они обладают способностью быть обмененными на наличные деньги, то они будут ценным

материальным объектом, на предъявителя. На предъявителя потому, что они не обладают какими-либо индивидуально-определенными признаками (номер и серия) и их собственником будет любое лицо, которое ими владеет. Особенность легитимационных знаков и в том, что они, будучи приравненными к деньгам на территории конкретного казино, за ее пределами теряют всякую ценность.

Взяткой может быть доля в уставном капитале хозяйствующего субъекта, например, в товариществе с ограниченной или дополнительной ответственностью, в производственном кооперативе. Доля в уставном капитале всегда определяется в денежном выражении и в зависимости от того, каков его размер, зависит и размер доли в имуществе юридического лица того или иного участника. Вместе с тем, не все так просто в данном вопросе. Доля в уставном капитале определяется в пропорциях или в процентах. Лицо, имеющее долю в уставном капитале, имеет право как на деньги внесенные в уставный капитал при создании юридического лица, так и право на получение доходов/дивидендов от деятельности этого юридического лица, по итогам года. Вместе с тем, участник товарищества принимает на себя и обязанности юридического лица перед третьими лицами. Например, убытки, долги. Право же собственности на имущество юридического лица, лицо, владеющее долей в уставном капитале – не имеет. Данное имущество является собственностью

юридического лица. Участник товарищества может претендовать на имущество юридического лица, только в случае его ликвидации.

Предметом взятки могут быть и работы. Работа – это производимая физическим или юридическим лицом физическая или умственная деятельность, в результате которой создаются какие-либо материальные и не материальные ценности (блага), необходимые для жизни и способные удовлетворить потребности человека и общества. Например, должностному лицу строится дом, дача, гараж, возводятся хозяйственные постройки, обрабатывается земельный участок, собирается урожай, производится выпас скота и уход за ним и пр. При этом, произведенные работы не оплачиваются лицом, в пользу которого они выполнены.

К работам относится и интеллектуальный труд, который овеществлен. Например, архитектор или дизайнер придумал какую-либо конструкцию или внутреннюю или наружное оформление здания, территории, планировку улиц, площадей, садов и парков, физик или химик открыл новое физическое или химическое свойство вещи или материал с заранее заданными свойствами (параметрами), фармацевт – изобрел ранее неизвестное лекарственное средство, инженер или биолог – инновационную технологию, а врач – новый метод лечения и пр. Задуманная им идея воплощена в чертежи, рисунки, математические расчеты, физические или химиче-

ские формулы, конструкции, приборы, описаны методики лечения или изготовления и т.д. Так вот, предметом взятки будет не идея сама по себе, а чертежи, графические изображения, макеты, расчеты, формулы, технологии и другое, которые являются результатом умственной деятельности человека и имеющие ценность. Идея не выраженная в материальную форму, это нематериальный объект, который не может быть предметом взятки. В гражданском же праве, идея как нематериальный объект, является объектом гражданско-правовых отношений и подлежит соответствующей защите.

Услуга – вид деятельности осуществляемая физическим или юридическим лицом, которым удовлетворяется конкретная потребность другого человека или интересы юридического лица (ст. 683 ГК РК). Видов услуг может быть множество. Это туристические, медицинские, сервисные, обслуживающие, аудиторские, и другие. Услуга как предмет взятки будет в том случае, если она оказана, но ее получатель не произвел за нее какие-либо платы. Аналогичной же позиции придерживается правоприменительная практика России /3/.

В современной уголовно-правовой науке нет единства мнений относительно признания в качестве предмета взятки, сексуальных услуг /4/. Мнения авторов по данному вопросу разделились. Одни авторы полагают, что оказанная сексуальная услуга должностному лицу, за выполнение или

невыполнение определенных действий, является предметом взятки /5/, другие придерживаются противоположного мнения /6/. При решении вопроса о том, являются ли услуги сексуального характера предметом взятки или нет, необходимо устанавливать, кто предоставляет такие услуги (поставщик услуг). Так, если должностному лицу взяткодатель предоставляет мужчину или женщину, услуги которого оплачены, о чем взяткополучатель осведомлен и услуга принята (половой акт совершен либо лицо получило сексуальное удовлетворение каким-либо иным способом), то в таком случае такие действия надлежит признавать как получение взятки. Дело в том, что сексуальная услуга, оказанная лицом, оказывающим такие услуги платно (проститутка), имеет стоимость и может выражаться в денежном эквиваленте. В настоящее время сексуальные услуги могут быть оказаны не только по месту нахождения должностного лица, но и посредством выезда в секс туры в другие страны. Поскольку эта услуга уже оплачена взяткодателью то лицо, воспользовавшееся такой услугой, уже получило предмет взятки в размере, которую оплатил взяткодатель лицу, оказавшему сексуальную услугу с учетом сопутствующих расходов (транспортных, проживание в гостинице и пр.). При отсутствии оплаты, такая услуга со стороны лица оказывающего интимные услуги, а также других расходов, оказана быть не может.

Если интимную услугу оказывает само заинтересованное лицо с тем, чтобы должностное

## **Блага и выгоды немущественного характера, предметом взятки быть не могут.**

лицо совершило либо не совершило в его пользу какие-либо действия/бездействия, то оказанная услуга сексуального характера не будет считаться предметом взятки. Например, сотрудник полиции вступает в половую связь с лицом, в отношении которого имеется основание возбудить уголовное дело либо отказать в возбуждении уголовного дела. Получив соответствующую сексуальную услугу, должностное лицо полиции выносит постановление об отказе в возбуждении уголовного дела либо возбужденное уголовное дело прекращает. В данном случае оказанная сексуальная услуга самим заинтересованным лицом, не будет предметом взятки, поскольку она не подлежит денежной оценке. В противном случае надлежит признать, что всякая сексуальная связь двух и более лиц, имеет материальный эквивалент, следовательно, и обладает стоимостью. При таком подходе стоимость секса должна оцениваться по множеству параметров, в том числе по качеству, длительности, кто ее представляет и прочим характеристикам. Погружение в данный вопрос может быть бесконечным и бестактным, что безнравственно. Поэтому вступление в сексуальные отношения для достижения искомых целей, является аморальным с той и другой стороны, а правовые аспекты оценки таких отношений, выходят за пределы допустимого и являются вторжением в интимную частную жизнь людей.

## Состав преступления взятничества формальный – достаточно установить сам факт дачи-принятия предмета взятки.

Выгоды имущественного характера – это занижение стоимости передаваемого имущества (с дисконтом), приватизируемых объектов, акций и иных ценных бумаг, уменьшение арендных платежей, процентных ставок за пользование заемными средствами, уступка долга (цессия), прощение долга и пр.

Анализ содержания диспозиции ст. 311 УК РК позволяет сделать вывод, что предметом взятки являются любые материальные блага, которые могут быть оценены в денежном эквиваленте, работы и услуги, а также права на имущество и выгоды имущественного характера. Блага и выгоды неимущественного характера, предметом взятки быть не могут /7/. Проект нового УК РК, не вносит каких-либо новшеств расширяющих предмет взятки /8/.

### 2. Способы передачи предмета взятки

Поскольку предметы взятки носят материальный характер, то их передача от одного лица к другому, происходит путем их физического перемещения в пространстве и времени, а также без какого-либо пространственного перемещения, но во времени.

Предметы материального мира, а это деньги, валюта и валютные ценности, движимое

имущество и прочее передаются из рук в руки. Предметы без индивидуально-определенных признаков, сразу становятся собственностью того лица, кто ими реально завладел. А воспользовался ли он ими в последствии или нет, значения не имеет. Поэтому состав преступления взятничества формальный – достаточно установить сам факт дачи-принятия предмета взятки.

Деньги, валюта и валютные ценности в безналичной форме передаются со счета одного лица на счет другого лица, посредством банковских переводов. Безналичные деньги, это цифровые записи, выраженные в национальной валюте на личном счете физического лица или на расчетном счете юридического лица. Денежные операции в безналичной форме без участия банков, финансовых организаций или почты произведены быть не могут. Тем не менее, они не являются посредниками во взятничестве, поскольку им не известна цель осуществляемых переводов. Они осуществляют технические действия, т.е. перемещение цифровых записей (списание суммы со счета одного лица и зачисление их на счет другого лица) в пределах одного банка или разных банков. Одним словом, они являются финансовыми операторами. Зачисление денег на счет должностного лица или на счет подставного лица, считается окончательным составом преступления. При этом не обязательно, имело ли место снятие получателем денежного перевода денег со своего счета в виде наличности или в свою очередь, пере-

числил их другому лицу также в безналичной форме.

Предметы взятки могут перейти от дающего лица к принимающему лицу и без физического перемещения. Например, недвижимое имущество в виде жилого или нежилого помещения, земельного участка, передается и принимается путем заключения договора купли-продажи, дарения, длительной аренды. Согласно ст. 155 ГК РК и ст. 7 Закона РК «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество» от 26 июля 2007 года право собственности на объекты недвижимости возникает с момента регистрации сделки в уполномоченном государственном органе. Таким органом является соответствующий территориальный орган Министерства юстиции Республики Казахстан. Аналогичным образом переходит право собственности от одного лица к другому и на некоторые ценные бумаги, например акции. Из изложенного следует, что переход имущества из собственности или законного владения одного лица в собственность или законное владение другого лица возможно как путем фактической передачи материального объекта, т.е. из рук в руки, так и посредством юридического оформления (составлением договора и его регистрации в уполномоченном органе). Момент перехода права собственности от одного лица к другому, определяется по времени регистрации объекта в соответствующем уполномоченном органе.

Взятка может передаваться как в открытом, так и в закры-

том виде. В открытом виде, когда предмет взятки передается взяточдателем взяткополучателю путем совершения сделки с заключением соответствующего договора и пр. В закрытом виде, т.е. завуалированной форме, при проигрыше материального блага в карты, бильярд, на скачках, заключением пари, ставок в букмекерских конторах, тотализаторах, казино и пр. При этом сама по себе игра, это способ ввести в заблуждение окружающих (близких, знакомых, друзей, родственников, сослуживцев), относительно правомерности перехода вещи, имущества или денег от одного лица к другому лицу.

Передаваться взятка может самим взяточдателем, так и через лицо являющееся доверенным человеком дающего или берущего. Лицо являющееся связным между дающим и берущим, это посредник. Посредничество является не менее опасным деянием, чем дача и получение взятки (ст. 313 УК РК). Практика показывает, что посредник также получает свою долю от передаваемой взятки либо отдельное вознаграждение за посреднические действия. В практике имел место случай, когда предмет взятки в виде недвижимости (дом с земельным участком) был юридически оформлен на посреднике, который по прошествии определенного времени, должен был переоформить его на взяткополучателя, посредством заключения договора купли-продажи.

Посредник может совершить посреднические действия и

бескорыстно, например, из чувства сострадания, желания помочь взяточдателю решить его вопросы быстро. Вне зависимости от того, действовал ли он из корысти или без таковой, посредник подлежит привлечению к уголовной ответственности по ст. 313 УК РК, т.к. для этого не требуется получение каких-либо материальных благ. Достаточно установить, что предмет взятки от взяточдателя к взяткополучателю прошел через руки посредника, и он знал, что выполняет посреднические действия.

Не редки случаи, когда предмет взятки принимается через лиц, которые не знают о том, что их используют в качестве курьеров (в темную). Такие курьеры, по сути дела, выполняют функцию «людей-хранителей», «живых сейфов», «ходячих контейнеров» и пр. При формальном подходе в действиях таких лиц усматривается состав деяния, предусмотренный ст. 313 УК РК, однако они не знали, что оказывают услуги по приему и хранению имущества, как правило, денег и тем самым совершают посредничество во взяточничестве.

Порой предмет взятки, как правило, наличные денежные средства или иностранная валюта в виде наличности, передаются через банки, т.е. сейфы арендуемые конкретным лицом. В таком случае роль банка, пассивна. Заключив договор с клиентом об аренде сейфа на определенное время, банк принимает на себя обязательство, что к данному сейфу не будет иметь доступ никто иной кроме лица, который заключил договор

или другое лицо, имеющее ключ от сейфа и знающий код, позволяющий открыть сейф. А что находится внутри него, знает только арендатор данного сейфа.

### **Обращение в пользу государства предмета взятки – это не вид уголовного наказания, а карательная процессуальная мера.**

Предмет взятки может передаваться и через камеру хранения, функционирующую на железнодорожном, автобусном вокзале, морском, речном и воздушном порте. При этом получателю поклажи (багажа) предаются квитанции на получение хранящегося багажа или сообщается код ячейки, в которой находится ранее положенное имущество или деньги.

Взятка в виде доли в уставном капитале, переходит от одного лица (участника) к другому лицу (новому участнику) путем ряда сложных юридически последовательных и заранее обусловленных действий, совершение которых обязательно. В частности, письменного уведомления участника товарищества других участников о том, что вся доля или только ее часть, отчуждается и по какой цене. В случае отказа всех участников товарищества от приобретения отчуждаемой доли, эта доля может быть предложена третьим лицам для приобретения. При этом в обязательном порядке должно быть созвано и проведено общее собрание с принятием соответствующего решения. Затем заключается

## Конфискация и обращение в доход государства, не являются тождественными понятиями.

договор купли-продажи доли между продавцом и покупателем, нотариально заверяется. После этого, проводится общее собрание участников товарищества, на котором принимается новый участник в состав товарищества и заключается новый учредительный договор, который также нотариально заверяется. Затем в территориальном органе Министерства юстиции Республики Казахстан проводится процедура перерегистрации товарищества в связи с изменением состава участников. И только после внесения изменений в состав участников товарищества в уполномоченном государственном органе, новый участник юридически становится полноправным участником товарищества и владельцем доли /9/.

Взятка может предоставляться в виде обедов и ужинов в ресторане, кафе, которые оплачивает взяткодатель. Взятка считается принятой после того, как будет осуществлен расчет. А он может быть произведен как до начала обеда или ужина, так и по их окончании. Непосредственным предметом взятки будут продукты и напитки, которые были заказаны, в стоимость которых включаются и размеры услуг, оказанные обслуживающим персоналом (официантами). Стоимость обеда или ужина, определяется чеком, выписанным администрацией

этого заведения, в котором проходила трапеза.

Результаты интеллектуального труда, например работы архитектором, дизайнером (чертежи, рисунки, эскизы, расчеты и т.д.) могут быть переданы через интернет, посредством использования технических средств связи (компьютера, айпада, айфона, мобильного телефона и пр.).

Использование современных средств связи, в частности, интернета, позволяет перемещать деньги, валюту, валютные ценности в безналичной форме, а также результаты интеллектуального труда на любые расстояния, в том числе, минуя государственные и таможенные границы, причем не одного государства, а нескольких стран. Если данный факт будет установлен, подлежит ли такое действие лица дополнительной квалификации по ст. 209 УК РК об экономической контрабанде или нет (ст. 240 проекта УК РК)? Поскольку это тема отдельного исследования, которая выходит за пределы темы данной работы, оставим ее другим ученым.

### 3. Обращение в доход государства предмета взятки

В ходе расследования уголовного дела, предмет взятки признается вещественным доказательством, и он приобщается к материалам уголовного дела. Если предмет взятки неовещественный, то на него налагается арест. Поскольку предмет взятки является вещественным доказательством, то его судьба определяется в соответствии с ч. 4 ст.

121 УПК РК. Вместе с тем, для предмета взятки предусмотрена специальная норма. Так, согласно п. 19 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан «О практике применения судами законодательства об ответственности за взяточничество» от 22 декабря 1995 года (далее – «НП ВС РК») предмет взятки, подлежит обращению в доход государства, т.е. обращению, а не конфискации /10/.

В чем же отличие обращение в доход государства от конфискации. Конфискация – это мера уголовного наказания, применяемая к лицу, совершившему преступление, за которое предусмотрено такое наказание, в качестве дополнительного. При конфискации все имущество осужденного либо его часть в принудительном порядке, безвозмездно изымается в собственность государства, а также изымается имущество, которое было орудием или средством совершения преступления. За совершение коррупционного преступления, конфискации подлежат и имущество переданное другому лицу, если оно добыто преступным путем либо приобретено на средства добытые преступным путем и передано осужденным в собственность либо во владение другому лицу (ст. 51 УК РК). Таким образом, конфискация это не только наказание лица за совершенное им деяние, но и превенция незаконного обогащения за счет преступной деятельности третьими лицами. Обращение же, это принудительное безвозмездное изъятие чужого имущества физического или юридического лица, в пользу



кого-либо, в частности, в пользу государства, которое станет его доходом. Однако прежде чем имущество являющееся собственностью одного лица перейдет в собственность другого лица, оно должно быть изъято у первоначального собственника. В уголовно-правовом значении, изъятие должно быть основано на законе. При конфискации, имущество, принадлежащее виновному лицу, изымается на основании санкции, предусмотренной в соответствующей статье УК РК. При обращении же имущества лица в доход государства, как предмета взятки, норм материального права позволяющих подобное правовое действие, нет. Из изложенного следует, что обращение в пользу государства предмета взятки – это не вид уголовного наказания, а карательная процессуальная мера (экспроприация).

В юридической науке и литературе отсутствуют исследования которые раскрывали бы содержание подобной экспроприационной процессуальной меры, которая фактически является наказанием за использование собственного имущества для противоправной деятельности. Вне зависимости от того, как терминологически он будет назван, по существу это та же самая конфискация. Только применяется она не в отношении лица, признанного виновным в совершении преступления, а в отношении лица освобожденного от уголовной ответственности в связи с сообщением им о том, что имело место в отношении него вымогательство или он после дачи взятки,

добровольно сообщил об этом правоохранительному органу. Таким образом, взяточник подлежит материальному наказанию за то, что он согласился либо принял участие в коррупционном преступлении. Далее, отличие обращения от конфискации в том, что обращению подлежат только материальные ценности и которые признаны вещественным доказательством. Имущественные же и неимущественные права, не представляется возможным обратить в доход государства.

На практике нередки случаи, когда орган уголовного преследования для изобличения коррупционеров использует государственные средства, выделяемые им для проведения обычных и специальных оперативно-розыскных мероприятий (ОРМ, СОПМ) /11/. Так вот, что же делать с предметом взятки, который принадлежит государству в лице соответствующего органа уголовного преследования и вручающий взяточнику для передачи взяточнику? Исходя из общего смысла п. 19 НП ВС РК, он также подлежит обращению в доход государства. Тем не менее, судебная практика в данном вопросе не единообразна. В одних случаях суды возвращают деньги органу уголовного преследования, в других обращают в доход государства /12/. Конечно, и в том и в другом случае деньги возвращаются государству. Тем не менее, для органа уголовного преследования имеет значение, возвратят ли ему деньги обратно или нет. Так, если суд в приговоре укажет, что деньги возвращаются органу уголов-

ного преследования, то должностное лицо, получившее их для проведения ОРМ, сдает их в кассу, откуда их получил в подотчет. Если же денежные средства обращаются в доход государства, то они возвращаются в государственную казну через судебных исполнителей Департамента по исполнению судебных актов и зачисляются на соответствующую статью доходов Республиканского бюджета.

**Лицо, давшее взятку, освобождается от уголовной ответственности, если в отношении его имело место вымогательство взятки со стороны лица, уполномоченного на выполнение государственных функций, либо приравненного к нему лица или если это лицо добровольно сообщило органу, имеющему право возбудить уголовное дело, о даче взятки.**

Однако, если вместо денег передается муляж, имитирующий денежные купюры, то с взяточполучателя взыскивается сумма, которую он предполагал получить. Так, если взяточполучатель получил часть взятки, то подлежит взысканию вся сумма, которую он намеревался получить. Например, хотел взять 1 000 000 тенге, а получил всего 100 000 тенге, взысканию подлежит 900 000 тенге.

В соответствии со ст. 372 проекта нового УК РК, лицо, получившее взятку, подлежит наказанию в виде штрафа, размер которого будет измеряться кратно, от суммы полученной или предлагаемой взятки /13/. Следовательно, сумма не допо-

лученной взятки, также будет исчисляться в кратном размере.

Теоретически и практически не решенным является вопрос о том, каким же образом подлежит взысканию недополученная часть взятки. Полагаю, по иску прокурора, поданному в гражданском порядке после вступления приговора суда в законную силу.

**Вымогательство – это понуждение лица дать материальное вознаграждение должностному лицу с тем, чтобы он совершил определенные действия или бездействия в интересах лица, дающего взятку, либо представляемого им лица.**

Если же предметом взятки являются движимое или недвижимое имущество, в том числе и акции, которые подлежат регистрации в соответствующем уполномоченном органе, то эти предметы взятки подлежат конфискации, а не изъятию в доход государства. Как было сказано ранее, конфискация и обращение в доход государства, не являются тождественными понятиями. Конфискации подлежит не только имущество, полученное от преступной деятельности, но и имущество приобретенное на законном основании. Например, полученное в дар, по наследству, приобретенное ранее за счет собственных средств т.д. Изъятие же – это принудительное отбирание имущества лица, которое является его собственностью. Оно может быть как возмездным, так безвозмездным. В уголовном законодательстве возмездное изъятие имущества,

не предусмотрено. Безвозмездное же изъятие возможно с соблюдением соответствующих процедур. А именно, по правилам искового производства предусмотренного ГПК РК, с вынесением решения суда. Основанием обращения в доход государства должны быть соответствующие нормы материального права. Таким образом, при наличии решения суда об обращении вещественного доказательства в доход государства, у государства появляется основание правомерности его приобретения в собственность. Вместе с тем на практике встает вопрос, а как быть, если предмет взятки был оформлен на третье лицо, например родственника взяткополучателя. Ведь формально, юридически, имущество он приобрел на законных основаниях. Например, по договору купли-продажи, дарению, мены и пр. Чтобы это имущество из его собственности перешло в собственность государства, необходимо правовое основание. Но таких правовых оснований в законодательстве, на сегодня не имеется. Ведь в отношении него уголовное дело не возбуждалась, суд какой-либо приговор не постановлял в котором указано было бы, что имущество у этого лица конфискуется. Полагаю, что в таком случае заинтересованное лицо, а именно прокурор, после вступления приговора в законную силу, должен подать иск к лицу, в чьей собственности или обладании находится предмет взятки о его изъятии и обращении в собственность государства.

Если же в интересах взяткополучателя проведены работы

или оказана услуга, то с него подлежит взысканию стоимость выполненной работы или оказанной услуги. Расценки работ и услуг, должны определять эксперты или специалисты.

Российское законодательство и практика правоприменения к вопросу о предмете взятки, подходит дифференцированно. Так, если будет установлено и доказано, что в отношении взяткодателя имело место вымогательство взятки и что это лицо добровольно сообщило органу, полномочному возбудить уголовное дело о даче взятки, а материальные ценности еще не переданы, то предмет взятки подлежит возвращению взяткодателю, который признается потерпевшим по уголовному делу. Если же лицо вынуждено было сообщить о том, что дал взятку, например, в ходе расследования другого дела или после возбуждения уголовного дела о даче-получении взятки, то предмет взятки обращается в доход государства /14/.

#### **4. Основания освобождения от уголовной ответственности взяткодателя и взяткополучателя на стадии досудебного производства по уголовному делу**

Для успешной борьбы с взяточничеством, уголовный закон предусматривает освобождение от уголовной ответственности лицо за дачу взятки при условии, которое предусмотрено в п. 2 примечания к ст. 312 УК РК. «Лицо, давшее взятку, освобождается от уголовной ответственности, если в отношении его имело место вымогательство взятки со стороны

лица, уполномоченного на выполнение государственных функций, либо приравненного к нему лица или если это лицо добровольно сообщило органу, имеющему право возбудить уголовное дело, о даче взятки» /15/. Освобождение взяткодателя от ответственности, как это прямо вытекает из содержания примечания, возможно при наличии одного из двух условий, указанных в самом примечании – 1) имело место вымогательство со стороны должностного лица, 2) добровольность сообщения взяткодателям о даче взятки органу, имеющему право возбудить уголовное дело о даче взятки. Подобная трактовка вытекает из примененной юридической техники при конструировании примечания. Между текстами предложений о вымогательстве взятки и добровольности сообщений о даче взятки, стоит разделительный союз «или», а не соединительный союз «и».

Вымогательство – это понуждение лица дать материальное вознаграждение должностному лицу с тем, чтобы он совершил определенные действия или бездействия в интересах лица, дающего взятку либо представляемого им лица.

О том, имело ли место вымогательство или нет, можно судить по тому, какая взятка была дана. Дело в том, что в теории уголовного права получение взятки подразделяется на два вида:

- а) взятка-подкуп, которая вручается взяткополучателю до совершения им заранее обусловленных действий или бездействий;
- б) взятка-вознаграждение,

которую должностное лицо получает после совершения конкретных действий или бездействий в интересах дающего или представляемого лица.

Так вот, при даче взятки – вознаграждения, дающее лицо имеет реальную возможность не давать вознаграждение должностному лицу, даже если в отношении него имеет место вымогательство. Если же он все-таки дает взятку, то делает он это добровольно, что не может быть квалифицировано как вынужденная мера передачи взятки. Однако, к данному вопросу необходимо подходить дифференцированно. Так, если лицо не давшее взятку за уже выполненные действия или бездействия, тем не менее, продолжает оставаться в зависимости от должностного лица, которое должно совершить другие действия или бездействия в отношении дающего или представляемого лица, в продолжение предыдущего действия или бездействия, то это действие следует признавать как вымогательство взятки. Например, не передача материальных ценностей сотруднику исправительного учреждения за совершенные им действия или бездействия, в последующем может отразиться на осужденном, который отбывает наказание в исправительном учреждении. С тем, чтобы избежать этого, например, ужесточение условий отбытия наказания, наложение необоснованного дисциплинарного наказания, непредставление документов на условно-досрочное освобождение и пр. лицо, дающее взятку, вынуждено изыскать

### **Сообщать о даче взятки надлежит не любому органу, а тому, кто имеет право возбудить уголовное дело о даче взятки.**

материальные средства и передать их должностному лицу этого учреждения.

В теории уголовного права дача-получение взятки классифицируется и по характеру деяния, осуществляемому за материальное вознаграждение:

- а) взятка-мздоимство, когда предмет взятки вручается за законное поведение должностного лица. Например, за издание приказа, распоряжения, постановления, подписание или выдачу официальных документов в установленный срок, проведение соответствующих проверок, осмотров и т.д.;
- б) взятка-лихоимство – это когда предмет взятки вручается за незаконные действия или бездействия должностного лица. Например, выдача разрешительных документов без обследования объекта, предоставление льгот или освобождение от обязанностей лица, которое не имеет право на льготы или освобождение от обязанностей.

При даче-получении взятки-лихоимства, дающий взятку сам побуждает (подстрекает) должностное лицо к совершению преступления. Поскольку он сам инициировал дачу взятки, то не будет факта вымогательства.

Вручение должностному лицу взятки, вне зависимости от того имело ли место вымогательство или нет, само по себе является действием общественно опасным, т.е. преступлением. Дело в том, что поскольку человек наделен разумом и волей, то право выбора на совершение определенных волевых действий, т.е. изыскание материальных средств, поиск и ожидание времени встречи, ведение переговоров самим или через посредника, принадлежит взяточдателю. Если лицо, в независимости от того, какими мотивами и целями оно руководствовалось, поддается вымогательству, то оно действует осознанно. Поскольку данный вид преступления носит высокую латентность, законодатель с тем, чтобы изобличать взяточполучателей, занимающихся вымогательством, освобождает взяточдателей от уголовной ответственности.

### **Законодатель, наделив должностное лицо органа уголовного преследования, в частности, следователя, правом освобождения лица от уголовной ответственности, тем самым фактически наделил его полномочиями суда.**

Другим условием освобождения лица от уголовной ответственности, является добровольность сообщения о даче взятки органу, имеющему право возбудить уголовное дело.

Добровольность о даче взятки означает, что взяточдатель сообщает о даче взятки должностному лицу по собствен-

ной инициативе. При этом не имеет значение мотив и цель, которые его побудили к такому действию. Например, «совесть замучила», решил изобличить взяточполучателя и тем самым помочь правоохранительным органам бороться с данным негативным явлением и пр. Не будет добровольности, если о факте дачи взятки стало известно должностным лицам правоохранительных органов при расследовании другого преступления или возбуждении дела по взятке и т.п.

О добровольности или ее отсутствии при сообщении о даче взятки, можно судить по сроку, прошедшему между дачей взятки и сообщением о ее даче органу, имеющему право возбудить уголовное дело. Учитывая характер, тяжесть и общественную опасность совершенного преступления, необходимость быстрого изобличения лица получившего взятку, собиравшего неопровержимых доказательств его виновности и скорого привлечения взяточполучателя к уголовной ответственности, временной интервал должен быть как можно кратким. Если с момента передачи взятки и сообщением о ее даче должностному лицу прошло значительное время, например, сутки и более, то к добровольности сообщения, следует подходить критически. Практика правоприменения по данному вопросу, непоследовательна и весьма противоречива /16/.

Согласно примечания, сообщать о даче взятки надлежит не любому органу, а тому, кто имеет право возбудить уголовное дело о даче взятки. В соот-

ветствии с ч. 3 ст. 192 УПК РК деяние, предусмотренное ст. 312 УК РК, отнесено к компетенции следователей органа финансовой полиции. Следовательно, органом, которому надлежит сообщить о даче взятки, будет Агентство Республики Казахстан по борьбе с экономической и коррупционной преступностью (финансовая полиция) и его территориальные подразделения. Вместе с тем, согласно общему смыслу ст. 192 УПК РК, уголовное дело по ст. 312 УК РК может расследоваться любым органом уголовного преследования, если оно связано с расследованием другого уголовного дела, которое ему подследственно (КНБ РК, МВД РК), и если это уголовное дело о взяточничестве не может быть выделено в отдельное производство. Таким образом, предложение «орган, имеющий право возбудить уголовное дело, о даче взятки» подлежит широкому толкованию, в зависимости от ситуации /17/.

Сообщение во все другие органы, в частности прокурору, должностным лицам исполнительной власти и суду не принимается во внимание и не может служить основанием освобождения от уголовной ответственности взяточдателя в соответствии с п. 2 примечания к ст. 312 УК РК.

В тексте примечания использован термин «сообщение». Сообщение – это информирование того или иного лица о чем-либо. В данном случае, о факте дачи взятки. Форма сообщения может быть как устной, так и письменной. Устное сообщение, например данное

во время допроса, заносится в протокол допроса, протокол судебного разбирательства. Однако поскольку речь идет о факте совершенного преступления должностным лицом государства, то сообщение должно быть письменным. Письменным является заявление, изложенное на бумажном носителе и адресованное должностному лицу органу, правомочному возбудить уголовное дело о даче взятки. При этом, необходимо обратить внимание, что орган к которому обращаются, вправе возбудить уголовное дело о даче взятки, а не о получении взятки. Каких-либо требований к форме заявления, законодатель не предъявляет (ч. 1 ст. 178 УПК РК). Тем не менее, согласно ст. 6 Закона РК «О порядке рассмотрения обращений физических и юридических лиц» от 12 января 2007 года письменное обращение физического лица, к которому относится и заявление, должно отвечать определенным требованиям. Представляется, что поскольку факт совершенного преступления имел место и с момента его совершения прошло определенное время, а состав дачи взятки формальный, то лицо, совершившее противоправное деяние, должно написать и подать органу уголовного преследования явку с повинной (ст. 179 УПК РК).

Явка с повинной является основанием возбуждения уголовного дела и началом проведения различных процессуальных действий, в частности, допроса лица, написавшего явку с повинной и собирания доказательств совершенного деяния. Только после возбуж-

дения уголовного дела будет юридически установлен факт преступления, а орган уголовного преследования вправе приступить к собиранию доказательств, которые будут относимыми и допустимыми в качестве доказательства по другому факту – получение взятки. Лицо, освобожденное от уголовной ответственности, приобретет статус свидетеля по уголовному делу о получении взятки должностным лицом.

Сегодня одной из распространенных форм дачи взятки являются взятки-вознаграждения за выигранный тендер, полученный кредит в банке, заключенную сделку на значимые объекты, которые в обиходе именуется «откат». Откат – это сумма, исчисляемая в процентах от общей суммы сделки, кредита. Как правило, она составляет до 10% от суммы выигранного тендера, заключенной сделки, выдаваемого кредита. Передаются в виде наличных денег до того, как тендер будет выигран, сделка заключена либо после выигрыша тендера или заключения сделки. В зависимости от суммы «отката», она передается сразу вся либо частями. Поскольку в результатах проведенного тендера, заключенной сделки или полученных заемных средствах заинтересовано лицо, подавшее заявку на участие в тендере и выиграть его, а также получить искомую сумму кредита, то в данном случае о вымогательстве не может быть речи. Лицо, у которого вымогают, имеет право выбора – давать или не давать взятку-откат.

В коммерческих договорах заключаемых между юридиче-

## **Освобождение от уголовной ответственности, это институт уголовного права (материального права). Возбуждение или не возбуждение уголовного дела, это институт уголовно-процессуального права (процессуального права)**

скими лицами, особенно тех, участниками которых являются физические и юридические лица США, имеются разделы или статьи, в которых специально оговорено, что стороны договорных отношений избегают дачу взятки должностным лицам иностранных государств при исполнении взятых на себя обязательств, а если со стороны тех или иных должностных лиц того или иного государства поступают предложения коррупционного свойства, то должны оповестить об этом другую сторону и соответствующие компетентные органы своих стран. Поскольку подобное положение заложено в договоре, то его исполнение является обязательным. Ссылка на вымогательство взятки со стороны соответствующего должностного лица от субъекта договора, будет несостоятельной.

Каким образом лицо, давшее взятку, освобождается от уголовной ответственности? Как было сказано выше, поскольку преступление уже совершено, т.е. взятка уже передана, то взяткодатель освобождается от уголовной ответственности посредством вынесения постановления о прекращении уголовного преследования. Законодатель, наделив должностное лицо органа уголов-



ного преследования, в частности, следователя, правом освобождения лица от уголовной ответственности, тем самым фактически наделил его полномочиями суда. Дело в том, что согласно действующему законодательству Республики Казахстан, только суд наделен правом признавать лицо виновным или невиновным в совершенном им деянии и освободить это лицо от уголовной ответственности /18/. Поскольку проектом нового УПК РК предлагается ввести институт следственного судьи, то, полагаю, что именно следственного судью надлежит наделить правом санкционирования (дачи согласия) на освобождение взяткодателя от уголовной ответственности на стадии досудебного производства по уголовному делу /19/. Данный вопрос будет иметь и практическое значение, т.к. в соответствии со ст. 373 проекта УК РК, взяткодатель подлежит наказанию в виде штрафа, кратному размеру даваемой взятки /20/. Следовательно, и предмет взятки, который взяткодатель передал или предполагал передать взяткополучателю, подлежит увеличению кратко.

На практике орган уголовного преследования не верно истолковывая и понимая институт освобождения от уголовной ответственности и наказания и не видя различия от института признания или отсутствия факта преступного деяния, освобождает взяткодателя от уголовной ответственности посредством вынесения постановления об отказе в возбуждении уголовного дела (187 УПК РК). Дело в том, что освобождение от уголовной ответственности, это институт уголовного права (материального права). Возбуждение или не возбуждение уголовного дела, это институт уголовно-процессуального права (процессуального права). В результате смешения этих двух институтов и не понимания различий между ними, на практике и возникает разноречивость в применении норм материального и процессуального законодательства со стороны должностных лиц органа уголовного преследования. Одни следователи в постановлении ссылаются на п. 2 примечания к ст. 312 УК РК (материальное право), а другие на п.п. 2) ч. 1 ст. 37 УПК РК, т.е. за отсутствием в действиях состава преступления (процессуальное право). Процессуальные акты выносятся различные. Так, если следователем вынесено постановление об отказе в возбуждении уголовного дела, то этим юридически признается, что не имел места сам факт такого преступления. Поскольку не было преступления о даче взятки, то и не имело место другое преступление – получение взятки. Если же будет вынесено постановление о прекращении уголовного

преследования, то сам факт преступления (дача взятки), имел место. Дача и получение взятки, деяния взаимосвязанные и одно без другого существовать не может. Далее, чтобы определить, имело ли место вымогательство в отношении лица, давшего взятку со стороны должностного лица и насколько лицо добровольно сообщило о совершенном им деянии, необходимо установить все это посредством собирания доказательств. Доказательства же могут собираться только посредством совершения процессуальных действий по возбужденному уголовному делу. Собрав доказательства подтверждающие дачу взятки взяткодателем и определив, что в отношении него имело место вымогательство, следователь должен освободить взяткодателя от уголовной ответственности со ссылкой на п. 2 примечания к ст. 312 УК РК и с применением ст. 51-1 УПК РК и вынесением постановления о прекращении уголовного преследования. О том, что надлежит выносить постановление о прекращении уголовного преследования, а не постановление об отказе в возбуждении уголовного дела, следует из буквального содержания п. 2 примечания, т.к. в нем употреблено выражение «лицо, давшее взятку, освобождается от уголовной ответственности». Более того, смысл и сущность примечания именно в том, чтобы освободить лицо, совершившее преступление, от уголовной ответственности и наказания, а не освобождать лицо от правовой ответственности посредством не возбуждения уголовного дела. Как было сказано

выше, освобождение лица, совершившего преступление, от уголовной ответственности это институт материального права, а установление юридического факта преступного деяния или его отсутствие в действиях того или иного лица, это институт процессуального права.

В науке уголовного права отсутствуют исследования, раскрывающие сущность и природу примечаний к соответствующим статьям уголовного кодекса. Не ставя перед собой цель его раскрытия, выскажу предположение, что примечание к ст. 312 УК РК, это комбинированная (суррогатная) норма, содержащая в себе одновременно диспозицию и санкцию, освобождающую от уголовной ответственности лицо, совершившее противоправное деяние. Поэтому, примечание – есть часть раздела Общей части уголовного кодекса, посвященная освобождению от уголовной ответственности и наказания лица, совершившего преступное деяние. Законодатель же применив специфическую юридическую технику конструирования статьи УК РК, переместил освобождение взяточдателя от уголовной ответственности из Общей части УК РК, в Особенную часть УК РК (глава 13) посредством ее выделения, в виде примечания к ст. 312 УК РК.

Учитывая, что оба деяния являются взаимосвязанными, т.е. одно не может существовать без другого, то действия взяточполучателя должны быть квалифицированы по п. «а» ч. 4 ст. 311 УК РК, т.е. получение взятки путем вымогательства. В случае если уголовное

дело в отношении взяточдателя не будет возбуждено, то невозможно освободить его от ответственности посредством вынесения постановления об отказе в возбуждении уголовного дела со ссылкой на выше-названный п. 2 примечания и ст. 51-1 УПК РК. Как было сказано выше, отказ в возбуждении уголовного дела означает отсутствие самого факта преступления либо отсутствие признаков этого преступления. Таким образом, следует различать правовые действия органа уголовного преследования – отказ в возбуждении уголовного дела в отношении взяточдателя от освобождения взяточдателя от уголовной ответственности.

Теперь рассмотрим вопрос о взяточполучателе, когда и за что он освобождается от уголовной ответственности и подлежит ли он вообще освобождению от уголовной ответственности.

В ст. 311 УК РК отсутствует примечание, аналогичное тому, что предусмотрено в ст. 312 УК РК. Тем не менее, в реальной жизни встречаются случаи, когда взяточполучатель сообщает соответствующему должностному лицу имеющему право возбуждать уголовное дело о даче взятки, что ему предлагают взятку либо он уже получил взятку от взяточдателя. Более того, государство поощряет такие действия и материально вознаграждает за это /21/. Так вот, подлежит ли такое лицо освобождению от уголовной ответственности и имеются ли правовые основания его освобождения аналогично тому, которое преду-

### **Существующие редакции статей о деяниях о взяточничестве (получение взятки, дача взятки, посредничество во взяточничестве), в том числе Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан «О практике применения судами законодательства об ответственности за взяточничество» от 22. 12. 1995 года, нормы и положения освобождающие лиц от уголовной ответственности за эти деяния, нуждаются в совершенствовании**

смотрено для взяточдателя? К сожалению, следует констатировать, что не имеется. И вот почему. Во-первых, в ст. 311 УК РК отсутствует примечание, которое бы позволяло органу уголовного преследования освобождать от уголовной ответственности взяточдателя. Во-вторых, в уголовном праве запрещено применение аналогии, а поэтому невозможно применение примечания к ст. 312 УК РК к деянию, аналогично тому, что предусмотрено в ст. 311 УК РК.

Полагаю, что существующий пробел в данном вопросе не способствует борьбе со взяточничеством со стороны лиц, которые пытаются решить свои материальные и нематериальные интересы посредством подкупа должностных лиц. Последние же не имеют гарантии освобождения их от уголовной ответственности подобно той, которая имеется у взяточдателя. В ст. 371 проекта нового УК РК, как и в ныне действующей ст. 311 УК РК, отсутствует положение об освобождении от уголовной

ответственности лица, сообщившего о том, что его хотят подкупить.

При этом следует учесть, что в соответствии с проектом нового УПК РК /22/, не предусмотрена стадия возбуждения уголовного дела органом уголовного преследования в соответствии с которой, уголовное дело считается возбужденным после того, как следователь или дознаватель вынесет постановление о возбуждении уголовного дела. Поскольку не будет такой стадии, то и не будет выноситься следователем такой процессуальный акт, как постановление об отказе в возбуждении уголовного дела, что предусмотрено сегодня ст. 186 УПК РК.

Актуальным с позиции теории и практики является вопрос о том, подлежит ли освобождению от уголовной ответственности посредник во взяточничестве, если будет установлено, что имело место вымогательство взятки взяткополучателем. Полагаю, что должен быть освобожден, если он добровольно сообщит соответствующему правоохранительному органу о факте участия в преступлении в качестве связывающего лица. Однако для этого в ст. 374 проекта УК РК надлежит внести соответствующее примечание.

### Резюме

Существующие редакции статей о деяниях о взяточничестве (получение взятки, дача взятки, посредничество во взяточничестве), в том числе Нормативное постановление Верховного суда Республики Казахстан «О практике приме-

нения судами законодательства об ответственности за взяточничество» от 22 декабря 1995 года, нормы и положения освобождающие лиц от уголовной ответственности за эти деяния, нуждаются в совершенствовании. Поскольку жизнь динамична, появляются новые объекты материального и нематериального мира способные удовлетворить потребности человека, упрощаются и более технологичней становятся способы перехода этих объектов от одного лица к другому, следовательно и сложней бороться с взяточничеством, законодателю при разработке и принятии новых УК РК и УПК РК, следует все это учесть. Задача весьма сложная, но достижимая.

### Список использованных источников:

1. См.: Кирпичников А. И. Взятка и коррупция в России. СПб, 1997; Клепицкий А. И. Получение взятки в уголовном праве России. М., 2001; Семин В. С. Ответственность за дачу взятки. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1988; Квициания А. К. Взятничество и борьба с ним. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1990; Краснопеева Е. В. Взятничество: уголовно-правовой и криминологический аспекты: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002; Яковенко Е. В. Уголовно-правовая борьба со взяточничеством: Дис. ... канд. юрид. наук. Владивосток, 2004.
2. Валюта в переводе с итальянского означает цену, стоимость.
3. См.: Пункт 9 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2000 г. № 6 «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе» в редакции от 06 февраля 2007 г. В кн.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 2007. № 5.

4. Вопрос о том, могут ли быть предметом взятки сексуальные услуги, ни для теории ни для практики, не является новым. Еще в период действия УК РСФСР 1922 г. и УК РСФСР 1926 г. ученые теоретики и судебная практика не признавали предметом взятки сексуальные услуги на том основании, что они не причислялись к материальным благам, т.е. могущим быть оцененными в денежном выражении. Поэтому вступление женщины в половую связь с должностным лицом с тем, чтобы он совершил или не совершил в отношении нее или представляемого ею лица какие-либо действия или бездействия, не признавалось уголовно наказуемым взяточничеством. См.: Сборник постановлений Верховного Суда РСФСР 1924 года. М., 1925. С. 55.
5. См.: Лопашенко Н. Взятничество: проблемы квалификации // Правоведение. 1999. № 2. С. 109.
6. См.: Жижиленко А. Должностные (служебные) преступления. Практический комментарий. М., 1927. С. 75-76.
7. См.: Полный курс уголовного права: В 5 т. / Под ред. докт. юрид. наук, проф. заслуженного деятеля науки РФ А. И. Коробеева. Т. V: Преступление против государственной власти. Преступление против военной службы. Преступление против мира и безопасности человечества. Международное уголовное право. – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. С. 154.
8. См.: ст. 372 проекта нового УК РК. Сайт Генеральной прокуратуры РК – [proruror.gov.kz](http://proruror.gov.kz).
9. В юридической литературе по данному вопросу существуют два мнения. Одни авторы полагают, что право на долю в товариществе возникает с момента заключения договора-купли продажи, дарения, другие – с момента регистрации в уполномоченном го-



- сударственном органе изменений в составе участников товарищества. Автор данной статьи придерживается мнения последних. См.: Нам Г. М., Нам И. Г. Комментарий к Закону РК «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью». Алматы: ТОО «Издательство «Норма-К», 2006.
10. См.: Нормативное постановление Верховного Суда РК «О практике применения судами законодательства об ответственности за взяточничество» от 22 декабря 1995 г. В кн.: Сборник постановлений пленума Верховного Суда Казахской ССР, Пленума Верховного Суда Республики Казахстан, нормативных постановлений Верховного Суда Республики Казахстан (1968-2010 годы). – Алматы: ТОО «Издательство «Норма-К», 2010.
11. См.: Кучуков Т. Агентурный облом. Газета «Время», 07 августа 2012 г., приговоры судов по уголовным делам № 1-408/11, № 1-77/2012 в отношении И. и С. Текущие архивы судов Медеуского и Бостандыкского районов г. Алматы за 2011-2012 годы.
12. См.: Приговор Атырауского городского суда в отношении У., уголовное дело № 1-11/2010 от 09 марта 2010 г., приговоры судов Медеуского и Бостандыкского районов г. Алматы в отношении И., С., А. уголовные дела № 1-408/11, № 1-77/2012, № 1-307/2013. Текущие архивы судов за 2010 - 2013 годы.
13. См.: ст. 372 проекта нового УК РК. Сайт Генеральной прокуратуры РК – [proruror.gov.kz](http://proruror.gov.kz).
14. См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2000 г. № 6 «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе» в редакции от 06 февраля 2007 г.
15. Законом РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам борьбы с коррупцией» от 21 июля 2007 г. № 308 ранее имевшееся примечание к ст. 312 УК РК, было исключено. В последующем, другим Законом РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам обеспечения безопасности лиц, участвующих в уголовном процессе» от 07 апреля 2009 г. № 149-IV примечание вновь включено в ст. 312 УК РК в ныне существующей редакции.
16. По уголовному делу № 1-32/2012 в отношении А. взятодателем сообщил ДБЭКП по Мангистауской области о даче взятки должностному лицу спустя четыре года. См.: Текущий архив Специализированного межрайонного суда по уголовным делам Кызылординской области за 2012 г.
17. В проекте нового УК РК в п. 2 примечания к ст. 373 вместо ныне действующего текста «сообщило органу, имеющему право возбудить уголовное дело, о даче взятки», предлагается заменить на «сообщило правоохранительному или специальному государственному органу о даче взятки», что является правильным. Также предлагается иная редакция п. 1 этого примечания. Однако сумма подарка, вручающая должностному лицу, осталась неизменной – не более 2 месячных расчетных показателей.
18. См.: ст. 77 Конституции РК, ст. 1 Конституционного закона РК «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» от 25 декабря 2000 г.
19. См.: ст. 55 проекта нового УПК РК. Сайт Генеральной прокуратуры РК – [proruror.gov.kz](http://proruror.gov.kz).
20. См.: ст. 373 проекта нового УК РК. Сайт Генеральной прокуратуры РК – [proruror.gov.kz](http://proruror.gov.kz).
21. См.: Правила поощрения лиц, сообщивших о факте коррупционного правонарушения или иным образом оказывающих содействие в борьбе с коррупцией. Утверждены постановлением Правительства РК от 23 августа 2012 г. № 1077.
22. См.: главы 23 и 24 проекта нового УПК РК. Сайт Генеральной прокуратуры РК – [proruror.gov.kz](http://proruror.gov.kz). ■





**РАХМАНОВ Нурлан Даирбекович**  
адвокат Алматинской городской коллегии  
адвокатов

# Виражи или миражи закона. Юридические казусы или новейшие технологии в старом правовом поле

**/на основе реального уголовного дела/**

**Д**епартаментом финансовой полиции по городу Алматы завершено предварительное расследование не совсем обычного для них уголовного дела. Его особенность заключается, даже не в том, что это дело по закону подлежало расследованию в органах внутренних дел, и даже не самими фигурантами проходящими по данному уголовному делу, а прежде всего в том, что из обычного, заурядного корпоративного спора между акционерами, который подлежал бы рассмотрению в порядке гражданского судопроизводства, и по которым в судах нашей страны имеется устойчивая, наработанная судебная практика, в результате тесного «сотрудничества» государственных правоохранительных структур и частного бизнеса, был осуществлен переход этих взаимоотношений, в виде осуществленных попыток досудебного урегулирования спора, в область уголовно-наказуемого деяния,

квалифицировав подобные действия, в качестве вымогательства.

Общеизвестно, что иски о взыскании долга и многие другие, основанные изначально исключительно только на убежденности лиц, в обоснованности и предполагаемой ими законности предъявления материальных и не материальных требований к ответчикам, подлежат рассмотрению в ходе гражданского судопроизводства. И только суд, в рамках рассматриваемого им гражданского дела, дает оценку в законности или в обоснованности предполагаемых истцами прав. При этом, закон не делает исключений в отношении лиц, подлежащих привлечению в качестве ответчиков, также как и в части всевозможных негативных последствий вызванных этими действиями истцов, для самих ответчиков, их имиджу, чести и деловой репутации, ими могут оказаться любое физическое,

юридическое лицо и даже само государство.

Тем самым, в рамках гражданского судопроизводства не существует никаких ограничений прав истцов по предъявлению ими своих исковых требований, если даже они только предполагают, что их права и интересы кем то нарушены. Аксиома, выработанная историей развития всего человечества, начиная с древних времен и ставшая конституционной нормой, в нашей стране гласит, что каждый вправе обратиться в суд в защиту своего действительного или предполагаемого права, независимо от того, какие последствия для ответчика они могут повлечь, и эта аксиома, в числе других постулатов права вообще, определяет само понятие правового поля.

Но, по всей видимости, это правовое поле с его тысячелетней историей, для наших правоохранительных органов так сильно устарело, что воспринимаемые ими реалии современной действительности в сфере регулирования взаимоотношений в обществе, вынуждают их искать абсолютно новые подходы и пути их решения. При этом, в своем «творческом порыве», они зашли так далеко, что уже невозможно различить реальность от миража, а сам закон от его призрачной тени.

Подобные «новые подходы» в разрешении сложных гражданско-правовых отношений, определяют необходимость смещения угла и точки зрения, в законотворчестве и правовой науке в целом, в части наличия и допустимости самой угрозы распространения сведений, так или иначе затрагивающих честь, достоинство, деловую репутацию ответчика, и которые

он не желал бы предавать огласке в ходе рассмотрения гражданского дела, со всеми вытекающими отсюда для него неблагоприятными последствиями, либо избрать в качестве способа своей защиты, от неминуемой подобной угрозы, активные действия, в виде обвинения истцов в угрозе причинения ему и его близким существенного вреда, позорящих его или его близких и т.п.

Именно этот, поворотный пункт выступает определяющим моментом, где потенциального ответчика, уклоняющегося от необходимости исполнения каких-либо обязательств, можно было бы выставить по предварительной договоренности с блюстителями закона, несчастной жертвой, потерпевшим от назойливых требований истцов. А истцы, сами того не ведая, будучи втянутыми в проводимые правоохранительными органами оперативные мероприятия, вступают в обсуждение своих требований с этим лицом, добросовестно предполагая, что тем самым осуществляют досудебное урегулирование имеющегося между ними спора.

И для ответчика, остается только сыграть отведенную ему этими блюстителями закона роль несчастной жертвы, и строго следуя установленному сценарию, в ходе этих обсуждений довести истцов до грани бешенства, взрыва эмоций, при котором обе стороны уже не стеснялись бы в выборе слов и выражений, во взаимных оскорблениях и угрозах, и зафиксировать этот процесс при помощи специальных средств, услужливо предоставленных ему правоохранительными органами. А уже эти, полученные таким образом материалы, именуемые материалами опера-

тивной проверки, полученные в ходе проведенных оперативных мероприятий, будут приняты в качестве несокрушимых доказательств наличия угроз и шантажа высказанных истцами в адрес предполагаемого ими ответчика, а фактически в тот момент выступающего уже в качестве потерпевшего, так как именно его заявление формально выступило основанием для проведения этих оперативных мероприятий.

Тем самым, формулировка диспозиции ст. 181 УК РК в части: требование передачи имущества или права на имущество или совершение других действий имущественного характера под угрозой распространения сведений, позорящих потерпевшего или его близких, либо иных сведений, оглашение которых может причинить существенный вред интересам потерпевшего или его близких, ставит вне закона вообще саму возможность предъявления, рассмотрения судами исковых требований имущественного или других требований не имущественного характера, осуществляемых в порядке гражданского судопроизводства, так как при этом неизбежны требования передачи имущества или прав на них, разглашение сведений, которые ответчик желал бы сохранить в тайне и т.д.

Являясь адвокатом-практиком, со всей ответственностью готов заявить, что подобный поворот в использовании действующих норм права, неминуемо приведет к кардинальному пересмотру основ гражданского права, выработанной многолетней историей человеческого развития, как по ранее состоявшимся судебным решениям, так и предстоящим по исковым требованиям о выплате

алиментов, установления и оспаривания отцовства, и многим, многим другим.

Возможно настало время, законодательно закрепить положение о том, что по каждому отдельно взятому исковому заявлению, требуется предварительное проведение проверок и получение соответствующих заключений о том, что в них не содержится признаков состава преступления, предусмотренного в ст.181 УК РК? Но, как быть, если это действительно материальные требования имущественного характера, которые оспариваются сторонами, и кто должен будет давать подобного рода заключения? Либо, необходимо пересмотреть саму диспозицию ст. 181 УК РК, исключив из нее следующие признаки: требование передачи имущества или права на имущество или совершение других действий имущественного характера под угрозой распространения сведений, поносящих потерпевшего или его близких, либо иных сведений, оглашение которых может причинить существенный вред интересам потерпевшего или его близких.

В связи с чем, обращаюсь ко всем уважающим себя лицам, которые в силу тех или иных причин не желали бы предавать огласке свое отцовство над внебрачными детьми, либо не желающих выплачивать алименты или какие-либо компенсационные выплаты, да и просто возвращать долги, у всех у вас появился реальный шанс, уйти от этих исковых угроз гражданско-правовых отношений, переведя их в плоскость уголовного права. И уже не вы будете выступать в негативном свете в глазах общества, а эти сами истцы, которые посмели бросить

тень на вашу репутацию, честь и достоинство, охраняемые ст. 181 УК РК, и которые с вашей легкой руки, при поддержке со стороны органов охраняющих закон, становятся преступниками, подлежащими привлечению к уголовной ответственности.

Правда, следует уточнить, что в этом случае есть маленькое, нигде не озвученное и процессуально не оформленное исключение, что это допустимый вариант только для очень узкого круга лиц, которых принято обозначать в качестве VIP-персон, в силу занимаемых ими должностей или по каким-либо другим достоинствам.

Данное вступление, было необходимо для того, что бы понять механизм, роль и значение осуществленных действий самими участниками вышеуказанного уголовного дела, по которому завершено предварительное следствие, и оно без каких-либо осложнений передано в суд.

Предистория расследованных этим уголовным делом событий, уходит в далекие 2000 годы, когда на волне зарождающейся предпринимательской деятельности, лица объединялись в различные коммерческие предприятия, для совместного осуществления бизнеса и получения прибыли. С годами, их бизнес рос, становясь все шире и шире. С 2003 года им было уже тесно в рамках созданных структур, и стал вопрос о переводе имеющихся активов в другие отрасли, в частности, в банковский сектор. Тогда выбор пал на «Банк Каспийский», куда путем многоходовых финансовых операций, в качестве акционера вошел Ким В.К., будучи одним из участников совместного их бизнеса. Но со временем, оставшиеся

участники, осознали тот факт, что Ким В.К. с его многочисленными обещаниями и клятвенными заверениями, о перспективах роста, были обыкновенной ложью. Единственный рост материального достатка произошел только в отношении лично самого Ким В.К. – ставшего Председателем Совета директоров «Каспий Банка», в ущерб интересам остальных своих сотоварищей, с которыми он когда то начинал бизнес.

И вот на фоне всех этих событий, оставшиеся не удел лица: Щерба А.В., Деркунский А.Ю. попытались в рамках гражданского судопроизводства восстановить справедливость, призвав к ответу Ким В.К. путем подачи целой серии исковых заявлений. Подготовив проекты своих исковых требований, они, в очередной раз, доверившись факту многолетнего знакомства с Ким В.К., по своей наивности в его человеческую порядочность, вступили с ним в обсуждение этих всех спорных моментов.

При этом, в круг этих обсуждений на последнем, завершающем этапе, когда происходил процесс задержания так называемых «вымогателей», по воле случая был втянут и еще один фигурант этого уголовного дела – Цой В.С., который теперь вместе со всеми также ожидает своей участи, находясь под стражей с июня 2012 года.

Понимая это, ответчик оказавшись перед дилеммой: либо досудебного урегулирования спора с потенциальными истцами, либо предоставить суду разрешить этот спор, где истцы будут пытаться доказать тот факт, что он приобрел акции своего банка за деньги этого самого банка, а также используя и не возвратив деньги

самых этих истцов, со всеми вытекающими отсюда для него неблагоприятными последствиями в виде ненужной огласки его коммерческой деятельности, избрал для себя не без помощи со стороны властных структур наиболее оптимальный и короткий путь, разрубив этот «гордиев узел» раз и навсегда, обратившись с заявлением о якобы имевших место угрозах шантажа и вымогательства в Генеральную прокуратуру Республики Казахстан.

Этот выбор, куда ему обратиться с подобным заявлением, по всей видимости, был продиктован осознанием либо своей исключительности, либо уверенности, что именно там он найдет понимание и необходимую поддержку, в том чтобы из ответчика по делу, стать потерпевшим, запуганным и несчастным.

По всей видимости, VIP-статус этого человека для правоохранительных органов определяется по роду занимаемой лично им должности, либо ролью и значением для экономики нашей страны, возглавляемого им банка. В связи с чем, возникают закономерные вопросы относительно принципа Равенства всех перед законом и судом, реально ли оно или это уже в современных условиях, анахронизм прошлого, когда в юриспруденции и в самом обществе не существовало понятия VIP-персон? Кто и каким образом определяет, устанавливает привилегированный статус VIP-персоны в правоотношениях вообще и в уголовном деле в частности? Какая сумма материального достатка, так называемый имущественный ценз необходим для приобретения данного статуса, с тем что бы обезопасить и навсегда оградить себя от назой-

ливых правдоискателей, наивно верящих в силу закона, и которые словно обманутые путники идут на манящие миражи пустыни правового поля.

При этом, подсудимые, которые в действительности в очередной раз «остались с носом» в своих попытках начать гражданский спор, а также их адвокаты, убеждены, что это уголовное дело, обязательно войдет в историю и аналоги правоприменительной практики в качестве еще одного яркого примера «творческого, новаторского подхода и креативного мышления» правоохранительных органов, при квалификации действий самого потерпевшего – VIP-персоны в одном из эпизодов данного уголовного дела, с абсолютно новым статусом, ранее никогда и ни кем не регламентированным в качестве участника уголовного процесса – «Парламентер».

В данном случае, правоохранительные органы, в лице финансовой полиции и осуществлявшей надзор, начиная с районной и до Генеральной прокуратуры, впервые применив в уголовном процессе это понятие, зашли так далеко, что за этим громким, но абсолютно неизвестным для уголовного права термином, они сами уже не могут разглядеть различий в вынесенных ими же постановлениях. Иначе, чем объяснить тот факт, что прокурор района 30.06.12 года отменил предъявленное обвинение Цой В.С. в совершении им преступления, предусмотренного ст. 181 УК РК, но затем, практически тот же текст обвинения, только с внесенным в него дополнительным эпизодом за 2009 год, связанный с якобы имевшим место вымогательством или самоуправством со стороны

Цой В.С. в отношении руководителей ТОО «Планета электроники», где заявитель и потерпевший Ким В.К., выступил в качестве и роли Парламентера.

И этот факт, основанный на официальных материалах данного, конкретного уголовного дела, свидетельствует о том, что в юридическую практику впервые вместо понятий и терминов: посредник, подстрекатель или пособник вводится понятие и определение «парламентер».

И здесь, следует в очередной раз констатировать, что мы по этому одному уголовному делу в очередной раз оказались «впереди планеты всей». Хорошо это или плохо, жизнь наша с вами и покажет.

**Тем самым, в сфере уголовно-правовых отношений, имя этого потерпевшего, действительно останется в истории, в качестве первого лица, «заслужившего» себе особое внимание и почтение, тем, что еще в 2009 году, он исполнял и выступал не в качестве подстрекателя или пособника, а в качестве ранее неизвестного теории и науке уголовного права «парламентера».**

**P.S.** Осталось не долго ждать, когда судом будут расставлены все акценты по этому уголовному делу и не смотря на то, что для обвиняемых перспективы далеко не радужные, в свете вышеуказанных обстоятельств, они вместе со своими защитниками, готовы продолжить, теперь уже не спор, а откровенную и яростную борьбу уже в защиту своей чести, достоинства и деловой репутации, с этим представителем золотой элиты. ■



# Сроки ареста и порядок их продления

**СТУКАНОВ Юрий Сергеевич**  
адвокат Специализированной юридической  
консультации «Адвокат»  
Алматинской городской коллегии адвокатов

**Д**ействующее уголовно-процессуальное законодательство Республики Казахстан в числе мер пресечения, применяемых к подозреваемым и обвиняемым, содержит такую меру, как арест, которая является самой строгой превентивной мерой. Арест в наибольшей степени, по сравнению со всеми иными мерами пресечения, ограничивает конституционные права и свободы человека и гражданина.

В юридической литературе и в действующем законодательстве данной мере пресечения дается разное определение: «содержание под стражей», «арест».

«Статья 16 Конституции Республики Казахстан:

2. Арест и содержание под стражей допускаются только в предусмотренных законом случаях и лишь с санкции суда

с предоставлением арестованному права обжалования. Без санкции суда лицо может быть подвергнуто задержанию на срок не более семидесяти двух часов».

В действующем законодательстве Республики Казахстан понятия «арест» и «содержание под стражей» означают одно и то же, в конституционном, международном и уголовно-процессуальном праве эти слова являются синонимами (ст. 16 Конституции Республики Казахстан, ст. 5 Европейской Конвенции «О защите прав человека и основных свобод», ст. 150 УПК РК). Таким образом, законодатель употребляет в одном предложении два различных названия одной и той же меры пресечения.

Профессор И. Л. Петрухин считает, что наиболее удачным наименованием этой





меры пресечения является «заключение под стражу», так как «содержание под стражей» – это, скорее всего, процесс реализации данной меры пресечения. По его же мнению, термин «арест» является понятием неоднозначным, поскольку арест известен также административному праву – как вид мер административного взыскания.

В соответствии со ст. 153 УПК РК срок ареста при досудебном производстве по делу не может превышать два месяца, кроме случаев, предусмотренных этим Кодексом.

Максимальный срок ареста при досудебном производстве не может превышать двенадцати месяцев. Дальнейшее продление срока ареста не допускается, арестованный обвиняемый подлежит немедленному освобождению.

В стадии судебного производства по уголовному делу в соответствии со ст. 322 УПК РК суд вправе во время главного судебного разбирательства – избрать, изменить или

отменить меру пресечения в отношении подсудимого.

При этом, срок ареста подсудимого по категории преступлений – небольшой и средней тяжести – со дня поступления дела в суд и до вынесения приговора не может превышать – шести месяцев, по делам о тяжких преступлениях – двенадцать месяцев, по делам об особо тяжких преступлениях – срок ареста может продлеваться в пределах срока давности привлечения лица к уголовной ответственности.

Анализ ныне действующего уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан, в частности приведенные нормы, свидетельствуют о том, что в вопросах продления срока ареста имеются неясности и упущения следующего характера.

После того, как следователем составлено и подписано обвинительное заключение, уголовное дело немедленно направляется прокурору, осуществляющему надзор по данному делу – ст. 280 УПК РК.

Прокурор, по делу, поступившему с обвинительным заключением, вправе мотивированным постановлением – отменить или изменить ранее избранную обвиняемому меру пресечения либо избрать меру пресечения, если таковая не была применена, за исключением ареста или домашнего ареста.

### **Анализ ныне действующего уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан свидетельствует о том, что в вопросах продления срока ареста имеются неясности и упущения.**

При этом, следователь, направляя уголовное дело, по которому в отношении обвиняемого избрана мера пресечения, в сопроводительном письме, отмечает, что «дальнейшим содержанием под стражей обвиняемый – **перечисляется** за прокурором».

Аналогичное упоминание содержится в сопроводительном письме прокурора при направлении уголовного дела в суд в порядке ст. 284 УПК РК.

В этих случаях достаточно часто возникают ситуации, что двухмесячный срок содержания под стражей, или срок на который был продлен арест, фактически истек или до его истечения остается день, или два.

Здесь необходимо обратить внимание, что на рассмотренные вопросы, предусмотренных ст. 281 УПК РК и принятие решения по делу – прокурору предоставлен срок **не более десяти суток** – ст. 282 УПК РК.

После передачи прокурором уголовного дела в порядке ст. 284 УПК РК, суд также должен решить ряд вопросов, предусмотренных ст. 300 УПК РК, в том числе и вопрос «подлежит ли изменению или отмене избранная обвиняемому мера пресечения» и принять одно из двух, предусмотренных ст. 299 УПК РК, решений о:

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

В данном случае следует помнить, что это решение суд должен принять не позднее **пяти суток** с момента поступления дела в суд.

В случае же принятия решения о назначении главного судебного разбирательства в соответствии со ст. 302 УПК РК:

«4. Главное судебное разбирательство должно быть начато не ранее истечения трех суток с момента извещения сторон о месте и времени начала судебного заседания и не позже **пятнадцати суток** с момента вынесения постановления о его назначении.

В исключительных случаях этот срок может быть продлен постановлением судьи, но не более чем до тридцати суток».

Простой подсчет, перечисленных выше процессуальных сроков, позволят утверждать, а следственная и судебная практика – это полностью подтверждает, что с момента передачи дела от следователя к прокурору и начала главного судебного разбирательства – затрачивается **(10+ 5+15) = 30 суток!**

За все это время, должностные лица прокуратуры и суда, решают вопросы, правильно ли избрана мера пресечения, нет ли оснований к ее изменению или отмене, но никто из них, если двухмесячный срок содержания под стражей, предусмотренный ст. 153 УПК РК истек, **не выносит постановление о продлении срока ареста!**

Такая возможность продления срока ареста, как это отмечалось выше, появляется у суда в стадии главного судебного разбирательства – ст. 322 УПК РК.

Приведенные особенности действующей следственной и судебной практики, позволяют прийти к выводу, в случаях истечения двухмесячного срока содержания на стадии предварительного следствия и дальнейшим «перечислением обвиняемого – за прокурором и судом», что обвиняемый, а после предания его суду – подсудимый – на протяжении **30 суток содержится под стражей – незаконно!**

В силу приведенного анализа, разработчикам нового Уголовно-процессуального Кодекса Республики Казахстан, следует принять во внимание эти обстоятельства и дополнить соответствующие статьи указанием на то, что в подобных случаях – прокурор, а затем суд – выносят постановление о продлении срока ареста подсудимого – с указанием на какой срок, которое направляется администрации следственных изоляторов.

#### Список использованных источников:

1. Петрухин И. Л. Заключение под стражу. Уголовный процесс. — М., 2001. С. 126.
2. Уголовно-процессуальный Кодекс РК, Алматы, 2012. ■

## Уважаемые читатели!

Текущая подписка на журнал «Адвокаты Алматы» осуществляется в редакции по адресу:  
 Республика Казахстан, 050091, г. Алматы, Наурызбай Батыра 49\61,  
 тел.\факс: (727) 278-04-77.  
 Приобрести журнал можно в редакции  
 и КА «Алматинская городская коллегия адвокатов».



# Понятие и история возникновения института суда присяжных



**ТЕМИРБЕКОВА Асия Майлыбаевна**  
адвокат Специализированной юридической  
консультации «Адвокат»  
Алматинской городской коллегии адвокатов

**Н**а сегодняшний день в Казахстане существует институт суда присяжных заседателей. В соответствии со ст. 543 УПК РК суд с участием присяжных заседателей рассматривает уголовные дела по особо тяжким преступлениям. Однако, не все адвокаты принимали участие в процессах с участием присяжных заседателей, так как на практике редко встречаются уголовные дела по особо тяжким преступлениям. В некоторых регионах Казахстана, несмотря на то, что институт суда присяжных уже относительно давно введен в уголовно-процессуальное законодательство как одна из форм судопроизводства, понятия не имеют об этом институте.

Для того, чтобы понять и вникнуть в суть института присяжных необходимо исследовать его исторические корни, и

только тогда будет ясно, что он из себя представляет и насколько ныне существующий институт суда присяжных в Казахстане сохранил свой классический вид.

«Мудрый и гуманный французский закон, построенный на том принципе, что лучше оправдать виновного, чем осудить невиновного, нашел в институте присяжных гарантию правосудия, коему доступно милосердие, человеколюбие и сочувствие, деяния человека он хочет судить по-человечески» – Севен Ф. Законодательство Наполеона I.

Прообразом современного суда присяжных следует считать афинский суд гелиостов (от слова «гелиэя» — «народное собрание»), а также комитции (выборные собрания граждан) в Древнем Риме. Потом по прошествии веков, суд присяжных возродится в



средневековой Европе (точнее, в Англии), далее – уже в Новое время указанный институт распространяется на другие континенты.

Как справедливо отмечает известный историк уголовного процесса М.А. Чельцов-Бебутов, жюри того времени еще долгое время не являлось судом присяжных в ныне существующей форме. Его члены не проверяли непосредственно доказательства. Они решали дело своим вердиктом (*verdictum*, то есть объявлением под присягой истины) на основании лично им, как местным людям, известных фактов, выполняя обязанность сообщения председательствующему своим, основанных на личном знании, впечатлений.

Одна из первых форм суда присяжных, *assisa*, возникла для разрешения земельных споров посредством допроса под присягой двенадцати местных землевладельцев («старожилов»), которые лучше остальных знали фактические обстоятельства дела (размер участка, его владельца и т.п.). Единогласное засвидетельствование ими указанных вопросов факта, именовавшееся *verdictum vicineti*, предопределяло разрешение судьей вопроса о праве на данное землевладение. Перенесение этой формы разрешения дел в уголовный процесс, развитие в нем суда присяжных от розыскного органа до органа правосудия не изменило изначальной роли присяжных – «свидетельствовать» о фактических обстоятель-

ствах дела в вердикте. Изменилось только обоснование этой роли – право присяжных разрешать вопросы факта стало объясняться не тем, что они являются лучшими свидетелями произошедшего (присяжные стали решать указанные вопросы только на основе представленных сторонами и исследованных в суде доказательств), а тем, что они, обладая житейским опытом и здравым смыслом, способным по своему внутреннему убеждению и совести более глубоко, чем профессиональный судья, подойти к установлению сложных обстоятельств дела. В соответствии со ст. 558 УПК РК указанные принципы перешли в основу принятия присяжными заседателями присяги.

Выделяют следующие исторические модели вердикта:

- англо-американская;
- континентальная (французская);
- смешанная.

#### **Англо-американская модель вердикта присяжных заседателей**

Суды присяжных впервые появились во Франции во времена правления Людовика Благочестивого в 829 году.

Однако, первым официальным подтверждением факта существования суда, похожего в общих чертах на суд присяжных, являются ординансы английского короля Генриха II, в одном из которых (1166 год) предписывалось отбирать из числа подданных по 12 человек от каждой сотни жителей крупных населенных пунктов и по четыре чело-

века от небольших деревень. Такие своеобразные коллегии тогда приобрели свое наименование – жюри (*jury*). Они-то и считаются зародышами того, что в наши дни на русском языке называется судом присяжных. На них возлагалось сообщение под присягой королевским судьям, время от времени посещавшим соответствующие населенные пункты, сведений о совершенных там наиболее серьезных преступлениях, а также «о любых лицах, обвиняемых или явно подозреваемых в разбое, преднамеренном убийстве или воровстве». Таких лиц подвергали «суду Божьему» (ордалии) с помощью воды. Если они признавались виновными, то у них отрубалась одна нога, а имущество и скот конфисковывались в пользу короля. Людей, которых оправдывали, но признавали имеющими плохую репутацию, выдворяли за пределы страны.

В 1194 году состоялось отделение обвинительной функции присяжных от их функции разбирательства уголовных дел по существу. Организационно это выразилось в переходе к двум видам жюри присяжных – большому жюри, одобрявшему или не одобрявшему предъявление обвинения конкретному лицу, и малому жюри, которому поручалось решение вопроса о его виновности или не виновности.

Исторически зафиксированной датой в развитии судебной системы является 06 июня 1215 года, когда английские бароны вынудили

короля Иоанна Безземельного подписать документ, который назвали Великая Хартия вольностей. Он и по сегодняшний день является одной из основ конституционного строя Великобритании. Статья 39 Хартии гласит, что ни один свободный человек не будет задержан, заточен в тюрьму, лишен имущества, объявлен вне закона, изгнан или иначе обездолен и король не пойдет на него (войной) и не пошлет на него (войска) иначе как по законному приговору суда равных ему по законам страны.

В начале XV века суды присяжных избавились от элементов «суда Божьего», в котором виновность или невиновность подсудимого определялась не по собранным доказательствам, а по его (подсудимого) способности или неспособности выдерживать пытки, различного рода испытания либо давать клятву убедительно. Если в результате процедуры process of attainт вердикт признавался неверным, присяжные, его постановившие, «теряли гражданские права... объявлялись навсегда бесчестными, их земли конфисковывались, жен и детей выгоняли из дому... а сами они ввергались в тюрьму». Присяжные на этом этапе были зависимы от мнения профессиональных судей. Однако в 1670 году знаменитым решением судьи Вогана по делу Бушеля был создан прецедент, закрепивший право присяжных на свободную оценку доказательств, не подлежащую прямому контролю со стороны суда.

Лишь к концу XVIII столетия суды присяжных в Англии приобрели свою классическую форму: в их составе четко обозначились две части – судьи профессиональные (государственные чиновники, назначавшиеся монархами или по их поручению) и судьи непрофессиональные (подбирившиеся методами случайного отбора представители народа, отвечавшие установленным требованиям). Первым поручалось решение только правовых вопросов, в том числе вопроса о мере наказания, а вторым – о доказанности или недоказанности предъявленного подсудимому обвинения (о его виновности или невиновности в совершении преступления).

На сегодняшний день, в отличие от казахстанской системы требований к кандидатам в присяжные заседатели, присяжный заседатель в Англии – это некомпетентный в области права английский подданный (ценз гражданства) в возрасте от 18 до 70 лет (возрастной ценз), обладающий активным избирательным правом (избирательный ценз) и проживающий на территории Англии не менее 5 лет после достижения возраста 13 лет (ценз оседлости).

Система выбора кандидатов в присяжные заседатели в Англии более демократичная. После отводов и самоотводов, выбранный список присяжных заседателей, насчитывающий 25 – 30 человек, утверждает решением Лорда-канцлера. Лица, попавшие в список, проверяются по специаль-

ным компьютерным базам полиции на наличие судимостей. Согласно постановлению Генерал-Атторнея (1988) по делам о государственной безопасности и терроризме с согласия Генерал-Атторнея адвокатам сторон разрешается навести справки относительно личности кандидата в присяжные, его политических убеждений и др.

После того как список присяжных составлен и утвержден, согласно ст. 12 Акта о присяжных заседателях (1974), может происходить



«испытание» (challenging) всего списка присяжных или отдельного присяжного адвокатами сторон. Результатом испытания присяжных может стать мотивированный отвод отдельного присяжного заседателя или всего списка присяжных.

Использование наведения справок о кандидатах в присяжные (jury vetting) через компьютерные базы полиции считается нарушением частной жизни – хотя относительно данного аргумента нет полного согласия в рядах судей Апелляционного суда и суда Палаты лордов.

Англо-саксонская модель была перенесена в США, где она приобрела определенные самобытные черты, отличающие ее от оригинала, сохранив при этом множество сходных признаков, что позволяет говорить о существовании единой англо-американской модели вердикта.

Основной особенностью этой модели вердикта является то, что присяжные своим ответом («виновен» или «не виновен») решают единственный вопрос о доказанности обвинения, выдвинутого против подсудимого в обвинительном акте.

После дела Рональда Рейгана был введен новый специальный вердикт, согласно которому постановлялось «виновен, но психически болен». Рассмотрим дело Рональда Рейгана. 30 марта 1981 года Джон Хинкли (John Hinckley) попытался застрелить президента США Рональда Рей-

гана, когда тот выходил из отеля «Хилтон» в Вашингтоне (округа Колумбия) после выступления с речью. Небезинтересно, что накануне этого покушения Хинкли написал в письме известной американской актрисе Джоди Фостер, которую он преследовал на протяжении многих лет, что убьет президента Рейгана, чтобы завоевать ее любовь. 21 июня 1982 года Джон Хинкли был признан присяжными заседателями невиновным по причине его невменяемости в покушении на убийство президента Рональда Рейгана, а также еще трех человек, пострадавших вместе с президентом, и отправлен в психиатрическую клинику. Однако, специальный вердикт на сегодня действует не во всех штатах Америки.

Рассмотрим другое интересное дело: Дэн Уайт (Dan White) обвинялся в двойном умышленном убийстве – мэра Сан-Франциско Джорджа Москони (George Moscone) и окружного инспектора Харви Милка (Harvey Milk). На преднамеренность совершенного преступления указывала целая группа фактов: Уайт спрятал приготовленное оружие под жакетом; чтобы избежать датчиков, определяющих наличие металлических предметов (оружия), он проник в здание мэрии через подвальное помещение; имел при себе несколько дополнительных запасных обойм к пистолету и др. Адвокаты Уайта ссылались на то, что он совершил преступление в состоянии ограниченной вменяемости. Ранее

полностью здоровый Уайт после увольнения с должности окружного инспектора (из-за отказа принять его обратно на работу он, собственно, и застрелил мэра Сан-Франциско) начал в больших количествах есть чипсы «Twinkie» с очень большим содержанием сахара. По заключению эксперта Блиндера, употребление сахара могло повлечь за собой химический дисбаланс в головном мозге Уайта и стать причиной его депрессии. В результате Уайт был признан невиновным по причине ограниченной вменяемости и осужден к шести годам лишения свободы, тогда как по убийству он был бы приговорен к смертной казни (впоследствии в СМИ это дело будут называть защита со ссылкой на чипсы «Twinkie»).

Однако, в 1982 году в законодательство штата Калифорнии внесли изменения, отменив правило (оно было введено в Калифорнии в 1950 году), допускающее возможность осуществления защиты со ссылкой на ограниченную вменяемость подсудимого.

### **Континентальная (французская) модель вердикта присяжных заседателей**

Исторически первая форма континентального суда присяжных возникла во Франции, где она впервые была закреплена в годы революции постановлением от 03.09.1791 года, и в окончательном варианте – в Уставе уголовного судопроизводства Франции 1808 года, который действовал 150 лет,

подвергаясь существенным изменениям и дополнениям.

Французская модель суда присяжных внедрялась в государствах, завоеванных Наполеоном.

Начиная с первой половины 19 века, французская модель суда присяжных вновь была введена в Бельгии, Швейцарии (1842-1863 годы), Италии (1859 год), позже в Испании.

В период с 1842 по 1852 годы данная модель вводится во многих государствах Германского союза.

Законом от 10 декабря 1908 года было установлено право посещения совещательной комнаты председателем суда в сопровождении секретаря и представителей сторон, однако лишь «по просьбе самих присяжных». По закону председатель мог обратиться к присяжным с напутствием, предупредить их о возможных последствиях вердикта, иными словами, воздействовать на их внутренне убеждение и повлиять на решение. Это был явный шаг на пути к ликвидации принципа независимости присяжных, т.к. усиливалось воздействие председателя на исход совещания жюри.

05 марта 1932 года был реорганизован процессуальный порядок вынесения приговора в суде присяжных. Согласно закону присяжные заседатели отдельно от профессиональных судей выносили вердикт по вопросу о виновности подсудимого, а затем в случае вынесения

обвинительного вердикта совместно с профессиональными судьями решали вопрос о мере наказания. Закон якобы расширил полномочия присяжных, установив их участие в определении наказания. Однако, суть закона была в другом. Прежде всего, закон был рассчитан на то, чтобы устранить возможность вынесения присяжными оправдательного вердикта. Контроль профессиональных судей над жюри усилился. Суд присяжных превращался в своеобразный вариант суда шеффенов.

Фактическая ликвидация суда присяжных во Франции была произведена законом от 25 ноября 1941 года, который отменил систему двух коллегий, раздельно решавших вопросы виновности и наказания. Число присяжных было уменьшено с 12 до 6, которые были объединены в одну коллегия с тремя профессиональными судьями и совместно с ними решали вопросы о виновности подсудимого и применении к нему меры наказания. Фактически был введен шеффенский тип суда, для которого характерно решение вопросов о виновности и применении меры наказания.

Континентальная модель вердикта присяжных заседателей на примере французского Устава уголовного судопроизводства (УУС) 1808 года предусматривала, что присяжные – «судьи фактов», а коронные судьи – «судьи права». Однако, через некоторое время выяснилось, что президенты вместо объек-

тивного напутственного слова присяжным произносили страстную обвинительную речь, тем самым навязывая свое мнение присяжным заседателям. Согласно Закону от 19 июня 1881 года за президентом оставили только обязанность разъяснения присяжным заседателям порядок их совещания и дачи ответов на поставленные судом вопросы.

В Германии проблему, связанную с обвинительным уклоном президентских «резюме», авторы Устава уголовного судопроизводства от 01 октября 1877 года решили следующим образом, «председатель, не входя в оценку доказательств, поучает присяжных заседателей касательно правовых положений, которые они должны принять в соображение при исполнении возложенной на них задачи. Поучение председателя не подлежит возражению ни с чьей стороны».

Французский суд не воспринял правила английского процесса, требующего единогласия вердикта присяжных. Еще в ходе революции конца XVIII века ранее принятое правило, требовавшее для осуждения специального большинства в 10 голосов из 12, было заменено правилом о простом большинстве.

### **Смешанная модель вердикта суда присяжных заседателей**

Во второй половине XIV века наряду с континентальной моделью вердикта присяжных заседателей возникает модель смешанного

типа, сочетающая в себе признаки англо-американской и континентальной моделей вердиктов.

В России суды присяжных были введены в ходе судебной реформы 1864 года. Новые судебные учреждения создавались на основании императорского манифеста от 20 ноября 1864 года. Там же подчеркивалось, что власть вновь создаваемых судов распространяется «на лица всех сословий и на все дела, как гражданские, так и уголовные». Сохранялся при этом, впрочем, и ряд особых судов — духовные, военные, коммерческие, волостные для крестьян и «инородческие». Гласность, устность и состязательность процесса были основными принципами суда присяжных.

### Ныне существующий институт суда присяжных в Казахстане относится к смешанному типу моделей.

Суд присяжных – это лучшая часть реформы, основанная на доверии к правосудию, нравственности, нравственному духу народа, – говорил Анатолий Федорович Кони.

Присяжные заседатели все чаще показывали свою независимость от администрации, что привело правительство к необходимости изменения законодательства. В циркуляре Министерства юстиции от 28 февраля 1874 года председателем окружных судов отмечалось, что в некоторых окружных судах процент оправда-

тельных приговоров составил 40 – 50%. С 1878 года по 1889 год был принят ряд законов, изменивших Судебные уставы 1864 года, юрисдикция суда присяжных была существенно сокращена, из компетенции суда присяжных были изъяты дела о сопротивлении власти, об убийстве и покушении на убийство должностных лиц.

Реакция предпринимала неоднократные походы на суд присяжных, которые оказались в конечном счете безуспешны (изменилась лишь подсудность). Суд просуществовал в России до 1917 года, когда был упразднен ленинским декретом о суде.

Уголовно-процессуальный закон о суде присяжных принят в июле 1993 году и вошел в УПК РФ в качестве специального раздела.

### История возникновения суда присяжных в Казахстане

В 1998 году Конституция Республики Казахстан была дополнена нормой о возможности осуществления судопроизводства с участием присяжных заседателей.

В дальнейшем это конституционное положение нашло свое отражение в Концепции правовой политики Республики Казахстан (2002 год).

Президент Казахстана дважды – в Послании народу Казахстана на 2004 год и в Послании народу Казахстана на 2005 год – обращался к этой теме, что свидетельствует о том, что именно введение суда присяжных является одним

из важнейших направлений дальнейшего реформирования судебно-правовой системы Казахстана. В частности, в Послании Президента, озвученном в феврале 2005 года, говорится: «мы на пороге полномасштабной реформы судебной системы, соответствующей общепринятым в демократическом сообществе стандартам»; и далее: «в практику уголовного судопроизводства необходимо ввести институт суда присяжных. В этих целях в 2005 году должны быть приняты закон «О присяжных заседателях», внесены изменения и дополнения в Конституционный закон «О судебной системе и статусе судей» и другие законодательные акты по вопросам введения суда присяжных».

В ноябре 2004 года начала работать Национальная комиссия по вопросам демократии и гражданского общества при Президенте Республики Казахстан, в рамках которой рабочей группой по поэтапному введению института присяжных заседателей в очень сжатые сроки был подготовлен пакет законопроектов о введении в Республике Казахстан классического суда присяжных с одним профессиональным судьей и двенадцатью присяжными заседателями, формирующими самостоятельную коллегия для вынесения вердикта только по вопросу факта. Напомним, что Верховным Судом Республики Казахстан разработан законопроект, предполагающий использование суда французской модели с девятью народными заседателями и тремя профессиональными судьями, которые совместно решают

не только вопрос факта, но и права. Хотя, следует заметить, такой позиции Верховный Суд Республики Казахстан придерживался не всегда.

В постановлении Пленума Верховного Суда Республики Казахстан «О проекте Государственной программы правовой реформы в Республике Казахстан (2-й этап)» от 09 июля 1999 года № 11, в котором говорится «о признании необходимости института присяжных заседателей» и о том, что он «будет способствовать решению следующих вопросов:

- исключит инквизиционный характер суда;
- деятельность судьи будет заключаться в юридической оценке фактов, наличие или отсутствие которых устанавливает суд присяжных;
- вероятность того, что 12 присяжных вынесут более объективное решение по фактам, нежели один профессиональный судья, значительно выше;
- дополнительный элемент обеспечения независимости судей, поскольку установление фактов производят присяжные заседатели, а суд только применяет правовые нормы к ним;
- участие населения в судебной деятельности обеспечивает демократические ценности и самоуправление общественности в управлении государством;
- защита граждан от притеснений со стороны судьи либо прокурора,

поскольку вопросы виновности лица не отдаются на разрешение единолично судье;

- реализация главного принципа в теории права – неприятие положения, когда в руки одного или нескольких судей вверяется неограниченная власть над жизнью и свободой граждан. Такое ограничение судебной власти может быть осуществлено судом присяжных».

Однако, указанные принципы на практике сегодня реализуются не в полной мере. Ныне существующий институт суда присяжных в Казахстане относится к смешанному типу моделей. На практике существуют проблемы, когда судья навязывает свое мнение во время совещания, вводя в заблуждение присяжных заседателей, как было, например, у меня на практике. Из публикации в газете «Свобода слова» от 05.05.2010 года по уголовному делу, рассматривавшемуся с моим участием, я узнала, что большинство голосов присяжных хотели переqualificировать на необходимую оборону, однако судья им пояснил, что по необходимой обороне мера наказания будет больше чем по убийству. На мой взгляд, в Казахстане необходимо ввести изменения в статью 568 УПК РК указав, что «после окончания прений основные присяжные заседатели удаляются в совещательную комнату для вынесения приговора и присутствие иных лиц в совещательной комнате не допускается».

**Суд присяжных – это не самостоятельное постоянно действующее судебное учреждение, а особая форма суда, коллегиальное присутствие, состоящее из одного судьи и 12 присяжных заседателей, временно призванных в суд для решения вопроса о виновности подсудимого на основе своего житейского опыта и чувства справедливости.**

На сегодняшний день Институт суда присяжных в Республике Казахстан регулируется следующими нормативно-правовыми актами:

- Конституцией Республики Казахстан;
- разделом 13 УПК РК;
- Законом о суде присяжных от 16.01.2006 года;
- Нормативным постановлением Верховного Суда Республики Казахстан от 23.08.2012 года.

Таким образом, суд присяжных – это не самостоятельное постоянно действующее судебное учреждение, а особая форма суда, коллегиальное присутствие, состоящее из одного судьи и 12 присяжных заседателей, временно призванных в суд для решения вопроса о виновности подсудимого на основе своего житейского опыта и чувства справедливости. ■





# Понятие и значение системы наказаний по уголовному законодательству Республики Казахстан

**БАЛТАБАЕВ Сабит Куанышевич**  
магистрант Университета «Астана»  
Специальность – Юриспруденция

**П**онятие системы наказаний в юридической литературе излагается по-разному, хотя принципиальных различий между ними нет. Так, например, в Курсе уголовного права, подготовленном коллективом авторов МГУ им. М.В. Ломоносова «Система наказаний – это целостное множество видов наказания (элементов системы) и подсистем, включающих сгруппированные по различным основаниям виды наказания» /1/. В другом курсе лекций российских авторов система наказаний определяется как «... установленный уголовным законом целостный и исчерпывающий перечень видов наказаний, строго обязательных для суда и расположенных в определенной, иерархически заданной последовательности в зависимости от их функционального назначения, а также характера и сравнительной тяжести» /2/. Проф. А.В. Нау-

мов в последнем курсе лекций пишет, что системой наказаний является установленный в уголовном законе исчерпывающий перечень видов наказаний, расположенных в определенном порядке /3/.

Во всех этих определениях подчеркивается системный характер взаимосвязи между отдельными видами карательных мер, образующих лестницу наказаний. Системность характеризуется тем, что все наказания представляют собой нечто целое и единое, состоящее из исчерпывающего перечня взаимосвязанных элементов. Системность предполагает расположение наказаний в определенном порядке, последовательности, ступенчатости (отсюда и термин – «лестница наказаний»).

Шкала наказаний, построенная в определенной, иерархически заданной последо-



вательности имеет не только технико-юридическое, но и большое практическое значение. Лестница наказаний позволяет правильно сориентироваться при разрешении коллизии, какой закон является более строгим или мягким; при решении вопроса о замене неотбытой части наказания более мягким; при изменении приговора; при взаимозачете различных видов наказаний т.д.

По мнению авторов, ст. 44 УК РФ следует назвать «Система наказаний», так как она содержит не просто перечень наказаний, а «лестницу» наказаний, где меры государственного принуждения располагаются в строго определенной последовательности, в зависимости от степени тяжести от менее сурового к более суровому, они обязательны для суда и никакие иные меры, кроме указанных в ст. 44 УК РФ, не могут назначаться за совершение преступлений. Изложив название ст. 44 УК РФ в новой редакции, законодатель тем самым подчеркнет, что «система наказаний – это не просто набор мер государственного принуждения, а разумная система взаимосвязанных мер, подчиненных идее эффективного достижения целей уголовного наказания» /4/.

В силу того, что система наказаний носит дискретный характер, входящие в нее виды наказаний, располагаясь в определенной последовательности и соподчиненности, должны соблюдать некоторую дистанцию между собой, выдерживать равномерный «шаг» /5/.

Система наказаний строится во многом исходя из принципов уголовно-правовой политики и уголовного права. Так, принцип законности требует непосредственного включения в нормы УК РК исчерпывающего перечня видов наказаний. Принцип гуманизма, исключает возможность введения в систему наказаний, причиняющих физические страдания или унижающих человеческое достоинство осужденных.

Правильным, на наш взгляд, представляется определение системы наказания как совокупности предусмотренных уголовным законом видов государственного принуждения, которые находятся в отношениях взаимосвязи, взаимозависимости и взаимозаменяемости, способны обеспечить достижение целей кары (восстановления социальной справедливости), общего и специального предупреждения, а также исправления преступника, назначаются судом за конкретные преступления, исходя из принципов уголовного права /6/.

Можно присоединиться к мнению российских ученых и ст. 39 УК РК также можно назвать «Система наказаний». Такое название соответствовало бы истинному назначению этой статьи УК и служило бы определенным ориентиром для судей при применении уголовного законодательства.

Не останавливаясь на характеристике системы наказания по истории уголовного законодательства России, сразу перейдем, к системе наказаний по УК КазССР 1959 года. По сравнению с ранее дей-

## **В современных условиях развития цивилизации исключение ссылки и высылки из системы наказаний оправдано.**

ствовавшим УК РСФСР 1926 года, применявшемся и на территории Казахстана, в УК КазССР 1959 отсутствовали наиболее одиозные виды наказаний (например, изгнание из пределов СССР) и появились абсолютно или относительно новые виды. Лестница наказаний в ст. 21 УК КазССР 1959 года представляла собой следующую картину:

- лишение свободы;
- ссылка;
- высылка;
- исправительные работы без лишения свободы;
- лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью;
- увольнение от должности;
- штраф;
- общественное порицание;
- конфискация имущества;
- лишение родительских прав;
- лишение воинского или специального звания;
- направление в дисциплинарный батальон (применялось только к военнослужащим срочной службы);
- направление в воспитательно-трудовой профилакторий (применялось только к лицам, занимающимся бродяжничеством или попрошайничеством либо ведущим иной паразитический образ жизни).

Смертная казнь как исключительная мера наказания по УК

КазССР 1959 года в перечень наказаний не включалась и предусматривалась в ст. 22 УК.

## **Республика Казахстан к моменту обретения суверенитета (1991 г.) занимала третье место в мире по числу осужденных на 100 000 населения страны после США и России.**

Многолетний опыт применения системы наказаний показал слабую эффективность некоторых из них, другие виды наказаний по своей юридической природе не соответствовали своему предназначению уголовному законодательству и не были включены в новую систему наказаний по УК РК 1997 года. В новом УК отсутствуют такие виды наказаний как общественное порицание, ссылка, высылка, увольнение от должности, направление в воспитательно-трудовой профилакторий, лишение родительских прав.

В юридической литературе наряду с одобрением исключения указанных наказаний из системы наказаний по новому уголовному законодательству, высказываются сожаления по поводу отказа от ссылки и высылки /7/. По мнению сторонников сохранения ссылки и высылки в условиях невиданного расцвета транснациональной организованной преступности и резкого повышения криминальной активности иностранных граждан, прежде всего из стран ближнего зарубежья, государство лишилось действенных инструментов пресечения межрегиональных преступных связей и

миграции профессиональных преступников. Именно для этой категории лиц, прежде всего и предлагается восстановить ссылку и высылку, причем сконструировать их (по аналогии с УК Франции) таким образом, чтобы осужденному запрещалось находиться на территории России окончательно или на определенный срок /8/.

Противники ссылки и высылки, расценивая эти виды наказания как анахронизмы, обычно указывают в качестве их слабых мест на низкую эффективность из-за высокого уровня рецидива, редкую применяемость судами, плохую исполняемость. Применение этих наказаний, ведет не только к ослаблению негативных связей осужденного, но и к утрате им социально полезных связей. Еще одним аргументом является отрицательное отношение к ссылным жителей тех мест, куда они направлялись для отбывания наказания.

На наш взгляд, мнение сторонников отказа от этих видов наказания более убедительно. В современных условиях развития цивилизации исключение ссылки и высылки из системы наказаний оправдано.

Контроль за иностранцами, пребывающими в стране, правильнее осуществлять административными мерами, что и делается в Казахстане. Результаты проведенных проверок органами прокуратуры выявили множество фактов незаконного нахождения иностранцев в Казахстане, выразившихся в несоблюдении сроков пребывания, неисполнении решений суда о выдворении, нереги-

страции в органах миграционной полиции документов, удостоверяющих их личность (паспортов), в неправомерном осуществлении трудовой деятельности, непроживании по месту регистрации.

Например, в г. Алматы, Актюбинской, Алматинской, Жамбылской, Западно-Казахстанской, Костанайской, Мангистауской и Южно-Казахстанской областях выявлено около 400 иностранцев, которые в нарушение правил пребывания занимались трудовой деятельностью, несмотря на то, что они прибыли в Казахстан исключительно по частным делам.

В г. Алматы, Актюбинской, Кызылординской, Мангистауской и Южно-Казахстанской областях выявлено более 60 иностранцев, пребывающих в регионах без регистрации паспортов в органах внутренних дел, а также свыше 35 фактов непроживания иностранцами по заявленным при регистрации адресам.

Негативные последствия незаконной миграции затрагивают практически все сферы жизни государства, начиная от социальных вопросов и заканчивая их серьезным влиянием на криминогенную ситуацию. К примеру, только за 5 месяцев 2012 года иностранцами совершено 726 преступлений и почти 60 тысяч административных правонарушений. С 2009 года по сегодняшний день Генеральной прокуратурой экстрадировано 338 иностранцев, совершивших различные преступления. Также установлено множество

фактов беспрепятственного пересечения казахстанской границы лицами, в отношении которых вынесены судебные решения о выдворении и фактическом запрете на въезд. В этой связи, Координационным советом по обеспечению законности, правопорядка и борьбы с преступностью обращено внимание уполномоченных органов на усиление миграционного контроля в отношении этой категории иностранных граждан. Кроме того, актуальным остается вопрос уклонения иностранцев от исполнения решений суда об их выдворении за пределы Казахстана. В этой связи, на заседании Координационного совета одобрено предложение Генеральной прокуратуры об инициировании перед Правительством страны реализации пилотного проекта по внедрению электронного спутникового наблюдения за выдворенными иностранцами, что позволит обеспечить фактическое их выдворение за пределы Казахстана с одновременным запретом во въезде в страну на 5 лет /9/.

Система наказаний в УК РК 1997 года приводится в ст.39 и к настоящему времени представляется следующей:

- а) штраф;
- б) лишение права занимать определенную должность или заниматься определенной деятельностью;
- в) привлечение к общественным работам;
- г) исправительные работы;
- д) ограничение по воинской службе;
- е) ограничение свободы;
- ж) содержание на гауптвахте;

з) Исключен в соответствии с Законом РК от 10.07.09 г. № 177-IV

- и) лишение свободы;
- к) смертная казнь.

2. Кроме основных наказаний к осужденным могут применяться следующие дополнительные наказания:

- а) лишение специального, воинского или почетного звания, классного чина, дипломатического ранга, квалификационного класса и государственных наград;
- б) конфискация имущества.

3. Штраф и лишение права занимать определенную должность или заниматься определенной деятельностью, и привлечение к общественным работам могут применяться в качестве как основных, так и дополнительных видов наказаний.

В первоначальный перечень видов наказаний УК РК 1997 года позже были внесены изменения и дополнения. Так, Законом РК от 10 июля 2009 года было исключено из видов наказания содержание в дисциплинарной воинской части. Законом РК от 21 декабря 2002 года были внесены изменения в ст. 45 УК РК и ограничение свободы приобрело современное содержание. Вместо ареста, Законом РК от 18 января 2011 года, стало предусматриваться содержание на гауптвахте.

Новый УК РК отказался от прежнего принципа построения системы наказаний от более тяжкого к менее тяжкому. Дело в том, что этот принцип волей-

неволей ориентировал суды на выбор более строгого наказания. Новый принцип (от менее строгого к более строгим наказаниям) ориентирует на выбор наиболее справедливого наказания. И лишь в случае невозможности назначения менее строгого наказания (с учетом конкретных обстоятельств дела и данных о личности виновного) суд будет выбирать более тяжкое наказание /10/.

### **Системность и последовательный порядок изложения наказаний, как было сказано выше, имеет важное значение как для правоприменителя, так и для законотворческой работы.**

Такой подход к построению системы наказаний, зафиксирован не только в законодательном перечне видов наказаний, но и при построении санкций статей особенной части УК РК. Данный принцип системы наказаний и построения санкций был предложен в Теоретической модели Уголовного кодекса /11/ и в Основах уголовного законодательства Союза ССР и республик 1991 года (не вступивший в силу в связи с распадом Союза ССР) /12/, а потом был воспринят и УК РК и УК РФ.

Закон Республики Казахстан от 16 июля 1997 года «О введении в действие Уголовного кодекса Республики Казахстан» в ст. 4 содержал указания о том, что положения настоящего Кодекса о наказаниях в виде привлечения к общественным работам, ограничения свободы, ареста, а также пожизненного лишения свободы вводятся в действие после вступления в силу

## Удельный вес лишения свободы в структуре наказаний назначаемых судами остается очень высоким.

Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан по мере создания необходимых условий для исполнения этих видов наказаний, но не позднее 2003 года.

Таким образом, изначально была нарушена системность предусмотренных ст. 39 УК РК наказаний, о которой было сказано выше. В Российской Федерации были отсрочены применение ареста, ограничения свободы и обязательных работ. Ввиду этого, как отмечается в литературе, резко возросло (до 52,4 %) назначение судами условного осуждения к лишению свободы /13/.

Аналогичная картина складывалась и в Казахстане. Отсрочка применения новых видов наказания ориентировала суды на некоторые известные ранее меры. Однако в новых социально-экономических условиях они оказались неэффективными. Так, например, исправительные работы могли назначаться только к лицам, имеющим постоянную работу. В условиях экономического хаоса тех лет, трудно исполнимыми стали штрафы.

За 10 лет действия УК РК в него были внесены изменения и дополнения на основании двадцати шести законов. Изменения и дополнения вносились в 261 статью УК, при этом в 41 статью изменения вносились дважды, в 4 статьи три раза, а в статью 175

УК четыре раза. Из УК были исключены пять статей, включены 16 новых статей.

В Общей части подвергались изменениям 43 статья, что составило 16,5 % от общего количества внесенных новелл в УК РК.

Приведенные данные позволяют сделать определенные выводы. Прежде всего, небольшое количество поправок в Общую часть свидетельствует о сохранении в действующем законодательстве концептуальных основ уголовной ответственности.

Изменения и дополнения в УК имеют различный характер: есть менее значимые и принципиального свойства. Факторами, повлиявшими на необходимость внесения корректировок, в УК РК были свойства как социально-экономические, так и политического и международного характера.

Поэтому ряд корректировок в уголовное законодательство в прошлые годы были связаны с необходимостью сокращения «тюремного населения» в Казахстане. Как известно, Республика Казахстан к моменту обретения суверенитета (1991 г.) занимала третье место в мире по числу осужденных на 100 000 населения страны после США и России. Этот печальный показатель не способствовал положительному имиджу Казахстана на международной арене.

Многие изменения и дополнения в Общую часть УК были связаны с системой наказаний и их отдельными видами, с

целью поиска путей сокращения «тюремного населения» в Казахстане.

Применение общественных работ было предусмотрено в первоначальной редакции УК с 2003 года, но они стали применяться с 2000 года. Законом РК от 30 октября 2002 года были внесены изменения в ограничение свободы, которые должны были применяться с 01 января 2003 года. Если в первоначальном варианте ее исполнение предусматривалось в специальном учреждении без изоляции от общества, то после внесенных изменений рассматриваемая мера стала одним из гибридных институтов ограничения свободы и условного осуждения. Изначально ограничение свободы напоминало нам условное осуждение и освобождение с обязательным привлечением осужденного к труду, которые были эффективными мерами в советское время и, спецкомендатуры того времени, должны были бы стать специальными учреждениями в новом УК.

В новой редакции ограничение свободы состоит в наложении на осужденного судом определенных обязанностей, ограничивающих его свободу, и отбывается по месту его жительства под надзором специализированного органа без изоляции от общества сроком от одного года до семи лет.

Суд, назначая наказание в виде ограничения свободы, возлагает на осужденного исполнение обязанностей: не менять постоянного места жительства, работы и учебы без уведомления

ния специализированного органа, не посещать определенные места, в свободное от учебы и работы время, не покидать места жительства, не выезжать в другие местности без разрешения специализированного органа. Суд может возложить на осужденного к ограничению свободы исполнение и других обязанностей, способствующих его исправлению: пройти курс лечения от алкоголизма, наркомании, токсикомании, заболеваний, передающихся половым путем, осуществлять материальную поддержку семьи.

Ограничение свободы не применяется к лицам, имеющим судимость за совершение тяжкого и особо тяжкого преступления, к военнослужащим, а также к лицам, не имеющим постоянного места жительства.

Этим же законом, внесшим изменения в ограничение свободы (ст. 45 УК РК) были внесены изменения в условное осуждение (ст. 63 УК РК). Условия применения условного осуждения были перенесены в статью об ограничении свободы. Таким образом, по существу наказание, называемое «ограничение свободы», стало условным осуждением, а условное осуждение стало отсрочкой исполнения наказания. Законом РК от 08 января 2007 года условное освобождение не стало применяться к лицам, совершившим преступление при опасном или особо опасном рецидиве.

Указанные изменения ограничения свободы и условного осуждения вряд ли объяснимы приведенными выше факторами. К сожалению, на законодательский процесс порой

влияют чисто прагматические и субъективные причины. В условиях постоянной текучести кадров в Министерстве юстиции, к которой в тот период отошла уголовно-исполнительная система, некому и некогда было заниматься строительством исправительных центров, в которых должно было исполняться ограничение свободы. Время было упущено и легче было изменить уголовное законодательство.

Системность и последовательный порядок изложения наказаний, как было сказано выше, имеет важное значение как для правоприменителя, так и для законодательской работы. В результате незнания или же прямого игнорирования всего этого законодатель изменил содержание такого наказания как «ограничение свободы», но не изменил его место в иерархии других мер государственного принуждения в ст. 39. Название ст. 39 УК РК – «Виды наказания», не в полной мере передает системный характер содержащихся в ней наказаний поэтому, было бы правильным назвать эту статью «Система наказаний». Из всех стран СНГ и Прибалтики только в УК Узбекистана аналогичная статья (ст. 43) называется «Система наказаний». Как пишет проф. Л.Л. Кругликов такая позиция представляется более удачной, «ибо, как известно, указанные статьи содержат не просто перечень мыслимых по приговору наказаний, а «лестницу» /14/.

Учитывая изложенное и заново оценивая тяжесть мер государственного принуждения в ст. 39, мы предлагаем следующую редакцию ч.1 ст.39:

«1. К лицам, признанным виновными в совершении преступления, могут применяться следующие основные наказания:

- а) штраф;
- б) ограничение свободы;
- в) привлечение к общественным работам;
- г) лишение права занимать определенную должность или заниматься определенной деятельностью;
- д) исправительные работы;
- е) ограничение по воинской службе;
- ж) содержание в дисциплинарной воинской части;
- з) лишение свободы на определенный срок;
- и) пожизненное лишение свободы;
- к) Смертная казнь».

**Сейчас очень остро стоит вопрос об альтернативах лишению свободы. Если не решить эту проблему, то успехи Казахстана по сокращению «тюремного населения» могут быть временными.**

О включении в перечень наказаний самостоятельного наказания в виде пожизненного лишения свободы и изменения в связи с этим названия лишения свободы будет сказано ниже.

Если мы сейчас взглянем на «лестницу наказаний», приведенную в ст. 39 УК РК (Виды наказаний), то сможем убедиться в том, что судам очень трудно выбрать альтернативное лишению свободы наказание. При выборе наказания между лишением свободы и другим каким-либо наказанием, суд может в настоящее время прибегнуть

только лишь к исправительным работам. Наказания, расположенные в промежутке между ними могут быть применены не всегда, так как ограничение по военной службе, содержание на гауптвахте являются специальными видами наказания. Об ограничении свободы уже было сказано, а применение ареста отсрочено было до 2008 года, а затем она была исключена из УК РК ЗРК от 01.01.2011 года. Поэтому даже при самом большом желании не назначать лишение свободы суды вынуждены прибегнуть к этой мере, потому что по обстоятельствам дела и личности осуждаемого могут быть такие ситуации, когда нельзя назначить исправительные работы, к тому же эта мера может быть определена только к работающим лицам.

Удельный вес лишения свободы в структуре наказаний назначаемых судами остается очень

высоким, и в 2006 году этот показатель вырос до 57,6 %. Таким образом, сейчас очень остро стоит вопрос об альтернативах лишению свободы. Если не решить эту проблему, то успехи Казахстана по сокращению «тюремного населения» могут быть временными.

**СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ:**

1. См.: Курс уголовного права. Общая часть. Том 2: Учение о наказании. Учебник для вузов. Под ред. д.ю.н., проф. Н.Ф.Кузнецовой и к.ю.н., доцента И.М. Тяжковой. – М.: ИКД Зерцало – М., 2002. – С. 27.
2. Российское уголовное право: Курс лекций. Т. 2. Наказание. Под ред. проф. А.И. Коробеева. – Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1999. – С. 56.
3. См.: Наумов А.В. Российское уголовное право. Курс лекций: в 3 т. Т. 1. Общая часть. 4-е перераб. и доп. – М. - 2007. – С. 537.
4. Качаева Т.А., Подройкина И.А., Улезько С.И. Система наказаний

в уголовном праве России и зарубежных стран. – М., 2008. Цит. по аннотации Ананиан Л.Л. // Государство и право. Реферативный журнал, 2009 – 4. – С. 145.

5. Российское уголовное право: Курс лекций. Т. 2. Наказание. Под ред. проф. А.И. Коробеева. – Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1999. – С. 57.
6. См.: Старков О.В., Милюков С.Ф. Наказание: уголовно-правовой и криминологический анализ. – СПб., 2001. – С. 13. В данном определении вместо слов «целей кары», правильнее, на наш взгляд, было бы указать «целей наказания». Мы считаем, что кара является содержанием наказания, а не ее целью.
7. Российское уголовное право: Курс лекций. Т. 2. Наказание. Под ред. проф. А.И. Коробеева. – Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1999. – С. 62.; Наказание: уголовно-правовой и криминологический анализ.- СПб. 2001. – С. 16.
8. См.: Милюков С.Ф. Российская система наказаний. СПб., 1998. – С.8-10.
9. <http://www.nomad.su/?a=3-201106230029>
10. Наумов А.В. Российское уголовное право. Курс лекций: в 3 т. Т. 1. Общая часть. 4-е перераб. и доп. – М. - 2007. – С. 539.
11. См.: Уголовный кодекс. Опыт теоретического моделирования. М. Наука. – С. 143-148.
12. См.: Вестник Верховного Совета СССР. 1991. № 30. Ст. 862.
13. Курс уголовного права. Общая часть. Том 2: Учение о наказании. Учебник для вузов. Под ред. д.ю.н., проф. Н.Ф.Кузнецовой и к.ю.н., доцента И.М. Тяжковой. – М.: ИКД Зерцало – М., 2002. – С. 32.
14. Кругликов Л.Л. Сравнительный анализ института наказания по уголовным кодексам стран СНГ и Прибалтики // Вестник Моск. ун-та. Сер. 11, Право. 2003. № 5. – С. 73. ■





# Частный судебный исполнитель: плюсы и минусы

**И**сполнимость судебных решений можно назвать одним из критериев эффективности судебной системы и отчасти деятельности адвокатов /1/. В настоящее время сложилась ситуация, когда процент действительно исполненных судебных актов катастрофически мал. В качестве причин такого положения вещей называют загруженность судебных исполнителей, вопросы оплаты труда, отсутствие заинтересованности исполнителей в надлежащем исполнении актов и другие.

Институт частных судебных исполнителей был введен совсем недавно, 02 апреля 2010 года. Необходимо всесторонне исследовать все положительные и отрицательные стороны этого нового явления. Прежде всего, в чем же собственно заключается сущность института частных судебных исполнителей, чем они отличаются от государственных

судебных исполнителей, а также непосредственно взвесить все за и против. Тема, несомненно, очень актуальна на сегодняшний день. Исполнительное производство – заключительная стадия гражданского процесса. Недостаточно вынести решение. Далее следует его исполнить. К сожалению, не все должники ответственны и исполняют решение суда. Тогда бороться за справедливость начинают судебные исполнители. Актуальность вопроса не подлежит сомнению, поскольку действующая система исполнения судебных решений находится в плачевном состоянии, – это общеизвестный факт, и его могли бы подтвердить большинство из тех, кто сталкивался с проблемой исполнения судебных решений. Именно поэтому данный законопроект был остро необходимым и одним из самых ожидаемых обществом. Для государства же дополнительным стимулом к принятию этого закона является то обстоятельство,

**ДАРИБАЕВА Айгерим Баязидовна**  
адвокат Юридической консультации № 2  
Алматинской городской коллегии адвокатов,  
магистр права



что по состоянию дел в этой сфере государственных услуг общество судит о деятельности.

Нынешняя система исполнительного производства привела к тому, что судебные решения не исполняются в полном объеме, либо не исполняются вообще. Низкая зарплата, большая загруженность привели к неэффективной работе судебных исполнителей.

### **Нынешняя система исполнительного производства привела к тому, что судебные решения не исполняются в полном объеме, либо не исполняются вообще. Низкая зарплата, большая загруженность привели к неэффективной работе судебных исполнителей.**

По мнению доктора юридических наук, профессора Эдуарда Мухамеджанова: «Загруженность и невысокая профессиональная компетенция судoisполнителей приводят к затягиванию процесса исполнения судебных актов».

Большая нагрузка провоцирует высокую текучесть кадров. Невысокая квалификация приводит к ошибкам. Неудивительно, что судебных исполнителей в обществе просто не любят. Летом 2006 года в пригородном районе Бакай (Алматы) самовольно захватившие землю люди закидали полицейских и судебных исполнителей камнями и бутылками. Нельзя не опасаться последствий резкого снижения эффективности судебной системы. Кризис спровоцировал волну неплатежей по всей стране: строительные компании не хотят возвращать деньги дольщикам, заемщики «забыли» о своих обязательствах

перед банками. По состоянию на начало ноября 2008 года только южно-казахстанские заемщики задолжали коммерческим банкам более 10 миллиардов тенге.

Между тем судьи продолжают выносить решения, а судебные исполнители не могут их исполнить. Процент исполнения судебных актов, по данным Министерства юстиции РК, составляет 75 %. То есть каждый четвертый судебный акт не исполняется.

Неуважение общества к решениям судей перерастает в нечто большее: всеобщий правовой нигилизм. Ситуацию должны были поправить частные судебные исполнители. Предполагается, что с их приходом взыскатели получат возможность выбора. Также ожидалось, что частные судебные исполнители разгрузят государственных судoisполнителей, будут способствовать оптимизации расходов республиканского бюджета, вырастут налоговые поступления в бюджет, в целом повысится эффективность исполнения судебных актов. Но все это будет, если права и ответственность частных судебных исполнителей будут не только прописаны на бумаге, но и работать в реальной жизни. В противном случае идея будет дискредитирована.

В Казахстане действовал закон, регламентирующий деятельность судебных исполнителей и исполнительного производства, от 30 июня 1998 года. В редакции закона, действовавшего до внесения изменений 22 декабря 1998 года, содержалась норма, что порядок использования денежных средств, поступивших как исполнительская санкция, определяется правительством страны. Поста-

новлением, уже утратившим силу, сумма взысканной исполнительской санкции использовалась на образование фонда производственного и социального развития (35 %), фонда материального поощрения подведомственных организаций Министерства юстиции Казахстана (30 %) и Централизованного фонда Минюста (35 %). Средства первого фонда направлялись на материально-техническое обеспечение органов судебного исполнения, из фонда материального поощрения судебные исполнители получали премии, надбавки, материальную помощь.

Как видим, судебные исполнители были материально заинтересованы в повышении процента исполнимости актов. Законом от 22 декабря 1998 года введено, что исполнительская санкция перечисляется в республиканский бюджет. После этого изменения процент исполнимости резко сократился, а профессия судебного исполнителя как государственного чиновника потеряла привлекательность /2/.

### **1. Сущность института частного судебного исполнителя**

Судебный исполнитель - должностное лицо, осуществляющее принудительное исполнение исполнительных документов, выдаваемых на основании судебных решений, определений и постановлений по гражданским и административным делам, приговоров и постановлений по уголовным делам в части имущественных взысканий, а также постановлений иных органов в соответствии с законом. Деятельность по исполнению судебных актов – и иных органов частными судебными исполнителями – альтер-



нативный способ исполнения исполнительных документов. Деятельность частных судебных исполнителей призвана обеспечивать защиту прав и свобод и законных интересов человека и гражданина, организации при совершении исполнительных и иных действий. Отличие частных судебных исполнителей от государственных состоит в том, что:

- 1) к исполнению частным судебным исполнителем могут быть приняты все исполнительные документы, кроме тех, по которым в качестве одной из сторон выступает государство. Исполнительные действия проводятся на возмездной основе;
- 2) на частных судебных исполнителей также не распространяются положения законодательства об исполнительном производстве в части взыскания с должника исполнительской санкции.

Деятельностью по исполнению исполнительных документов вправе заниматься частный судебный исполнитель, получивший лицензию судебного исполнителя. Лицензия выдается уполномоченным органом на основании решения квалификационной комиссии. Должность частного судебного исполнителя учреждается и ликвидируется уполномоченным органом в пределах общей численности частных судебных исполнителей на территории исполнительного округа. Наделение полномочиями частного судебного исполнителя производится уполномоченным органом совместно с Республиканской коллегией частных судебных исполнителей на конкурсной основе из числа лиц, имеющих лицензии.

В статье 146 Закона указаны особые условия осуществления деятельности частного судебного исполнителя:

- Частный судебный исполнитель не вправе осуществлять свою деятельность в отсутствие договора страхования своей гражданско-правовой ответственности, условия которого определяются соглашением сторон;
- Факт причинения вреда, подлежащего возмещению, устанавливается соглашением заинтересованных сторон, а в случае спора – судом.

Местом работы судебного исполнителя является контора частного судебного исполнителя. Частные судебные исполнители, назначенные на работу в один и тот же округ, могут иметь общую контору с разрешения территориального органа. Частный судебный исполнитель обязан вести личный прием граждан. Частным судебным исполнителем должно быть установлено время личного приема в рабочие дни продолжительностью четыре часа не реже двух раз в неделю. Время работы конторы и часы приема частного судебного исполнителя должны быть доведены до всеобщего сведения. Частный судебный исполнитель имеет удостоверение, личную печать с указанием своей фамилии, имени и отчества, наименования региональной коллегии частных судебных исполнителей, исполнительного округа, номера лицензии, а также штампы, личные бланки и жетон. Образцы удостоверения, личной печати и жетона утверждаются уполномоченным органом. Изготовление и выдачу

## **Процент исполнения судебных актов, по данным Министерства юстиции РК, составляет 75 %. То есть каждый четвертый судебный акт не исполняется.**

удостоверения, личной печати и жетона организует региональная коллегия частных судебных исполнителей.

Частные судебные исполнители объединяются для защиты своих прав и интересов. Региональная коллегия частных судебных исполнителей является некоммерческой организацией, представляющей собой профессиональное объединение, созданное для защиты прав и законных интересов частных судебных исполнителей, а также для осуществления контроля за соблюдением ими законодательства об исполнительном производстве при совершении исполнительных действий. Частный судебный исполнитель может состоять только в одной региональной коллегии частных судебных исполнителей. Республиканская коллегия частных судебных исполнителей является некоммерческой организацией, представляющей собой профессиональное объединение региональных коллегий частных судебных исполнителей. Республиканская коллегия частных судебных исполнителей подлежит государственной регистрации.

Частные судебные исполнители должны честно и добросовестно выполнять возложенные на них обязанности. Отказ в совершении исполнительного действия или неправильное

совершение исполнительного действия обжалуются в судебном порядке.

Контроль за законностью совершаемых исполнительных действий и соблюдением правил делопроизводства частным судебным исполнителем осуществляется уполномоченным органом, Республиканской и региональными коллегиями частных судебных исполнителей. Порядок осуществления контроля устанавливается уполномоченным органом совместно с Республиканской коллегией частных судебных исполнителей.

Уполномоченный орган:

- регулирует и контролирует деятельность частных судебных исполнителей в пределах своей компетенции.

Территориальный орган:

- 1) организует контроль за соблюдением частными судебными исполнителями настоящего Закона и надлежащим исполнением их обязанностей;
- 2) вносит представление о прекращении действия лицензии частного судебного исполнителя;

- 3) вносит представление в дисциплинарную комиссию о привлечении частного судебного исполнителя к ответственности.

Контроль за соблюдением налогового законодательства частным судебным исполнителем осуществляют органы налоговой службы Республики Казахстан.

Должностные лица территориального органа и региональной коллегии частных судебных исполнителей обязаны сохранять тайну совершения исполнительных действий, ставшую известной во время проверок деятельности частного судебного исполнителя. За разглашение тайны и причиненный ущерб эти лица несут ответственность в соответствии с законами Республики Казахстан.

Проверка работы частного судебного исполнителя проводится не ранее чем через шесть месяцев и не позднее чем через год после начала осуществления им исполнительных действий. В дальнейшем плановые проверки проводятся один раз в год.

В случае поступления жалоб на действия (бездействие) частного судебного исполнителя либо при наличии другой информации, свидетельствующей о недобросовестном исполнении им своих обязанностей, может быть проведена внеплановая проверка деятельности частного судебного исполнителя /3/.

## 2. Плюсы введения института частных судебных исполнителей

1. Введение института частных судебных исполнителей

позволяет решить давнюю проблему – как обеспечить выполнение решений судебных органов. Главное преимущество – быстрое и качественное исполнение судебных решений. Положительный опыт работы частных судебных исполнителей в развитых странах дает нам основания для таких ожиданий /4/. Общество готово к внедрению данного новшества.

Формирование корпуса частных судебных исполнителей будет проведено поэтапно, что позволит не допустить резкого оттока кадров из государственной системы судебного исполнения.

Предполагалось, что в первое время действия закона по республике около 20 – 25 % документов (200–250 тысяч в год) исполнительного производства перейдет на исполнение к частным судебным исполнителям, в основном это будут дела по спорам между юридическими лицами и предпринимателями.

2. Государство снимает с себя бремя финансирования системы органов принудительного исполнения /5/.

3. Должники всегда и при любых обстоятельствах неохотно расстаются с собственностью. Часто еще в процессе исполнения судебных актов должники успевали перепродать или переоформить ответственность, легко преодолевая юридические рогатки. Теперь частные судебные исполнители получили право обращаться в суд о признании недействительными сделок должника по отчуждению имущества. Для этого надо доказать, что действия должника преследуют



цель сокрыть свое имущество от взыскания. Как только законодатели внесут изменения и дополнения в кодексы «О налогах и других обязательных платежах в бюджет», «Об административных правонарушениях», механизм заработает.

4. Повысились требования, предъявляемые к частным судебным исполнителям. В Законе Республики Казахстан от 30 июня 1998 года № 253-І «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей» в ст. 83 «Требования, предъявляемые к судебному исполнителю» говорится: Судебным исполнителем может быть назначено лицо, являющееся гражданином Республики Казахстан, достигшее двадцатилетнего возраста, не судимое, имеющее, как правило, **высшее или послесреднее юридическое образование**, соответствующее предъявляемым законодательством Республики Казахстан квалификационным требованиям, способное по своим деловым и личным качествам, а также по состоянию здоровья выполнять возложенные на него обязанности.

В Законе Республики Казахстан «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей» от 02 апреля 2010 года № 261-ІV в ст. 131 указаны требования, предъявляемые к государственному судебному исполнителю. Государственным судебным исполнителем может быть назначено лицо, являющееся гражданином Республики Казахстан, не судимое, **имеющее высшее юридическое образование**, соответствующее предъявляемым законодательством Республики Казахстан

квалификационным требованиям, способное по своим деловым и личным качествам, а также по состоянию здоровья выполнять возложенные на него обязанности.

Отдельно говорится о требованиях к частным судебным исполнителям. Согласно ст. 140 Закона на должность частного судебного исполнителя назначается гражданин Республики Казахстан, достигший двадцатипятилетнего возраста, имеющий высшее юридическое образование, прошедший непрерывную стажировку у частного судебного исполнителя сроком не менее одного года, сдавший квалификационный экзамен, получивший лицензию на право занятия деятельностью по исполнению исполнительных документов, прошедший конкурс на замещение вакантной должности частного судебного исполнителя в порядке, законодательством Республики Казахстан.

5. Хорошие ожидания от закона базировались на том основании, что, раз будут частные судебные исполнители, соответственно, будет и конкуренция между ними. Это вполне понятно, поскольку эффективность частного субъекта в деловом мире объясняется не тем, что он частный, а наличием конкуренции. Это ясно видно на примере монополий, которые вне зависимости от того, частные они или государственные, не могут быть такими же эффективными, как находись они в условиях конкуренции. Частный бизнес, чтобы быть эффективным, должен быть конкурентным. Именно конкуренция позволяет выживать лучшим, в данном слу-

чае – тем судебным исполнителям, кто дешевле, качественнее и быстрее исполнит судебное решение.

6. Речь идет не об освобождении судебной системы от функции исполнения судебных решений, а о предоставлении взыскателям права выбора. Истец, чьи права подтверждены судебным решением, может реализовать свои права, как посредством государственного механизма принудительного исполнения, так и воспользоваться услугами частного судебного исполнителя, и выигрывают от этого все /6/.

### **3. Отрицательные стороны введения института частных судебных исполнителей**

1. Согласно ч. 3 ст. 3 Конституции Республики Казахстан: Никто не может присваивать власть в Республике Казахстан. Присвоение власти преследуется по закону. Право выступать от имени народа и государства принадлежит Президенту, а также Парламенту Республики в пределах его конституционных полномочий. Правительство Республики Казахстан и иные государственные органы выступают от имени государства в пределах делегированных им полномочий. Среди указанных субъектов власти нет лица, использующего государственные функции в личном интересе. Между тем предполагается, что частные судебные исполнители будут применять силу, вторгаться в жилище и изымать чужую собственность, то есть ограничивать граждан в конституционных правах, что сегодня является компетенцией государственных органов.

2. Основное преимущество конкурирующего замысла состоит в материальном стимуле, все остальное вторично. Так нельзя ли стимулировать систему изнутри, без приватизации государственной отрасли. Можно поощрить государственных исполнителей из полученных денег и не вводить параллельную структуру.

Могут возразить, что тогда повышения заработной платы потребуют все государственные служащие и придется переписывать систему оплаты труда. Совершенно правильная постановка вопроса – именно в ней залог успеха административной реформы. Госслужащих не так уж и много, почти все они с высшим образованием, прошли конкурсный отбор и трудятся с полной отдачей сил. Правительство собирает достаточные налоги, чтобы обеспечить им достойное существование, не заглядывая в руки потребителей государственных услуг.

3. Нет гарантии, что в частные судебные исполнители не попадут лица, еще недавно

промышлявшие «выбиванием» долгов, при том, что, получить диплом юриста сейчас не проблема. Теперь они будут это делать на законном основании, не обременяя себя чтением Кодекса этики государственного служащего.

4. Более того, предполагается, что частные судебные исполнители назначаются государством, хотя, исходя из этого обстоятельства, наверное, было бы справедливым называть их не частными, а государственными.

5. Помимо запрета на конкуренцию законопроектом предусматриваются: госрегулирование тарифов частного судебного исполнителя; ограничение территории действия частного судебного исполнителя территорией определенного исполнительного округа, устанавливаемой в соответствии с административно-территориальным делением РК; ограничение государством количества частных судебных исполнителей в пределах исполнительного округа. Все это естественным образом не стиму-

лирует судебных исполнителей бороться за клиента, улучшать работу, снижать ставки и т.д. /7/.

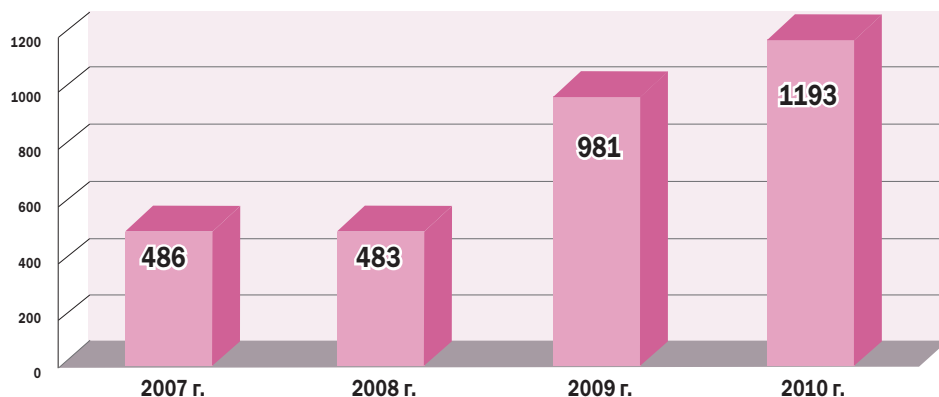
6. Более того, во многих положениях законопроект является «сырым», а порой и противоречащим нормам действующих законодательных актов. Например, положения о правопреемстве в исполнительном производстве. Мало того, что данный вопрос рассматривается лишь в отношении выбытия должника, так еще и сформулирован некорректно. Нормы о законных представителях дублируют положения Гражданского кодекса, при этом не совсем точно, что может породить коллизии норм права. Законопроект причислил попечителей к законным представителям, хотя они ими не являются. В вопросе о мерах социальной защиты работников органов исполнительного производства законопроект дублирует положения Закона РК «О жилищных отношениях» о предоставлении права на получение жилой площади из государственного жилищного фонда семьям погибших при исполнении служебных обязанностей сотрудников органов исполнительного производства. Тогда как Закон РК «О жилищных отношениях» предоставляет такое право в отношении всех государственных служащих.

7. Так сложилось, что Казахстану, стране постсоветского пространства – в наследство досталась система именно государственного исполнения. И нам не стоит отказываться от богатого опыта, наработанного десятилетиями, в области исполнительного производства.

8. Эксперты опасаются дискредитации идеи в самом зародыше.

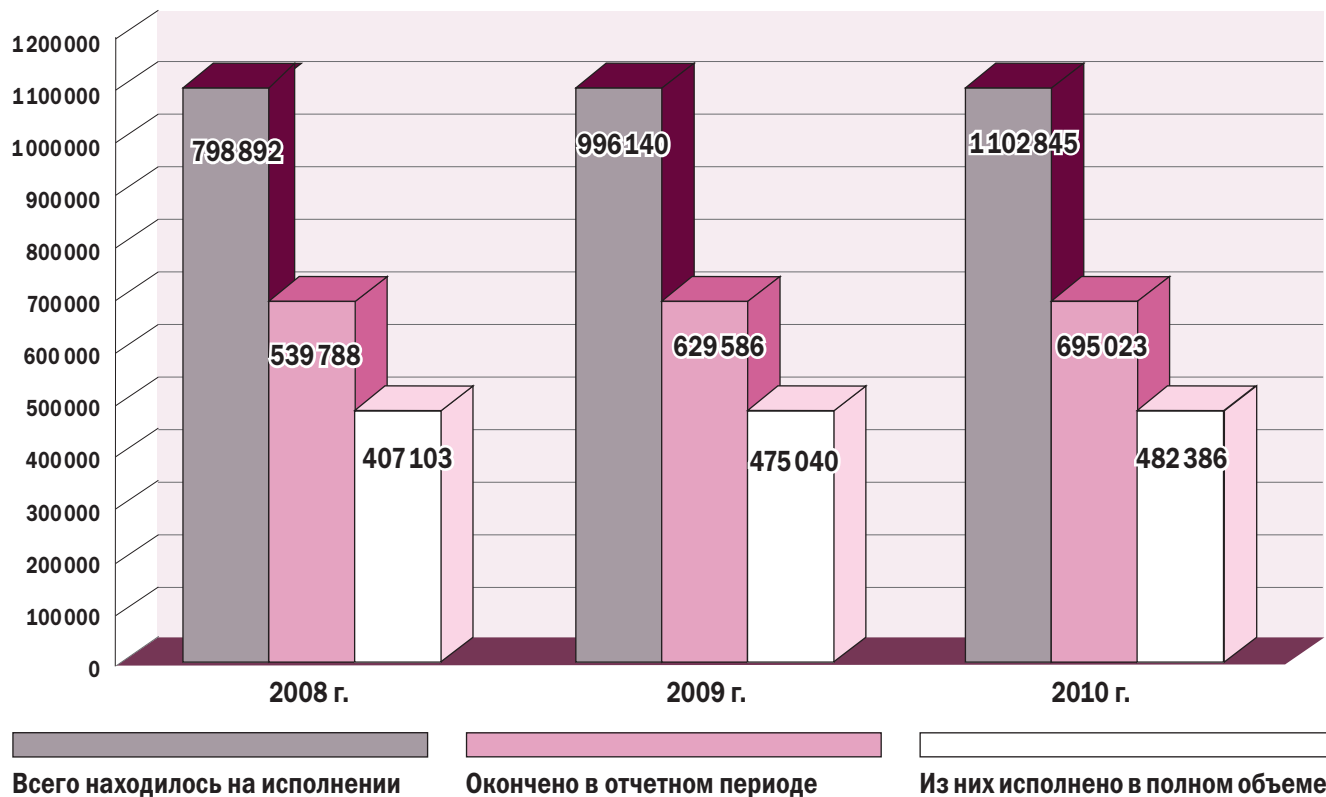
### Взыскание исполнительской санкции

Суммы взысканной исполнительской санкции, млн. тенге



## Количественные показатели работы по исполнению судебных актов

Динамика исполнения судебных актов, количество исполнительных производств



«Это может случиться, если государственные судебные исполнители будут держать своих частных коллег «в черном теле». То есть оставляя себе акты, по которым легко получить очередную галочку, а частным судебным исполнителям отдавать сложные акты без четкой проработки механизма их исполнения. С другой стороны, власти не должны допустить превращения частных судебных исполнителей в обыкновенных «вышибал» /8/.

Мы насчитали больше минусов, чем плюсов. На наш взгляд, в исполнительном производстве Республики Казахстан сложилась очень тяжелая, тягостная ситуация, накопилось большое

количество проблем, требующих решения. В принципе, институт судебных исполнителей мог бы их решить, для этого, предлагается доработать закон, избавив его от существующих недостатков, устранить противоречия, чтобы в будущем не возникало всевозможных коллизий норм права. Повысится процент исполняемости решений, граждане будут больше доверять своему государству, повысится престиж судебной системы.

### Список использованных источников:

1. Серик Амангалиев, председатель СМЭС Мангистауской области «О частных судебных исполнителях» <http://www.zakon.kz/127141-o-chastnykh-sudebnykh-ispolniteljakh.html>
2. Сандыбаева А., <http://www.zakon.kz/kazakhstan/71380-ispolnitel-reshenijj.html>

количество проблем, требующих решения. В принципе, институт судебных исполнителей мог бы их решить, для этого, предлагается доработать закон, избавив его от существующих недостатков, устранить противоречия, чтобы в будущем не возникало всевозможных коллизий норм права. Повысится процент исполняемости решений, граждане будут больше доверять своему государству, повысится престиж судебной системы.

3. Закон РК «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей».
4. Газета «Казахстанская правда» № 114 (26535) 04.04.2011.
5. Даирова О., Газета «Юридическая газета», 22.02.2011.
6. Международная научно-практическая конференция Макашев З. «Перспективы развития органов исполнительного производства Республики Казахстан».
7. Бикебаев А.Ж., <http://www.zakon.kz/119524-zakonoproekt-kotorym-predusmatrivaetsja.html>
8. Ташимов Т., <http://www.zakon.kz/pravovye-novosti/170569-kommercializacija-instituta-sudebnykh.html>

## Дежурная тема: Дружеская помощь или преступление???



**РАХЫМБАЙ Тимур Мухтарұлы**  
адвокат Городской юридической консультации  
Алматинской городской коллегии адвокатов

**О**казание дружеского жеста в настоящее время становится опасным в первую очередь для себя. Вот и мой подзащитный оказался на скамье подсудимых в результате оказания дружеской помощи своему другу.

Органы уголовного преследования иногда трактуют подобный жест как оказание пособничества предусмотренного в ст. 28 УК РК. В связи с чем, вопросы оказания квалифицированной защиты по пособничеству являются немаловажными для практикующих адвокатов по уголовным делам с участием суда присяжных.

Так, я в начале 2013 года участвовал в качестве защитника «А» в межрайонном военном суде по уголовным делам по ст.ст. 28 ч. 5, 340, 28 ч. 5, 321 ч. 2, 28 ч.5, 125 ч. 3 п. «в», 185 ч. 2 п. «а» УК РК.

До июня 2012 года мой подзащитный проходил свидетелем по данному делу. Не могу понять, кому нужно было арестовывать его и привлекать к ответственности за совершение особо тяжкого преступления. Подобные ситуации происходят, когда руководитель следственной группы хочет создать общественный резонанс, привлечь внимание и показать себя перед руководством, тем самым улучшить свои показатели в работе. В другом случае дело принимает подобный оборот, когда имеется чей-то заказ. Если я ошибаюсь, то почему мой подзащитный арестован через полтора года с момента возбуждения уголовно дела, тогда как, каких-либо вновь открывшихся обстоятельств по делу не было установлено?

Мой подзащитный обвинялся в совершении особо тяжкого

преступления, то есть в пособничестве совершению преступлений предусмотренных ст. 28 ч. 5, 340, 321, 125 ч. 3 п. (в) УК РК в неправомерном завладении автомобилем без цели хищения (угон), совершенном группой лиц по предварительному сговору, то есть преступления предусмотренного ст. 185 ч. 2 п. «а» УК РК.

С данными обвинениями органа уголовного преследования я изначально не был согласен.

В ходе допроса я всем подсудимым, а их было пять человек, задавал одни и те же вопросы: давал ли мой подзащитный им какие-либо советы в данной ситуации, какие-либо указания, представлял ли какую-либо информацию, орудие или средства совершения преступления, устранял ли какие-либо препятствия, обещал ли заранее скрыть преступника, орудия, следы преступления, т.е. совершал ли те действия, которые охватываются понятием пособничества.

На данный вопрос все подсудимые ответили одинаково, а именно, что мой подзащитный им в данной ситуации никакие советы не давал, никакие указания не давал, какую-либо информацию не представлял, орудий или средств совершения преступления не представлял, не устранял препятствия, не обещал заранее скрыть преступника, орудия, следы преступления.

Данные показания подсудимых подтверждали, что

обвинение предъявленное в отношении «А» является необоснованным, не закрепленным доказательствами и абсолютно не соответствует действительности.

Выводы экспертизы, просмотр видеозаписи произведенной ЦОУ ДВД в ту роковую ночь на месте происшествия, показали, что мой подзащитный каких-либо неправомерных действий не совершал.

У каждого из нас есть друзья. Тяжело отказать близкому и старому другу в житейских просьбах. Так и мой подзащитный не отказал своему другу. Ночью, примерно в 12.30 моему подзащитному позвонил его близкий друг и попросил его приехать по адресу, не объяснив причины. Дружеские отношения были настолько близкие и давние, что исключало задавать какие-то вопросы. Кроме того, друг был действующим сотрудником правоохранительных органов.

По мнению органа предварительного следствия, мой подзащитный, находясь на месте события, составил численное превосходство. Данное обвинение также оказалось не состоятельным и даже бессмысленным, потому как нет необходимости составлять численное превосходство против одного человека. А как установлено следствием мой подзащитный к происходящему событию вообще не подходил.

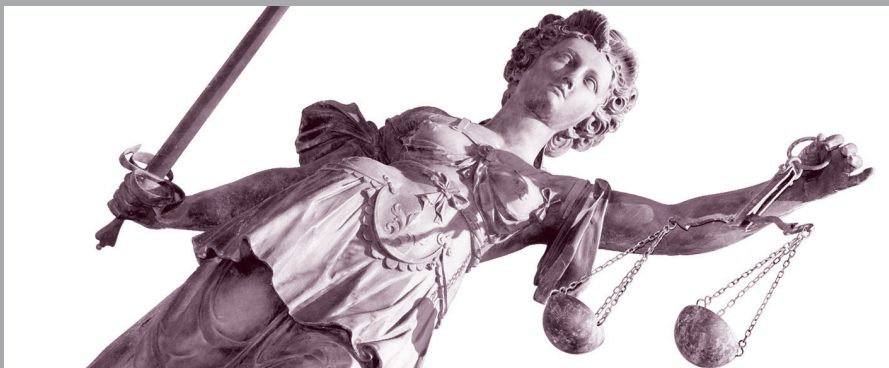
В ходе судебного прения перед присяжными заседателями я огласил все пока-



зания подсудимых, свидетелей, и всех лиц причастных к данному уголовному делу. Ни одному из них он не оказывал содействия и не совершал тех действий, которые охватываются понятием пособничества. Отсюда вытекал обоснованный вопрос, в чем же тогда заключается вина моего подзащитного. У меня лично не было ответа на данный вопрос. В действиях моего подзащитного не было состава инкриминируемого преступления.

Исход данного дела для моего подзащитного был благополучным. Приговором межрайонного военного суда по уголовным делам в отношении моего подзащитного судья вынес оправдательный приговор по всем статьям обвинения. ■

# ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС



**Регулирование  
аудиторской деятельности**

**81**

**Основания  
недействительности  
сделки: исторический  
аспект и современные  
реалии**

**84**

**Проблемы возврата  
из бюджета сумм  
превышения НДС,  
образовавшихся в период  
этапа разведки**

**92**





# Регулирование аудиторской деятельности

**ЖУМАХАНОВА Диана Рашитовна**

докторант Phd Каз.НУ им. Аль-Фараби

**В** статье рассмотрены некоторые вопросы регулирования аудиторской деятельности в Республике Казахстан; роль аудита как формы финансового контроля и т.д. На основе анализа теоретических положений, исторического опыта Казахстана и других государств, действующего казахстанского законодательства разработаны рекомендации и предложения по совершенствованию регулирования аудиторской деятельности.

Регулирование аудиторской деятельности является важным элементом финансового контроля экономики страны, так как аудиторская деятельность является своего рода индикатором истинного финансового положения хозяйствующих субъектов, их конкурентоспособности.

В рыночное время увеличивается число заинтересованных лиц в достоверной информации о текущем положении хозяйству-

ющего субъекта. Как отмечает Дюсембаева К.Ш. важнейшей предпосылкой научного управления и основой для выработки управленческих решений в области экономики является наличие экономической информации, представляющей собой совокупность сведений, характеризующих экономическую сторону производства. Такая информация является связующим звеном между управляющей подсистемой (субъектом) и управляемой подсистемой (объектом). Как известно, воздействие на управляемый объект осуществляется путем выдачи управляющих команд на основе принятых решений (прямая связь) и получения сигналов о состоянии управляемого объекта и выполнения управляющих команд (обратная связь).

Прямые и обратные связи между управляющей и управляемой подсистемами системы управления предпринимательской

деятельностью хозяйствующего субъекта образуют информационную систему управления, представляющую собой совокупность методов и технических средств по сбору, обработке и выдаче необходимой информации.

Сама по себе экономическая информация не представляет еще материала для принятия решений. Она лишь отражает совершившиеся хозяйственные процессы, но не раскрывает их сущность. Для принятия же управленческого решения необходима такая информация, которая бы была достоверна и раскрывала сущность хозяйственных процессов, позволяла объективно их оценивать, выявлять имеющиеся резервы и определять пути их использования /1/.

Такую информацию могут предоставить аудиторы, так как аудиторская деятельность представляет собой форму независимого финансового контроля.

Учитывая различные признаки и критерии в разное время понятие аудит определялось по-разному. В настоящее время существуют схожие определения понятия аудит. Согласно Закону Республики Казахстан под аудитом понимается проверка в целях выражения независимого мнения о финансовой отчетности и прочей информации, связанной с финансовой отчетностью, в соответствии с законодательством Республики Казахстан /2/.

### **Регулирование аудиторской деятельности является важным элементом финансового контроля экономики страны, так как аудиторская деятельность является своего рода индикатором истинного финансового положения хозяйствующих субъектов, их конкурентоспособности.**

Аудиторская деятельность является лицензируемым видом и как любая деятельность, аудиторская деятельность регулируется государством.

Регулирование – часть управления. Под управлением принято понимать постоянный, целенаправленный процесс воздействия субъекта управления на объект управления, где объект управления – это различные явления, процессы, люди, а субъект – человек /3/.

В теоретической литературе понятие государственного регулирования рассматривают по-разному. Государственное регулирование – это регулирование осуществляемое всей системой юридических средств воздействие на общественные отношения в целях их упорядочения /4/. Суть государст-

венного регулирования заключается «в упорядочивании, налаживании, в направлении движения и развития, в подчинении определенному порядку, в установлении правильного взаимодействия, в создании условий нормальной работы» /5/.

Государственное регулирование аудиторской деятельности представляет собой воздействие государства на нее путем принятия нормативных правовых актов, правовых актов индивидуального регулирования, организации управления в данной сфере, в том числе контроль за соблюдением требований законодательства об аудите, а также применение мер ответственности к нарушителям этих требований /6/.

Государственный контроль и регулирование аудиторской деятельности является важным условием нормального функционирования аудиторских организаций.

Как известно, понятие «регулирование», более широкое, чем понятие «правовое регулирование» и включает в себя не только издание каких-либо правовых актов, но и экономические методы работы, а также осуществление контроля за соблюдением законодательства /7/.

Государственное регулирование аудита в целом осуществляется посредством реализации функций органов государственной власти всех ветвей – законодательной, исполнительной и судебной. При этом если в деятельности органов законодательной власти по государственному регулированию аудита доминирует правовая состав-

ляющая, то органы исполнительной власти используют как правовые, так и организационные способы воздействия. Формами государственного регулирования аудиторской деятельности являются нормативные и иные правовые акты /6/.

По мнению ряда ученых одной из важнейших форм государственного регулирования аудиторской деятельности является лицензирование. Оно проводится с целью обеспечения контроля государства за соблюдением требований законодательства, которые предъявляются к аудиторской деятельности /8/.

В настоящее время остро стоит вопрос совершенствования и реформирования механизма регулирования аудиторской деятельности, так как стали известны случаи недобросовестной деятельности некоторых аудиторских организаций.

Жамиля Айтжанова (директор Департамента развития бухгалтерского учета, аудиторской деятельности Министерства финансов Республики Казахстан) отмечает, что на фоне мирового финансового кризиса, а также судебных процессов в отношении крупных аудиторских организаций, во многих странах ответственность аудиторских организаций усиливается.

В частности, в мировой практике имеются совсем «свежие» решения различных судов, обвиняющие аудиторов в нарушении профессиональных стандартов и проведении аудита «чрезвычайно небрежно», что позволяет скрыть «катастрофические» проблемы в бухгалтерском учете и финан-

совые ошибки. Также имеются судебные прецеденты, когда аудиторы были признаны фактическими участниками реализации незаконных налоговых схем их клиентами и финансовых махинаций.

Как известно, качественный аудиторский отчет подтверждает отражение реального финансового состояния организации, формируемой им в качественной и достоверной финансовой отчетности [9].

Анализируя данное положение видно, что для усиления ответственности аудиторов и аудиторских организаций, а также повышения качества регулирования аудиторской деятельности необходимо проведение мер по изменению системы аудита.

Реформирование системы аудита должно носить комплексный характер, для чего необходимо проведение мониторинга деятельности всех участников рынка аудита.

Для увеличения прозрачности деятельности акционерных обществ, товариществ с ограниченной ответственностью, банков, консорциумов и других хозяйствующих субъектов необходимо повысить эффективность надзора за деятельностью аудиторских компаний.

Для чего необходимо определить следующие меры:

- рамки надзора должны быть унифицированы во всех юрисдикциях;
- органы государственной власти должны в надлежащем порядке делиться между собой информацией;
- рассмотреть вопрос о со-

средоточении вопросов аудиторской деятельности в руках одного государственного органа.

Предложенные меры не являются единственными для осуществления регулирования аудиторской деятельности. Также остаются актуальными вопросы о профессиональных аудиторских организациях. Так как в настоящее время аттестацию кандидатов в аудиторы осуществляют квалификационные комиссии, создаваемые профессиональными организациями. По мнению некоторых ученых целесообразен вопрос о ведении в компетенцию уполномоченного государственного органа института аккредитации аудиторской деятельности. Так как, по их мнению, это значительно облегчит ее задачи по регулированию своевременной и качественной образованности сертифицированных аудиторов, а также осуществление контроля за предоставлением качественных услуг аудируемым лицам [10].

Все эти мероприятия направлены на усиление позиций Казахстанских финансовых организаций.

Законодательство об аудиторской деятельности постоянно изменяется. Это в свою очередь ставит перед научной общественностью нерешенные вопросы, которые определяют дальнейшее проведение научных исследований.

#### Список использованных источников:

1. Дюсембаев К.Ш. Аудит и анализ в системе управления финансами: теория и методология/ диссертация на соиск. уч. степени д.э.н., -Алматы, 1999;

## Для усиления ответственности аудиторов и аудиторских организаций, а также повышения качества регулирования аудиторской деятельности необходимо проведение мер по изменению системы аудита.

2. Закон Республики Казахстан «Об аудиторской деятельности» от 20 ноября 1998 года № 304-І./ Издательство «Юрист». - Алматы – 2010.С. 16;
3. Старилова Ю.Н. Указ. соч. с. 138.; Конин Н.М. Российское административное право. Курс лекций. Саратов., 2001.;
4. Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. Н.И. Магузова, А.В. Малько. М. 2001. С. 274;
5. Административное право: учебник/ под ред. Ю.М. Козлова, Л.Л. Попова. М.: Юрист. 1999. С. 519;
6. Ершов А.А.Правовое регулирование аудита в Российской Федерации: финансово-правовой аспект/ автореферат диссертации на соискание ученой степени к.ю.н., - Москва, 2010;
7. Синельникова Н.А.Государственное регулирование аудиторской деятельности/ Автореферат диссертации на соиск. уч. степени к.ю.н., - Саратов, 2004;
8. Лабынцев Н.Т., Ковалев О.В. Аудит: теория и практика/ Учебное пособие. - Москва, 1999, с. 63;
9. Айтжанова Ж., Государственный контроль аудиторской деятельности: реалии времени/ Файл Бухгалтера. № 25 (431) – Астана, 2009.;
10. Кутуева А.Б. Государственное регулирование аудиторской деятельности в Кыргызской Республике (организационно-правовые аспекты) / Автореферат на соискание уч. степени д.э.н., - Бишкек, 2012. С. 26. ■



**КУДИНОВА Елена Анатольевна**  
адвокат Адвокатской конторы Aristos  
Алматинской городской коллегии адвокатов

# Основания недействительности сделки: исторический аспект и современные реалии

**Н**а сегодняшний день на территории Республики Казахстан проводятся в жизнь, обеспечиваются и гарантируются основные условия успешного функционирования экономики страны, такие, как свобода экономической деятельности, свобода в перемещении финансовых средств, услуг и товаров, поддерживается конкуренция и все это происходит при наличии единого экономического пространства. Таким образом, любой казахстанский гражданин сегодня обладает возможностью претворять все свои умения и навыки на предпринимательском поприще. Главное при этом нельзя забывать о том, что свобода экономической деятельности одних может нарушить права, свободы и законные интересы других. В этой связи, законодатель ввел определенные ограничения при осуществлении предпринимательской и иной

деятельности, в частности, на совершение сделок, которые должны совершаться при неукоснительном и четком соблюдении законодательства.

Как известно, сделки – это один из самых значимых и распространенных юридических фактов. Также, сделки – это одно из самых важных оснований возникновения, изменения или прекращения гражданских прав и обязанностей. В этой связи, сделки составляют базу основных институтов и понятий гражданского права, что и предопределяет их своевременность и актуальность, а также располагает, а точнее сказать, мотивирует к более всестороннему и тщательному изучению правовой природы сделок, условий действительности и оснований недействительности. Поэтому предвзятое рассмотрение сделок, как многофакторного понятия, необходимо раскрыть саму сущность

«сделки», ее признаков, совершить исторический экскурс в процесс эволюции исследуемого термина, чтобы составить более полное представление об основаниях недействительности сделок, что и является целью данной статьи.

«Основным видом гражданско-правовых юридических актов являются сделки – волевые действия юридического или физического лица, направленные на достижение определенного правового результата. Из определения сделки, прежде всего, следует, что сделка относится к тем юридическим фактам, которые являются действиями, в противоположность событиям, и которые происходят по воле людей» /1/.

Понятие «сделка» раскрывается в ст. 147 ГК РК. Сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. И далее (ст.148 ГК РК) сделки могут быть односторонними и двух - или многосторонними (договоры). Односторонней считается сделка, для совершения которой, в соответствии с законодательством или соглашением сторон, необходимо и достаточно выражения воли одной стороны. Для совершения договора необходимо выражение согласованной воли двух сторон (двусторонняя сделка) либо трех или более сторон (многосторонняя сделка) /2/.

Таким образом, сущность сделки составляют воля и волеизъявление сторон. Содержание воли субъектов сделки

формируется под влиянием социально-экономических факторов: лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность, заключают сделки, чтобы обеспечить изготовление и сбыт товаров, оказание услуг и получение прибыли и т.п.; граждане посредством совершения сделок удовлетворяют материальные и духовные потребности. Волеизъявление – выражение воли лица вовне, благодаря которому она становится доступной восприятию других лиц. В свою очередь, воля субъекта должна объективироваться каким-либо образом, чтобы быть ясной для окружающих. Способы выражения, закрепления или засвидетельствования воли субъектов, совершающих сделку, называются формами сделок (устная, письменная – простая и нотариальная, с помощью конклюдентных действий, молчания) /3/. Если объединить все признаки, характеризующие сделку и отграничивающие ее от других юридических фактов (например, от сделок, которые считаются недействительными), то определение Ф.С. Хейфеца является в данном случае емким, всеохватывающим и содержательным. Итак, по Ф.С. Хейфецу:

- Сделка – юридическое действие, т.е. волевой акт;
- Сделка – дозволенное правомерное действие;
- Сделка – действие, направленное на достижение положительного результата и приводящее к нему, т.е. установлению, изменению или прекращению гражданских прав и обязанностей;

## Сущность сделки составляют воля и волеизъявление сторон.

- Участниками сделки могут быть только субъекты гражданского права – физические лица, обладающие дееспособностью (конкретной, ограниченной или полной), и юридические лица, обладающие специальной или общей правоспособностью;
- Действия могут быть односторонними (одного субъекта) и многосторонними (нескольких субъектов);
- Предметом сделки могут быть только имущественные отношения;
- Волеизъявление субъекта (субъектов) должно соответствовать его (их) подлинной силе;
- Действие должно быть облечено в установленную законом или соглашением сторон форму, т.е.

«Сделка» – правомерное юридическое действие одного или нескольких дееспособных субъектов гражданских (имущественных) прав, совершенное в установленной законом или их соглашением форме, соответствующее подлинной воле субъектов и приводящее к правовым последствиям (установлению, изменению, прекращению гражданских прав или обязанностей), на достижение которых оно направлено. Такое определение исключает отнесение к сделкам (действительным) недействительных сделок» /4/.

Таким образом, были сделаны попытки обобщить определения понятия сделок, учитывая все факторы, влияющие на формулировку исследуемого понятия. И это было сделано нами не случайно, основываясь на том, что в Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года, утвержденной Указом Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года № 858, отмечено о необходимости уточнения понятия сделок, их состава и последствий неисполнения сделок /5/. В данном документе особо отмечается необходимость совершенствования института признания сделок недействительными, а также необходимость концептуально определиться по вопросу применимости двухсторонней реституции при признании сделки недействительной, в тех случаях, когда есть добросовестный приобретатель вещи, у которого эту вещь истребовать нельзя, так как на то есть законные основания.

Что касается исторического аспекта развития сделок, то он также очень интересен и неоднозначен. Например, римскими юристами не было выработано общего понятия «сделки», им были известны только отдельные конкретные договоры. «Сделка совершается следующим образом: перед магистратом римского народа, например, перед претором /6/ или наместником провинции, тот, кому вещь переуступается, держа ее, произносит: «Я утверждаю, что этот человек мой по праву квиритов» /7/.

Затем, после того как он заявил такую виндикацию /8/, претор спрашивает отчуждающего, не имеет ли он какой-нибудь претензии (по отношению к спорному предмету). Когда этот последний скажет, что нет, или молчит, тогда претор присуждает предмет виндицирующему (приобретающему)..» /9/. Вот и весь процесс заключения сделки (лат. *in jure cessio*). Таким образом, уже тогда в Древнем Риме существовали все элементы современной сделки: воля, волеизъявление, основание, но само понятие сформулировано еще не было, это случилось позднее. А до тех пор важнейшим и наиболее распространенным источником образования обязательств в Римском праве было соглашение двух сторон (*mus*) или договор (лат. *contractus*) относительно возникновения взаимных обязательств определенного содержания /10/, для которого подразумевалось необходимым наличие:

- объективного элемента – дозволенной хозяйственной цели сторон (лат. *с а и s a*);
- субъективного элемента – взаимного и согласованного проявления воли двух сторон относительно одной и той же цели.

Отдельно акцентировалось внимание на наличии согласия в сделке, это считалось очень важным моментом, так как его отсутствие негативно сказывалось на основополагающем вопросе – воле сторон. Что касается источника силы обязательства, то он в Древнем Риме напрямую зависел от вида сделки, то есть как

она была оформлена. Необходимо добавить, что римское право не имело договоров в абстрактных формах, то есть не было общих документов с общими требованиями к форме и содержанию, а были четко определенные гражданским правом с обязательным источником возникновения обязательства.

Гай подразделял сделки (контракты) следующим образом: «89. Рассмотрим прежде всего те, которые происходят из договора; их четыре вида: именно они возникают вследствие передачи вещи, или торжественными словами, или письменным образом, или простым соглашением» /11/. При этом каждая из четырех названных категорий охватывала строго ограниченное число точно определенных контрактов.

В приведенную выше классификацию Гаем не включен древнейший формальный контракт (лат. *п е х и т*), потому что к тому времени эта форма контрактов утратила всякое практическое значение /12/.

Таково положение дел в контексте исследуемого вопроса было в Древнем Риме. Сегодня, в век информационных технологий в жизни нашего общества произошли многочисленные изменения, в том числе и в вопросах сделок, которые мы совершаем ежедневно, то есть осуществляем действия, направленные на:

- установление (покупка чего-либо);
- изменение (сдача в аренду чего-либо);
- прекращение (продажа или дарение чего-либо)

гражданских прав и обязанностей.

При этом ежедневно, при совершении сделок мы проявляем свое отношение к ним, выраженное в таких качествах процесса психического взаимодействия лица и совершаемого им действия, как воля и волеизъявление, которые должны друг другу соответствовать. В случае если между ними нет согласия, то есть, если воля направлена на одно действие, а волеизъявление выражает намерение совершить другое действие, сделка может и не совершиться, в силу возникновения спорности и разногласий. В этой связи, необходимо констатировать, что единство воли (субъективного элемента) и волеизъявления (объективного элемента) для совершения сделки очень важно. В этом заложена основная сущность сделки, при совершении которой если нет в наличии одного из указанных элементов, то соответственно и нет сделки.

Таким образом, обобщая определения сделки можно заключить, что сделка – это действие, а точнее волевой, целенаправленный и сознательный акт субъекта гражданского права. То есть кто-то имеет четко выраженное желание совершить сделку, (при этом внутренняя воля направляет желания лица) и доводит это желание до тех, с кем оно намерено совершить сделку (то есть присутствует в обязательном порядке волеизъявление). Здесь важно добавить, что и тот и другой элементы не должны подвергаться какому-либо воздействию, иными словами

говоря воля и волеизъявление должны находиться в независимом от искажающих их подлинное значение факторов.

Например, нельзя утверждать о наличии желания совершить сделку, когда она совершена под влиянием насилия, или о надлежащем волеизъявлении, когда сделка заключена вследствие заблуждения /13/. Необходимо отметить, что между волей, т.е. желанием совершить сделку, и волеизъявлением может возникнуть несоответствие. В связи с этим в судебной практике возникают затруднения при решении вопроса: чему следует отдавать предпочтение – воле или волеизъявлению. В данном случае нужно исходить из того, какой нормой закона регулируется спорное правоотношение. При рассмотрении сделок, совершенных под влиянием обмана, насилия, угрозы и признании их недействительными, приоритет законодателем отдается воле (пункт 9 статьи 159 ГК РК). При истолковании завещания – волеизъявлению, поскольку завещанием признается волеизъявление гражданина по распоряжению принадлежащим ему имуществом на случай смерти (пункт 1 статьи 1046 ГК РК). Согласно статье 392 ГК РК при толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений (то есть волеизъявление).

Если условия договора непонятны и нельзя установить их буквальное значение, в данном случае, как показывает практика, необходимо применить метод сопоставле-

## **Сделка – это действие, а точнее волевой, целенаправленный и сознательный акт субъекта гражданского права.**

ния неясных условий с теми, которые понятны и с общим смыслом всего договора. В тех случаях, когда вышеуказанный алгоритм не дает возможности установить содержание договора, необходимо попытаться уточнить наличие действительной общей воли сторон, учитывая основную цель договора. В этом случае, важно принять во внимание все имеющиеся обстоятельства, то есть все то, что было до договора, а именно: устные и телефонные переговоры, переписку, практику, которая установилась на момент заключения договора между сторонами, обычаи делового оборота, а также нельзя не учесть и поведение сторон, которое после этого последует (волю). В данном случае показательным является пример, который приводят в своей статье Заместитель Председателя Международного Суда ЕврАзЭС М.Т. Алимбеков и Судья Верховного Суда Республики Казахстан Д.А. Тумабеков. Отменяя судебные акты судов первой, апелляционной, кассационной инстанций г. Астаны по иску Б.Б. к К.Д., Б.Г., Д.Г., нотариусу Г.Л. и Департаменту юстиции города Астаны о признании договора купли-продажи недействительным и др. и принимая новое решение об удовлетворении в этой части иска, надзорная коллегия по гражданским и административным делам Верховного Суда Республики Казахстан

**При разрешении вопроса о недействительности сделок, очевидно, что следует исходить из того, что сделка – это проявление правомерного, разрешаемого, чаще всего установленного законом, поведения.**

исходила из того, что договор купли-продажи между Б.Г. и К.Д. является притворной сделкой, совершенной с целью прикрытия другой сделки – договора залога, поскольку в суде ни Б.Г., ни К.Г., не оспаривали, что между ними фактически имели место обязательства по договору залога /14/. Об этом свидетельствовали и другие, установленные по делу обстоятельства, в частности, заключенный между сторонами нотариально удостоверенный договор займа. Таким образом, судом установлено, что желание сторон, т.е. их воля, была направлена на заключение договора залога квартиры в обеспечение исполнения обязательств по договору займа денег, а не договора купли-продажи указанной квартиры. При разрешении вопроса о недействительности сделок, очевидно, что следует исходить из того, что сделка – это проявление правомерного, разрешаемого, чаще всего установленного законом, поведения. Вместе с тем, правомерность поведения не требует, чтобы все виды сделок были прямо предусмотрены законом. Вполне возможны сделки, которые не предусмотрены законом, но требуется, чтобы они не противоречили закону, не нарушали его запретов, что следует из

смысла и содержания норм статьи 7 ГК РК.

Так мы подошли к основаниям недействительности сделок, которые устанавливаются ст. 159 ГК РК. Надо заметить, что данная статья, является одной из самых объемных, несмотря на то, что в ней формулируются совершенно конкретные понятия, более того указанные понятия не просто обозначаются, но также приводятся указания на то, кем могут быть потребованы такие признания, тот, кто выражает публичный интерес или же те, кто являются участниками сделки, и чьи интересы в данном случае нарушены. Это послужило основанием для деления сделок в юридической науке на ничтожные и оспоримые /для сравнения: российское гражданское законодательство подобное деление выделяет в отдельные статьи/. Так вот, недействительность сделки означает, что действие, совершенное в виде сделки, не обладает качествами юридического факта, способного породить те гражданско-правовые последствия, наступления которых желали субъекты.

О недействительности сделки можно говорить в тех случаях, когда нарушено одно из условий действительности сделки. То есть недействительность сделки может быть обусловлена /15/:

- а) незаконностью содержания;
- б) неспособностью физических и юридических лиц, совершающих ее, к участию в сделке;
- в) несоответствием воли и волеизъявления;

г) несоблюдением формы сделки.

Таким образом, в соответствии с определением недействительности сделки, которое дается в нормах ГК, согласно которым сделка считается недействительной по основаниям, установленным законом и иными правовыми актами, в силу признания таковой судом (оспоримая сделка), либо независимо от такого признания (ничтожная сделка).

Далее хотелось бы проанализировать какие нормативные акты в своих статьях указывают на основания недействительности сделки. Во-первых, это ГК РК (о чем уже упоминалось выше), а точнее ст.159 (недействительна сделка, совершенная без получения необходимой лицензии либо после окончания срока действия лицензии, недействительна сделка, преследующая цели недобросовестной конкуренции или нарушающая требования деловой этики, недействительна сделка, совершенная лицом, не достигшим четырнадцати лет (малолетним), кроме сделок, предусмотренных статьей 23 ГК РК, сделка, совершенная несовершеннолетним, достигшим четырнадцати лет, без согласия его законных представителей, кроме сделок, которые он по закону имеет право совершать самостоятельно, может быть признана судом недействительной по иску законных представителей, недействительна сделка, совершенная лицом, признанным недееспособным вследствие душевной болезни или слабоумия, сделка, совершенная гражданином, впо-



следствии признанным недееспособным (статья 26 ГК РК), может быть признана судом недействительной по иску его опекуна, если доказано, что уже в момент совершения сделки этот гражданин находился в состоянии психического расстройства, по требованию попечителя суд может признать недействительной сделку, совершенную лицом, ограниченным судом в дееспособности, сделка, совершенная гражданином, хотя и дееспособным, но находившимся в момент ее совершения в таком состоянии, когда он не мог понимать значения своих действий или руководить ими, может быть признана судом недействительной по иску этого гражданина, но если при жизни у гражданина не было возможности для предъявления иска, после смерти гражданина по иску других заинтересованных лиц, сделка, совершенная вследствие заблуждения, имеющего существенное значение, может быть признана судом недействительной по иску стороны, действовавшей под влиянием заблуждения. Существенное значение имеет заблуждение относительно природы сделки, тождества или таких качеств ее предмета, которые значительно снижают возможности его использования по назначению. Заблуждение в мотивах может служить основанием недействительности сделки лишь при включении такого мотива в ее содержание в качестве отлагательного или отменительного условия (статья 150 ГК РК), сделка, совершенная под влиянием обмана, насилия, угрозы, а также сделка, которую лицо было вынуждено совершить вследствие стече-

ния тяжелых обстоятельств на крайне невыгодных для себя условиях, чем другая сторона воспользовалась (кабальная сделка), может быть признана судом недействительной по иску потерпевшего, сделка, совершенная вследствие злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой стороной, может быть признана судом недействительной по иску потерпевшей стороны. Возмещение убытков, понесенных потерпевшей стороной (пункт 4 статьи 9 ГК РК), в субсидиарном порядке может быть возложено на недобросовестного представителя, сделка, совершенная юридическим лицом в противоречии с целями деятельности, определенно ограниченными настоящим Кодексом, иными законодательными актами или учредительными документами, либо с нарушением уставной компетенции его органа, может быть признана недействительной по иску собственника имущества юридического лица или его учредителя (участника), если доказано, что другая сторона в сделке знала или должна была знать о таких нарушениях, а также сделки, предусмотренные пунктами 3 и 5 ст. 159 ГК РК, по требованию законных представителей малолетних или недееспособных лиц решением суда могут быть признаны действительными, если они совершены к выгоде указанных лиц). Указанная статья содержит основную информацию об основаниях, по которым сделка может быть признана недействительной. Здесь хотелось бы подчеркнуть, что не только главный отраслевой нормативный документ устанавливает основания недействительности

## **Признание сделки недействительной и применение последствий ее недействительности является одним из способов защиты гражданских прав.**

исследуемого вопроса статьи, но и ряд других законодательных актов. Справедливости ради стоит отметить, что в основном юристы-практики не всегда это учитывают. Также как и то, что помимо ст. 159 можно привести примеры содержания оснований недействительности сделки, на которые указывают другие нормы, например, статья 337 ГК РК, в соответствии с которой соглашения о задатке становятся недействительными, если данный документ оформлен не в письменной форме. Также п. 2 статьи 411 ГК РК может продолжить указанный перечень актов об основаниях недействительности сделки, как и п. 3 ст. 967 ГК РК указывающий на ограничения прав автора по созданию результатов интеллектуальной собственности, закрепленных условиями договора, что также будет недействительным. Далее рассмотрим пункт 2 статьи 82 Закона РК от 06 июля 2004 года № 574 «О внутреннем водном транспорте» где также найдем основания недействительности сделки, которые проявляются в соглашениях сторон, имеющих цель ограничить или устранить ответственность, установленную данным нормативным актом. Брачный договор также можно рассматривать как недействительный, если условия договора ставят одного из супругов в крайне неблагоприятное положение или нарушают имущественные права детей,

рожденных или усыновленных в этом браке (ст. 43 Кодекса РК от 26 декабря 2011 года № 518-IV «О браке (супружестве) и семье»). Закон РК от 13 мая 2003 года № 415 «Об акционерных обществах» (п.1 ст.74) устанавливает, «что несоблюдение требований, предусмотренных названным Законом при совершении крупной сделки и сделки, в совершении которой имеется заинтересованность, влечет за собой признание данных сделок недействительными в судебном порядке по иску заинтересованных лиц». В свою очередь, Закон РК от 24 июня 2010 года № 291-IV «О недрах и недропользовании» (п. 14 ст. 36) продолжает указанный перечень, определяя, что «сделки и иные действия, направленные на передачу права недропользования, объектов, связанных с правом недропользования, совершенные без наличия разрешения компетентного органа или местного исполнительного органа области, города республиканского значения, столицы, предусмотренного пунктом 2 названной статьи, а равно по истечении срока действия разрешения, а также без предварительного согласия уполномоченного органа по изучению и использованию недр, выдаваемого в соответствии с пунктом 6 названной статьи, недействительны с момента их заключения». Таким образом, если компетентный орган не ставится в известность о совершенной сделке в течение 5 рабочих дней с момента ее совершения, то сделка будет считаться недействительной.

Обобщая, необходимо констатировать, что основания недействительности сделки содержатся

и регулируются рядом нормативных актов. В этой связи, для решения вопроса по существу необходимо определить являются ли имеющиеся основания – основаниями недействительности сделки и какой нормативный документ призван это регулировать. Следовательно, если нарушаются требования законодательства, регламентирующие такие вопросы, как форма, содержание, участники сделки, свобода их волеизъявления – это влечет недействительность сделки. Чтобы таковой ее признать необходим иск заинтересованных в этом лице либо прокурора или надлежащего государственного органа. И если хотя бы одно из перечисленных требований не будет выполнено, или же будет каким-то образом нарушено, то соответственно признать сделку как свершившийся юридический факт уже будет нельзя, также как и нельзя будет считать, что данная сделка имеет юридическую силу.

Что касается правовых последствий сделок, которые в силу вышеназванных причин и оснований признаны недействительными, то если сделка, совершенная с нарушением требования закона, не исполнялась, она просто аннулируется. Если же признанная недействительной сделка полностью или частично исполнена, возникает вопрос об имущественных последствиях ее недействительности, то есть о реституции.

Реституция (от лат. *restituere* – восстанавливать, возмещать, возвращать, приводить в порядок) – это главное имущественное последствие недействительности сделок. Реституция

(*restitutio in integrum*) – институт, известный со времен римского права. «Какое-нибудь событие (например, истечение срока давности, сделка) могло обладать юридической силой по действующим нормам, но претор находил, что несправедливо в данном случае оставить за ним эту силу, тогда он по ходатайству потерпевшего восстанавливал его в первоначальное состояние, т.е. отменял полностью или отчасти юридические последствия этого события, возвращая просителю утраченный иск или утраченное право» /16/. В этом заключалась суть реституции – особого преторского способа защиты права. «Может быть, первыми, кто воспользовались этим институтом, были лица, не достигшие 25 лет. Опираясь на Плеториев закон (глава XVII), претор отменял все те сделки этих лиц, которые были для них невыгодны» /17/.

Римская реституция (*restitutio in integrum*) обладала преобразовательным характером, так как являлась средством аннулирования правового эффекта различных юридических фактов, в том числе и сделок /18/. В современных правовых порядках понятие реституции изменилось. В нашем Гражданском кодексе термин реституция как таковой не используется, а его содержание закреплено в ст. 157 ГК РК. В соответствии с данной нормой, если сделка будет признана недействительной, то каждая сторона, участвующая в сделке должна будет все полученное по сделке вернуть другой стороне, а если таковое невозможно (возвратить в натуре), то отдать путем возмещения стоимости

денежными средствами, если иные последствия недействительности сделки не предусмотрены законом. Таким образом, современная реституция отличается от римской тем, что не имеет преобразовательного эффекта. Реституция по современному гражданскому праву не преследует своей целью аннулирование сделки, она направлена на возврат имущества, которое необходимо передать вследствие недействительности сделки.

Таким образом, подводя итоги необходимо сказать, о том, что сделка недействительна мы судим по тому, как нарушается или нет какое-либо из условий действительности сделки. Иными словами говоря, недействительность сделки может быть если:

- а) ее содержание незаконно;
- б) физические и юридические лица, совершающие ее неспособны к участию в сделке;
- в) воля не соответствует волеизъявлению;
- г) форма сделки не соблюдена.

Безусловно, по главному вопросу статьи можно привести еще немало примеров, а также рассуждений в рамках выбранной темы, но, в формате одной статьи это сделать представляется затруднительным в силу определенных причин. В этой связи, не останавливаясь подробно на всех аспектах данной проблемы, хотелось бы вывести основную мысль, которая является лейтмотивом всех исследований по теме статьи и которую можно сформулировать в нескольких словах, а именно – призна-

ние сделки недействительной и применение последствий ее недействительности является одним из способов защиты гражданских прав.

**Список использованных источников:**

1. Семькина Е.М. Недействительность сделок в гражданском законодательстве Российской Федерации. //Черные дыры в Российском законодательстве, 2011-1/ <http://www.k-press.ru/bh/2001/1/siomkina/siomkina.asp>.
2. Гражданский кодекс РК
3. Семькина Е.М. Недействительность сделок в гражданском законодательстве Российской Федерации. //Черные дыры в Российском законодательстве, 2011-1/ <http://www.k-press.ru/bh/2001/1/siomkina/siomkina.asp>.
4. Хейфец Ф.С. Недействительность сделок по российскому гражданскому праву. Изд. 2-е, доп. — М.: Юрайт, 2000. — 164 с.
5. Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года, утвержденная Указом Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года № 858.
6. Претор – судья в Древнем Риме, избирался для ведения судебных дел между гражданами.
7. Квириды – официальное назва-

- ние полноправных граждан в Древнем Риме.
8. Виндикация – в Древнем Риме заявление претензии, требование, защита.
9. Институции Гая. Книга II, 24.
10. Ильков С.В. Все о сделках. - СПб.: «Издательский дом Герда», 2000, - 352 с (С.5).
11. Институции Гая. Книга II, 24.
12. Ильков С.В. Указ. Соч. С.6.
13. Алибеков М.Т., Тумабеков Д.А. О некоторых вопросах недействительности сделок, об истребовании имущества из чужого незаконного владения //Казахстанский юридический портал Zakon. KZ-15.11.2012.
14. Там же.
15. Гражданское право: В 4 т. Том 1: Общая часть: Учебник 3-е издание, переработанное и дополненное. Под ред. Е.А.Суханова. М. Волтерс Клувер, 2008.
16. Муромцев С.А. Гражданское право Древнего Рима. М., 2003. С. 354; Хвостов В.М. Система римского права: Учебник. М., 1996. С. 219 - 221.
17. Там же, С.355.
18. Гражданское право: В 4 т. Том 1: Общая часть: Учебник 3-е издание, переработанное и дополненное. Под ред. Е.А.Суханова. М. Волтерс Клувер, 2008. ■





# Проблемы возврата из бюджета сумм превышения НДС, образовавшихся в период этапа разведки

**ИЛЬЯСОВА Асель Ринатовна**  
партнер, руководитель департамента «Налоговое  
право» юридической фирмы GRATA

**В последнее время возмещение налога на добавленную стоимость (НДС) при экспорте товаров /1/ является одной из самых актуальных проблем. Несмотря на то, что нормы налогового законодательства достаточно четко регламентируют порядок возврата сумм превышения НДС из бюджета, на практике перед налогоплательщиками возникают различные преткновения. В настоящей статье речь пойдет о сумме превышения НДС, образовавшейся в период разведки до начала экспорта полезных ископаемых.**

## **Принципы обложения НДС экспорта товаров**

Существуют два противоположных принципа косвенного налогообложения /2/ внешне-торговых операций: принцип страны происхождения товара и принцип страны назначения товара. Подавляющее большинство государств, включая Казахстан, страны СНГ и страны Европейского союза, взимают НДС по принципу страны назначения товара. Как при-

звано, обложение НДС по данному принципу имеет преимущества в части таможенного контроля и оценки таможенной стоимости.

Согласно принципу страны назначения, экспортируемый товар, включая капитальные затраты, понесенные экспортером при производстве такого товара, не облагается НДС в стране происхождения товара. Такой товар облагается НДС, в

той стране, куда он импортируется и где потребляется.

При торговле между двумя странами возникает потенциальная возможность двойного налогообложения, поэтому принцип страны назначения призван, в первую очередь, исключить такое обстоятельство. Также, как уже было указано, принцип страны назначения позволяет отечественным производителям быть на равных условиях с иностранными производителями и обеспечивает конкурентоспособность экспортируемых товаров на международном рынке.

### **Реализация принципа страны – назначения в нормах Налогового кодекса /3/**

В Налоговом кодексе принцип страны назначения закреплен в статьях 242 и 272 Налогового кодекса и реализуется следующим путем.

Период производства экспортируемого товара

Материалы, оборудование, работы и услуги, которые использовались при производстве экспортируемого товара, в том числе при строительстве объектов, используемых для производства экспортируемых товаров, на момент их приобретения экспортером были обложены НДС по действующей ставке (например, текущая ставка 12%) и уплачены в бюджет. Иными словами, при приобретении материалов, оборудования, работ и услуг экспортер обязан был выплатить поставщикам их стоимость вместе с суммой НДС на основании счетов-фактур. Уплаченные суммы НДС экспортер при-

нимает в зачет и накапливает до начала экспорта. Данные обязательства предписаны в статьях 229, 231, 268, 256 Налогового кодекса.

Экспорт произведенных товаров

Реализация товаров на экспорт облагается НДС по ставке «0»%, то есть экспортируемый товар не облагается НДС, что предусмотрено статьей 242 Налогового кодекса. В связи с этим, у экспортера образуется превышение суммы НДС, относимого в зачет над суммой начисленного НДС.

С момента начала экспорта товара у экспортера возникает право предъявить налоговым органам к возврату из бюджета суммы НДС, которые были уплачены экспортером в период подготовки начала к производству и самого производства экспортируемого товара. Данное право закреплено в положениях пункта 2 статьи 272 Налогового кодекса.

В этой связи важно отметить, является ошибочным мнение, что нулевая ставка НДС на экспорт и возврат сумм НДС из бюджета является налоговой льготой или освобождением, предоставляемым государством налогоплательщикам. Как видно из вышеизложенного, это способы исполнения или часть механизма реализации принципа обложения НДС в стране назначения товара. Бюджет, по сути, возвращает те суммы налога, которые экспортер ранее уплатил.

Статья 272 Налогового кодекса

Применение статьи 272 Налогового кодекса вызывает много споров между налоговыми органами и налогоплательщиками, в этой связи ниже приведен более детальный анализ этой статьи.

Пункт 2 статьи 272 Налогового кодекса:

«Не подлежит возврату из бюджета превышение налога на добавленную стоимость, указанное в части первой подпункта 1) пункта 1 настоящей статьи, сложившееся по товарам, работам, услугам, приобретенным до 1 января 2009 года, за исключением превышения, образовавшегося в связи с приобретением товаров, работ, услуг, которые используются или будут использоваться в целях оборотов, облагаемых по нулевой ставке...».

Положения этой нормы устанавливают, что налогоплательщик вправе возместить из бюджета сумму превышения НДС, которая связана с оборотами по экспорту товаров, включая суммы превышения, которые образовались до 1 января 2009 года. При этом словосочетание «...будут использоваться...» указывает, что экспортер вправе вернуть из бюджета суммы НДС, которые были уплачены экспортером в ходе производства товара, который будет экспортирован из Казахстана. Например, суммы НДС, уплаченные недропользователем в период разведки, при приобретении материалов, оборудования, товаров, работ и услуг могут быть им возвращены из бюджета, когда в будущем начнется экспорт добытого сырья.

Таким образом, из пункта 2 статьи 272 Налогового кодекса следует, что условиями реализации экспортером права на возврат сумм превышения НДС являются:

- наличие экспорта, то есть, как только началась реализация товаров на экспорт, экспортер вправе заявить перед налоговыми органами к возврату сумму превышения НДС, накопившуюся во время производства экспортированного товара;
- связь превышения НДС, заявленного к возврату из бюджета, с экспортными оборотами. Иными словами, товары, материалы, оборудование, работы и услуги, в связи с приобретением которых экспортером был уплачен НДС (и как следствие возникла сумма превышения НДС), были использованы для производства экспортируемого товара.

Пункт 3 статьи 272 Налогового кодекса:

«По оборотам, облагаемым по нулевой ставке, превышение суммы налога на добавленную стоимость, относимого в зачет, над суммой начисленного налога, сложившееся по декларации нарастающим итогом на конец отчетного налогового периода, подлежит возврату, если одновременно выполняются следующие условия:

- 1) плательщиком налога на добавленную стоимость осуществляется постоянная реализация товаров, работ, услуг, облагаемых по нулевой ставке;
- 2) оборот по реализации, облагаемый по нулевой

ставке, за налоговый период, в котором совершены обороты, облагаемые по нулевой ставке, и по которому в декларации указано требование о возврате превышения налога на добавленную стоимость, составлял не менее 70 процентов в общем облагаемом обороте по реализации».

Прочитанное выше положение статьи 272 Налогового кодекса регулирует, в каком размере подлежит возмещению экспортеру превышение НДС, вся сумма превышения НДС или только в части. Размер суммы превышения НДС, подлежащий возврату из бюджета, зависит от того, является ли экспорт для экспортера преобладающим видом деятельности или нет. Если экспортер постоянно реализует товар или доля экспорта составляет, более 70% в общем обороте реализации экспортера, то возврату подлежит вся сумма превышения НДС. Если же на дату заявления перед налоговыми органами суммы НДС к возврату из бюджета, экспортер не соответствует критериям, указанным в пункте 3 статьи 272 Налогового кодекса, то возврату подлежит только часть суммы превышения НДС, которая приходится соразмерно на экспортный оборот. В таком случае размер суммы превышения НДС, определяется в порядке, предусмотренном пунктом 4 статьи 272 Налогового кодекса.

Пункт 4 статьи 272 Налогового кодекса:

«Правительство Республики Казахстан устанавливает критерии отнесения реализации товаров, работ, услуг, облагаемых по нулевой ставке, к постоянной реализации, предусмотренной подпунктом 1) пункта 3 настоящей статьи, и порядок определения суммы превышения налога на добавленную стоимость, подлежащей возврату:

- 1) связанного с оборотами, облагаемыми по нулевой ставке, в случае невыполнения условий, установленных пунктом 3 настоящей статьи;
- 2) предусмотренного частью второй подпункта 1) пункта 1 настоящей статьи».

Как видно, пункт 4 статьи 272 Налогового кодекса является бланкетной нормой и применяется, если экспортер не соответствует условиям, указанным в пункте 3 статьи 272 Налогового кодекса, на дату представления декларации по НДС. Так, если экспортер не соответствует хотя бы одному из указанных условий, то размер (доля) суммы превышения НДС, подлежащей к возврату из бюджета, определяется в порядке, установленном положениями Правил определения суммы превышения налога на добавленную стоимость, подлежащей возврату, и критериев отнесения реализации товаров, работ, услуг, облагаемых по нулевой ставке, к постоянной реализации, утвержденных Постановлением Правительства Республики Казахстан №373 от 20 марта 2009 года.

Если приложить положения статьи 272 Налогового кодекса к ситуации, когда недрополь-

зователь приступил к добыче и начал экспорт минерального сырья за пределы Казахстана, то положения этой статьи дают право недропользователю вернуть сумму превышения НДС, образовавшуюся в период разведки, то есть до начала экспорта минерального сырья. Товары, материалы, работы и услуги, как капитальные затраты, приобретенные в период разведки, были использованы недропользователем для разработки месторождения и подготовки его к периоду добычи и экспорта. Как только недропользователь начал экспорт добытого минерального сырья, он имеет право возместить НДС из бюджета, который он понес в период разведки (подготовки к производству экспортируемого товара). При этом для целей подтверждения сумм превышения НДС к возврату из бюджета не имеет значения, когда образовалось превышение НДС до или после начала экспорта минерального сырья. Важным условием, как было указано выше, является связь между превышением НДС, заявленного к возврату из бюджета, и экспортными оборотами. Иными словами, товары, материалы, оборудование, работы и услуги, в связи с приобретением которых недропользователем был уплачен НДС, (и как следствие возникла сумма превышения НДС) должны были быть использованы для разработки месторождения и добычи минерального сырья, которое было экспортировано.

### **Практика налоговых органов**

Налоговые органы полагают, что возврату из бюджета подлежат только суммы пре-

вышения НДС, которые образовались после начала экспорта товаров. Иными словами, налоговые органы отрицают право экспортера вернуть суммы НДС, уплаченные и накопленные им во время производства товара (период разведки), который в последующем был экспортирован. При этом налоговые органы ссылаются на положения пункта 3 статьи 272 Налогового кодекса, ошибочно полагая, что только эта норма регламентирует право экспортера на возврат сумм превышения НДС из бюджета, тем самым, не учитывают положения других пунктов статьи 272 Налогового кодекса.

Однако, данная позиция, на наш взгляд, неправильная, так как прямо противоречит положениям статьи 272 Налогового кодекса.

Следует отметить, что такая практика налоговых органов прослеживается относительно недавно. До этого, в период действия предыдущего Налогового кодекса /4/, налоговые органы возвращали экспортерам НДС, который был уплачен в период разведки. При этом нормы, статьи 251 предыдущего Налогового кодекса и статьи 272 действующего Налогового кодекса, регулирующие право экспортера на возврат сумм НДС из бюджета, по содержанию, существенно не отличаются друг от друга.

В этой связи, мы полагаем, что проблемы возврата НДС являются правоприменительного характера, а не законодательного.

### **Судебная практика**

На сегодняшний день Верховный суд Казахстана еще не рассматривал и не выносил решений по спорам по возврату НДС ввиду правильности применения положений статьи 272 Налогового кодекса. Региональные же суды в своих решениях поддерживают позицию налоговых органов.

Резюмируя вышеизложенное, хотелось бы отметить, что такая практика налоговых органов не только незаконна, но и приводит к двойному налогообложению товаров казахстанского производства. Двойное налогообложение, в свою очередь, приводит к тому, что товар становится не конкурентоспособным на мировом рынке. Также препятствия со стороны налоговых органов к возмещению сумм НДС, в конечном итоге, негативно отражаются на инвестиционном имидже республики. На наш взгляд, важным условием здорового экономического климата в стране является, предсказуемость и определенность налогообложения.

### **Список использованных источников:**

1. Возврат превышения суммы НДС относимого в зачет, над суммой начисленного НДС, образовавшегося в связи с приобретением товаров, работ и услуг, которые используются в целях экспортных оборотов (по тексту – «сумма превышения НДС»).
2. НДС является косвенным налогом.
3. Кодекс Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» от 10 декабря 2008 года.
4. Кодекс Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» от 12 июня 2001 года. ■

# АДВОКАТУРА



**К вопросу о создании  
государственной  
адвокатуры**

97







# К вопросу о создании государственной адвокатуры

**В** настоящее время на рассмотрении Парламента Республики Казахстан находится проект Закона «О гарантированной государством юридической помощи». Одной из наиболее спорных новелл этого документа является положение о возможности создания в Казахстане **государственной адвокатуры** (ст. 5 законопроекта). Считаю данную идею порочной и представляющей опасность для прав, свобод и законных интересов граждан, а также принципов справедливого правосудия. Она противоречит основным стандартам оказания квалифицированной юридической помощи в демократическом обществе, особенно по делам, связанным с наличием правовых конфликтов с государственными органами (например, защита в уголовном и административном судопроизводстве, трудовые и экологические споры с субъ-

ектами хозяйственной деятельности, принадлежащими государству и т.п.).

В уголовном процессе по делам публичного обвинения преследование и поддержание обвинения осуществляется представителями государства, фактически относящимися к органам исполнительной власти. Примерно такая же ситуация складывается по большинству административных производств.

Если функции обвинения и защиты будут сконцентрированы в руках государственных чиновников, это однозначно приведет к еще большему развитию обвинительного уклона и, в конечном итоге, к усилению репрессивных начал правоприменения.

Государственная адвокатура будет частью исполнительной власти и априори не сможет иметь ту же степень юридиче-

## **КАНАФИН Данияр Кайратович**

адвокат Специализированной юридической консультации «Адвокат»

Алматинской городской коллегии адвокатов,  
к.ю.н., доцент

## Считаем идею создания государственной адвокатуры порочной и представляющей опасность для прав, свобод и законных интересов граждан, а также принципов справедливого правосудия.

ской свободы и процессуальной самостоятельности, которую имеет адвокатура в силу своего особого, независимого негосударственного статуса. Следовательно, адвокаты-чиновники, находящиеся на содержании государства, будут обязаны действовать в его пользу и меньше всего будут заинтересованы в активной и принципиальной защите частных субъектов при наличии у них разногласий с органами публичной власти. Кроме того, взаимодействие «государственных адвокатов» с органами предварительного расследования на постоянной безальтернативной основе неизбежно породит новые условия для коррупции и снизит уровень качества оказываемой юридической помощи.

## Защиту от уголовного преследования должна осуществлять независимая сторона, не входящая в систему государственных органов и представляющая собой институт гражданского общества.

Защиту от уголовного преследования должна осуществлять независимая сторона, не входящая в систему государственных органов и представляющая собой институт гражданского общества. В наших реалиях таким институтом выступает и

может выступать только адвокатура как независимая, самоокупаемая, самоуправляемая организация профессиональных защитников.

Считаем необходимым напомнить, что аналогичный опыт в истории уже был. В 1870 году прусский король Фридрих II, который называл адвокатов «пиявками и опасными пресмыкающимися» /1/ упразднил адвокатуру в Пруссии, заменив профессиональных защитников на ассистентов суда, получающих жалование. Реформа в этой части полностью провалилась и уже через восемь лет эти нововведения были упразднены.

Известный русский процессуалист И.Я. Фойницкий говорил по этому поводу: «Превращаясь в должностных лиц, адвокаты утрачивают независимость и самостоятельность, необходимые им для стойкого охранения на суде доверенных им интересов.... Чиновный мундир уменьшает энергию адвоката и ослабляет тот священный пыл при защите доверенных интересов, который составляет славу и силу адвокатуры» /2/.

К сожалению, приходится признать, что в действительности идея создания государственной адвокатуры возрождается именно тогда, когда независимая адвокатура начинает раздражать своей принципиальностью и верностью интересам граждан, нуждающихся в защите от произвола /3/.

Как справедливо замечал по этому поводу проф. Ю.И. Стецовский, «теория и практика осуществления защиты государственными служащими исходит

отнодь не из заботы о надлежащей юридической помощи населению. Для такой помощи необходима независимая самоуправляющаяся адвокатура, а об этом не может быть и речи, если право приема в число адвокатов и дисциплинарная власть принадлежит администрации, а не самой адвокатуре. Должностная адвокатура преследовала иную цель: поставить адвоката в зависимое, подчиненное положение, превратить его в тихого и послушного исполнителя воли администрации» /4/.

Как институт гражданского общества и механизм защиты политических свобод и институтов адвокатура стала одной из первых жертв захвата власти большевиками. Декретом о суде № 2, принятым 07 марта 1918 года, при Советах рабочих, солдатских, крестьянских и казачьих депутатов были образованы коллегии правозащитников, которым на местах устанавливались ежемесячные оклады заработной платы. Положением о народном суде от 30 ноября 1918 года было предусмотрено создание коллегий защитников, обвинителей и представителей сторон, члены которых рассматривались как должностные лица с установлением оклада заработной платы. Оплата за участие в судебных процессах поступала в доход государства /5/.

Не ограничиваясь этим, народный комиссар юстиции Д.И. Курский 26 августа 1920 года написал в своем отношении в Президиум ВЦИК: «...представляется необходимым упразднить коллегии правозащитников, имевших к тому же тенденцию хотя бы в скрытой форме возрождать институт буржуазной

адвокатуры с гонораром, самоуправлением и пр., перейти к привлечению лиц, способных вести защиту, в первую очередь выдающихся уголовных защитников из прежней адвокатуры, на началах трудовой повинности» /6/.

Однако уже к 1922 году эта практика себя полностью исчерпала. На 4 Всероссийском съезде деятелей юстиции в январе 1922 года председатель Малого Совнаркома по выработке положения об адвокатуре Меранвиль Л.А. /7/ заявил: «не может существовать государственная адвокатура, ибо она, в конечном счете, бесспорно протитуировалась бы. Более несчастного и более вредного, чем институт коллегии правозаступников государственного учреждения, наша история не знает. Даже подпольная адвокатура несколько выше... Необходима независимая от государственной власти защита» /8/. В итоге адвокатура вновь была разгосударствлена и, следует отметить, по крайней мере, формально сохраняла такой статус весь советский период, даже во время культа личности И. Сталина. В этой связи характерно, что еще в 1940-м году М.А. Чельцова-Бебутов писал: «Специфика адвокатской работы, ставящая адвокатов в необходимость соприкосновения с клиентами – тяжущимися и подсудимыми, требует сохранения самоуправляющейся адвокатской организации, независимой от тех органов – суда и прокуратуры, - с которыми ее представители не только встречаются на общей для них работе, но и сталкиваются» /9/.

Из вышеизложенного следует однозначный вывод о том, что

защита частных лиц, их прав и законных интересов должна осуществляться юристами, свободными от государства. Очевидно, что только самоуправляемое, самофинансируемое профессиональное сообщество в состоянии обеспечить необходимую степень такой свободы.

Вопрос о наиболее приемлемых формах организации адвокатуры относится к числу дискуссионных /10/. Однако представляется бесспорным, что адвокаты не должны иметь какого-либо официального отношения к государственному аппарату, ибо они призваны защищать частные интересы и стоять на страже прав и свобод человека.

Адвокатура представляет собой союз профессионалов со своей этикой, корпоративными интересами и правилами поведения, и в специальной литературе определяется как институт гражданского общества, который четко обособлен от государства: «Адвокатура не на бумаге, а фактически не должна включаться в систему государственных органов и органов местного самоуправления. Адвокатов нельзя превращать в чиновников, они люди свободной профессии. Именно при таком статусе возможна эффективная полемика с представителями государственных органов, причем не только в уголовном, но и гражданском судопроизводстве» /11/.

В этом кроется глубокий смысл: адвокаты нередко остаются последним рубежом, обороняющим гражданина от произвола со стороны репрессивных органов /12/. Прямое подчинение адвокатов структурам испол-

нительной власти фактически ставит крест на их независимости, а, значит, и на эффективной защите прав и свобод человека.

Юридическая помощь, став функцией государственного учреждения, утрачивает свое правозащитное свойство. Это свойство может обеспечиваться только соответствующей формой организации людей, призванных оказывать эту помощь. Такая организация должна быть независима от государственного вмешательства /13/.

---

**К сожалению, приходится признать, что в действительности идея создания государственной адвокатуры возрождается именно тогда, когда независимая адвокатура начинает раздражать своей принципиальностью и верностью интересам граждан, нуждающихся в защите от произвола.**

---

Считаем необходимым напомнить, что уважение к независимости адвокатской профессии относится к числу международных обязательств Республики Казахстан. Так, в п. 5.13 Документа Копенгагенского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ 1990 года прямо говорится, что независимость адвокатов признается и защищается, в частности в том, что касается условий их приема на работу и практики /14/. Аналогичные положения есть и в других документах СБСЕ-ОБСЕ /15/.

Пункт 16 Основных положений о роли адвокатов, принятых восьмым Конгрессом ООН по пред-

## Защита частных лиц, их прав и законных интересов должна осуществляться юристами, свободными от государства.

упреждению преступлений в августе 1990 года в Нью-Йорке, в числе прочих гарантий деятельности адвокатов предусматривает такие, как возможность исполнять свои профессиональные обязанности без запугивания, препятствий, беспокойства и неуместного вмешательства /16/. Полагаем, что создание государственной адвокатуры будет досадным примером такого неуместного вмешательства /17/.

## Уважение к независимости адвокатской профессии относится к числу международных обязательств Республики Казахстан.

Игнорирование международных источников правового регулирования организации и деятельности адвокатуры представляется существенным изъяном анализируемых законопроектов, может навредить имиджу нашей страны за рубежом /18/.

Помимо вышеизложенных весьма серьезных аргументов против введения государственной адвокатуры имеются также и доводы политико-экономического характера. Непонятно, как в одном унитарном государстве с единой судебной системой, прокуратурой, основанной на началах единоточности, смогут существовать одновременно две адвокатуры? Причем адвокатуры, основанные на принципиально разных способах организации и управ-

ления. Такое положение вещей представляется неприемлемым для нормальной системы юстиции и будет несправедливым с точки зрения принципов правового и социального государства, ибо наличие двух адвокатур станет косвенным признаком неравенства – независимая адвокатура для тех, кто в состоянии оплатить правовую помощь и государственная, а, значит, несвободная, для тех, кто стеснен материально.

Другая сторона медали состоит в возможных экономических рисках для самого государства при формировании параллельной адвокатуры. В настоящее время большая часть производств по уголовным делам обеспечивается защитниками, оплачиваемыми за счет государственного бюджета. Как минимум, каждый четвертый-пятый адвокат участвует в делах по назначению органов, ведущих уголовный процесс. Очевидно, что при создании государственной адвокатуры вся эта нагрузка ляжет именно на ее плечи. В настоящее время неясно, каким именно образом будет оплачиваться работа «государственных» адвокатов», сколько штатных единиц потребуется для такой адвокатуры, во сколько обойдется содержание этого института. Однако уже сейчас ясно, что затраты будут немалыми.

Так, например, в настоящее время адвокатура обеспечивает своих членов на относительно приемлемом уровне помещениями, офисной техникой, связью, создает иные условия для работы, в том числе и по делам по назначению /19/. Однако вся эта инфра-

структура, которая фактически находится в частной собственности, станет недоступной для государственной адвокатуры, а значит, бюджету придется нести соответствующие расходы и обеспечивать помещениями, рабочими местами, офисным оборудованием и прочим примерно тысячу адвокатов по всему Казахстану, в том числе, как в крупных городах, так и в отдаленных населенных пунктах. Помимо прочего, смущает тот факт, что в специальной литературе отсутствуют вообще какие-либо данные о том, во сколько государству обходится «государственная адвокатура», поскольку в нормальных цивилизованных странах такого института не существует, а значит, нет опыта исчисления соответствующих издержек.

Другая опасность – кадровая. В настоящее время количество адвокатов вполне достаточно для того, чтобы обеспечивать дела по назначению. Фактически в распоряжении президиумов коллегий все адвокаты-члены этих коллегий. В случае необходимости коллегия может отправить любого из них принять участие в процессе по всей территории соответствующей административно-территориальной единицы. Будет ли государственная адвокатура располагать таким же кадровым потенциалом? Пока особых поводов для уверенности нет, поскольку до недавнего времени адвокатов в стране было недостаточно, и нет никаких гарантий того, что «малозатратная» государственная адвокатура сможет в скором времени рекрутировать достаточное количество членов.

Исходя из вышеизложенного полагаем, что идея создания государственной адвокатуры противоречит основным принципам организации оказания квалифицированной юридической помощи в правовом, демократическом, социальном государстве, каким провозглашает себя Республика Казахстан. Эта идея экономически и организационно несостоятельна. Ее воплощение в жизнь будет прямо противоречить международным обязательствам нашей страны в области верховенства права и справедливого судопроизводства.

#### Список использованных источников:

1. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. С-Пб, Издательство «Альфа», 1996., С. 467.
2. Фойницкий И.Я. Указ. соч., С. 473.
3. Так, например, в царской России после процесса Веры Засулич, оправданной благодаря блестящей защите адвоката П.А. Александрова, тогдашний министр юстиции К.И. Пален просил предоставить ему «в качестве временной меры право исключать из числа присяжных поверенных таких лиц, которые по имеющимся несомненным сведениям, обнаруживают предвзятый образ действий, не соответствующий званию присяжных поверенных». Это представление министра юстиции, к счастью, не было удовлетворено Государственным советом. См.: М.А. Чельцов-Бебутов. Курс советского уголовно-процессуального права. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. С-Пб. 1995. С. 774.
4. Стецовский Ю.И. Советская адвокатура: Учеб. Пособие для вузов. – М.: Высш. шк., 1989. С. 25-26.
5. Стецовский Ю.И. Указ. соч., с. 26-27.
6. Цит. по: А.П. Галоганов. Российская адвокатура: история и современность. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2003., С. 40-41.
7. Член РСДРП с 1904 года, член коллегии защитников. Расстрелян 09.05.1938. Реабилитирован 02.04.1957. Информация доступна на сайте: <http://www.memo.ru/memory/communarka/Chapter7.htm>
8. Еженедельник советской юстиции. 1922. № 6. С. 10. Цит. по: Ю.И. Стецовский. Указ. соч., с. 27.
9. Чельцов М. «Об адвокатской профессии и юридической природе советской адвокатуры» // Советское государство и право. 1940. № 7. С. 124-125. Цит. по: Галоганов А.П. Российская адвокатура: история и современность. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2003. С. 156.
10. См.: Галоганов А.П. Указ. соч. С. 85, Яртых И.С. Адвокатура и власть. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2003. с. 92-93. «Адвокатские коллегии: общественные объединения или юридические фирмы?» // Российская юстиция. 1998. № 12. с. 35.
11. Стецовский Ю.И. Указ. Соч. С. 83.
12. «Без адвокатуры немыслимо надлежащее отправление правосудия, так как она является неременной и лучшей помощницей суда. Стеснение адвокатской деятельности уменьшает вероятность правильного судебного решения, а отсутствие ее порождает величайшее неравенство перед судом сторон, из которых одна опытна в судебном производстве, а другая такой опытности не имеет. Пороки, адвокатуру разъедающие, оказывают влияние на судебную деятельность и на сам суд. Судебная организация без организации адвокатуры представляется недоделанной, неполной». Фойницкий И.Я., указ. соч., с. 468.
13. См.: Воробьев А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В. Теория адвокатуры. – М.: Издательство «Грант», 2002, С.74.
14. См.: Обязательства ОБСЕ в области человеческого измерения. Том 2. Второе издание. Опубликовано Бюро по демократическим институтам и правам человека в 2006 г. С. 75.
15. См. Решение № 12/05 Обеспечение прав человека и верховенство закона в рамках систем уголовного правосудия. Любляна 2005. Обязательства ОБСЕ в области человеческого измерения. Том 1. Третье издание. Опубликовано Бюро по демократическим институтам и правам человека в 2011 г., С. 130.
16. См.: Основные положения о роли адвокатов // Адвокатская деятельность и адвокатура. Сборник нормативных актов и документов / Под общ. ред. Семеняко Е.В., Пилипенко Ю.С. – Москва: Юрист, 2005. С. 23.
17. К сожалению, вынуждены признать, что закрепление в законодательстве идеи создания государственной адвокатуры – пока единственный по-настоящему серьезный итог многолетней суесть некоторых международных организаций по поводу реформирования бесплатной юридической помощи в Казахстане.
18. Стецовский Ю.И. Адвокатура и государство. – М.: Юрист, 2007, С. 113.
19. Так, например, Алматинская городская коллегия адвокатов за свой счет, без какого-либо содействия со стороны, приобрела помещения для всех юридических консультаций в городе, оплачивает расходы по ремонту и содержанию этих помещений. Коллегией на базе действующей юридической консультации создан специальный центр, в котором организовано прохождение стажировки для юристов, желающих получить статус адвоката, а также повышение квалификации для уже действующих членов коллегии на бесплатной для них основе. ■

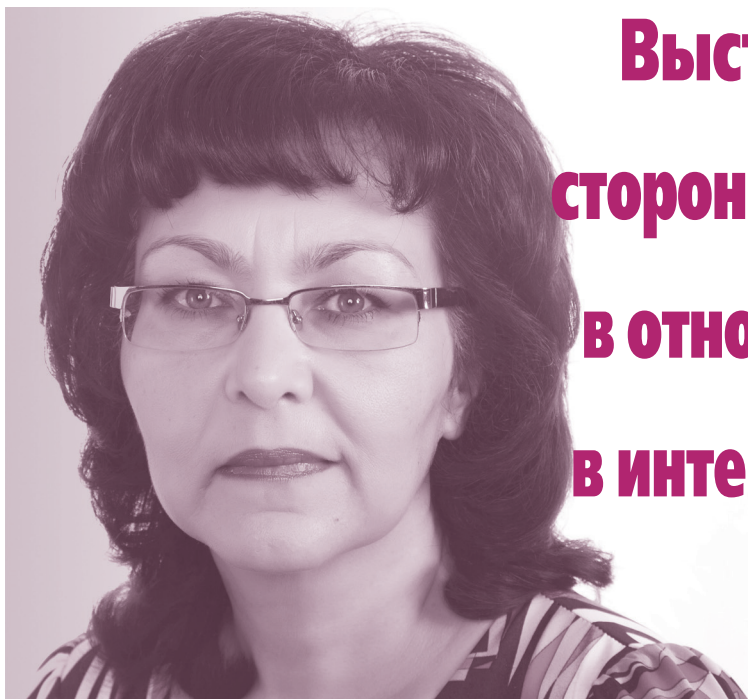
## Против введения государственной адвокатуры имеются также и доводы политико-экономического характера.

РЕЧИ  
АДВОКАТОВ



**Выступление в прениях  
сторон по уголовному  
делу в отношении  
Ринаева А.К. в интересах  
потерпевшего  
Кожанова М.Б.**

**103**



## Выступление в прениях сторон по уголовному делу в отношении Ринаева А.К. в интересах потерпевшего Кожанова М.Б.

**В** данном процессе я представляю интересы потерпевшего Кожанова Мурата Бекеновича /1/, который был убит 18.07.2012 года выстрелом в затылок из табельного оружия сотрудником полиции Ринаевым А.

Главная цель представителей потерпевшего – дочери Кожановой Эльвиры и сестры потерпевшего Кожановой Асель – было узнать, что же произошло 18.07.2012 года на аллее по улице Зенкова. Почему обычный летний день закончился так трагично для их семьи? Почему взрослого заслуженного человека, ведущего активную общественную жизнь, члена партии патриотов, кандидата в депутаты Мажилиса Парламента, куратора Общественного объединения «Безопасный город», гордость их семьи, назвали во всех СМИ хулиганом, дебоширом, пьяницей?

На протяжении почти двух месяцев мы в суде исследовали, представленные следствием документы, опросили свидетелей, экспертов, работников полиции и врачей. Многие моменты произошедшего были выяснены, но некоторые моменты так и остались не выясненными.

Например, откуда у потерпевшего появились многочисленные прижизненные телесные повреждения лица, головы, туловища, верхних и нижних конечностей в количестве 25 гематом, полученные им, согласно судебно-медицинской экспертизы № 1528 неоднократным воздействием тупого твердого предмета с ограниченной поверхностью в короткий промежуток времени незадолго до поступления в стационар?

Эксперт Тагиров (т. 2 л.д. 31) пояснил, что множественные

**АЛИМОВА Лилия Шаукатовна**

адвокат Юридической консультации № 5  
Алматинской городской коллегии адвокатов

кровоподтеки лица, головы, туловища, нижних и верхних конечностей причинены неоднократным воздействием тупого твердого предмета с ограниченной поверхностью, которыми могли быть рука, сжатая в кулак и обутая нога, а также любой тупой твердый предмет.

Так что же было в суде установлено достоверно?

18 июля 2012 года Кожанов Мурат находится в ресторане «Можо», расположенном рядом с домом Кожанова М. Согласно видеозаписи из ресторана, Кожанов Мурат чисто одет, на лице, руках не видно каких-либо повреждений, в 20 часов 50 минут он выходит из ресторана и направляется домой.

Придя домой по ул. Зенкова д. 25 кв. 26 где-то в 21 час, он застаёт дома свою гражданскую жену Исину Малику (т. 2 л.д. 16) и ее подругу Кулсекерова Аиду Сериковну (т. 2 л.д. 19).

Согласно показаниям Исиной Малики Мурат пришел домой чистый, но был выпивший, она спросила почему он выпил, хотя собирался держать уразу. И он ушел из дома.

Кулсекерова Аида как на следствии, так и в суде показала, что Мурат пришел домой где-то в 21 час, был доброжелательный, она даже не заметила, что он был выпивший, был чисто одетый, без видимых повреждений. Малика с ним о чем-то поговорила, и он ушел из дома.

Таким образом, Кожанов Мурат вышел на аллею где-то

в 21 час 10-15 минут и сел на лавочку.

Согласно показаниям свидетеля Серикбаева Айдоса Булатовича (т. 1 л.д. 29-32, л.д. 147-148, т. 2 л.д. 21-22) в это время он гулял с коляской по аллее и видел, как из дома 25 вышел выпивший мужчина, который сел на лавочку. У него заплакал ребенок и он нагнулся к ребенку, чтобы его успокоить, в этот момент он почувствовал удар по затылку, и, обернувшись, увидел мужчину из дома 25, который закричал ему «отойди шайтан от ребенка». У них состоялась словесная перепалка (л.д. 128). В суде он подтвердил данные показания и добавил, что этот мужчина не подпускал его к коляске.

В данный момент к ним подошла пожилая женщина, гуляющая с собачками, и увела мужчину в дом № 25. После того, как женщина увела мужчину, Серикбаев позвонил по сотовому телефону в 102 и вызвал полицию.

Почему Кожанов Мурат, которого все характеризуют, как воспитанного, уравновешенного, не агрессивного человека, вдруг стал задирать Серикбаева? так и осталось загадкой. Если верить словам Серикбаева, то он не подпускал его к ребенку, говоря, «отойди шайтан от ребенка». Чем была вызвана такая реакция Кожанова Мурата? Как там Серикбаев общался с ребенком, сейчас конечно установить не возможно. Но вот свидетель Искулова Наиля Кемировна, та пожилая женщина, которая уве-

ла Кожанова Мурата, в суде показала, что они ругались из-за какой-то машины.

Таким образом, ясно, что Кожанов Мурат вступил в словесную перепалку с Серикбаевым по какой-то причине.

В суде был установлен факт того, что Серикбаев вызвал полицию после того, как Искулова Наиля увела Кожанова Мурата домой. Вызвал Серикбаев полицию где-то в 21 час 26 минут.

Примерно через пять минут после вызова приехали сотрудники полиции Утегенов и Ринаев, это где-то в 21 час. 30 мин.

Они встретили Серикбаева, который им сказал, что мужчину увела женщина в дом № 25 и показал подъезд, куда зашел мужчина, и показал куда ушла женщина с собачкой.

То есть в суде было достоверно установлено, что когда приехали сотрудники полиции, никаких противоправных действий со стороны Кожанова Мурата не было, его вообще в тот момент не было на аллее.

В это время из подъезда вышел Кожанов, а Серикбаев ушел домой, так и не написав заявление.

Утегенов и Ринаев в суде пояснили, что в таком случае, если вызывавший не написал заявление сразу, Кожанов при них никаких противоправных действий не совершал, они должны были записать



данные этих лиц и в дальнейшем передать участковому для рассмотрения.

А что же у них произошло в действительности?

Утегенов в суде показал, что Кожанов вел себя агрессивно и дальше хочу привести дословно «говорил, я никуда с вами не пойду, позовите пожалуйста мою жену из кв. 26». Ничего себе агрессивно. Все бы так себя вели при агрессии.

Вместо того, чтобы действительно вызвать жену из кв. 26, узнать у нее все данные выпившего мужчины, и сказать ей, чтобы она подержала его дома пока не протрезвеет, они отводят под руки Кожанова от подъезда к машине. Зачем? Ведь они уже пояснили, что задерживать его не собирались и не должны были.

Так зачем же повели к машине? Записать его данные? Но он же им сказал, что без жены ничего не скажет. Утегенов и Ринаев, работающие не один год наверняка знают, как трудно бывает общаться с выпившими. Между тем повели его к машине. До этого момента, согласно видеозаписи и показаний многочисленных свидетелей Исиной Малики, Кулсекеровой Айды, Серикбаева Айдоса, Искуловой Наили Кемировны, Кожанов Мурат не имел никаких телесных повреждений. А вот после общения с Утегеновым и Кожановым появились телесные повреждения, притом видимые (рана на лбу, на голени, на руках) и невидимые на других частях тела.

В суде два молодых, физически и морально подготовленных для наведения порядка на улицах города и подготовленных для противостояния любым личностям сотрудника полиции показали, что не смогли справиться с немолодым выпившим мужчиной. Пожилая женщина, можно сказать бабушка, за пять минут до приезда полиции смогла спокойно завести Кожанова домой, а два молодых сотрудника полиции не смогли с ним справиться.

Утегенов и Ринаев пытались нам в суде представить Кожанова Мурата этским сверхчеловеком, который одним ударом в губу смог отключить Утегенова, который упал и потерял сознание, а Ринаев не смог его побороть, а от его удара левым локтем тоже выключился и не знает, как произошел выстрел.

Действительно Кожанов Мурат в молодости занимался спортом, но в 26 лет получил травму позвоночника, и вынужден был оставить спорт. На момент происшедшего ему было уже 52 года, и уже 26 лет как он не занимался спортом. Если он одним ударом в состоянии уложить молодого накачанного сотрудника полиции, почему не уложил второго, а стал применять нож (по словам Ринаева) и как он такой сильный мог позволить нанести ему кем-либо 25 телесных повреждений?

Доказать факт того, что именно Утегенов и Ринаев нанесли данные телесные повреждения Кожанову следствие не смогло, сами они, естествен-

но, не сознались, а свидетелей этому не нашлось, и следствие выделило данный эпизод в отдельное производство, которое как мы подозреваем так и останется не раскрытым. Свидетелей того, кто нанес сотрудникам полиции телесные повреждения, а именно Утегенову Айдару Бекуловичу ранку размером 0,5 см на 0,4 см. на верхней губе слева (согласно заключения судебно-медицинской экспертизы свидетелем № 04-06-3125 от 19.07.2012 г. (т. 1 л.д. 123-124) и Ринаеву Асету Кожамкуловичу (согласно заключения судебно-медицинской экспертизы свидетелем № 04-06-3123 от 19.07.2012 г. (т. 1 л.д. 116-117) на правом бедре две колотые раны размером 0,7 см и 1,0 см. и ссадину на правом плече, свидетелей не нашлось, между тем только с их слов на умершего Кожанова Мурата было возбуждено три уголовных дела по хулиганству, по сопротивлению, и покушение на убийство работника полиции (хорошо хоть здравый смысл восторжествовал и Прокуратурой города Алматы 23 января 2013 года уголовное дело по покушению на убийство в отношении Кожанова Мурата прекращено за отсутствием в деяниях состава преступления).

В данном деле нам тоже предлагается только со слов Утегенова и Ринаева, без подтверждения хоть одного свидетеля поверить, что именно Кожанов нанес им вышеуказанные телесные повреждения.

Между тем, в самих заключениях указано, что в уста-

новочной части Постановлений об освидетельствовании Ринаева и Утегенова указано, что 19.07 (а не 18.07) неустановленное следствием лицо нанесло телесные повреждения, в том числе ножевые ранения, и скрылось в неизвестном направлении???

При освидетельствовании Ринаев показал, что ножевое ранение ему нанесло неустановленное лицо, и Утегенов сказал экспертам также. Почему они так сказали??? Ведь на момент освидетельствования они уже достоверно знали и фамилию мужчины и знали, что он умер в больнице.

Вообще спец.прокуратурой по данному делу были установлены 4 свидетеля Абдикенов Берик Ибраевич, Муратбаев Айбек Бекетович, несовершеннолетний Текулов.

Адвокаты подсудимого Ринаева просили признать показания свидетелей недопустимыми, так как нашли в них какие-то неточности. Предлагая видимо нам взять за основу только показания Утегенова и Ринаева. Правда, не уточняя, какие именно показания из неоднократно измененных брать за основу?

Между тем и УПК РК и п. 3 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 20 апреля 2006 года с изменениями и дополнениями от 25.06.10 года № 4 «О некоторых вопросах оценки доказательств по уголовным делам» гласит, «доказательства оцениваются судьей по своему внутреннему убеждению, основанному на их

совокупности, руководствуясь при этом законом и совестью».

Оценка доказательств по внутреннему убеждению означает, что только судья непосредственно решает вопросы о достоверности доказательств, истинности или ложности содержащихся сведений, достаточности их в совокупности для окончательного, правильного вывода и обоснования решения.

Судья оценивает доказательства, руководствуясь законом, то есть, проверяя соблюдение норм права, устанавливающих порядок собирания и закрепления доказательств, допустимость и относимость их к делу».

В судебном заседании нарушения норм права, устанавливающих порядок собирания доказательств, а именно показаний свидетелей установлено не было. А вот об истинности или же ложности сведений можно будет судить только проанализировав все показания между собой и сопоставив их с другими материалами дела (экспертизами).

Утегенов будучи постарше, поопытней и чтобы не отвечать за действия своего подчиненного, избрал очень удобную позицию, ничего не видел, ничего не слышал, так как от удара в губу потерял сознание. У Ринаева же потеря сознания появилась только к концу следствия.

Но и у Утегенова есть проколы. Согласно показаниям Утегенова как в суде, так и

во время следствия, мужчина который вышел из подъезда и просил позвать жену, так и не назвав своего имени, ударил его. Согласно же рапорта (т.1 л.д. 33-34), составленного Утегеновым в тот же день, указано, что Кожанов Мурат Бекенович 05.09.1960 года рождения находился в нетрезвом виде. Серикбаев А.Б. попросил принять к нему меры и мы предложили Кожанову М.Б. пройти с нами к машине.

То есть в рапорте, составленном в тот же день, не только указана фамилия, но и имя, отчество и дата рождения.

Трудно поверить также в то, что Кожанов, будучи сам когда – то сотрудником МВД, ратующим за Безопасный город, работающий в охранном агентстве и напрямую зависимый в своей работе от полиции, стал бы оказывать физическое сопротивление сотрудникам полиции. И если поверить, что именно Кожанов нанес удар Утегенову, то не было ли это защитой от полученных ударов и попыткой убежать?

Также очень трудно поверить в то, что Утегенов, занимающийся боксом и карате, от удара, в результате которого появилась на губе рана в полсантиметра и не было обнаружено никаких других повреждений, мог потерять сознание и упасть с высоты своего роста. Между тем, если человек упал бы с высоты собственного роста в бессознательном состоянии на асфальт (так как машина, около которой это произошло,

стояла на проезжей части), у него должны были бы остаться хоть какие-то повреждения в виде ссадин, ушибов других частей тела. Предвижу, что защита Ринаева начнет говорить, что в дальнейшем Утегенов был госпитализирован с диагнозом сотрясение мозга. Но к данной госпитализации я бы отнеслась критически, так как ни врачам скорой помощи, ни эксперту, проводившему освидетельствование, он не сказал, что упал и потерял сознание, и никто кроме Ринаева не видел, что сотрудник полиции упал.

Абдикенов показал, что услышал звук и увидел, что сотрудник полиции пошатнулся, схватившись за автомат. Утегенов на очной ставке с Абдикеновым (т. 3 л.д. 48-50) не согласился с его показаниями только в этой части, в остальной подтвердил. Ну а показания Муратбаева (т.3 л.д. 51-53) Утегенов подтвердил полностью, и то, что на Ринаеве не было бронжилета и то, что не было ножа, и то, что у Ринаева не было ножевых ранений.

Если внимательно просмотреть все показания Утегенова в них много разночтений о том, что же сказал ему Ринаев, то Кожанов пытался Ринаева ударить в грудь, то нанес несколько ударов ножом в бронжилет и т.д. Но на них я останавливаться не буду, так как для доказанности или же для квалификации действий Ринаева они не играют большой роли.

Показания Ринаева же данные в ходе следствия вообще отличаются друг от друга. То Кожанов уже перепрыгнул

через забор и он за ним тоже перепрыгнул, то Кожанов только пытался перепрыгнуть и он схватил его за воротник, то он схватил его за пояс или ремень. То он ослабел от потери крови от раны на ноге, а то он, оказывается, отключился от удара Кожанова локтем ему в лицо и пришел в себя, вообще когда только приехали сотрудники полиции. То они боролись на земле, и произошел выстрел, то они боролись когда Кожанов практически сидел на заборе, одна нога с одной стороны, другая с другой и произошел выстрел. А в суде он поменял показания и те, которые давал на следствии. Из его сумбурных показаний так и не стало понятно, как же все произошло.

И вот тут чтобы восстановить цепь событий хочешь, не хочешь, а придется обратиться к показаниям свидетелей и экспертизам.

Часть показаний Ринаева, хотя бы в части того, что он отключился и пришел в себя только после приезда начальства, опровергается:

- показаниями Утегенова, который с ним разговаривал, и спрашивал куда произошел выстрел, переговаривались как вызывать скорую;
- показаниями врача скорой помощи Калибековой Назым Токуловны (т.2 л.д.42-43), забирающей Кожанова М. и общающейся с обоими сотрудниками полиции, которой Ринаев сказал, что мужчина стал убежать и он его застрелил;
- показаниями Муратбаева,

который общался с Ринаевым, и которого Ринаев попросил вызвать скорую и принести что-нибудь под голову. Муратбаев принес куртку. Куртка то оказалась на месте происшествия, и исследовалась как принадлежащая Кожанову М.;

- показаниями Абдикенова, который слышал как сотрудник полиции, находящийся рядом с упавшим мужчиной закричал «вызывай по рации скорую помощь» (т.1 л.д. 152);
- показаниями свидетеля «Александра», сотрудник полиции подбежал к упавшему мужчине и закричал «вызывай скорую, люди сидящие на скамейке побежали вызывать скорую» (т.2 л.д.41);
- показаниями свидетеля Текулова С.: «я услышал выстрел, повернулся и увидел, что около ограждения лежит мужчина, а рядом стоит молодой полицейский с короткой стрижкой (т.2 л.д. 163).

Конечно, к показаниям свидетелей по отдельности можно относиться по-разному, ведь они рассказывают что видели каждый со своей точки зрения, но когда б человек, один из которых твой напарник, а другой независимый врач, говорят, что Абирова был в сознании, и осознавал что произошло, то критически уже стоит относиться к показаниям подсудимого Ринаева.

Главный вопрос, который волнует всех нас, был ли у Кожанова

нова Мурата нож и нанес ли он им повреждения Ринаеву?

И, соответственно, если ножа не было, тогда вправе ли был Ринаев вообще доставать пистолет и снимать его с предохранителя?

Ринаев показал, что после того, как Утегенов упал от удара, он испугавшись за автомат, схватил Кожанова со спины и пытался его оттащить. Кожанов вывернулся к нему лицом, он зажал его правую руку и пытался применить приемы самбо, и в этот момент почувствовал несколько ударов в область правого бедра и увидел в руках Кожанова нож. Он оттолкнул его и выхватил пистолет, передернул затвор и крикнул «стой стрелять буду», так как Кожанов стал убегать.

Данные показания Ринаева полностью опровергаются материалами дела.

**Во-первых**, согласно показаний самого Ринаева после удара он сразу же сзади схватил Кожанова и согласно показаний на месте зажал обе его руки, то есть нож в этот момент Кожанов вытащить не смог бы (т.2 л.д. 93 фото № 6).

**Во-вторых**, Кожанов являлся правойшей, и даже если поверить Ринаеву, что нож был, правша носил бы его в правом кармане и применял бы его тоже правой рукой.

**В-третьих**, Кожанов оказался лицом к лицу к Ринаеву, правая рука зажата, во вре-

мя борьбы Кожанов должен был исхитриться левой рукой вытащить нож из правого кармана и ударить им Ринаева.

Притом согласно Медико-криминалистической экспертизы № 10-06-209 от 20.09.12 года (т. 2 л.д. 122) на брюках Ринаева обнаружено повреждение на задней поверхности правой половины брюк на расстоянии 50 мм (5 см) от срединного шва.

**В-четвертых**, согласно той же самой экспертизе данный нож является кухонным ножом в закрытом состоянии 9 см, в раскрытом 15 см. Рукоятки свободно проворачиваются на 180 градусов. Выступы клинка ножа сточены, в результате чего клинок слабо фиксируется (т. 2 л.д. 124). При экспериментальной попытке произвести повреждения данным ножом на брюках, рубашке, бронежилете, было установлено, что «Повреждения можно было причинить только при условии установки стопора рукояток в их прорези и плотного фиксирования рукояток в руке. В противном случае выступы (фиксаторы) на клинке в результате их изношенности, плохо удерживают клинок в раскрытом состоянии и при нанесении повреждений на объекты может происходить как полное, так и частичное разворачивание клинка вокруг оси шарнира (т. 2 л.д. 126).

Таким образом, Кожанов должен был в борьбе не только вытащить нож из кармана, но и развернуть его, зафиксировать в прорези и плотно взять в руку обе рукоятки и все это

одной левой рукой, вторая-то зажата. На что у него явно не было времени. В обратном случае без четкой фиксации в прорези, нож у него бы разворачивался и он не смог бы нанести повреждения или же он должен был держать нож за лезвие, и тогда на левой руке у него должны были остаться порезы, чего экспертизами установлено не было.

**В-пятых**, причинение данным ножом на брюках повреждений не исключается, как и любым другим.

А вот причинение повреждений на бронежилете данным ножом исключаются полностью. Соответственно, никаких ударов в бронежилет данным ножом и не могло быть.

**В-шестых**, согласно заключения специалиста ОКУ ДВД Мильтаевой Т.К. № 210 от 25.07.12 года (т.1 л.д. 107-108) – следов папиллярных линий на поверхности ножа не обнаружено.

Также криминалист ОКУ ДВД г. Алматы Тюлебаев Сакен Бекович в суде показал, что данный нож был исследован им сразу же на месте преступления, и он не обнаружил на нем никаких следов, ни пальцев, ни крови.

Во время судебного заседания, со стороны защиты подсудимого слышались реплики, что следы стерли.

Но кто бы их стер на месте преступления?

Кожанов который выронил его со слов Ринаева после

выстрела в голову и находившийся в коме?

Или родственники Кожанова, которые даже не знали о произошедшем ничего.

**В-седьмых**, согласно судебно-биологической экспертизы № 1015 от 03.08.2012 года на ноже кровь не обнаружена (т.1 л.д. 95-101). И опять же е кто-то стер?

**В-восьмых**, ни в ходе следствия, ни в суде так и не удалось выяснить, так кто же нашел нож? От всех мы слышали «кто-то крикнул, тут нож». А следователь Турисбаев Асет Мейрамович, проводивший осмотр, вообще показал, что когда он приехал на место, там уже было полно сотрудников полиции и все знали, что под елкой лежит нож.

**В-девярых**, если верить показаниям Ринаева, что он с Кожановым сначала боролся около машины, потом около забора или на заборе, или же на земле, при этом ножевое ранение он получил сразу же у машины и уже слабел от потери крови, то при борьбе на светлых брюках Кожанова явно должна была остаться кровь Ринаева.

Также, если бы выстрел произошел во время борьбы, то есть в контакте, то на одежде Ринаева, по крайней мере, на рубашке, должна была остаться кровь Кожанова, так как кровь из головы Кожанова била фонтаном. За считанные минуты рубашка Кожанова полностью пропиталась кровью.

А что же мы видим из материалов дела?

Согласно заключению судебно-биологической экспертизы № 1015 от 03.08.12 года (т. 1 л.д. 94-101) на одежде Кожанова была обнаружена только кровь Кожанова, а на одежде Ринаева только кровь Ринаева.

Предвидя возражения адвокатов подсудимого, хочется обратить внимание суда на то, что согласно Постановлению о назначении данной судебно-биологической экспертизы перед экспертами были поставлены вопросы (т. 1 л.д. 93): имеются ли на одежде Кожанова (плавках, брюках, рубашке, ботинках) и на одежде Ринаева (рубашке, брюках) следы крови? Если да, то какова ее групповая принадлежность? Принадлежит ли эта кровь Ринаеву, Кожанову или другим лицам?

Из заключения данной экспертизы можно сделать вывод, что у Ринаева на момент борьбы не было ножевого ранения, и он не находился в непосредственной близости с Кожановым в момент выстрела.

**В-десятых**, врач скорой помощи Калибекова Н.Т. в суде показала, что около раненого находились двое сотрудников полиции. На свои ранения не жаловались, ножевого ранения у Ринаева она не видела, также как и не видела разбитой губы Утегенова, а то она оказала бы им помощь и вызвала бы другую бригаду скорой помощи для них.

Показания врача скорой помощи подтверждаются справками из станции скорой медицинской помощи.

Первый вызов в скорую помощь поступил в 21 час 44 минуты при том с телефона 797-115-21-07, который не принадлежит ни одному из допрошенных свидетелей.

Согласно показаниям свидетелей выстрел произошел где-то в 21 час 35 минут.

В 21 час 53 минуты скорая прибыла уже на место, и это время еще не было других полицейских. В 22 часа 10 минут Кожанов уже был доставлен в больницу.

Протокол осмотра места происшествия был начат в 22 часа 20 минут, т.е. спустя почти час, а точнее 50 минут после выстрела и спустя 30 минут после отъезда скорой помощи с Кожановым.

Второй вызов в скорую уже для Ринаева поступил в 22 часа 23 минуты, т.е. после начала осмотра места происшествия с тел. 701-799-80-69. Скорая прибыла на место происшествия в 22 часа 34 минуты и была наложена повязка.

Таким образом, скорая для Ринаева была вызвана и прибыла ровно через час после выстрела. За этот час Ринаев согласно его показаниям должен был истечь кровью, но согласно судебно-биологической экспертизе № 1015 (т.2 л.д. 99) на задней лицевой поверхности брюк Ринаева имеются пятна

коричневого цвета размерами 0,4\* 0,4 см и 15 на 6 см. Конечно, количество крови будет зависеть от глубины раны, но говорить об истекании крови при двух пятнах небольшого размера, наверное, все-таки не стоит, и то что таких два пятна такого размера образовались явно не за час, а за меньшее количество времени – очевидно.

А вот для Утегенова, который якобы пострадал вообще самый первый, была вызвана скорая только в 22 часа 48 минут, на место она прибыла в 11 часов, то есть спустя вообще полтора часа после выстрела.

**В-одиннадцатых**, опровергаются показания Ринаева также показаниями свидетелей – очевидцев: Абдикенова, Муратбаева, Текулова, «Александра».

Видите, я только в 11 пункте ссылаюсь на показания свидетелей, которые не видели борьбы, не видели ножа, не видели ранения у Ринаева.

Я думаю и без их показаний достаточно материалов, опровергающих показания Ринаева о том, что у Кожанова Мурата был нож и что он этим ножом причинил телесные повреждения Ринаеву.

**В-двенадцатых**, в постановлении о прекращении уголовного преследования от 23.01.2013 года вынесенном старшим прокурором Аубакировым Т., подписанном Помощником прокурора г. Алматы Мирзахановым, начальником управления прокуратуры г. Алматы

Мендешевым, утвержденном заместителем прокурора г. Алматы Хасеновым, представленным в суд защитой Ринаева и не обжалованным Ринаевым, указано, что по уголовному делу, возбужденному против Кожанова Мурата, и в котором имеются аналогичные экспертизы, что и в нашем деле,

- не установлены обстоятельства обнаружения ножа,
- не установлено кем он обнаружен,
- нет доказательств, что нож принадлежал Кожанову,
- и что он его применял против Ринаева.

Таким образом, как Постановлением прокурора, так и материалами данного дела установлено, что у Кожанова М. не было ножа, соответственно, он и не применял его против Ринаева.

А это значит, что Ринаев не имел право доставать оружие, снимать его с предохранителя и применять его против человека.

Во время следствия и в суде много внимания уделялось тому факту был ли на Ринаеве бронжилет, который с его слов спас ему жизнь.

После заключения Медико-криминалистической экспертизы № 10-06-209 от 20.09.12 года о том, что нанесение повреждений на бронжилет данным ножом исключаются полностью, я считаю, что это уже не столь важно, был или не был бронжилет на Ринаеве.

Но согласно постановлению о прекращении уголовного преследования от 23.01.2013 года было достоверно установлено, что у Ринаева бронжилета не было.

Все 4 очевидца – свидетеля происшедшего говорят, что был один бронжилет. Свидетель Серикбаев также показал, что бронжилет был только на том сотруднике, у которого был автомат.

Даже сотрудники полиции, присутствующие на месте преступления путаются и говорят, что видели один бронжилет.

Присутствие на данном бронжилете третьей группы крови, согласно дополнительной судебно-биологической экспертизе, не является доказательством нападения Кожанова на Ринаева. Большинство присутствующих здесь юристы и знают, что как и в этом зале так и в полку Бурана может быть масса людей, имеющих данную группу крови, и эта кровь может принадлежать как Ринаеву, так и любому другому человеку, имеющему третью группу крови.

Сам Ринаев и другие сотрудники показали, что данные бронжилеты старые, используются около 6 лет, и передаются из смены в смену.

Еще один главный вопрос, который исследовался в зале суда, это с какого расстояния был произведен выстрел, в момент борьбы случайно (со слов Ринаева), или целенаправленно в спину убегающего человека.

Начну опять же с экспертиз, а не с показаний свидетелей.

**1.** По делу была проведена экспертиза металлов и сплавов № 7234 от 07.09.12 года (т. 3 л.д. 4-12), согласно которой на одежде Кожанова были обнаружены две порошинки.

**2.** Согласно показаниям эксперта Силаевой, данным ею в суде, наличие этих двух порошинок свидетельствует о том, что выстрел был произведен не в упор и не с близкого расстояния.

**3.** Согласно Медико-криминалистической экспертизы № 10-06-258 от 20.09.12 года (т.2 л.д. 64-78) после изучения всех материалов дела, в том числе и с учетом экспертизы металлов и сплавов эксперты пришли к следующим выводам:

На внешней поверхности сорочки обнаружены следы металла – меди в виде небольшой осыпи микрочастиц на площади 8 на 10 см., ориентировочно в проекции повреждения, наличие данных микрочастиц объяснены осыпанием микрочастиц увлекаемых пулей и осыпающихся при попадании пули в преграду.

Следов близкого выстрела на одежде Кожанова не обнаружено.

Следов копоти выстрела и смазочных материалов, которыми мог быть смазан канал ствола не обнаружено.

Решить вопрос, с какой точно дистанции был произведен

выстрел эксперт не смог по ряду объективных причин, а именно, отсутствием биологических образцов, отсутствием на одежде следов копоти и выстрела.

Но из исследовательской части заключения видно (л.д. 72), что из канала ствола вместе с пулей вылетают порошинки несгоревшего пороха, копоть и металлические частицы. Масса этих частиц невелика и они быстро тормозятся в полете из-за сопротивления воздуха и оседают на поверхности мишени. Быстрее всего тормозится копоть – ее наблюдают на расстоянии, не превышающем десяток сантиметров. Основная же масса порошинок и металлических частиц может достигать 1,5-2,5 метра. На практике были случаи обнаружения частиц на расстоянии 50 и 100 м.

Так как в нашем случае копоть не была обнаружена на рубашке, найдено было только 2 порошинки несгоревшего пороха и несколько металлических частиц, то можно сделать вывод, что выстрел произошел с расстояния не ближе двух метров.

**4.** Данный вывод подтвердил и допрошенный во время следствия и в суде эксперт Сыдыков – наличие двух порошинок свидетельствует о выстреле с расстояния.

**5.** Что касается расположения Кожанова к стрелявшему Ринаеву.

Согласно судебно-биологической экспертизе трупа и

протокола допроса эксперта Тагирова (т.2 л.д. 24-32) «Во время получения огнестрельного оружия в голову Кожанов М. находился спиной по направлению к стрелявшему».

Спиной, а не в полуповоротном положении, как указывает Ринаев. Согласно показаний на месте Ринаева, Кожанов все время во время борьбы находился к нему лицом.

И в данной части показания Ринаева опровергаются материалами дела.

**6.** Об этом же указывают и все четыре очевидца – свидетеля, что Ринаев произвел выстрел в убегающего человека с расстояния.

И само по себе количество данных метров – это расстояние, 2 м, 1 метр или 5 – уже не важны.

Главное, что материалами дела, а именно экспертизами, показаниями экспертов, специалистов и свидетелей доказано, что выстрел был произведен с расстояния, а не в борьбе, в спину убегающего человека.

В данном деле удивляет факт того, что когда после происшедшего на место стали съезжаться работники полиции разных рангов и служб, они не попытались опросить свидетелей, установить очевидцев, а, наоборот, огородили место и разогнали весь народ.

После анализа всех материалов дела, в голову прихо-

дит мысль, что и нападение-сопротивление Кожанова и нож, и телесные повреждения Утегенова и Ринаева – это чья-то инсценировка, и, наверняка, с подачи кого-нибудь из руководства, поэтому ни Утегенов, ни Ринаев никогда в этом не сознаются.

А если инсценировка, тогда все встает на свои места и тогда понятно, почему разогнали свидетелей, огородив место, почему скорые для Ринаева и Утегенова появились через час и полтора часа после выстрела, нужно же было время для реализации задуманного.

Согласно ст. 61 Закона РК «О правоохранительной службе» предусмотрено 8 случаев, когда сотрудники имеют право применять оружие, а именно:

**1.** Сотрудники имеют право применять огнестрельное оружие для:

- 1) защиты физических лиц от преступного посягательства в случае угрозы их жизни и здоровью, а равно освобождения заложников;
- 2) отражения нападения на сотрудников и членов их семей, лиц, выполняющих служебный или общественный долг по охране общественного порядка, обеспечению общественной безопасности и противодействию преступности;
- 3) отражения нападения на жилые помещения физических лиц, на охраняемые правоохранительными органами

объекты, помещения государственных организаций, отражения нападения на служебный или войсковой наряд;

- 4) задержания лиц, оказывающих сопротивление либо застигнутых при совершении преступления, совершающих побег из-под стражи (кроме содержащихся под административным арестом), для задержания вооруженных лиц;
- 5) остановки транспортных средств путем их повреждения, если водитель не подчиняется законным требованиям сотрудника и ставит под угрозу жизнь и здоровье физических лиц;
- 6) защиты от нападения животных;
- 7) подачи сигнала тревоги или вызова помощи;
- 8) во всех иных случаях необходимой обороны и крайней необходимости.

**2.** Запрещается применять оружие в отношении женщин, лиц с явными признаками инвалидности, несовершеннолетних, когда их возраст известен или очевиден, кроме случаев совершения ими вооруженного нападения, оказания вооруженного сопротивления, захвата заложников, транспортных средств, в том числе воздушного судна, либо группового нападения.

Ни одного из данных пунктов в суде установлено не было.

Таким образом, обвинение Ринаева в том, что он, будучи представителем власти, пре-

вышая ее и свои должностные полномочия, игнорируя требование ст. 61 Закона РК «О правоохранительной службе», а именно, при отсутствии реальной угрозы жизни и здоровью граждан, при отсутствии нападения на сотрудников полиции, выполняющих служебный долг по охране правопорядка, обеспечению общественной безопасности и противодействию преступности, незаконно произвел выстрел из вверенного ему табельного оружия – пистолета Макарова калибра 9 мм в направлении убегающего Кожанова в судебном заседании нашло свое полное подтверждение.

Квалификация его действий по ст. 308 ч. 4 п. Б УК РК, а именно превышение власти и должностных полномочий, уполномоченных на выполнение государственных функций, действий, явно выходящих за пределы его прав и полномочий, повлекшие тяжкие последствия для граждан и совершенных с применением огнестрельного оружия является правильной и обоснованной.

На основании изложенного Прошу суд вынести обвинительный приговор в отношении Ринаева Асета Кожамкуловича по ст. 308 ч. 4 п. Б УК РК.

Гражданский иск Кожановой Асель Кадыровны удовлетворить в полном объеме.

1. Все имена, фамилии, отчества лиц, даты рождения, проходивших по данному уголовному делу, в настоящей статье изменены. ■