

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

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.



АДВОКАТЫ АЛМАТЫ

ежеквартальный информационно-аналитический юридический журнал

СОДЕРЖАНИЕ №3-4(25-26)12'2010

Издатель:

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

Главный редактор:

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

Выпускающий редактор:

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

Редакционная коллегия:

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

Дизайн, верстка, фотографии:

Н.Н. Соколов

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 журнале, допускается только по согласованию с редакцией; ссылка на журнал обязательна.

НОВОСТИ

Основные события. 2

УГОЛОВНОЕ ПРАВО И УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

Либерализация уголовного законодательства и декриминализация преступлений, не представляющих большой общественной опасности с точки зрения адвокатского сообщества *Карчегенов К.К.* 8

Судебный контроль за деятельностью органа уголовного преследования на стадии досудебного производства по уголовному делу. *Нам Г.М.* 10

Смертная казнь, пожизненное лишение свободы.
Судебная ошибка. *Устимиров Н.Д.* 22

Практические вопросы, возникающие по уголовным делам о хищениях в сфере государственных закупок в строительстве. *Ажигулова А.М.* 25

Основания уголовной ответственности за уклонение от уплаты налогов и/или других обязательных платежей в бюджет с организаций. *Хан В.Ю.* 27

Судебный «наезд» при рассмотрении уголовного дела по дорожно-транспортному происшествию. *Аршетдинов Б.Б.* 31

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

К вопросу о медиации. *Петров А.С.* 36

ГОСТЬ

Административная преюдиция и институт рецидива с точки зрения уголовного права Европейских стран. *Хавронюк Н.И.* 39

Основные события

Основными событиями третьего и четвертого кварталов 2010 года стали следующие события:

1. 26 августа 2010 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 (все заявления удовлетворены);
- 2) рассмотрено 9 заявлений о приеме в члены АГКА (9 кандидатов приняты в члены АГКА);
- 3) заслушаны отчеты стажеров, даны заключения о прохождении стажировки;
- 4) рассмотрено дисциплинарное производство по жалобе Нуровой Х.Х. на адвоката Торехан С.М. (принято решение прекратить производство);
- 5) рассмотрено дисциплинарное производство по представлению Департамента юстиции г. Алматы по обращению Мадияр Г.С. на адвоката Иванова А.С. (объявлен строгий выговор);
- 6) рассмотрено дисциплинарное производство по заявлению Мондыбаевой С.С. на адвоката Иванова А.С. (принято решение об исключении адвоката Иванова А.С. из членов АГКА);
- 7) рассмотрено дисциплинарное производство по представлению Департамента юстиции г. Алматы на адвоката Менджеу В.Б. (принято решение производство прекратить);
- 8) рассмотрено дисциплинарное производство по представлению Департамента юстиции г. Алматы на адвоката Колыванову Н.Ю. (принято решение производство прекратить);
- 9) рассмотрено заявление адвоката Садырбекова П. о приостановлении членства в АГКА

- (принято решение приостановить членство на 1 год);
- 10) рассмотрено заявление адвоката Камыспаева А. о приостановлении членства в АГКА (принято решение приостановить членство на 3 месяца);
 - 11) рассмотрено заявление адвоката Котова Н.Б. о приостановлении членства в АГКА (принято решение приостановить членство);
 - 12) рассмотрено заявление адвоката Матвеева В.М. о приостановлении членства в АГКА (принято решение приостановить членство на 3 месяца);
 - 13) рассмотрено заявление адвоката Али-Айдарова М.У. о приостановлении членства в АГКА (принято решение приостановить членство на 2 месяца).

2. 14 сентября 2010 года Общественный Фонд «Содействия Тюремной Реформе в Казахстане» в рамках государственного социального заказа Управления внутренней политики Акимата г. Алматы проводит Круглый стол «Альтернатива мер наказаний не связанных с лишением свободы: достижение и перспектива» в свете Послания Президента Н. Назарбаева к народу в 2010 году и его Указа «О мерах по повышению эффективности правоохранительной деятельности и судебной системы в Республике Казахстан» № 1039 от 17.08.2010 г.

- Целями круглого стола являлось:
- исследование, постановка и разрешение основных теоретических и практических проблем, возникающих непосредственно с применением альтернативных подходов, как меры наказания;
 - изучение работы судов г. Алматы;
 - определение функции работы местных исполнительных органов (акиматов) в осуществлении социальной адаптации и реабилитации лиц, отбыв-

- ших уголовные наказания;
- изучение истории происхождения и применения, альтернативных лишению свободы мер наказания на опыте зарубежных стран;
- анализ особенностей исполнения альтернативных мер наказания в системе УИС РК исходя из практики работы Управления Алматы и Алматинской области, Уголовно-исполнительной инспекции, ее эффективность и недостатки исходя из нарабатанной практики;
- анализ возможности либерализации уголовного законодательства и декриминализации преступлений, не представляющих большой общественной опасности.

В работе Круглого стола приняли участие Аким г. Алматы, директор Управления внутренней политики Акимата г. Алматы, представители УИС по г. Алматы и Алматинской области, председатели городского и районных судов, Председатель Алматинской городской коллегии адвокатов, представители прокуратуры г. Алматы, НПО, производственно-коммерческих структур, СМИ.

В процессе работы Круглого стола были заслушаны доклады, обсуждены проблемные вопросы, а по итогам Круглого стола - выработаны рекомендации.

3. 23 сентября 2010 года в г. Астане состоялось заседание Президиума Союза Адвокатов Казахстана, на котором были рассмотрены следующие вопросы:

- 1). Рассмотрен проект Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам адвокатуры»;
- 2). Рассмотрен вопрос о проведении Церемонии «Адвокат года - 2010»;
- 3) Разное.

4.30 сентября в г. Алматы состоялся первый Форум «Юридический бизнес. Центральная Азия». Целью Форума являлось обсуждение актуальных вопросов и эффективных решений в развитии юридических услуг, налаживание перспективных контактов и обмен практическим опытом, объединение усилий в едином сообществе и развитие юридического бизнеса Центральноазиатского региона. На Форуме приняли участие ведущие юридические фирмы Центральноазиатского региона, адвокаты Алматинской городской коллегии адвокатов.

5. 23 октября 2010 года в Центре повышения квалификации для адвокатов Алматинской городской коллегии адвокатов был проведен Семинар в рамках Академии арбитража «Международный коммерческий арбитраж и третейские суды в Республике Казахстан. Законодательство и практика применения».

На семинаре рассматривались общие вопросы деятельности третейских судов и международных коммерческих арбитражей, основные положения законодательства Республики Казахстан о третейских



(арбитражных) судах, вопрос об арбитражном (третейском) соглашении как основании для разрешения гражданско-правовых споров, вопросы обжалования решений



третейских судов и международных коммерческих арбитражей, вопросы принудительного исполнения решений третейских судов и международных коммерческих арбитражей, рассмотрение споров в Казахском международном арбитраже.

По итогам семинара адвокаты-участники получили соответствующие Сертификаты.



6. В октябре 2010 года стартовала Обменная программа между адвокатами Центральной Азии. Адвокаты Алматинской городской коллегии адвокатов побывали в Кыргызстане, Таджикистане, Узбекистане. В рамках Обменной программы адвокаты АГКА ознако-



мились с работой адвокатов в указанных странах Центральной Азии, законодательством об адвокатуре, особенностями ведения гражданских и уголовных процессов, провели различные тематические встречи.

7. 04 ноября 2010 года состоялось заседание Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов. Членами Президиума рассмотрены следующие вопросы:

- 1) рассмотрено 6 заявлений адвокатов об исключении по собственному желанию из членов АГКА (все заявления удовлетворены);
- 2) рассмотрено 10 заявлений о приеме в члены АГКА (9 кандидатов приняты в члены АГКА);
- 3) рассмотрено 42 заявления о приеме в стажеры АГКА (все заявления удовлетворены);
- 4) заслушаны отчеты стажеров, даны заключения о прохождении стажировки;
- 5) рассмотрено дисциплинарное производство по заявлению Гончарова В.С. на адвоката Савич М.В. (принято решение объявить строгий выговор);
- 6) рассмотрено дисциплинарное производство по жалобе Козыбекова Б. на адвоката Шерматова С. (принято решение прекратить производство);
- 7) рассмотрено дисциплинарное производство по частному постановлению апелляционной инстанции Алматинского городского суда от 19.05.2010 г. на действия адвоката Ахмадиева М.С. (принято решение объявить замечание);
- 8) рассмотрено дисциплинарное производство по частному постановлению Специализированного межрайонного суда по уголовным делам Алматин-

ской области от 20.04.2010 г. в отношении адвоката Секеева М.М. (принято решение объявить выговор);

9) рассмотрены 2 докладные об оказании материальной помощи (принято решение оказать материальную помощь).

8. 03-05 ноября 2010 года состоялся Региональный семинар для правозащитников из Центральной Азии. Семинар был организован Региональным отделением УВКПЧ ООН совместно с «СИВИКУС» (при финансовой поддержке Европейского Союза), с представителями Freedom House/Фридом Хаус в Кыргызской Республике и Республике Казахстан (при финансовой поддержке ЮСАИД), Центром ОБСЕ в г. Астане, Front line и Хельветас (при финансовой поддержке Швейцарского агентства по развитию и сотрудничеству).

Данный семинар призван создать площадку для обмена опытом и повышения потенциала правозащитников в области:

- продвижения реформ в области уголовного и административного правосудия и усиления гарантий прав человека;
- подготовки индивидуальных сообщений в договорные органы ООН и специальные процедуры ООН;
- разработка национальных механизмов по выполнению решений договорных органов ООН по индивидуальным делам;
- обеспечения безопасности правозащитников;
- выработки стратегий по лоббированию вопросов, связанных с продвижением прав человека, а также развитие и укрепление региональных правозащитных сетей.

В работе Регионального семинара активное участие приняли адвокаты Алматинской городской коллегии адвокатов.

9. 10 ноября 2010 года адвокаты Алматинской городской коллегии адвокатов приняли участие в от-

крытии Клуба «Адвокат здоровья» на базе Каз НМУ им. С.Д. Асфендиярова. Клуб – это площадка, где студенты, преподаватели, адвокаты, специалисты правоохранительных органов, НПО обмениваются знаниями, опытом, навыками в сфере защиты прав пациентов, медицинских работников. Клуб приглашает адвокатов к постоянному сотрудничеству.

10. 11 ноября 2010 года состоялось заседание Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов. Членами Президиума рассмотрены следующие вопросы:

- 1) рассмотрено заявление Калтынова А.Б. о приеме в члены АГКА (принято решение отложить рассмотрение данного вопроса);
- 2) рассмотрено заявления Лырчикова М.В. о приеме в члены АГКА (принято решение о приеме);
- 3) рассмотрено ходатайство Иванова А.С. о восстановлении членства в АГКА (принято решение - отказать).

11. 19 ноября 2010 года в г. Астане состоялась Конференция «Институт пожизненного лишения свободы в Казахстане: возможности реформирования». Конференция проводилась в рамках Проекта Представительства PRI в Центральной Азии при поддержке Европейского Союза и Посольства Великобритании в Казахстане и Кыргызстане «Поступательная отмена смертной казни и альтернативы, соответствующие международным стандартам прав человека».

На Конференции участвовали члены Конституционного Совета Республики Казахстан, депутаты Сената и Мажилиса Парламента Республики Казахстан, судьи Верховного Суда Республики Казахстан, Уполномоченный по правам человека в Республике Казахстан, представители Генеральной прокуратуры Республики Казахстан, Министерства юстиции Республики Казахстан, Министерства иностранных дел Республики Ка-

захстан, Министерства Внутренних дел Республики Казахстан, Министерства труда и социальной защиты населения Республики Казахстан, адвокаты Алматинской городской и Астанинской коллегий адвокатов, неправительственные организации, международные и независимые эксперты, дипломатические представительства и международные организации.

12. 23-24 ноября 2010 года в г. Алматы прошел Республиканский Форум неправительственных организаций «Сдал ли Казахстан экзамен на гражданскую зрелость? К итогам председательства РК в ОБСЕ: взгляд гражданского общества».

Форум проведен ОФ «Аман-Саулык», при финансовой поддержке Фонда Сорос-Казахстан, в партнерстве с Гражданским Альянсом Республики Казахстан.

Цель Форума – диалоговая площадка для обсуждения выполнения обязательств Казахстана в рамках ОБСЕ, а также обсуждения Национального плана действий в области прав человека на 2009-2012 г.г. В рамках работы Форума были обсуждены основополагающие права человека, ситуация с соблюдением которых вызывает наибольшую озабоченность со стороны гражданского общества Казахстана и вопросы эффективного взаимодействия НПО, власти и бизнеса:

- право на свободу мирных собраний и митингов;
- право на свободу слова и получение информации;
- право на участие в управлении делами государства (свободные и справедливые выборы);
- право на здоровье;
- права лиц с ограниченными возможностями, права пожилых;
- право на свободу от пыток и других, жестоких или унижающих достоинство видов обращения и наказания;
- взаимодействие НПО, власти и бизнеса.

Для участия в работе Республиканского Форума НПО были

приглашены представители государственных исполнительных и представительных органов, политических партий, НПО из различных регионов Казахстана, международных организаций, руководителей дипломатических миссий, аккредитованных в Казахстане, Уполномоченный по правам человека в Республике Казахстан, адвокаты Алматинской городской коллегии адвокатов.

По результатам Форума были выработаны рекомендации по дальнейшему улучшению ситуации с соблюдением прав человека в Казахстане, которые направлены в Администрацию Президента Республики Казахстан, Уполномоченному по правам человека в Республике Казахстан, Правительству Республики Казахстан, депутатам Парламента Республики Казахстан, политическим партиям, международным организациям, НПО и СМИ.

13. 07 декабря 2010 года в г. Алматы состоялся Первый Международный Форум профессиональных медиаторов, который провело ООО «Единый Центр Медиации и Миротворчества «Медиация».

Главной целью Форума являлось объединение всех профессиональных медиаторов Казахстана для решения задач:

- Обмен опытом между профессиональными медиаторами Казахстана и других стран. Цель – определение основных проблем развития института медиации в Казахстане и путей их преодоления;
- Обсуждение законопроекта РК «О медиации». Цель – рекомендации Правительству Казахстана, соответствующим комитетам, комиссиям, экспертным группам и местным органам власти о внесении изменений в законопроект «О медиации»;
- Продвижение и популяризация услуг медиации на рынке Казахстана.

14. 09 декабря 2010 года в г. Астане состоялся Круглый стол «Право на квалифицированную юридиче-

скую помощь и независимость адвокатуры».

В ходе работы Круглого стола участниками были обсуждены перспективы развития адвокатуры в свете Указа Президента «О мерах по повышению эффективности правоохранительной деятельности и судебной системы в Республике Казахстан», а также курса на укрепление организационно-процессуального статуса адвоката в уголовном процессе, заложенному в Концепции правовой политики на 2010-2020 г.г.

Особое внимание на Круглом столе было уделено обсуждению законопроекта «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты по вопросам адвокатуры», который сейчас находится на рассмотрении в Мажилисе Парламента Республики Казахстан, а также вопросам совершенствования системы оказания правовой помощи за счет государственного бюджета.

Наиболее спорными и остро обсуждаемыми вопросами были следующие:

- о создании дисциплинарных комиссий при Департаменте юстиции;
- о запрете адвокатам учреждать коммерческие организации, владеть акциями и долями участия;
- об отмене специального допуска к делам, связанным с государственными секретами.

Круглый стол организован Комитетом по законодательству и судебно-правовой реформе Мажилиса Парламента Республики Казахстан, Центром исследования правовой политики, Фондом Сорос-Казахстан, Союзом адвокатов Казахстана и Центром ОБСЕ в г. Астане.

В работе круглого стола приняли участие депутаты Сената и Мажилиса Парламента Республики Казахстан, судьи Верховного Суда Республики Казахстан, представители Министерства Юстиции Республики Казахстан, Генеральной Прокуратуры Республики Казахстан, адвокаты Алматинской и Астанинской коллегий адвокатов, представи-

тели академических кругов, общественных и международных организаций.

В результате бурных дискуссий, депутаты Мажилиса Парламента Республики Казахстан прислушались к позиции адвокатского сообщества. По итогам Круглого стола были подготовлены рекомендации в адрес Мажилиса Парламента Республики Казахстан и других заинтересованных сторон.

15. 09 декабря 2010 года в г. Астане в Институте Генеральной Прокуратуры состоялась презентация международной образовательной программы профессиональной переподготовки «Executive MBA-Управление правовыми рисками» (специализация – разрешение корпоративных конфликтов, защита от рейдерских захватов).

Целью программы является формирование современных знаний и навыков по правовой защите бизнеса, путем обобщения практики лучших преподавателей и практикующих специалистов стран – участников программы (Франция, Германия, Россия, Люксембург, Италия, ОАЭ, КНР). Руководитель программы – Шанаева Фатима Борисовна.

Данная программа – это возможность приобретения уникальных знаний в области минимизации правовых рисков при осуществлении внешнеэкономической деятельности и установления партнерских отношений с ведущими адвокатскими и аудиторскими компаниями – стран-участниц программы.

16. 15 декабря 2010 года в г. Астане состоялась торжественная Церемония «Адвокат года - 2010». Союзом адвокатов Казахстана медалью «Адвокат года» награждена Неясова Набира Мурзахметовна, также медалями «За верность профессии», «За профессионализм», «За вклад в развитие адвокатуры» награждены лучшие адвокаты Казахстана. Лучшей коллегией года признана Алматинская городская коллегия адвокатов, лучшей адвокатской конторой признана адвокатская контора «Саят Жолши и Партнеры».



15 декабря 2010 года в г. Астане
состоялась торжественная Церемония награждения
Союзом адвокатов Казахстана лучших
адвокатов Казахстана.

Из Алматинской городской коллегии адвокатов
были награждены:

Медалью «Адвокат года» награждена
Неясова Набира Мурзахметовна.

«Благодарность Союза адвокатов Казахстана»:

1. Абсадыкулы Алмасбек
2. Акишев Усен Ақтопшиевич
3. Алпысбаева Адима
4. Барышникова Татьяна Александровна
5. Бейсенбина Фарида Ташкеновна
6. Бектасов Ермек Игенович
7. Бидашева Анара Ертаевна
8. Бозабаев Аян Уалиевич
9. Буралхиева Гульмира Асылбековна
10. Вурос Надежда Вадимовна
11. Достовалов Игорь Александрович
12. Дундукова Людмила Михайловна
13. Жакаев Абдиманап
14. Жангисин Айдар Давлетжанович
15. Жумабаев Нарынғали Нукабаевич
16. Жусупова Индира Ускенбаевна
17. Ирмуханов Асан Аскарлович
18. Исмухамбетова Навира Хайрулловна
19. Кабдулова Гульнар Каупеновна
20. Казыбекова Бахытжамал Ынтықбаевна
21. Касенбаев Талгат Базылғаламович
22. Касымов Нусупжан Турсунбаевич
23. Ким Светлана Николаевна
24. Комарова Елена Михайловна
25. Кунарбекова Бикен Жумағалиевна
26. Мавродова Нина Александровна
27. Менлибаев Алшакбай Талқанбаевич
28. Мусин Сериккали Жаканович
29. Нургалиева Гульнара Биржановна
30. Нуркешова Жубатқан Махмутовна
31. Нурмашева Разия Кусаиновна
32. Пан Игорь Владимирович
33. Рахимбердина Анжелика Курмангазиевна
34. Руденко Ольга Борисовна
35. Салимбаева Гаухар Джаксыбековна
36. Сарсенова Дина Ураловна
37. Сатиева Бакыт Маратовна
38. Сеидова Харип Джаббаровна
39. Смагулов Мухаметжан Оразович
40. Стуканов Юрий Сергеевич
41. Сулейменова Карлығаш Нурсултановна
42. Темирбекова Асия Майлыбаевна
43. Турсагулов Ермек Галимжанович
44. Турысбекова Айгерим Жомартовна
45. Хан Владимир Юрьевич
46. Шарифбаева Михирбану Ярмухамметовна
47. Эпова Никара Абишевна



«Почётная грамота»:

1. Алмерденова Гулнар Амантуровна
2. Артышко Наталья Евгеньевна
3. Ахметов Нуртас Зейнилгабиденович
4. Батаева Кундыз Имаммадиевна
5. Бейсенова Раушан Джуманиязовна
6. Бекова Гульсахан Бековна
7. Береснева Наталья Аркадьевна
8. Берестова Наталья Прокопьевна
9. Войцеховская Вера Евгеньевна
10. Волков Владимир Федорович
11. Гребнева Ольга Васильевна
12. Жагипарова Жанна Кабденовна
13. Жадбаева Гульнара Меделкановна
14. Жубанова Гаухар Даировна
15. Жукенова Алия Сериктаевна
16. Калбахани Лейла Саятовна
17. Карчегенова Айнур Кенжегалиевна
18. Кисилева Инесса Анатольевна
19. Кишибаев Беркен Бекибаевич
20. Кулбаева Гульмира Нургалиевна
21. Кушербаева Гульшат Беркеновна
22. Мамбетова Эльвира Амангельдиевна
23. Мамедова Офелла Назировна
24. Мансурова Маржан Зейнуллаевна
25. Меерзон Игорь Александрович
26. Мусина Альбина Равильевна
27. Найзабекова Майра Жайгалиевна
28. Никитенко Ирина Владимировна
29. Нугуманов Алтай Масалимович
30. Нургалиева Венера Абдугапаровна
31. Нуртаев Сакен Ержигитович
32. Оводов Сергей Станиславович
33. Омарбекова Алма Жанатовна
34. Оспанова Рысалды Бермуханбетовна
35. Попов Владимир Николаевич
36. Ровенская Ирина Михайловна
37. Рыбальченко Юрий Николаевич
38. Савицкая Наталья Васильевна
39. Садыков Бакытжан Керимжанович
40. Сарсенова Зоя Альшеровна
41. Турлыбекова Акмарал Жарылкасыновна
42. Царамбул Ольга Харлампиевна
43. Шмидт Александр Петрович

Медаль «За верность профессии»:

1. Галяпина Римма Сергеевна
2. Зыкова Елизавета Дмитриевна
3. Котова Наталья Владимировна
4. Мусакожаева Айгаша Кусаиновна

Медаль «За профессионализм»:

1. Байгазина Гульнар Бакировна
2. Кусяпова Надежда Валерьевна
3. Нам Геннадий Мартынович
4. Савчук Оксана Савельевна

Алматинская городская коллегия адвокатов была признана лучшей коллегией 2010 года.

Адвокатская контора «Саят Жолши и партнеры» признана лучшей адвокатской конторой 2010 года.



Либерализация уголовного законодательства и декриминализация преступлений, не представляющих большой общественной опасности с точки зрения адвокатского сообщества



Карчегенов Кенжегали Кадырович,
Председатель Президиума Алматинской
городской коллегии адвокатов

Данный доклад прозвучал в рамках выступления Председателя Алматинской городской коллегии адвокатов на круглом столе «Альтернатива мер наказаний, не связанных с лишением свободы: достижения и перспективы», прошедшего 17 ноября 2010 года в г. Алматы, организованного общественным фондом «Содействие тюремной реформе в Казахстане».

Либерализация и гуманизация законодательства – безусловно важный и своевременный этап нашей судебной-правовой реформы, необходимость в котором назрела уже давно. Адвокатура Казахстана одобряет и поддерживает курс Президента Республики Казахстан на смягчение уголовной репрессии, совершенствование организации и деятельности правоохранительных органов.

Алматинская городская коллегия адвокатов ознакомилась с некоторыми законопроектами, разработанными в рамках последней реформы, и имеет по

поводу этих законопроектов не совсем однозначное мнение.

Конечно, отрадно, что в настоящий момент происходит открытое обсуждение таких важных правовых вопросов, как декриминализация. Однако, вызывает сожаление тот факт, что соответствующие законопроекты не опубликованы в полном объеме в печати и общественность страны, в том числе и адвокатура не была приглашена с самого начала к представлению предложений по разработке действующего законодательства. Возможно, в этом случае, обсуждаемые сей-

час предложения по совершенствованию законодательства стали бы намного рациональнее и эффективнее.

Нас смущает тот факт, что законопроекты о либерализации и гуманизации законодательства готовила Генеральная прокуратура – ведомство, которое поддерживает государственное обвинение в судах, и несет ответственность за борьбу с преступностью. Очевидно у этого ведомства есть собственный интерес, который в некоторой степени повлиял на содержание рассматриваемых законопроектов.

Так, например, при объективном подходе приходится признать, что под видом декриминализации в действительности происходит косметическая очистка Уголовного кодекса от неработающих или малозначительных составов. Одним из немногих преступлений, декриминализация которого действительно может отразиться на правоприменительной практике, является часть 1 ст. 259 УК – незаконное приобретение, хранение или перевозка без цели сбыта наркотических или психотропных веществ в крупном размере. Однако, при этом, насколько нам известно из средств массовой информации, Генеральная прокуратура отказывается декриминализовать ст. 192 УК – «Лжепредпринимательство», не смотря на многочисленные выступления по этому поводу представителей бизнес сообщества. Полагаем, что декриминализация должна происходить не в интересах только правоохранительных ведомств, а для блага всего народа Казахстана. Считаем, что доводы предпринимателей, страдающих от неоправданно сурового уголовно-правового режима в нашей стране должны быть внимательно выслушаны и проанализированы.

Идея административной преюдиции, так широко обсуждаемая в обществе, тоже заслуживает более аккуратного и взвешенного подхода. Просто установив в качестве условия предварительное привлечение к административной ответственности нельзя обеспечить надлежащий режим законности по отдельным видам правонарушений. Получается странная картина, например, если кто-то причинил другому лицу легкие телесные повреждения он может быть привлечен к уголовной ответственности только в том случае, если до этого он в течении года уже привлекался к административной ответственности за аналогичные действия.

Но если с момента такого правонарушения уже прошел один год и один день, то возможность уголовного наказания такого лица исключается. Подобная логика нам представляется странной.

Кроме этого, вызывает серьезное опасение усиление репрессивных тенденций в самом административном праве без одновременного развития гарантий соблюдения прав человека при производстве по административным делам. Полагаем необходимым предусмотреть в законе единый объем гарантий таких фундаментальных прав личности как право на защиту и квалифицированную юридическую помощь, презумпция невиновности, право на выбор адвоката, право на ознакомление с объемом обвинения, равенство сторон и состязательность процесса, как в административном, так и в уголовном процессах.

К сожалению, в предложенных Генеральной прокуратурой законопроектах не достаточно внимания уделено повышению независимости судов. Хотя в правоприменительной реальности судьи все больше и больше попадают под гнет внутренних контрольных механизмов и постепенно превращаются в послушных исполнителей некоей верховной воли. Но без независимого, принципиального и честного суда никакие правовые реформы не состоятся. Этот вопрос нужно поставить во главу угла всех преобразований.

Также нас серьезно смущает тот факт, что в ходе реформы много говорят о гуманизации, но почти ничего не делают для реального обеспечения права на квалифицированную юридическую помощь. С этим стандартом справедливого судопроизводства непосредственно связан вопрос об усилении гарантий адвокатской деятельности, повышения статуса адвоката во всех формах судопроизводства. Невозможно говорить о полноценной гуманизации и либера-

лизации законодательства без создания надлежащих условий для работы профессиональных защитников. В этой связи полагаем необходимым рассмотреть вопрос о дополнении и изменении законодательства, нормами, обеспечивающими:

1. иммунитет адвокатов от уголовного, гражданско-правового и административного преследования за правомерные действия, осуществляемые ими при выполнении профессиональных обязанностей по конкретным делам.
2. запрет на осуществление оперативно-розыскной деятельности в отношении адвокатов в связи с осуществлением ими профессиональной деятельности;
3. эффективную защиту от нарушения неприкосновенности переписки, документации, телефонных переговоров, служебных помещений и жилища адвокатов;
4. отмену необоснованного ограничения допуска адвокатов к делам, связанным с государственными секретами, как нарушающего фундаментальное право человека на защиту;
5. свободный доступ адвокатам, при осуществлении ими профессиональных обязанностей, в помещения правоохранительных органов и судов, отменив дискриминационные ведомственные ограничения в этом вопросе;
6. справедливую оплату труда адвокатов, осуществляющих защиту по назначению органов, ведущих уголовный процесс.

В этой связи при разработке всех институтов, упомянутых в указе, нужна аккуратность, принципиальность и главное – уважение к правам человека и принципам справедливого правосудия. В противном случае, эффективность и польза данной реформы может быть поставлена под большое сомнение.

Судебный контроль за деятельностью органа уголовного преследования на стадии досудебного производства по уголовному делу



© Нам Геннадий Мартынович
адвокат юридической консультации «Бэйтерек»
Алматинской городской коллегии адвокатов,
доцент

1. Теоретические вопросы судебного контроля в уголовном процессе

Согласно Конституции Республики Казахстан, суд является одной из ветвей государственной власти. Специфика судебной власти в том, что она посредством отправления правосудия по гражданским, уголовным и административным делам принимает соответствующие решения, исполнение которых является обязательным для всех государственных органов, должностных лиц и граждан. Главный вид судебной деятельности в уголовном процессе – рассмотрение и разрешение дел по существу. Действующее законодательство возлагает на суд еще и особую правообеспечительную и правосвосстановительную функцию контроля. Судебный контроль – особая разновидность надведомственного государственного контроля,

характеризующаяся не только организационной неподчиненностью объектов контроля контролирующей инстанции, но и тем, что сам субъект контроля (суд) независим, подчиняется лишь закону, и ни один государственный орган (должностное лицо) не может дать указание суду о том, какое решение надлежит принять /1/.

В юридической литературе нет однозначного мнения относительно сущности института судебного контроля. Одни авторы полагают, что судебный контроль – это самостоятельный вид судебной деятельности, особая судебная функция, имеющая по отношению к правосудию второстепенный (вспомогательный) характер /2/. Образно порой его именуют сервисной функцией суда. По мнению этих авторов, цель судебного контроля – не разрешение уголовного дела по существу, не умиротворе-

ние тем самым социального конфликта, возникновение которого обусловлено преступным поведением конкретных лиц, а всего лишь обеспечение возможности законного разрешения такого конфликта /3/. Другие, наоборот, исходят из того, что судебный контроль в уголовном процессе – это самостоятельная форма осуществления правосудия /4/. Третья группа авторов считает, что судебный контроль преследует обе цели одновременно и охватывается понятием «правосудие» /5/. Автор этих строк разделяет позицию последних, т.к. их доводы более аргументированы.

Институт судебного контроля в Республике Казахстан существует с момента принятия УПК РК (далее – УПК). Несмотря на столь продолжительное существование, он не получил должного развития ни в теории права, ни широкого

применения на практике /6/. Отчасти в этом повинны адвокаты, т.к. инициатива задействования механизма судебного контроля принадлежит именно им. Некоторая активность в применении данного института стала наблюдаться после вынесения Конституционным Советом РК постановления «О проверке Конституционности части 1 статьи 109 УПК по обращению Западно-Казахстанского областного суда» от 24 января 2007 г. Полагаю, что институт судебного контроля получит дальнейшее развитие и станет действенной формой контроля за действиями (бездействием) органов уголовного преследования, принимаемых ими актов. Но для этого необходимы усилия как ученых-теоретиков процессуального права, законодательного совершенствования норм, регулирующих контрольные функции суда, так и практиков (адвокатов, судей, прокуроров). О необходимости переориентации судов республики с функции разрешения спора на контрольную, провосстановительную и правокомпенсационную высказал председатель Верховного Суда Республики Казахстан М. Алимбеков /7/. Реальным шагом в заданном направлении стало принятие Верховным Судом Республики Казахстан Нормативного постановления от 25 июня 2010 г. № 4 «О судебной защите прав, свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве» /8/. К слову, идеи и предложения относительно судей и других лиц, обладающих иммунитетом неприкосновенности в случае привлечения их к уголовной ответственности, высказанные мною ранее, отражены в этом Нормативном постановлении Верховного Суда Республики Казахстан /9/. Вместе с тем, при всей своей позитивности, данное Нормативное постановление грешит существенными недостатками. Это следствие отсутствия теоретических исследований и фундаментальных монографических работ о сущности контрольных функций суда в уголовном процессе на досудебной стадии, а также отсутствие в УПК

четкой и продуманной процедуры рассмотрения этих дел в судах.

Судебный контроль делится на оперативный (экстраординарный) и обычный (ординарный). Экстраординарный контроль осуществляется судом за действиями и актами органа уголовного преследования и его должностных лиц на стадии досудебного производства, тогда как ординарный контроль осуществляется судом в процессе рассмотрения уголовного дела в главном судебном разбирательстве, а также в апеллиционном, в кассационном и в надзорном производствах. Судебному контролю также подлежат действия органов уголовно-исполнительного наказания, их должностных лиц и вынесенные ими решения /10/. Поскольку темой настоящей работы не является освещение обычного судебного контроля, судебного контроля за исполнением наказания, а также экстрадиции осужденных, то оставим его другим исследователям.

Субъектом контроля является суд, осуществляющий свою деятельность от имени государства. Объектом контроля выступает орган уголовного преследования в лице дознавателя, следователя и прокурора. Предметом контроля является действие (бездействие) органа уголовного преследования и вынесенные (принятые) им акты правоприменения. Субъектом обжалования будет лицо, подающее жалобу. Это может быть как участник уголовного процесса, так и любое лицо, не получившее какой-либо процессуальный статус в деле.

Судебный контроль – всегда есть внешний контроль. Объем контрольных полномочий суда указан в ст. 109 УПК. Цель судебного контроля – соответствие действий органа уголовного преследования нормам УПК, а в случае их нарушения – восстановление нарушенных прав и свобод лица, кому принадлежат эти права и свободы.

Форма контроля – рассмотрение жалобы в закрытом судебном заседании с участием лица, подавшего жалобу, адвоката и прокурора. Ход судебного заседания фиксируется

посредством составления протокола. Результатом контроля является судебный акт, вынесенный в форме постановления. Данным постановлением суд признает незаконными действия должностного лица органа уголовного преследования и восстанавливает нарушенные права и свободы субъекта жалобы, либо, наоборот, признает действия обжалуемого органа и его должностных лиц законными.

Пределы судебного контроля – признание действий и актов органа уголовного преследования законными или незаконными. При признании незаконными действия или бездействия органа уголовного преследования подлежат отмене и вынесенные им процессуальные акты.

В зависимости от предмета контроля, этапа, субъекта и его полномочий можно выделить следующие относительно самостоятельные формы реализации судебного контроля на досудебном этапе уголовного судопроизводства:

- а) текущий, или оперативный, судебный контроль за действиями и/или решениями органа предварительного расследования (ст. 109 УПК) и итоговый, или отложенный, судебный контроль за ходом и результатами дела окончательным предварительным следствием (ст. 274, 275, 276 УПК);
- б) предупредительный судебный контроль (ст. 148, 149, 150, 153, 161 УПК) и провосстановительный (ст. 109 УПК);
- в) статутный судебный контроль (ст. 148, 149, 150, 153 УПК) или диспозитивный (ст. 109 УПК) /11/.

Обжаловать действия органа уголовного преследования можно как во время предварительного следствия, так и после вынесения следователем протокола об окончании предварительного следствия. В ч. 1 ст. 109 УПК записано, что жалоба подается в суд «до стадии судебного разбирательства», т.е. до того, как дело поступит в суд и будет вынесено определение о принятии судьей уголовного дела к своему производству и назначения даты слушания уголовного дела.

Таким образом, временной промежуток подачи жалобы на действия органа уголовного преследования, в том числе и прокурора, законом определен в пределах с даты возбуждения уголовного дела и до дня вынесения судьей определения о принятии уголовного дела к своему производству и назначения главного судебного разбирательства либо проведения предварительного слушания (ч. 1 ст. 299 УПК). Необходимость знания временных границ подачи жалобы важно и потому, что о многих нарушениях, допущенных следователем (дознавателем), сторона защиты узнает только после того, как начнет знакомиться с материалами уголовного дела в порядке ст. 275 УПК.

Обращаясь к нормам УПК, регламентирующим досудебный этап уголовного судопроизводства, можно выделить следующие основные формы реализации судебного контроля.

1. Оперативный судебный контроль за законностью и обоснованностью действий и решений публичных процессуальных органов, ограничивающих права граждан на доступ к правосудию или иным образом ограничивающих их конституционные права (ст. 109 УПК). Являясь правосстановительной, компенсационной по сути, эта форма судебного контроля включает в себя несколько относительно самостоятельных процессуальных порядков проверки законности и обоснованности действий (бездействия) и решений органов дознания, следствия, прокурора, связанных:

- с отказом в принятии заявления о преступлении (ч. 2 ст. 183 УПК);
- с отказом в возбуждении уголовного дела (ст. 187 УПК);
- с приостановлением (ч. 1 ст. 50 УПК), возобновлением (ч. 3 ст. 50 УПК), соединением (ст. 48 УПК), выделением (ст. 49 УПК), продлением срока следствия (ч. 4 ст. 196 УПК), исключения времени из общего срока следствия (ч. 3 ст. 196 УПК), прекращением производства

по уголовному делу (ст. 51 УПК), завершением производства по уголовному делу (ст. 52 УПК), окончанием предварительного следствия (ст. 195 УПК) и возвращением дела на дополнительное следствие (ч. 7 ст. 196 УПК).

2. Судебный контроль за законностью и обоснованностью возбуждения уголовного дела (ст. 177 УПК), привлечения к уголовной ответственности (ст. 186 УПК), применения мер процессуального принуждения к особым субъектам уголовного судопроизводства (гл. 52, 53 УПК).

3. Судебный контроль за законностью и обоснованностью применения мер процессуального принуждения, ограничивающих конституционные права участников уголовного судопроизводства. Основопологающей для этой формы контроля является ст. 150 УПК, определяющая процессуальную форму контроля суда за законностью и обоснованностью таких мер пресечения, как арест (ст. 150 УПК), домашний арест (ст. 149 УПК) или залог (ст. 148 УПК), продление срока ареста, временного отстранения от должности (ст. 159 УПК).

4. Судебный контроль за законностью и обоснованностью производства следственных действий, ограничивающих конституционные права и свободы личности. В теории права их еще именуют статутным контролем. Эта форма контроля включает в себя:

- осмотр жилища при отсутствии на то согласия проживающих в нем лиц (ст. 222 УПК);
- обыск и/или выемка в жилище, помещении (ст. 230 УПК);
- личный обыск задержанного (ст. 135 УПК);
- выемка предметов и документов, содержащих государственную или иную охраняемую законом тайну, а также предметов и документов, содержащих информацию

о вкладах и счетах граждан в банках и иных кредитных организациях (ст. 231 УПК);

- наложение ареста на корреспонденцию, разрешение на ее осмотр и выемку в учреждениях связи (ст. 235 УПК);
 - контроль и запись телефонных и иных переговоров (ст. 237 УПК);
 - снятие информации с компьютеров и иных электронных средств связи, перехват сообщений (ст. 236 УПК);
 - наложение ареста на имущество, включая денежные средства физических и юридических лиц, находящихся на счетах и во вкладах или на хранении в банках и в иных кредитных организациях (ст. 161 УПК);
 - эксгумация трупа и его осмотр (ст. 225, 227 УПК);
 - опознание (ст. 228, 229 УПК).
5. Судебный контроль за законностью сбора, фиксирования и закрепления доказательств по уголовному делу, а также за производством иных процессуальных и фактических действий. Он включает в себя следующий перечень объектов, подлежащих судебному контролю:
- применение недозволённых методов при собирании и закреплении материалов дела в качестве доказательств, а также получение доказательств с использованием заблуждения лица, относительно его прав и обязанностей (ч. 4 ст. 26, п. 1) и 2) ч. 1 ст. 116 УПК);
 - проведение процессуальных действий лицом, не имеющим права проводить расследование по уголовному делу (п. 3) ч. 1 ст. 116 УПК);
 - назначение и проведение экспертиз (неознакомление с постановлением о назначении экспертизы или заключением эксперта, предоставление эксперту недостоверных образцов или материала для экспертного исследования, участие при производстве экспертизы и при получении

- образцов для производства экспертизы и пр.) (ст. 242, 244, 244-1, 246-1, 247, 258, 259 УПК);
- прекращение уголовного дела (ст. 269 УПК);
- приостановление уголовного дела (ст. 265 УПК);
- возобновление уголовного дела (ст. 272 УПК);
- неознакомление с материалами уголовного дела по завершению предварительного следствия, снятие с материалов уголовного дела копий (ст. 274, 275);
- неправильные сведения, содержащиеся в обвинительном заключении (протоколе обвинения), необоснованность дачи прокурором согласия на обвинительное заключение, утверждение начальником органа дознания протокола обвинения (ст. 278, 282, 287 УПК);
- несогласие с действием прокурора об исключении из обвинения отдельных пунктов обвинения либо перекалфикации действий обвиняемого, прекращение уголовного дела в полном объеме или в отношении отдельных обвиняемых, возвращение уголовного дела на дополнительное расследование, пересоставление обвинительного заключения или составление нового обвинительного заключения и др. (ст. 282 УПК);
- незаконность постановления прокурора об избрании, изменении или об отмене меры пресечения обвиняемому, предание обвиняемого суду (ст. 283, 284 УПК);
- иные процессуальные и фактические действия.

Нормативным постановлением Верховного Суда Республики Казахстан от 25 июня 2010 г. расширен перечень объектов, подлежащих судебному контролю. Так, к иным объектам отнесены действия (бездействия) и решения, отложение проверки законности которых до стадии подготовки дела к судебному разбирательству или главного судебного разбирательства делает восстановление ущемленных прав

и свобод человека и гражданина затруднительным или невозможным (постановление органов уголовного преследования об отказе в назначении защитника, об отказе в допуске законного представителя, об избрании и применении к подозреваемому, обвиняемому мер процессуального принуждения (за исключением домашнего ареста и ареста), отказ в признании лица потерпевшим, бездействие при проверке сообщений о совершенном преступлении и другие) /12/. Например, если орган уголовного преследования откажет обвиняемому или его защитнику в участии в уголовном деле по мотиву отсутствия у адвоката допуска к секретным материалам, то на действия такого должностного лица, воспрепятствующего реализации права на защиту, можно подать в суд жалобу по правилам ст. 109 УПК. Причем, жалобу может подать как обвиняемый, так и адвокат либо оба вместе.

В соответствии с Законом РК «Об адвокатской деятельности», адвокатура через своих адвокатов осуществляет функцию защиты и представительства лиц в органах уголовного преследования и в суде. Но для того, чтобы защищать или представлять интересы своих доверителей, адвокат, заключивший соглашение со своим доверителем или принявший участие в деле по назначению, должен постоянно отслеживать ход предварительного расследования, какие процессуальные акты вынес следователь и пр. Одним словом, контролировать дело. Но адвокат занимается контролем за расследованием уголовного дела не непосредственно, а опосредованно. Так, если адвокат установит, что следователь вынес незаконный процессуальный акт или провел следственное действие с нарушением процессуального закона, то он должен информировать своего подзащитного о выявленных нарушениях и в случае пожелания восстановить нарушенные права, помочь своему доверителю составить жалобу на незаконные действия следователя и вынесенный

им акт и затем через суд признать их незаконными и недействительными. Таким образом, для адвоката суд - это орган надведомственного контроля, задействовав который он может восстановить нарушенные права и свободы своего доверителя, а следователя принудить действовать в пределах процессуального законодательства и совершать только дозволенное.

Для того, чтобы контроль был действенным, адвокату необходимо требовать от следователя (дознателя) копии процессуальных документов либо сообщения ему о принятых процессуальных решениях. Так, согласно ч. 7 ст. 68 и ч. 2 ст. 69 УПК, подозреваемый (обвиняемый) имеет право требовать, а следователь обязан выдать на руки подозреваемому (обвиняемому) копию постановления о возбуждении уголовного дела, задержании, избрании меры пресечения, предъявлении обвинения, протокола допроса подозреваемого (обвиняемого), об окончании следствия, о прекращении уголовного преследования и пр. В соответствии с п. 4) ч. 2 ст. 69 УПК, обвиняемый вправе быть уведомленным о принятии процессуальных решений, затрагивающих его права и законные интересы. Право обвиняемого корреспондируется с обязанностью следователя, т.е. последний обязан сообщить обвиняемому о продлении срока следствия и ареста, о приостановлении и возобновлении следствия, соединении уголовного дела и выделении материалов из уголовного дела, о назначении экспертизы и пр. Имея на руках копии процессуальных документов и зная все о движении уголовного дела или принятых по делу процессуальных решениях, адвокату легче осуществлять контроль и в случае обнаружения нарушения, допущенного следователем, прав и законных интересов своего доверителя оперативно реагировать на эти нарушения посредством приведения в действие судебного механизма правового регулирования, предусмотренного ст. 109 УПК.

Норма ст. 109 УПК изложена диспозитивно, т.е. она предоставляет

заинтересованному лицу право выбора – обратиться с жалобой на незаконные действия или вынесенные процессуальные акты следователя (дознателя) к соответствующему надзирающему прокурору либо сразу в суд.

Реализация положений ст. 109 УПК – это право лица, чьи права и свободы нарушены. Подача жалобы носит заявительный, а не разрешительный характер. Право лица, предусмотренное ст. 109 УПК, также корреспондируется с обязанностью суда принять жалобу и рассмотреть ее по существу. В силу заявительного характера подачи жалобы суд не может отказать лицу в приеме жалобы или оставить ее без рассмотрения, т.к. в противном случае будут нарушены права гражданина на судебную защиту прав и свобод, предусмотренные Конституцией Республики Казахстан.

2. Сущность и содержание жалобы

Документ, который составляется лицом, реализующим свои права, предусмотренные в ст. 109 УПК, составляется в форме жалобы. Как записано в п. 38) ст. 7 УПК, жалоба – это акт реагирования участников процесса на действия органов дознания, предварительного следствия, прокурора или суда, вносимый в пределах их компетенции и в порядке, установленном УПК. Однако в ст. 109 УПК умалчиваются требования к форме и содержанию жалобы, что создает определенные трудности как для лиц, готовящих жалобу, так и для суда, рассматривающего ее.

Требования, предъявляемые законодателем к жалобе, подаваемой в порядке ст. 109 УПК, носят опосредованный характер. Они определяются, во-первых, через указание в жалобе того или иного вида действий и решений соответствующих должностных лиц, которые оспариваются подателем жалобы; во-вторых, путем обозначения потенциального ущерба, нанесенного (или который может быть нанесен) конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства, в том

числе в виде затруднения доступа к правосудию, принятием таких решений и действий.

Полагаю, что при подготовке жалобы стоит прибегнуть к аналогии, взяв за основу положения ч. 2 ст. 390 УПК, в которой содержатся требования к жалобе, подаваемой при возбуждении уголовного дела частного обвинения, а также ч. 1 ст. 407 УПК (апелляционная (частная) жалоба, протест), ч. 1 ст. 446-3 УПК (кассационная жалоба или протест) и ч. 1 ст. 462 УПК (содержание ходатайства, протеста адресованного Верховному Суду Республики Казахстан). И так, вобрав в себя все позитивное, жалоба должна содержать следующее:

- наименование суда, которому она адресуется;
- данные о лице, подающем жалобу, с указанием его процессуального статуса, места жительства или места нахождения (содержания), номера телефонов, по которым можно связаться с ним;
- указание на процессуальный документ, который обжалуется, и наименование должностного лица, его вынесшего (постановившего), действие (бездействие) лица, что он совершил (не совершил или совершил не так);
- доводы лица, подающего жалобу, с указанием на ущерб (вред), который, по мнению подателя жалобы, нанесен или может быть нанесен его правам, свободам и законным интересам, нормы (пункт, часть, статья) и название закона, которые были нарушены (неправильно применены, неверно истолкованы);
- ссылки на нормы процессуального законодательства, в соответствии с которыми подается жалоба, и предоставляющие право требования;
- что просит (отменить, изменить, прекратить, возобновить, истребовать, назначить, освободить, восстановить, снять, признать незаконным, либо наоборот, законным и действительным и пр.);

- перечень прилагаемых к жалобе документов;
- дата и подпись лица, подающего жалобу.

При наличии всех перечисленных положений, жалоба будет законной, обоснованной, и суд не вправе отказать в ее приеме по формальным основаниям.

Если по вопросу формы жалобы, а также относительно состава лиц, участвующих в процессе, нет принципиальных разногласий, то по вопросу об обосновании поданной жалобы, т.е. тех доводов, которые податель жалобы приводит в поддержку своего мнения, не все так бесспорно. Не вдаваясь в суть научных дискуссий по этому вопросу, которые имеют выход на практику, отметим, что подавляющее число авторов полагают, что жалоба не должна содержать общих рассуждений типа «о беззаконии», «о произволе», «о бездеятельности» органа уголовного преследования или их должностных лиц (следователя, дознателя). По мнению ученых и практиков, такие жалобы не позволяют определить суть нарушения и требований заявителя, пределы судебного разбирательства. В жалобе должно быть указано, какие конкретные нарушения закона допущены должностными лицами органа уголовного преследования, приведены статьи Конституции Республики Казахстан, УПК РК, основания признания действия (бездействия) незаконными, должность лица, вынесшего процессуальный акт, который, по мнению подателя жалобы, является незаконным или необоснованным, и четко сформулированы требования, направленные на достижение процессуально значимого результата /13/.

Круг лиц, имеющих право на обжалование действий и решений публичных органов уголовного преследования, установлен в ч. 1 ст. 103 УПК. Это участники уголовного процесса (п. 9) ст. 7 УПК), физические лица (граждане, достигшие 14 лет) и юридические лица (потерпевшие – ч. 12 ст. 75 УПК). Вместе с тем, норма ст. 109 УПК изложена в такой редакции, которая дозво-

ляет подавать жалобу не только лицам, перечисленным выше, но и любому лицу, чьи личные права и свободы непосредственно затрагиваются действием (бездействием) и решением прокурора, органом следствия, дознания, и которые нуждаются в защите субъективных прав или их восстановлении. Такими лицами могут быть не только участники уголовного процесса, получившие соответствующий процессуальный статус – подозреваемый, обвиняемый, потерпевший, свидетель, гражданский истец и ответчик в части, касающейся гражданского иска, их представители, специалист, эксперт, переводчик и др., но и другие физические или юридические лица, не получившие какого-либо процессуального статуса в уголовном деле. Например, гражданин подал заявление в районное управление полиции о возбуждении уголовного дела в связи с совершенным в отношении него нападением неизвестных лиц и причинением телесных повреждений. У него не приняли заявление или, приняв заявление, затем отказали в возбуждении уголовного дела. Так вот, этот гражданин вправе подать жалобу в суд на отказ в принятии заявления или на незаконность и необоснованность вынесенного постановления об отказе в возбуждении уголовного дела. Отказывая в принятии заявления или в возбуждении уголовного дела, физическому или юридическому лицу отказывается в доступе к правосудию, что является нарушением конституционных прав и свобод (п. 2 ст. 13 Конституции РК). Если жалобу не принимают, то обжалуются действия (бездействия) начальника полиции. Если вынесено постановление об отказе в возбуждении уголовного дела, то подлежит обжалованию действие должностного лица, вынесшего постановление (дознатель, участковый уполномоченный, оперативный работник). Жалобу в суд может подать также и лицо, у которого следователь произвел обыск в связи с подозрением, что в доме (квартире) обыскиваемого

лица обвиняемый (подозреваемый) спрятал орудие преступления или там хранятся похищенные вещи. Также жалобу вправе подать руководитель исполнительного органа юридического лица в связи с наложением следователем ареста на имущество (строение, земельный участок, расчетный счет в банке и пр.), изъятием печати организации, компьютеров, произведением выемки документов и пр. Вправе подать жалобу и ломбард, куда сданы вещи, банк – принявший имущество в залог и пр. Дело в том, что эти субъекты права могут быть вовлечены в сферу уголовной юрисдикции помимо их воли и желания. Однако они вынуждены защищать свои права, свободы и законные интересы посредством обращения в суд. Поскольку с возбуждением уголовного дела уголовно-процессуальные правоотношения возникли, то все, что связано с уголовным делом и его расследованием, в том числе и процессуальные действия следователя и вынесенные им акты, ущемляющие или ограничивающие права и свободы других лиц, подлежит оспариванию по нормам уголовно-процессуального закона, а не по нормам гражданского процессуального закона. Далее, в уголовном процессе имеется такая процессуальная фигура, как понятой. По сравнению с другими участниками процесса, он не столь влиятелен. Вместе с тем, в определенный момент эта процессуальная фигура и его показания весьма значимы. Так вот, понятой также вправе подать жалобу в суд. Например, понятой не согласен с содержанием протокола осмотра места происшествия, обыска, выемки, в которых он принимал участие по приглашению следователя или дознавателя. По мнению понятого, следователь (дознатель) записал в протокол совершенно не то, что было на самом деле, либо искажил суть проводимого действия. В реальности бывают и более невероятные случаи. В моей практике был случай, когда следователь составил протокол осмотра места происшествия и в качестве понятого вписал реально

существующее лицо. Однако это лицо не принимало участие в проведенном следователем процессуальном действии, т.к. в это время было в другом городе.

В содержание понятия «любое лицо» входят не только граждане Казахстана, но и иностранные граждане, а также лица без гражданства, чьи права и свободы были нарушены органом уголовного преследования при производстве дознания, предварительного следствия.

При буквальном толковании содержания ч. 1 ст. 109 УПК следует, что жалобу вправе подать только лицо, чьи права, свободы и интересы были нарушены. Однако если в уголовное дело вступил адвокат на стороне подозреваемого (обвиняемого), то он в соответствии со ст. 74 УПК наделяется полномочиями защитника. Согласно ч. 1 ст. 103 УПК право на обжалование действий и решений публичных органов уголовного преследования имеют участники уголовного процесса. Так вот, одним из участников уголовного процесса является защитник (п. 9) ст. 7 УПК). В соответствии с п. 11) ч. 2 ст. 74 УПК защитник вправе «приносить жалобы на действия и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда и участвовать в их рассмотрении». Таким образом, при анализе этих норм закона в их единстве следует, что защитник подозреваемого (обвиняемого) вправе подавать жалобу в суд и оспаривать действия (бездействия) органа уголовного преследования (дознателя, следователя, прокурора), вынесенные ими процессуальные акты в интересах своего подзащитного. Адвокату, чтобы подтвердить свой процессуальный статус защитника по делу, надлежит приложить копию ордера адвоката, согласно которому он допущен к участию в уголовный процесс на стадии предварительного следствия. Отказ суда в принятии и рассмотрении такой жалобы по мотиву ее подачи ненадлежащим лицом является незаконным. Судебный акт, которым отказано адвокату-защитнику в принятии и рассмо-

трени жалобы по мотиву подачи ее неуполномоченным субъектом, подлежит обжалованию в суд апелляционной инстанции по правилам ч. 9 ст. 109 УПК. Однако во избежание эксцессов, рекомендую подавать жалобу от имени двух лиц – адвоката-защитника и обвиняемого.

При кажущейся очевидности того, чьи действия и акты подлежат обжалованию, в данном вопросе не все так просто. Поскольку речь идет об уголовном деле, то, естественно объектом контроля будет лицо, уполномоченное на возбуждение уголовного дела и его расследование (дознатель, следователь, руководитель следственной группы, прокурор). Статусом следователя обладает и специальный прокурор, который непосредственно занимается расследованием уголовного дела /14/. Полагаю, что объектом судебного контроля является и руководитель администрации следственного изолятора. Дело в том, что в случае избрания в отношении подозреваемого (обвиняемого) меры пресечения в виде ареста, санкционированной судом, подозреваемый (обвиняемый) в течение определенного времени будет содержаться в следственном изоляторе. Администрация следственного изолятора при содержании следственно-арестованного руководствуется Законом РК «О порядке и условиях содержания под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» от 30 марта 1999 г. Поскольку она не является органом уголовного преследования и не находится со следственно-арестованным ни в каких уголовно-процессуальных правоотношениях, то она не руководствуется в своей деятельности нормами УПК. Тем не менее, из содержания ч. 13 ст. 153 УПК следует, что между лицом, содержащимся под стражей, и администрацией мест содержания под стражей существуют процессуальные правоотношения. Так, на руководителя администрации места содержания под стражей возлагается обязанность «не позднее чем за двадцать четыре часа до истечения срока

ареста обвиняемого уведомить об этом орган или лицо, в производстве которого находится уголовное дело, а также прокурора. Если по истечении установленного законом срока ареста в качестве меры пресечения соответствующее решение об освобождении обвиняемого либо о продлении срока его ареста в качестве меры пресечения не поступило, руководитель администрации места содержания под стражей освобождает его своим постановлением, копию которого в течение двадцати четырех часов направляет органу или лицу, в производстве которого находится уголовное дело, и прокурору». Так вот, если администрация следственного изолятора не выполнит предписание этой нормы УПК, то вправе ли следственно-арестованный или его защитник подать жалобу в суд в порядке ст. 109 УПК. Полагаю, что вправе, несмотря на то, что должностное лицо следственного изолятора в лице его руководителя в ст. 109 УПК не указано в качестве объекта судебного контроля. Такой вывод напрашивается из прочтения п. 4 ст. 16 Закона РК «О порядке и условиях содержания под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» в котором записано, что помимо прав, предоставленных подозреваемому или обвиняемому в п. 1 ст. 16 названного Закона, эти лица имеют и другие «права, предусмотренные Уголовно-процессуальным кодексом Республики Казахстан» /15/. Одним из таких прав является право обвиняемого на обжалование действий (бездействия) должностного лица, закрепленное ст. 109 УПК РК. Также полагаю, что в случае нарушения администрацией следственного изолятора других прав следственно-арестованных, перечисленных в п. 1 ст. 16 Закона РК «О порядке и условиях содержания под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» то и они могут быть обжалованы в суд по правилам ст. 109 УПК.

Помимо подачи жалобы в суд на действия (бездействия) должностных лиц органа уголовного пре-

следования и прокурора в порядке ст. 109 УПК, защитник вправе подать на этих же должностных лиц жалобу в соответствии с ч. 6 ст. 102 УПК. Например, защитник подал ходатайство на имя следователя или прокурору. В соответствии с ч. 5 ст. 102 УПК, «ходатайство подлежит удовлетворению, если оно способствует всестороннему, полному и объективному исследованию обстоятельств дела, обеспечению прав и законных интересов участников процесса или других лиц». Одним словом, если заявленное ходатайство защитника соответствует целям и задачам, направленным на установление истины по уголовному делу, то следователь обязан выполнить просьбу защитника, изложенную в ходатайстве. Но если следователь либо прокурор не удовлетворит ходатайство, не ответит на нее, либо ответит формально, то этим он нарушает либо игнорирует права защитника, данные ему ч. 2 ст. 74 УПК, т.е. воспрепятствует деятельности защитника. В таком случае защитник в соответствии с ч. 6 ст. 102 УПК имеет право обжаловать действия (бездействия) следователя «по общим правилам подачи и рассмотрения жалоб, установленных» УПК, т.е. по правилам ст. 109 УПК.

Многим адвокатам известны примеры, когда следователи, особенно финансовой полиции, возбуждают уголовные дела в отношении лиц, не возвративших денежные средства по полученному займу, квалифицируя их действия по статье о мошенничестве. Адвокаты-защитники ходатайствуют о прекращении уголовного преследования, т.к. данные отношения носят гражданско-правовой характер и в качестве подтверждения своих доводов представляют договоры займа, заключенные между этими лицами, порой нотариально удостоверенные. Тем не менее, следователи отказывают в удовлетворении такого ходатайства при всей очевидности отсутствия события преступления (мошенничества). При возникновении такой ситуации спор надлежит пере-

вести из кабинета следователя в зал судебного заседания и там доказывать, что заключение договора займа не есть преступление. Автором данной статьи удавалось доказать суду свою позицию и суд выносил постановление о незаконности возбуждения уголовного дела. Аналогичная ситуация возникает при провокации в даче взятки. Например, следователь расследует уголовное дело по конкретному факту. Судебные перспективы у этого дела весьма призрачны. Прекращать уголовное дело - значит расписаться в своей беспомощности. В такой ситуации непорядочные следователи поступают следующим образом. Обвиняемому сообщают, что имеется возможность прекратить уголовное дело, но для этого необходимо дать ему взятку. Обвиняемый, веря в такую перспективу исхода дела, приносит следователю запрошенную сумму. Тот обставляет это как попытку его подкупа, устраивает его задержание с поличным. Затем возбуждается второе уголовное дело за дачу взятки, соединяется с предыдущим уголовным делом и направляется в суд. Эпизод по даче взятки в суде проходит без каких-либо осложнений, а первоначальный эпизод идет как второстепенный. Полагаю, что при возникновении такого случая адвокату-защитнику следует незамедлительно подать жалобу в суд на незаконность действия следователя, который спровоцировал обвиняемого на дачу самому себе взятки, тем самым совершил противоправное действие (провокация дачи взятки).

Согласно ч. 5 ст. 109 УПК, жалоба в суд подается «в течение пятнадцати суток со дня ознакомления с решением, с которым лицо не согласено, либо в тот же срок после получения уведомления прокурора об отказе в удовлетворении жалобы, поданной на его имя, или со дня истечения пятнадцати суток после подачи жалобы прокурору, если не был получен на нее ответ». Законом установлен срок на подачу жалобы с тем, чтобы заинтересованное лицо не могло злоупотребить своим правом на

обжалование и манипулировать ходом уголовного процесса либо затянуть следствие. Установленный законом срок на подачу жалобы является пресекательным, т.е. истечение пятнадцати суток является основанием для отказа в удовлетворении требований, изложенных в жалобе. Но, как было сказано ранее, право на подачу жалобы носит заявительный характер, а не разрешительный. Поэтому суд не вправе отказать в принятии жалобы и ее рассмотрении по причине пропуска срока. Однако в ходе судебного заседания суд выясняет, почему лицо, чьи права и свободы оказались нарушенными или ущемлены, пропустило срок на подачу жалобы. Пропуск срока, установленного законом, легко преодолевается. Необходимо жалобу на незаконность действия следователя подать прокурору, осуществляющему надзор за законностью расследования уголовного дела, а после получения от него отрицательного ответа либо неполучения какого-либо ответа в течение пятнадцати суток, подать жалобу в суд.

3. Практические аспекты судебного контроля за деятельностью органа уголовного преследования

Адвокат-защитник является самым заинтересованным лицом в осуществлении судебного контроля за деятельностью органа уголовного преследования на стадии предварительного следствия. Он как участник уголовного процесса на стороне обвиняемого, потерпевшего следит за тем, насколько следователь точно соблюдает нормы УПК и выполняет их требования. Далее, именно он является инициатором возбуждения судебного контрольного дела (готовит и подает жалобу, отстаивает ее в суде), добивается восстановления нарушенных прав и свобод лица, чьи права и свободы оказались нарушенными следователем при производстве тех или иных процессуальных действий. Механизм судебного контроля запускается адвокатом посредством подачи

жалобы от имени обвиняемого либо от своего имени. Но прежде чем подать жалобу, необходимо обнаружить нарушение, зафиксировать его посредством подачи соответствующего ходатайства об устранении нарушения надзирающему за следствием прокурору или начальнику следственного подразделения и при нереагировании на ходатайство защитника в установленный ст. 102 УПК срок в суд надлежит подать жалобу. В соответствии со ст. 102 УПК, должностное лицо, которому адресовано это ходатайство, обязано удовлетворить ходатайство, если оно обосновано и направлено на установление истины по делу. В случае, если он откажет в удовлетворении требования, изложенного в ходатайстве, то ходатай, не согласный с действием следователя или другого лица, в чью компетенцию входит разрешение вопроса указанного в ходатайстве, вправе обжаловать его в суд. Жалоба может быть подана как прокурору, осуществляющему надзор за расследованием этого уголовного дела, так и в суд. Выбор, кому подавать жалобу, определяет лицо, которому такое право предоставлено. В суд жалоба подается в порядке ст. 109 УПК. Какие вопросы перед судом можно поставить. Во-первых, о том, что действия следователя являются незаконными и необоснованными. Во-вторых, просить суд обязать следователя придерживаться норм УПК и выполнить требование ч. 4 ст. 102 УПК не нарушать права обвиняемого, потерпевшего на защиту. При этом нельзя ставить перед судом невыполнимые требования. Например, такие как выполнить действия, которые просит ходатай. Суд, какой бы властью он ни обладал, не может удовлетворить требования субъекта жалобы, т.к. это будет расценено как вмешательство суда в процесс предварительного расследования. А это выходит за пределы контрольных полномочий суда за действиями органа уголовного преследования.

Порой суды, в силу разных причин, уклоняются от дачи правовой оценки действиям (бездействию)

следователя, прокурора, а также вынесенных ими правовых актов, т.е. о признании их незаконными. Как правило, в своих постановлениях суды пишут, что постановление следователя или прокурора отменяется или признается недействительным. Полагаю, что это не совсем верно. Поскольку суд отменяет процессуальный акт следователя (прокурора), следовательно он был вынесен по незаконным действиям должностного лица, расследующего уголовное дело. Поскольку это так, то суд вначале должен признать действие следователя (прокурора) незаконным, как того требует п. 2) ч. 8 ст. 109 УПК, и затем, после констатации факта незаконности его действий, вынести постановление об отмене вынесенного им процессуального документа. А действителен он или недействителен - это не компетенция суда. Если же суд не даст юридической оценки действиям должностного лица органа уголовного преследования, то получится, что процессуальный документ отменяется, признается незаконным, а действия (бездействия) должностного лица органа уголовного преследования являются законными. Постановление суда будет алогичным.

Исходя из общего смысла уголовно-процессуального законодательства, судебный процесс при рассмотрении жалобы в порядке ст. 109 УПК проводится в соответствии с принципом состязательности сторон (ст. 23 УПК). Однако в данном вопросе имеется весьма принципиальное положение. Поскольку лицо, подающее жалобу, считает, что действия органа уголовного преследования и вынесенный им акт правоприменения нарушают его права и свободы либо их ущемляют, в силу чего считает их незаконными, то доказывать обратное возлагается на прокурора и лицо, чьи действия обжалуются. Это также связано с тем, что поскольку обжалуются действия или акт правоприменения представителя государства (дознавателя, следователя или прокурора), который изначально

является более сильной стороной, то презюмируется его вина. Поэтому именно он должен доказать, что совершенные действия или вынесенный акт правоприменения законен, обоснован и им не нарушены права и свободы обвиняемого. Данный вывод следует из содержания п. 2) ч. 1 ст. 116 УПК и п. 4 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан «О некоторых доказательствах по уголовным делам» от 20 апреля 2006 г. № 4.

Сторона же, подавшая жалобу, занимает пассивную позицию. Адвокат-защитник, поддерживая жалобу своего подзащитного, должен привести веские аргументы в поддержку доводов, изложенных в жалобе. Как свидетельствует практика, чаще всего спор разгорается относительно толкования содержания тех или иных норм процессуального законодательства, реже - материального права и насколько правильно норма закона была применена в конкретном случае. Поскольку стороны процесса равны, а спорящие доказывают свою правоту посредством логики и научной аргументации, то адвокат-защитник в обоснование своих доводов вправе ссылаться на теоретические положения, разработанные учеными и изложенные в книгах, в комментариях к законам, а также на заключения авторитетных ученых, специалистов, полученных от них по запросу адвоката. В зависимости от того, что является предметом обжалования, субъект жалобы или его защитник вправе ходатайствовать перед судом о вызове и допросе свидетеля, назначении соответствующей судебной экспертизы, о приостановлении дела и обратиться в Конституционный Совет Республики Казахстан с представлением о признании применяемого акта (статьи закона) не конституционным и пр.

При реализации положений ст. 109 УПК может возникнуть довольно щепетильный момент. Если обжалуется действие следователя, то прокурор принимает участие в деле как орган надзора. Поэтому выступая в прении, прокурор вы-

сказывает свое субъективное мнение относительно законности или незаконности действия следователя или вынесенного им процессуального документа. Какие-либо вопросы прокурору участники судебного заседания задавать не вправе. Другое дело, когда обжалуются действия прокурора или вынесенный им процессуальный документ. В этом случае прокурор участвует в судебном заседании в качестве правонарушителя и дает суду объяснения, почему он сделал так, а не иначе. Поскольку прокурор является объектом судебного контроля, то участники судебного процесса (обвиняемый или его защитник) вправе задавать вопросы прокурору-правонарушителю, а тот обязан отвечать на них.

Обжаловать постановление районного суда в случае несогласия с ним в суд апелляционной инстанции вправе только лицо, подавшее жалобу, и прокурор. Адвокат, не вправе подавать от своего имени частную жалобу, т.к. по делу он не является защитником. К слову, в УПК не прописано, какую жалобу надлежит подавать в суд апелляционной инстанции - жалобу, частную жалобу или апелляционную жалобу. Дело в том, что адвокат становится защитником только в уголовном деле, когда он защищает интересы подозреваемого или обвиняемого. Судья, рассматривающий жалобу обвиняемого, не рассматривает уголовное дело. По жалобе заводится материал, именуемый контрольным делом. Здесь также уместно заметить, что в УПК нет нормы, которая бы регламентировала этот вопрос. В судах материалы именуются по-разному. Одни именуют их просто жалобой такого-то на действия следователя, другие называют их материалами судебного контроля в порядке ст. 109 УПК, третьи - судебно-контрольным делом и пр. В целях унификации подхода к данному вопросу, полагаю именовать такой материал делом судебного контроля по жалобе такого-то на действия (бездействие) следователя (дознавателя), прокурора такого-то, поданной в порядке ст.

109 УПК. Такой вывод напрашивается исходя и из содержания ч. 9 ст. 109 УПК, в которой использован термин «дело», а не материал. Однако, возвращаясь к предыдущему вопросу о частной жалобе, выход из указанного положения мне видится в следующем. Необходимо готовить частную жалобу в суд апелляционной инстанции от имени двух лиц – обвиняемого и адвоката-защитника. Суд вынужден будет принять частную жалобу и рассмотреть ее с участием обоих лиц, либо с участием только адвоката-защитника.

Интересным с позиции теории права и практики является положение ч. 7 ст. 109 УПК, в которой записано, что «в начале судебного заседания судья объявляет, какая жалоба подлежит рассмотрению, разъясняет явившимся лицам их права и обязанности». Дело в том, что в ходе судебного заседания лицо, подавшее жалобу, например подозреваемый или обвиняемый, не может воспользоваться правами подозреваемого или обвиняемого, т.к. оно предстает перед судом не как подозреваемый или обвиняемый, а фактически в качестве истца с требованием к суду о признании тех или иных действий следователя или вынесенного им постановления незаконными, поскольку этим ущемлены его права, свободы или правовые интересы. Это аналог главы 27 ГПК РК, но только в уголовном процессе. Поскольку в суде лицо, подавшее жалобу, не является подозреваемым или обвиняемым, то в УПК не определено, какой у него в таком случае процессуальный статус. Еще больше вопросов возникает, когда жалобу подает защитник в интересах своего доверителя. В частности, какими процессуальными правами пользуется адвокат-защитник и какие у него имеются обязательства. Дело в том, что поскольку он представляет интересы своего доверителя, то у него должны быть права представителя. Но в том и камень преткновения, что действующее УПК не предусматривает возможности подозреваемому или обвиняемому иметь представителя в

суде, где рассматривается жалоба в порядке ст. 109 УПК. У них может быть только защитник (ст. 70 УПК). Статус же защитника и представителя - это разные процессуальные положения, с разными правами и обязанностями. Таким образом, налицо пробел в законодательстве. Далее, а какие права и обязанности суд может разъяснить лицу, который не имеет в уголовном процессе какого-либо процессуального статуса? Например, лицу, чья жалоба рассматривается судом в связи с тем, что ему орган уголовного преследования (следователь, прокурор) отказал в возбуждении уголовного дела. Таким образом, вопрос о разъяснении судом прав и обязанностей участникам судебного разбирательства является чистой фикцией /16/. Далее, адвокат, участвующий в деле при рассмотрении жалобы его подзащитного в порядке ст. 109 УПК, не защищает подозреваемого или обвиняемого, а представляет интересы своего доверителя. Поэтому он также не может именоваться защитником, следовательно, и пользоваться полномочиями защитника, предусмотренными в ч. 2 ст. 74 УПК. Также не может подавать частный протест на постановление судьи и лицо, которое не является прокурором района, области или Генеральным прокурором Республики Казахстан. Дело в том, что употребленное в тексте ст. 109 УПК понятие «прокурор» предполагает ограниченное толкование, т.е. это прокурор района, области или Генеральный прокурор Республики Казахстан. Такому же ограничительному пониманию подлежит понятие «прокурор», использованное в текстах ст. 110, 474-477 УПК. Другие прокуроры, что перечислены в ч. 1 ст. 62 УПК, за исключением прокурора района, области или Генерального прокурора Республики Казахстан, не подпадают под действие ч. 9 ст. 109 УПК. Согласно ч. 2 ст. 396 УПК протест о пересмотре судебного акта в апелляционном порядке может принести прокурор, участвовавший в рассмотрении дела в качестве государственного обвинителя. Как

было сказано выше, рассмотрение жалобы не является судебным процессом, где участвующий прокурор поддерживает от имени государства обвинение. Дело в том, что предметом судебного контроля являются незаконные действия следователя (дознателя), прокурора, изложенные в жалобе свидетеля, потерпевшего, подозреваемого (обвиняемого) и иных заинтересованных лиц. Таким образом прокурор, участвовавший в деле при рассмотрении жалобы, не является гособвинителем, следовательно, и не вправе подавать какой-либо протест от своего имени, равно как не может его подавать и помощник прокурора, начальник отдела, управления или департамента и пр. При подаче такого протеста надлежит подать возражение на незаконность поданного частного протеста в виде подачи его неуполномоченным лицом. Вопрос о том, кто вправе подавать частный протест имеет принципиальное значение, т.к. согласно ст. 109 УПК обжалованию подлежат также и действия (бездействия) прокурора района или области и вынесенные ими акты. Дело в том, что в суде участвовать может и помощник прокурора, на которого распоряжением прокурора возложена обязанность выставить контраргументы по жалобе. Тем не менее, подавать частный протест помощник прокурора не вправе. Порой в суд приходят помощники прокуроров, представляя суду доверенность, выданную прокурором района или области. Полагаю, что подобная доверенность не обладает юридической силой, т.к. прокурор района, области или Генеральный прокурор Республики Казахстан не вправе уступать свои права, которые являются исключительной его компетенцией, своим подчиненным. Поскольку прокуратура построена на принципах единоначалия, то прокурор должен вынести распоряжение, которым на подчиненного возложить обязанности участия в суде по рассмотрению жалобы и дачи соответствующего заключения. Вместе с тем он не может своим распоряжением перело-

жить на подчиненного свои права и обязанность на подачу частной жалобы.

Судебное заседание проводится в закрытом режиме. Поскольку рассматривается жалоба на действия органа уголовного преследования, то, как правило, приглашается в суд лицо, допустившее нарушение закона. Так, если закон нарушил следователь, то приглашается следователь, если прокурор – естественно, соответствующий прокурор. Пояснения, которые дают эти лица, не могут считаться их допросом, т.к. по действующему процессуальному законодательству допрос возможен только в главном судебном разбирательстве и лиц, которые приобрели по делу соответствующий процессуальный статус – свидетель, потерпевший, обвиняемый, эксперт и пр. К тому же, процедура допроса обставлена соответствующим ритуалом - дача клятвы, предупреждение допрашиваемого (свидетеля, потерпевшего) об уголовной ответственности за отказ от дачи показаний или за дачу ложных показаний.

Несмотря на то, что судебный процесс идет в режиме закрытости, тем не менее он проводится с соблюдением правил, предусмотренных для главного судебного разбирательства, с определенными изъятиями. В частности, при необходимости в суд могут быть вызваны свидетели, которые могут подтвердить либо опровергнуть те или иные действия (бездействие) следователя, которые лицо, подавшее жалобу, считает как противоправные. Например, применение недозволённых методов при расследовании уголовного дела (физическое или психическое насилие). Суд также вправе назначить и соответствующую судебную экспертизу (ст. 354 УПК). Прения сторон проводятся по правилам главы 43 УПК. Лицо, чьи действия обжалуются, не наделяется правом на выступление в прении. Оно также не имеет права подавать жалобу в суд апелляционной инстанции при несогласии с вынесенным судом первой инстанции постановлением. Исклю-

чение, если суд первой инстанции вынесет частное постановление, которым затрагиваются права дознавателя, следователя или прокурора.

Ход закрытого судебного заседания протоколируется секретарем суда. Протокол судебного заседания при необходимости может быть использован защитником в качестве доказательства того, что показал следователь в ходе судебного заседания и какое заключение дал прокурор в прении. Далее, несмотря на то, что жалобу подает лицо, чьи права и свободы оказались нарушенными, доказывать обратное возлагается на предполагаемого правонарушителя и прокурора. Основой данного правила является принцип права о том, что обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность.

Постановление, вынесенное судом, следователю на руки не выдается, поэтому оно к уголовному делу не приобщается. Оно может быть приобщено к уголовному делу следователем, если об этом будет подано соответствующее ходатайство защитником или обвиняемым.

В зависимости от того, какое постановление суд вынесет по жалобе обвиняемого или его защитника, адвокату-защитнику надлежит принять решение о том, в какой момент использовать постановление суда – в ходе предварительного слушания, проводимого по правилам ст. 301 УПК, или в главном судебном разбирательстве. Дело в том, что при проведении предварительного слушания, суд обладает ограниченными полномочиями - возратить уголовное дело на дополнительное расследование, приостановить производство по делу, направить дело по подсудности, прекратить уголовное дело, соединить уголовное дело, либо принимать решение о проведении судебного разбирательства в сокращенном порядке. В главном же судебном разбирательстве суд принимает решение о признании тех или иных собранных органом уголовного преследования доказательств недопустимыми, о

признании составленных процессуальных документов незаконными, а действий следователя или дознавателя - противоправными и пр. (например, применял физическое или психическое насилие). В конце концов, суд правомочен вынести и оправдательный приговор за недоказанностью вины подсудимого.

4. Резюме

Институт судебного контроля за действиями органа уголовного преследования и вынесенными им актами в Казахском уголовном процессе как на досудебной стадии, так и в стадии судебного разбирательства является новым, в силу чего малоисследован на теоретическом уровне и не имеет широкого выхода на практику. Полагаю, что в обозримом будущем он будет применяться практиками и заинтересованными лицами более интенсивно, тем самым станет действенным рычагом воздействия на орган уголовного преследования по соблюдению им норм уголовно-процессуального законодательства при расследовании уголовных дел и собирании доказательств. Во избежание излишних споров, недоразумений и непонимания надлежит изменить и дополнить УПК, посвятив этому институту не одну статью, как это имеет место сейчас, а отдельную главу. Но это дело отдаленного будущего. Сегодня же полномочий, которые дают ст. 109 УПК и Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 25 июня 2010 г., вполне достаточно для того, чтобы любое заинтересованное лицо могло добиться соблюдения своих прав и свобод в уголовном процессе на досудебной стадии. Для адвокатов же применение ст. 109 УПК - это обширное и неосвоенное поле деятельности, возможность реализации своего потенциала, проявить профессионализм при защите интересов доверенных лиц на стадии предварительного следствия. При этом следует помнить, что экстраординарный судебный контроль более действенен и эффективен, чем ординарный судебный

контроль, т.к. последний только констатирует факты, но не решает вопросы по существу.

Список использованных источников:

1. Студеникина М.С. Государственный контроль в сфере управления. М., 1974. С. 126.
2. Сбоев А.С. Судебный контроль и правосудие// Вопросы права и социологии: Межрегиональное научное издание. Волгоград, издательство ВРО МСЮ. 2003. Вып. 10. С. 57-61.
3. Ржевский А.В., Чепурнова Н.М. Судебная власть в РФ: конституционные основы организации и деятельности. М., 1998. С. 96.
4. Ковтун Н.Н., Ярцев Р.В. Судебный контроль за законностью и обоснованностью действий и решений должностных лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство России (гл. 16 УПК): Учебно-практическое пособие/ 2-е изд., доп. и изм. – Н. Новгород, 2008.
5. Лазарева В.А. Судебная власть. Судебная защита. Судебный контроль. – Самара, 2000. С. 51.
6. Весьма обстоятельно данная проблематика исследована в России. См.: Лазарева В.А. Судебная защита в уголовном процессе РФ: проблемы теории и практики. Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2000; Колоколов Н.А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования: реальность, перспективы. Курск, 2000; Ковтун Н.Н. Судебный контроль в уголовном судопроизводстве России: Моногр. Н. Новгород, 2002; Адвокат в уголовном процессе: учеб.пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция»/[Н. А. Колоколов и др.]; под ред. Н. А. Колоколова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2010. С. 47-17 и др.
7. Алимбеков М. Когда раскаяние важнее наказания. Основная цель правосудия – охрана и восстановление прав человека, а не тиражирование тюремного населения. – «Казахстанская правда», 24 июня 2010 г.
8. Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 25 июня 2010 г. № 4 «О судебной защите прав, свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве»–Казахстанская правда, 14 августа 2010 г.
9. Нам Г., Нам Т. Не за мундир и не за мантию, а за законность. – Юридическая газета, 14 февраля 2008 г.; Нам Г. Если судья задержан на месте преступления. – Юридическая газета, 29 февраля 2008 г.; Нам Г. Механизм привлечения судей к уголовной ответственности. – Юридическая газета, 10, 14 октября 2008 г.; Нам Г. Доказательства: бить или не бить? – Юридическая газета, 30 января 2009 г.
10. Судебный контроль в уголовном процессе: учеб.пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция»/ [И.А. Давыдова и др.]; под ред. Н.А. Колоколова. – 2-е изд., переработ. и доп. – М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2009. С. 23-55.
11. На практике весьма часто возникает вопрос, а подпадают ли действия сотрудников правоохранительных органов (оперативных работников, инспекторов) и принятые ими постановления (акты) при работе над материалом в ходе так называемой доследственной проверки под действие судебного контроля по правилам ст. 109 УПК или их надлежит оспаривать по правилам главы 27 ГПК РК? Дело в том, что согласно п. 28) ст. 7 УПК в понятие «досудебное производство по уголовному делу» входят производство по уголовному делу с момента возбуждения уголовного дела до направления его в суд для рассмотрения по существу (дознание и предварительное следствие), а также подготовка материалов по уголовному делу частным обвинителем и стороной защиты. Россия пошла по пути судебного контроля за действиями и актами должностных лиц правоохранительных органов, совершенными и вынесенными в ходе доследственной проверки. См.: Халиков А.Н. Доследственная проверка в отношении отдельных категорий лиц (разд. XVII УПК РФ)// Российская юстиция. 2005. № 11. С. 21.; Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации/ науч. ред. В.Т. Томин, М.П. Поляков. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство Юрайт, 2010. С. 1113-1133. О необходимости введения такого же судебного контроля в Казахстане высказался и Председатель Верховного Суда Республики Казахстан. См.: Алимбеков М. Указ.раб. – Казахстанская правда, 24 июня 2010 г. Частично, этот вопрос решен Нормативным постановлением Верховного Суда Республики Казахстан от 25 июня 2010 г. № 4, согласно которому действия сотрудников оперативно-розыскной службы и принятые ими решения (акты) в соответствии с Законом РК «Об оперативно-розыскной деятельности» подлежат обжалованию в порядке ст. 109 УПК.
12. Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 25 июня 2010 г. № 4.
13. Непринцев А.В. О некоторых проблемах обжалования в уголовном судопроизводстве// Российская юстиция, 2005, № 11. С. 11; Константинов П., Стуканов А. Рассмотрение жалоб на действия (бездействие) дознавателя, следователя и прокурора// Законность. 2005, № 6. С. 18.
14. Положение о старшем помощнике (помощнике) прокурора области и приравненного к нему по расследованию и руководству следственными группами, утвержденное приказом Генерального прокурора Республики Казахстан от 28 августа 2009 г. № 46; Положение о Департаменте специальных прокуроров Генеральной прокуратуры Республики Казахстан, утвержденное приказом Генерального прокурора Республики Казахстан от 28 августа 2009 г. № 47; Инструкция об организации предварительного следствия в органах прокуратуры, утвержденная приказом Генпрокурора РК от 28 августа 2009г. № 48; Положение о межведомственных оперативно-следственных бригадах по расследованию преступлений, совершенных организованными преступными группами и сообществами с межрегиональными связями от 30 марта 2001 г.
15. Материалы дела № 17-86/10 по жалобе Есенбаева Б. на бездействие (действия) старшего следователя по ОВД СД АБЭКП РК и администрации СИ-1 г. Алматы в порядке ст. 109 УПК РК. – Текущий архив суда Алмалинского района г. Алматы за 2010 г., дело № 17-86/10.
16. Ушел от ответа на данный вопрос и профессор М. Когамов в своем комментарии к УПК РК. – Когамов М.Ч. – Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Республики Казахстан. Общая и Особенная части. – Алматы, Жеті жарғы, 2008. С. 227-229.



Смертная казнь, пожизненное лишение свободы. Судебная ошибка.

Устимиров Нурлан Джумаканович

адвокат адвокатской конторы «Бесарт»
Алматинской городской коллегии адвокатов

С настоящим докладом адвокат Алматинской городской коллегии адвокатов Устимиров Н.Д. выступил в г. Астане на Конференции «Институт пожизненного лишения свободы в Казахстане: возможности реформирования» 19 ноября 2010 года.

Доклад был переработан в формат журнальной статьи.

Тема настоящей статьи – это судебные ошибки, которые допускали и продолжают допускать судьи при вынесении обвинительных приговоров с назначением наказания в виде смертной казни или пожизненного лишения свободы. Естественно я буду выражать только свое собственное мнение, как адвоката, с приведением примеров таких ошибок.

Смертная казнь как вид наказания существует много тысячелетий, как адекватная мера наказания за совершенное и доказанное преступление. На ранней стадии цивилизации – за убийство, предательство, бандитизм, военные преступления и некоторые другие. Смертная казнь была и в СССР за аналогичные преступления и по принципу универсального правопреемства перешла к нам, в Казахстан, как наказание за ряд особо тяжких преступлений. Казахстан, как и другие страны СНГ, «пошел по пути цивилизации» и предусмотрел в УК пожизненное лишение свободы.

Юридически – это виды наказания, установленные конкретными статьями УК, вопрос о применении которых решает суд на основе тех доказательств, которые были исследованы им в судебном следствии. Что лучше:

расстрел или пожизненное лишение свободы?

По российскому телевидению, в отличие от казахстанского, показывают репортажи из колоний, где содержатся осужденные на пожизненное заключение, и почти каждый опрошенный журналистом осужденный высказался за то, чтобы к нему лучше бы применили смертную казнь.

По моему мнению, пожизненное лишение свободы не намного хуже, чем расстрел, так как приговоренный обречен на постепенное старение и умирание в камере под постоянным гласным и негласным (видео) надзором, лишенный всех тех жизненных благ, которые он имел на свободе с постоянной надеждой на помилование, а также возможности суицида.

Хочется высказать свое мнение о том, что предшествует судебной ошибке.

Во-первых, это ошибки, умышленно или неумышленно допускаемые оперативными работниками при доследственной проверке, в ходе так называемых оперативно-розыскных мероприятий. В первую очередь – это когда отсутствие должного профессионализма оперативников «вынуждает» их добиваться признательных показаний, кото-

рые с 1937 года так и остаются «царицей доказательств». Естественно получают «признание» в основном с применением физического воздействия: пыток, истязаний, сопряженных с психологическим воздействием: угрозами насилия, в том числе над близкими и т.д.

Приведу пример. В 80-х годах в г. Целинограде была ликвидирована преступная группа работников Целиноградского РОВД, занимавшаяся разбоями, вымогательствами и убийствами. Руководил группой заместитель начальника уголовного розыска РОВД Ткачев. В группу входили его начальник Омаров, следователь Былкилов и работник ОБХСС Зейнилов. Задержаны они были за убийство начальника следственного отделения Толмачева, которому стало что-то известно о деятельности этой группы. Толмачева обманным путем заманили на празднование Дня уголовного розыска (5 октября), связали, вывезли за город, где он и был убит. Каждый из группы был «повязан кровью» – поочередно лопатой наносил удары по шее лежащего Толмачева.

Следственно-оперативная бригада из 50 работников милиции, собранных со всего СССР, раскрыла ряд убийств и вымо-

гательств, совершенных этой группой.

Так вот, «пытка противогазом» применялась еще Ткачевым и Омаровым при «раскрытии» ими преступлений, а большей частью при вымогательстве денег.

Во-вторых, пытки, истязания психологическая «обработка» оперативниками продолжают применяться и в ходе следствия для выявления соучастников, при отказе подсудимых от признательных показаний, при «навешивании на них висяков» и др.

В-третьих, бывают и безмотивные действия работников полиции.

Сейчас я пытаюсь доказать невиновность Тасымова, вот уже 3,5 года подозреваемого в совершении убийства своего близкого друга, однокурсника в г. Шымкенте. У меня создалось впечатление, что такое возможно только в отдельно взятом г. Шымкенте.

Посудите сами. Достоверно установлено, что конкретные работники полиции этого города фальсифицировали доказательства тем, что «убедили» двух «очевидцев» указать на Тасымова как на убийцу. Но они, осознав последствия для Тасымова, обратились с письменными заявлениями к прокурорам и начальникам района и области, в которых сознались в лжесвидетельстве, указали на этих работников и даже нотариально заверили свои заявления.

Несмотря на достоверный факт никаких мер в отношении фальсификаторов не принято и, более того, уголовное дело с обвинением Тасымова в умышленном убийстве при настойчивом давлении прокуратуры хотят передать в суд.

А если суд пойдет на поводу у следствия и прокурора и осудит невиновного Тасымова к смертной казни или пожизненному лишению свободы?

В-четвертых, «сопровождение» продолжается и после поступления дела в суд.

Председатель Верховного Суда Республики Казахстан М. Алимбеков в интервью Zakon KZ ответил:

«Как-то у меня спросили, почему происходят судебные ошибки. Я ответил, что первая причина – отсутствие профессионализма. Вторая – давление на суд. Давление оказывается по-разному. Бывает, дела в суд сопровождаются теми же органами, которые их расследуют, а этого нельзя допускать, это опасное явление. Бывает, за кого-то просят известные в обществе авторитетные личности. Вместо того чтобы сказать: «Извините, есть суд, идите туда, пусть суд разберется», они безоговорочно принимают чью-то сторону, не понимая, что тем самым вредят другой стороне, у которой нет такого ходатая. Просят и должностные лица».

Комментировать это высказывание Главного судьи страны, думаю, нет необходимости. Но основное выделить все таки надо – это то, что суды зачастую «идут на поводу» у следователей и прокуроров.

В-пятых, в силу уголовно-процессуального закона суд не связан доказательствами, добытыми в ходе предварительного следствия, и устанавливает их сам в судебном следствии, точно и беспрекословно следуя требованиям закона при принятии решения о наказании.

Однако, как показывает анализ конкретных уголовных дел, «давление на суд» действительно имеет место.

Пример.

К смертной казни был приговорен наш с адвокатом Сарсеновым подзащитный Ибрагимов за убийство известного политика Сарсенбаева, его охранника и водителя.

Нами были представлены суду безусловно достоверные, относимые и допустимые доказательства, указывающие на то, что убийство было совершено не Ибрагимовым – это метеосводки погоды по г. Алматы,

Алматинской области и Талгарскому району. Однако все наши неоднократные (более 10 раз) попытки и потуги через заявленные ходатайства приобщить их к материалам дела, исследовать в судебном заседании, дать им надлежащую правовую оценку, с таким же упорством судом не удовлетворялись.

В чем особенность этих метеосводок-доказательств?!

Согласно сводкам сильный снег в г. Алматы, области и районе прекратился в 5 часов утра 12 февраля!!!

Я специально акцентирую ваше внимание, так как по версии следствия и суда, подтверждено СМЭ, убийство произошло 11 февраля около 23-00 часов. Время наступления смертей подтверждено СМЭ.

По приговору Ибрагимов выводил похищенных на расстрел по одному и на снегу остались их следы ног. Но снег продолжал идти и, естественно, он должен был засыпать следы, а также остывшие тела убитых. Судмедэксперты подтвердили в суде, что при температуре -5 градусов тела остывают в течение двух часов и на период остывания, падающий на них снег должен таять, пропитывая влагой одежду.

Но когда были обнаружены тела, то на них не было снега, вся одежда и обувь, в которую были одеты убитые, была сухая, в обнаруженных на снегу следах ног снега не было. Имеются и другие, как прямые, так и косвенные доказательства непричастности Ибрагимова к тройному убийству.

Естественен и логичен вывод – убийство совершено после того, как перестал идти снег, а при других прочих обстоятельствах – оно совершено в другом месте, а тела привезли и положили.

Меня, как адвоката, абсолютно не интересует политическая подоплека этого страшного преступления, нам с Сарсеновым было необходимо доказать,

что Ибрагимов не убивал и мы, я уверен до сих пор, это доказали.

А теперь к главному доказательству, явившемуся для суда основанием к вынесению «смертного приговора» Ибрагимову – «признательным показаниям» Мирошников и к тому, как они «добывались».

К совести Мирошников, – в суде он отказался от них, заявив, что они добыты путем побоев, истязаний, издевательств и психологического давления. Например, он заявил, что его долго «убеждали», что Ибрагимов «дал на него показания», что именно он, Мирошников, совершил эти убийства, он стрелял. Сопровождали свои «доводы» господа оперативники физическим воздействием и принуждением к «изобличению» Ибрагимова. Сильно «помог» им в этом «бесплатный адвокат», назначенный Мирошникову следствием.

По моему мнению, судебная ошибка налицо, поскольку суд не связан доказательствами, добытыми в ходе предварительного следствия, и сам обязан устанавливать истину. Всем известно, что судебная коллегия Верховного Суда Республики Казахстан оставила приговор без изменения, «закрыв глаза» на представленные доказательства невиновности Ибрагимова.

Или другой пример.

К 25 годам лишения свободы каждый приговорены Калиев и Песков за то, что покушались на жизнь Кулибаева, намереваясь

взорвать его самодельной бомбой. «Попутно» им «приписали», а затем и обвинили в совершении и других преступлений, что в «совокупности, суммарно» привело к 50 годам лишения свободы.

И, как в вышеприведенном примере, наши с Сарсеновым усилия «доказать обратное» вообще не принимались судом, просто игнорировались. Например, нами было заявлено более 100 ходатайств, направленных на установление истины, но удовлетворены были только те, которые «не мешали суду» вынести обвинительный приговор.

Аналогично без достаточных доказательств за убийство семьи Есимсеитовых в г. Астане был осужден городским судом Тянь. Когда я заявил ходатайство о вступлении в дело в качестве его защитника и зарегистрировал ходатайство в канцелярии суда, приложив ордер адвоката, то председательствующий отказался допускать меня к участию в деле с мотивировкой, что у Тянь уже есть два адвоката???

Чтобы исключить или минимизировать судебные ошибки, в том числе и при рассмотрении дел, за которые предусмотрена смертная казнь или пожизненное заключение, необходимо полностью реформировать судебную систему, чтобы судьи были реально независимы от кого- или от чего-либо.

Почему бы нам не перейти к той системе, которая суще-

ствовала в СССР, и перейти к выборности населением судей районного, городского и областного звена и периодической их отчетности перед избирателями?

Я случайно натолкнулся на статью Султанмурата Ерментая, опубликованную в информационно-аналитической газете «Вестник депутата» № 6 за октябрь 2010 года, в которой он вносит заслуживающие внимания предложения по реформированию судебной системы.

Например, такое – заменить в течение двух лет нынешних судей лицами, избранными на должность районных судей прямыми выборами сроком на четыре года, на должность областных – на пять лет. Или такое. Упразднить взаимозависимости судей, судебных органов разных ступеней. По его мнению, необходимо обеспечить ведение аудио и видеозаписей судебных процессов, выдачи их копий участвующим сторонам; ведение таких записей сторонами, представителями СМИ по собственному усмотрению – следует узаконить.

Конечно, есть опасение, что в судьи будут «проталкиваться» послушные определенным кругам лица. Но при ожидаемой активности населения и СМИ докладам (отчетам) судей перед избирателями о рассмотренных ими делах может быть дана соответствующая оценка вплоть до их отзыва.

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.

Практические вопросы, возникающие по уголовным делам о хищениях в сфере государственных закупок в строительстве

Ажигулова Анжелика Маратовна

адвокат городской юридической консультации
Алматинской городской коллегии адвокатов



По уголовным делам о хищениях в сфере государственных закупок в строительстве в практике возникает множество вопросов, связанных с решением вопроса о наличии или отсутствии состава преступления, где в большинстве случаев уголовные дела возбуждаются по ст.176 УК РК (хищение путем присвоения или растраты вверенного имущества).

Например, в отношении гражданина Ш. было возбуждено уголовное дело по ст.176 УК РК, по материалам которого ему инкриминировалось присвоение и растрата бюджетных средств по договорам на строительство объектов, полученных ТОО «Т», где Ш. являлся единственным учредителем.

В ходе судебных процессов неоднократно ставился вопрос о прекращении уголовного дела в связи с наличием гражданско-правовых отношений и отсутствия состава преступления, предусмотренного ст. 176 УК РК.

Согласно заключений строительно-финансовой, строительной,

комплексной экспертиз была выявлена разница между утвержденной сметой и количеством закупленного строительного материала.

На практике указанная разница в большей или в меньшей степени, как правило, складывается из-за того, что созданная система ценообразования в строительстве в области государственных закупок не отвечает действительности.

Несмотря на рыночную экономику, подрядчики обязаны работать в строгом соответствии с порядком, установленным Комитетом по делам строительства и жилищно-коммунального хозяйства Министерства индустрии и торговли Республики Казахстан (Комитет МИТ) в программном обеспечении «Sana 2001».

При этом расценки на строительные материалы, установленные в этой программе «Sana 2001» существенно ниже фактических рыночных цен. Соответственно вся проектно-сметная документация разрабатывается по программе «Sana 2001», где по этим сметным

нормам и расценкам выделяются бюджетные средства на строительство объектов.

Проблема, вытекающая из ценообразования в сфере государственных закупок, поднималась на Пленарном заседании Мажилы Парламента по депутатским запросам.

Как, следствие, выделяемые бюджетные средства гораздо ниже фактических затрат подрядчиков, что сказывается на качестве работ, и повсеместно почти во всех случаях влечет отступления от утвержденной проектно-сметной документации.

Подрядчики в целях экономии денежных средств закупают иные аналогичные строительные материалы с более низким качеством.

Однако это происходит без цели хищения, поскольку разница, полученная при покупке других строительных материалов за более низкую цену в нарушение утвержденной сметы самостоятельно перераспределяется подрядчиком на задолженности по зарплате, строи-

тельные материалы и т.п. на этот же объект строительства.

Тем самым в большинстве аналогичных случаев состав хищения отсутствует, а только имеет место строительство с нарушением проектно-сметной документации, что является нарушением договора, влекущим ответственность в соответствии с нормами законодательства о государственных закупках и гражданским законодательством.

Согласно, Типовому договору о государственных закупках работ, утвержденного Постановлением Правительства Республики Казахстан от 27 декабря 2007 года № 1301 «Об утверждении Правил осуществления государственных закупок» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 23.04.2010 года) работа не соответствующая требованиям проектно-сметной документации признается дефектной и при не устранении этих дефектов, в течение обоснованного периода времени, определенного Заказчиком, признается существенным нарушением договора, и является основанием для его расторжения. При расторжении договора по указанному основанию подрядчик имеет право на возмещение произведенных им фактических затрат.

Денежные средства, предоставленные для строительства объектов, выделяются из республиканского бюджета, и их собственником является государство в лице Правительства Республики Казахстан.

Согласно ст.9 п.4 Конституционного закона РК от 18 декабря 1995 года № 2688 «О Правительстве Республики Казахстан» – Правительство Республики обеспечива-

ет исполнение республиканского бюджета.

В соответствии со ст.22 указанного конституционного закона – Министерство финансов Республики Казахстан, входит в состав Правительства, является центральным исполнительным органом Республики, осуществляющим руководство соответствующей отраслью (сферой) государственного управления, и в пределах, предусмотренных законодательством, – межотраслевую координацию.

С учетом изложенного, вышеуказанное ТОО «Т», как подрядчик в ходе судебного следствия обратилось к собственнику бюджетных средств – Канцелярию Премьер-министра Республики Казахстан с просьбой разрешить доиспользовать ранее перечисленные и растраченные по нецелевому назначению бюджетные средства из республиканского бюджета по договорам государственных закупок работ по строительству объектов.

Для рассмотрения вопроса Канцелярия Премьер-министра Республики Казахстан направила указанное обращение в Министерство финансов Республики Казахстан.

Министерство финансов Республики Казахстан посчитало возможным, урегулировать вопрос о доиспользовании растраченных по нецелевому назначению денежных средств и рекомендовало обратиться непосредственно к администратору бюджетной программы.

Министерство финансов Республики Казахстан, разрешая доиспользовать растраченные по нецелевому назначению денежные средства, приняло во внимание, что в рассматриваемом

случае речь идет об отношениях, возникших на основании договора о государственных закупках, урегулирование данного вопроса возможно в соответствии с законодательством о государственных закупках и гражданским законодательством и сослалось на ст. 7 ГК РК «гражданские права и обязанности возникают из оснований, предусмотренных законодательством, а также из действий граждан и юридических лиц, которые хотя не предусмотрены им, но в силу общих начал и смысла гражданского законодательства порождают гражданские права и обязанности, в том числе из договоров и иных сделок».

В последующем администратор бюджетной программы также дал согласие на доиспользование ранее перечисленных и растраченных по нецелевому назначению бюджетных средств.

Таким образом, складывается следующая правовая практика: государственный уполномоченный орган – собственник бюджетных средств при фактах нарушения подрядчиком договорных обязательств, в виде отклонения от утвержденной проектно-сметной документации, (нецелевого использования / не адресного использования бюджетных средств), разрешает доиспользовать растраченные по нецелевому назначению бюджетные средства.

При таких обстоятельствах наличие согласия собственника о доиспользовании растраченных по нецелевому назначению бюджетных средств соответственно исключает состав преступления, как хищение ввиду договорных гражданско-правовых отношений.

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”.

Основания уголовной ответственности за уклонение от уплаты налогов и/или других обязательных платежей в бюджет с организаций



Хан Владимир Юрьевич

адвокат городской юридической консультации
Алматинской городской коллегии адвокатов

Еще со времен возникновения частной собственности и предпринимательства существует такое понятие как налог. Поступления от налогов и сборов формируют бюджет государства и в зависимости от нужд, идут на социальные, культурные, правоохранные цели. Т.е. без налогов и сборов, невозможно существование государства и именно поэтому так важна правильная и целесообразная правоприменительная практика в сфере налогообложения.

Статья 35 Конституции Республики Казахстан гласит: «Уплата законно установленных налогов, сборов и иных обязательных платежей является долгом и обязанностью каждого».

Наличие Конституционной нормы обязывающей уплачивать законно установленные налоги указывает на особую важность данного института. Неисполнение данной обязанности влечет уголовную либо административную ответственность. Уголовный

Кодекс Республики Казахстан предусматривает ответственность физических и юридических лиц за уклонение от уплаты налогов и сборов, однако сложность в понимании основ налогообложения и самого состава преступления зачастую приводит к «юридическим ошибкам». Нередки случаи, когда действия, совершенные по неосторожности, квалифицируются как уклонение от уплаты налогов. Поэтому велика ответственность правоприменяющих органов, в столь деликатном вопросе.

Особый практический интерес представляет именно уклонение от уплаты налогов с организаций, т.к. именно они в основном совершают указанные деяния. Физическое лицо, за редким исключением, может уклониться от начисляемых ему налогов. Поэтому в данной статье исследуется именно уклонение от уплаты налогов с организаций.

Для правильного понимания оснований наступления уголовной ответственности за

уклонение от уплаты налогов с организаций, необходимо знать и понимать не только основы налогообложения и виды налогов и сборов, но и основные признаки состава преступления.

В соответствии со ст.222 УК РК, уголовная ответственность наступает в случае уклонения от уплаты налога и/или других обязательных платежей в бюджет с организаций, совершенного путем непредставления декларации, когда подача декларации является обязательной, либо внесения в декларацию заведомо искаженных данных о доходах и/или расходах, путем сокрытия других объектов налогообложения и/или других обязательных платежей, если это деяние повлекло неуплату налога и/или обязательных платежей в крупном размере. Крупным размером признается сумма неуплаченного налога и/или обязательного платежа в бюджет, превышающая 2000 МРП.

Данная статья предусматривает уголовную ответственность

за уклонение от уплаты налога и/или других обязательных платежей в бюджет, а квалифицирующие признаки, указанные в диспозиции статьи, относимы в основном именно к налогам.

В п.34 ст.12 НК РК дается следующее определение: *налоги – это законодательно установленные государством в одностороннем порядке обязательные денежные платежи в бюджет, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом, производимые в определенных размерах, носящие безвозвратный и безвозмездный характер.*

В этой связи, не лишним будет упомянуть об установленных Налоговым Кодексом налогах. Список их на сегодняшний день таков:

1. Корпоративный подоходный налог;
2. Индивидуальный подоходный налог;
3. Налог на добавленную стоимость;
4. Акцизы;
5. Рентный налог на экспортируемую сырую нефть, газовый конденсат;
6. Налоги и специальные платежи недропользователей;
7. Социальный налог;
8. Земельный налог;
9. Налог на транспортные средства;
10. Налог на имущество;
11. Налог на игорный бизнес;
12. Фиксированный налог.

Объектами обложения по налогам являются (приводятся объекты, применительно к организациям):

1. По корпоративному подоходному налогу:
 - а) налогооблагаемый доход;
 - б) доход, облагаемый у источника выплаты;
 - в) чистый доход юридического лица-нерезидента, осуществляющего деятельность в Республике Казахстан через постоянное учреждение (ст.82 НК).
2. По налогу на добавленную стоимость –
 - а) облагаемый оборот;
 - б) облагаемый импорт (ст.

229 НК).

3. По акцизам –
 - а) операции, осуществляемые плательщиками акциза, с произведенными или добытыми, и/или разлитыми им подакцизными товарами;
 - б) оптовая и розничная реализация бензина и дизельного топлива (за исключением авиационного);
 - в) реализация конкурсной массы, конфискованных и/или бесхозяйных, перешедших по праву наследования к государству и безвозмездно переданных в собственность государства подакцизных товаров;
 - г) порча, утрата подакцизных товаров (ст. 281 НК).
4. По рентному налогу - объем сырой нефти, газового конденсата, угля, реализуемый на экспорт.
5. Налоги и специальные платежи недропользователей -
 - а) подписной бонус;
 - б) бонус коммерческого обнаружения;
 - в) платеж по возмещению исторических затрат;
 - г) налог на добычу полезных ископаемых;
 - д) налог на сверхприбыль (ст.307 НК РК).
6. По социальному налогу – расходы работодателя, выплачиваемые работникам в виде доходов.
7. По земельному налогу – земельный участок (ст.375 НК РК).
8. По налогу на транспортные средства – транспортные средства, за исключением прицепов, подлежащие государственной регистрации и/или состоящие на учете в Республике Казахстан (ст.366 НК РК).
9. По налогу на имущество юридических лиц – основные средства и нематериальные активы (ст.396 НК РК).
10. По налогу на игорный бизнес –
 - а) игровой стол;
 - б) игровой автомат;

- в) касса тотализатора;
 - г) электронная касса тотализатора;
 - д) касса букмекерской конторы;
 - е) электронная касса букмекерской конторы (ст.412 НК РК).
11. По фиксированному налогу –
 - а) игровой автомат без выигрыша, предназначенный для проведения игры с одним игроком;
 - б) игровой автомат без выигрыша, предназначенный для проведения игры с участием более одного игрока;
 - в) персональный компьютер, используемый для проведения игры;
 - г) игровая дорожка;
 - д) карт;
 - е) бильярдный стол (ст.421 НК РК).

Именно за уклонение от уплаты данных налогов (т.е. манипуляции с вышеуказанными объектами налогообложения) установлена уголовная ответственность. И поскольку, как указывалось выше, средства от налогообложения, поступают в бюджет государства, должен согласиться с общепринятым мнением о том, что объектом преступления являются общественные отношения по поводу осуществления основанной на законе финансовой деятельности государства. Практика показывает, что наиболее распространенными объектами уклонения от уплаты налогов юридических лиц являются корпоративный подоходный налог и налог на добавленную стоимость (т.к. они являются самыми объемными). Однако, имеют место случаи уклонения и от уплаты иных налогов.

При этом следует помнить, что уголовная ответственность наступает не за неуплату налога, а за уклонение от уплаты, а сами действия по уклонению должны быть выражены в следующем (объективная сторона):

1. Непредставление деклара-

- ции, когда подача декларации является обязательной;
2. Внесения в декларацию заведомо искаженных данных о доходах и/или расходах;
 3. Соккрытие других объектов налогообложения и/или других обязательных платежей.

Само по себе непредоставление декларации не образует состав преступления, в данном случае, имеется в виду такое непредоставление декларации, которое в итоге привело к неуплате налогов. То есть должна существовать взаимосвязь между непредоставлением декларации, когда ее предоставление является обязательным, и последствием – получением за счет этого возможности уклониться от уплаты налога, попросту говоря его неуплатой.

Например, подача декларации по корпоративному подоходному налогу является обязательной и она подается не позднее 31 марта года, следующего за отчетным налоговым периодом (ст.149 НК РК). Но бывают случаи, когда вследствие халатности ответственного лица, либо его отсутствия длительное время, она не подается, да и налог так же оплачивается. В таком случае отсутствует состав преступления, т.к. изначально отсутствует умысел на уклонение от уплаты налогов, а наличие прямого умысла обязательно. По моему мнению, необходимо тщательно определять в каждом конкретном случае, имеется умысел или неосторожность.

Не предоставление декларации – довольно редкий способ уклонения, т.к. в любом случае преступные действия выявляются и его использование, в итоге не приносит желаемого результата.

Самым же распространенным способом уклониться от уплаты налогов, было и остается внесение в декларацию заведомо искаженных данных о доходах и расходах.

Речь в данном случае может

идти только о корпоративном подоходном налоге, т.к. только при исчислении указанного налога учитываются доходы и расходы предприятия. Заведомо искаженными считаются специально измененные и ставшие фактически неверными данные о величине доходов, расходов и льгот, учитываемых при исчислении налогов.

В этой связи хочется вкратце дать понятие корпоративного подоходного налога. Как уже указывалось выше, объектами по корпоративному подоходному налогу являются – налогооблагаемый доход, доход, облагаемый у источника выплаты, чистый доход юридического лица-нерезидента, осуществляющего деятельность в Республике Казахстан через постоянное учреждение.

Налогооблагаемый доход определяется как разница между совокупным годовым доходом с учетом корректировок, предусмотренных ст.99 настоящего Кодекса, и вычетами... (ст.83 НК РК).

В совокупный годовой доход включаются все виды доходов налогоплательщика (валовый доход). Прежде всего – это доходы от реализации товаров (работ, услуг). В состав совокупного годового дохода налогоплательщика так же входят: доходы от сдачи в аренду имущества, доходы от списания обязательств, дивиденды, вознаграждения, выигрыши и т.д.

При исчислении налогооблагаемого дохода, выступающего в качестве предмета корпоративного подоходного налога, из совокупного годового дохода производятся вычеты.

В соответствии со ст.100 НК РК: расходы налогоплательщика в связи с осуществлением деятельности, направленной на получение дохода, подлежат вычету при определении налогооблагаемого дохода, за исключением расходов, не подлежащих вычету...

К вычетам относятся такие

расходы как выплата заработной платы, оплата приобретенного сырья и т.д. То есть вычеты – это те расходы налогоплательщика, которые направлены на производство реализуемого им продукта (товара, работы, услуги).

Таким образом, налогооблагаемая база определяется путем вычитания из валового дохода предприятия, расходов по осуществлению его деятельности. В связи с этим, предприятия, «нуждающиеся» в уменьшении налогового бремени либо уменьшают доходную часть, либо увеличивают расходную.

Например, предприятие «А» получило доход в размере 100 000 000 тенге. Для того, чтобы уменьшить налогооблагаемую базу, руководитель предприятия, заключает ряд «фиктивных сделок» с другими коммерческими организациями, в результате чего увеличиваются суммы, подлежащие вычету при определении налогооблагаемого дохода. Для того, чтобы «закрепить» полученные результаты, руководитель предприятия в установленный срок (до 31 марта) предоставляет в налоговые органы декларацию по корпоративному подоходному налогу, а так же, составленную в соответствии с международными стандартами финансовой отчетности и требованиями законодательства, годовую финансовую отчетность, в которых указанные «фиктивные» цифры получают отражение. С этого момента, преступление считается оконченным.

Бывает и так, то же самое предприятие, совершает те же действия без заключения «фиктивных сделок» и предоставляет налоговую отчетность, не имея подтверждения в первичных бухгалтерских документах. Но это довольно «грубый» и «примитивный» способ уйти от налогов и настоящее время почти не встречающийся на практике.

Соккрытие других объектов налогообложения и иных обязательных платежей как способ

уклонения от уплаты налога наименее распространен. Наряду с корпоративным подоходным налогом и налогом на добавленную стоимость в данном случае, объектом уклонения может выступать земельный налог, налог на транспортные средства, налог на имущество, налог на игорный бизнес.

Например, игорное заведение казино «Проигрыш», при вводе в эксплуатацию и в дальнейшем уплачивало установленные ст.413 НК РК за пять игорных столов по 830 МРП. Фактически, в данном заведении использовалось и приносило прибыль десять игорных столов. Следовательно, администрация игорного заведения скрыла от налогообложения пять игорных столов, что повлекло неуплату налога в размере 4 150 МРП.

Кроме того, сокрытие объекта налогообложения может выражаться в неуведомлении налоговых органов о наличии объектов налогообложения, не постановке на учет имущества, занижение его стоимости и размеров и т.д.

Наряду с этим, сокрытием может признаваться не отражение результатов предпринимательской деятельности в документах налогового и бухгалтерского учета.

Например, ТОО «Х», занимающееся реализацией строительных материалов, реализовало указанный товар гражданину «Р» за 50 000 000 тенге, при этом предмет реализации, а так же вырученные денежные средства не получили отражения в бухгалтерских документах ТОО. В результате, ТОО «Х», скрыло от налогообложения 50 000 000 тенге.

Рассматривая состав преступления, предусмотренный ст.222, необходимо обратить внимание на то, что уголовная ответственность не наступает в любом случае, если сумма неуплаченного налога или обязательных платежей не превышает 2000 МРП.

Кроме того, субъектом указанного преступления является

должностное лицо организации (руководитель или главный бухгалтер), а так же лица, выполняющие управленческие функции в коммерческой организации, ответственные за ведение бухгалтерского учета и предоставление налоговой отчетности и наделенные правом подписи финансовых, банковских и отчетных документов допустившей уклонение от уплаты налога.

Как правило, к уголовной ответственности привлекаются руководители предприятий, но за редким исключением, бывают случаи, когда привлекается главный бухгалтер или иное ответственное лицо предприятия.

В каждом конкретном случае, необходимо выяснить степень осведомленности того же бухгалтера о ложности сведений, вносимых им в документы бухгалтерского учета и, следовательно, налоговой отчетности. Как правило, бухгалтер не контролирует заключение сделок и достоверность полученных от их реализации результатов. Например, исполнительный орган юридического лица, предоставляет в бухгалтерию гражданско-правовой договор, акты выполненных работ (накладные и счета-фактуры). На основании указанных документов бухгалтер производит соответствующую оплату, и, в данном случае, нет оснований достоверно утверждать о наличии в действиях бухгалтера прямого умысла, т.к. его действия формируются на основании подлинных документов, имеющих юридическую силу.

Субъективная сторона преступления характеризуется исключительно прямым умыслом. Лицо, совершая действия по уклонению от уплаты налогов, сознает, что вводит в заблуждение налоговые органы государства, при этом, получая возможность не уплачивать налоги, и желает этого.

Часть вторая ст.222 УК РК предусматривает ответственность за действия по уклонению

от уплаты налогов, совершенные неоднократно.

Неоднократностью преступлений признается совершение двух или более деяний, предусмотренных одной и той же статьей или частью статьи Особенной части Уголовного Кодекса. Не признается неоднократным продолжаемое преступление, т.е. преступление, состоящее из ряда одинаковых преступных деяний, которые охватываются единым умыслом и целью и образуют в целом одно преступление (ст.11 УК РК).

Часть третья ст.222 УК РК предусматривает ответственность за действия по уклонению от уплаты налогов, совершенные группой лиц по предварительному сговору или организованной группой либо в особо крупном размере. Особо крупным размером признается сумма неуплаченного налога, превышающая 5 000 МРП.

Преступление признается совершенным группой лиц по предварительному сговору, если в нем участвовали лица, заранее договорившиеся о совместном совершении преступления. Преступление признается совершенным организованной группой, если оно совершено устойчивой группой лиц, заранее объединившихся для совершения одного или нескольких преступлений (ст.31 УК РК).

В завершении хочется отметить, что в условиях рыночной экономики и свободы предпринимательства, всегда найдутся отдельные индивиды, стремящиеся каким либо образом минимизировать для себя налоговое «бремя». С годами, способы уклонения от налогов становятся все «совершеннее» и порой очень сложно определить преступно ли деяние. Полезную информацию мы можем почерпнуть из многочисленных комментариев к данной статье, научно-практических трудов, но совершенно недостаточно нормативных источников и это несмотря на огромную актуальность данного вопроса.

Судебный «наезд» при рассмотрении уголовного дела по дорожно-транспортному происшествию



Аршетдинов Бурхан Бузурханович
адвокат юридической консультации «Бэйтерек»
Алматинской городской коллегии адвокатов

Правила дорожного движения Республики Казахстан (далее – «ПДД») основаны на глубоком анализе дорожно-транспортных происшествий. Точное и беспрекословное выполнение требований всех пунктов ПДД является обязательным для всех участников дорожного движения. Только точно и беспрекословно выполняя требования всех пунктов ПДД можно обеспечить личную безопасность и безопасность окружающих.

При разработке Правил дорожного движения связанных с новыми реалиями современной обстановки на дорогах разработчики учитывают те обстоятельства, которые продиктованы временем. Ни один пункт ПДД РК не принят простым голосованием; каждый из них продиктован конкретно сложившимися на дорогах проблемами, которые приводят к гибели людей, травмам и наносят небывалый материальный вред.

Потому представляется крайне опасной тенденция ставить под сомнение необходимость и/или говорить о несущественности того или иного пункта действующих ПДД как правоохранительными органами так и самими участниками дорожного движения, не говоря уже о судьях, рассматривающих соответствующие дела, связанные с ДТП.

ПДД - это «продукт» многовекового собирания информации, которая основана на качественном и количественном анализе ДТП, в ходе которого устанавливается какие именно действия участников дорожного движения на дорогах наиболее часто приводят к дорожно-транспортным происшествиям. Вполне уверенно можно сказать, что ПДД - ровесник «первого колеса», которое стало катиться по земному шару.

В этой связи наиболее актуальным является проблема обучения водителей, сотрудников правоохранительных органов и судей вопросам назначения

судебных экспертиз и оценки их результатов. Только высокий научно-методический уровень процессуального доказывания органами правосудия, обеспечит полноту реализации в судебной практике основополагающих принципов судопроизводства. Использование специальных, научных знаний - путь к справедливости.

Специальные знания - это не общеизвестные знания, приобретенные лицом в результате профессионального обучения, либо по работе по определенной специальности, используемые для решения задач судопроизводства. Специальными являются знания, выходящие за рамки общеобразовательной подготовки, житейского опыта, ими обладает узкий круг лиц. Специальные знания являются результатом особой подготовки профессиональных навыков.

При рассмотрении уголовных, административных дел, связанных с дорожно-транспортными

происшествиями, как наиболее квалифицированная форма использования специальных знаний в судопроизводстве, почти во всех случаях назначается органом ведущим процесс, судебная экспертиза ДТП и ТС. Именно по результатам экспертизы, зачастую, и определяется, кому из участников ДТП быть на скамье подсудимых.

Правонарушения, связанные с дорожно-транспортными происшествиями, как уголовные так и административные, являются бланкетными, т.е. прежде чем привлечь участников ДТП к той или другой ответственности, необходимо доказать, что кто то из них нарушил конкретный пункт ПДД, и данное нарушение состоит в прямой причинной связи с наступившими опасными последствиями.

В связи с чем, вопросы, поставленные на разрешение экспертизы ДТП и ТС, должны быть ориентированы именно на требование конкретного пункта ПДД.

Вопросы, кроме этого, должны содержать установленные следственными или иными способами неопровержимые доказательства и фактические обстоятельства ДТП, и ни в коем случае не должны противоречить материалам ДТП, показаниям свидетелей и т.д.

Следовательно, такая экспертиза должна быть назначена после проверки всех обстоятельств дела. Перед назначением экспертизы, орган, назначивший экспертизу, обязан в обязательном порядке разъяснить права и обязанности сторон, ознакомить заинтересованные стороны с постановлением (определением) о назначении экспертизы под роспись, как это предусматривает ст. 244 УПК РК и ст. 91 Закона РК «О судебной экспертизе».

Теперь давайте на примере посмотрим, так ли все расследуется, как предусмотрено законами. Обратимся к конкретному уголовному делу, расследованному органом дознания ДВД г. Алматы и судом Бостандыкского района города Алматы.

В установочной части постановления районного суда № 2 города Алматы от 02 ноября 2010 года, вынесенного по делу, рассмотренному под председательством судьи Селицкого Р.В., говорится следующее:

27.05.2010 года водитель Шамилов Б.Б., управляя по доверенности технически исправным автомобилем марки «Toyota Prado», гос. номер А005BFN, следовал по ул. Розыбакиева в южном направлении. При этом, около 19 часов 15 минут, подъезжая к регулируемому светофором пересечению с ул. Жандосова ..., в нарушение требований п.п. 10.2, 10.1 ПДД РК, ... продолжая двигаться со скоростью, превышающей установленную для населенных пунктов, в итоге развил ее до 84, 7 км/час..., в нарушение требований п. 5.1.2 ПДД РК, выехав на перекресток на запрещающий красный сигнал светофора, допустил столкновение с автомобилем «Mercedes Benz», гос. номер А020OSO, под управлением водителя Шамшиулы Д., который следовал по ул. Жандосова в восточном направлении на разрешавший зеленый сигнал светофора. В результате ДТП пассажиру автомобиля «Mercedes Benz» Сурагановой С.К. причинен вред здоровью средней тяжести.

В ходе дознания обвиняемый Шамилов Б.Б. и его защитник адвокат Аршетдинов Б.Б., обнаружив явные нарушения процессуальных норм расследования, не признавая вину, неоднократно направляли ходатайства в прокуратуру Бостандыкского района города Алматы. Не добившись конкретных мер, соответствующие ходатайства были направлены в прокуратуру города Алматы, а также начальнику ОР ДТП УД ДВД города Алматы, начальнику ДВД города Алматы.

В частности, в одном из ходатайств излагалась просьба обеспечить в ходе дознания право сторон, предусмотренное ст. 244 УПК РК, а именно, ставить на разрешение эксперта ДТП и ТС вопросы, интересующие подо-

зреваемого и его защитника. Все наши ходатайства оказались напрасными. Ни прокуроры, ни вышеуказанные начальники не были заинтересованы в справедливом и законном расследовании. Никто не дал указания органу дознания об ознакомлении с постановлением о назначении экспертизы ДТП и ТС. Нам в этом отказали.

02 августа 2010 года дознаватель ОР ДТП УД ДВД города Алматы Бейсембиев Р.У., сфабриковал не соответствующие фактическим обстоятельствам ДТП исходные данные, единолично поставив на разрешение эксперта вопросы, не ознакомив заинтересованные стороны с данным постановлением, не дав сторонам возможности ставить дополнительные вопросы эксперту, направляет уголовное дело в Региональную НИЛСЭ города Алматы ЦСЭ МЮ РК.

Производство экспертизы поручается главному эксперту службы судебной экспертизы ДТП и ТС Агушевичу М.А., имеющему высшее юридическое образование, квалификацию судебного эксперта по специальности «судебно-экспертное транспортно-трасологическое исследование обстоятельств ДТП», со стажем работы с 1978 года.

Орган дознания ставит на разрешение экспертизы следующие вопросы:

1. Установить каковы были скорости движения автомобиля «Mercedes Benz» и автомобиля «Toyota Prado» по конечному расположению транспортных средств.

2. Располагал ли водитель автомобиля «Mercedes Benz» технической возможностью предотвратить столкновение с автомобилем «Toyota Prado» с момента появления в поле зрения водителя как при допустимой так и при фактической скорости движения?

Прошу читателя обратить внимание на поставленные вопросы, и их соответствие/несоответствие требованиям ПДД, требованиям других законодательных актов, фактическим обстоятельствам дела.

Орган дознания, чтобы получить результаты, позволяющие обвинить водителя Шамилова Б.Б., сфабриковал в исходных данных, что якобы транспортные средства после столкновения до конечного расположения (остановки) перемещались в боковом скольжении!!! (напоминаю, что именно «боковое скольжение» является исходным материалом для определения скорости автомобилей). Это расстояние составило, якобы, более 12 м., когда ничего этого в материалах ДТП не было и нет. Боковое скольжение ни в схеме места ДТП, ни в протоколе осмотра места ДТП, ни показаниями участников ДТП и свидетелей – не подтверждается. Эта умышленная фальсификация полностью доказана в ходе судебного следствия.

По второму вопросу, поставленному на разрешение эксперта можно сделать два вывода.

1. Орган дознания дело расследовал с обвинительным уклоном.
2. Ни орган дознания, ни руководители ДВД, утвердившие назначение данной экспертизы, ни прокуратура оказались не в состоянии дать рекомендации правового и организационно-методического характера по вопросам производства данной судебной экспертизы, хотя данная экспертиза является из числа наиболее часто используемых судами. Это, на наш взгляд, является показателем полной некомпетентности лиц, утвердивших постановление о назначении экспертизы ДТП и ТС.

Теперь давайте вернемся к экспертизе ДТП и ТС, которую провел один из самых опытных экспертов Республики Казахстан, имеющий специальные знания – эксперт Агушевич М.А., который был предупрежден по ст. 352 УК РК об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного экспертного заключения под роспись.

Эксперт Агушевич М.А., анализируя данное ДТП, пришел к следующим выводам:

1. В условиях данного происшествия величины

скоростей движения автомобиля «Mercedes Benz» и автомобиля «Toyota Prado» непосредственно перед столкновением определяются равными соответственно, около 105, 4 км/час и 84,7 км/час.

2. Из изготовленной экспертом масштабной схемы следует, что автомобиль, ограничивающий обзорность, находился на перекрестке, на расстоянии около 3,5 м. от двойной разделительной линии проезжей части ул. Жандосова.

Анализ сложившейся дорожно-транспортной ситуации свидетельствует о том, что для предотвращения ДТП водителю автомобиля «Mercedes Benz» необходимо было соблюдать требования ПДД, в части п.13.3, в котором сказано, что запрещается опережение движущегося в попутном направлении транспортного средства, ограничивающего водителю обзор.

Если на перекрестке, или перед ним остановилось транспортное средство, то водители других транспортных средств, движущихся по соседним полосам, могут продолжать движение, лишь убедившись, что это будет безопасно.

Таким образом, эксперт внес в рамках своей компетенции, воспользовавшись инициативным правом, дополнение, имеющее отношение к предмету экспертного исследования.

Необходимо отметить, что это не единственная экспертиза, проведенная по данному ДТП. В ходе дознания была проведена вторая независимая экспертиза ДТП и ТС, которая слово в слово подтвердила выводы вышеуказанной экспертизы. Копия независимой экспертизы была направлена через прокурора города и прокурора Бостандыкского района города Алматы для приобщения к уголовному делу, но в дело эту экспертизу не приобщили.

Допрошенный в суде по ходатайству защитника обвиняемого эксперт полностью подтвердил

свои выводы, изложенные в экспертизе. После ознакомления со схемой места ДТП и с протоколом осмотра места ДТП, признал, что при решении первого вопроса, он взял во внимание, исходные данные (боковой юз), указанные в постановлении дознавателя, которые он, как эксперт, не имел право ставить под сомнение, так как согласно п.2 ст. 248 УПК РК, достоверность и допустимость исходных данных (объектов) экспертного исследования, гарантирует орган, назначивший экспертизу. Эксперт также показал, что в данной дорожной обстановке, с учетом того, что водитель Шамилов Б.Б. до столкновения стоял, и до конфликтной точки преодолел при движении с нулевой скорости с ускорением около 17м., он на этом расстоянии не мог развить скорость, установленную экспертизой 84,7 км/час. Эксперт также показал, что водитель автомобиля «Mercedes Benz» Шамшиулы Д. в данной дорожной ситуации мог развить скорость установленную экспертизой 105,4 и более км/час.

Судья в ходе судебного следствия указал, что требования п.13.3 ПДД отношения к рассматриваемому делу не имеют.

Практика расследования и анализ ДТП говорит о том, что именно нарушение требований п.13.3 ПДД является основной причиной ДТП на перекрестках. Именно на перекрестке сконцентрированы основные места возможных конфликтных точек, связанных с пересечением путей транспортного потока. С увеличением плотности транспортного потока, конфликтная ситуация пропорционально возрастает.

Рассматриваемое дело тому наглядный пример. При пересечении сигнала с разрешающего на запрещающий сигнал светофора, на перекрестке может оказаться какое-либо тихоходное транспортное средство (например, дорожно-строительная, уборочная машина и т.д.), которое при одном цикле светофора, не в состоянии выехать с перекрестка

в намеченном направлении. Водителей ПДД обязывают освободить перекресток независимо от сигнала светофора на выезде с перекрестка (п.13.8 ПДД РК). В связи с чем, на любом перекрестке, независимо является ли дорога, по которой водитель движется, главной, независимо, что перекресток регулируемый и водителю горит разрешающий зеленый сигнал светофора, запрещается опережение движущихся в попутном направлении транспортных средств, ограничивающих водителю обзор (п. 13.3 ПДД). Кто не признает этой нормы, тот потенциальный преступник. Органы, ведущие расследование, суды, поощряя нарушителей данного требования ПДД, фактически освобождают настоящих преступников от уголовной ответственности, как в рассматриваемом нами случае.

Допрошенный в ходе дознания в качестве обвиняемого, и в судебном следствии в качестве подсудимого водитель Шамиев Б.Б., не признавая свою вину, показал, что он на перекресток выехал на разрешающий жест регулировщика, который находясь на середине проезжей части, занимался ручным регулированием при штатном режиме работы светофора.

Допрошенный по делу в качестве свидетеля Курбанов Т.З. подтвердил, что водитель Шамилов Б.Б. начал движение на разрешающий жест регулировщика. Об этом он написал объяснение в день ДТП. Однако орган дознания и суд к данным показаниям Курбанова Т.З. отнеслись критически.

Аналогичные показания дала допрошенная в качестве свидетеля Есютина В.И. Орган дознания Есютину В.И. «связал» совершенно безосновательно гражданским браком с обвиняемым Шамиловым Б.Б., хотя Шамилов Б.Б. состоит в браке, имеет законную жену, семью, четверых несовершеннолетних детей.

Зато орган дознания и суд с удовольствием поверил показаниям свидетелей Арнбрехт А.В.,

который показал, что в момент ДТП сотрудник полиции ушел с перекрестка, стоял на обочине, и водитель Шамилов Б.Б. поехал на красный сигнал светофора. Лживость данных показаний доказывается показаниями свидетеля обвинения Ибрагимов Д.А, который показал, что регулировщик в момент ДТП не стоял на обочине, а начал движение к краю дороги от середины перекрестка, где он занимался ручным регулированием. В ходе судебного следствия установлено, что Арнбрехт А.В. на место ДТП прибыл спустя 20 минут после ДТП. Свидетель Арнбрехт А.В. также показал, что в момент регулирования движения регулировщиком, светофор работал в режиме желтого мигания, тогда как на самом деле светофор работал в штатном режиме, не смог ответить, кому, когда он в день ДТП оставил свои данные, не смог показать примерные скорости автомобилей до столкновения, не правильно назвал цвета автомобилей.

Также, в суде стало известно, что перед проведением очной ставки между ним и Шамиловым Б.Б., он «получал» в течение 20-30 минут «инструктаж» наедине у заместителя начальника ОРДТ города Алматы на тему какие необходимо давать показания. Установлено, что в ходе дознания Шамшиулы Д. постоянно звонил Ибрагимову Д.А. Таких звонков было 9, и в каждом случае разговоры были длительными, переговоры происходили не в дневное время, а поздно вечером, в не рабочее время.

В правоохранительной системе до сих пор сохраняется порочная практика, которая досталась нам от прежнего режима. Это глубоко сидящее в нашем сознании стремление, к постоянному увеличению своих достижений в работе. Нам до сих пор не чужды «соцсоревнования», даже в такой сфере, как правоохранительная. Каждый сотрудник, работая в этой системе стремится достичь высоких показателей в работе, правдами и неправдами выдавая «на гора»

в суд максимум уголовных дел, не задумываясь, что такое бездумное и преступное отношение к своим согражданам рушит основы Конституционных прав своих соотечественников, ставит в неравное положение перед законом различные слои населения. Изжившие свой век методы работы правоохранительной системы, тормозят демократический рост общества, порождают неверие граждан в справедливые решения судов. Подспудно нарастает контингент людей, недовольных правоохранительной системой своего государства.

Ярким примером работы правоохранительной системы по методу «соцсоревнования» является то, что наше государство, имеющее высочайший интеллектуальный и образовательный потенциал, достижения, о которых говорит весь мир, занимает одно из «лидирующих» положений по уголовно-исправительному наказанию.

До сих пор каждый сотрудник, расследующий те или другие преступления, получив на руки материалы о правонарушениях, несмотря на отсутствие достаточных оснований полагать, что лицо виновно, берет на себя «соцобязательство», - что дело доведет до суда, будет доказана виновность лица. Таким образом, правоохранительными органами лицо «приговаривается» к неминуемой уголовной ответственности еще задолго до суда. А судебный вердикт имеет лишь роль меча, который только надо запустить, и он мигом «отчекрывает» подсудимому нужный срок. Если не изменить такой «планово-соревновательный» метод работы правоохранительной системы искусственная криминализация общества, с каждым годом будет расти как снежный ком.

У читателя может возникнуть вопрос, а почему суды так бездумно относятся к судьбе своих же граждан? Почему, несмотря на то, что имеются неоспоримые доказательства о невиновности лица, выносят обвинительный вердикт?

Ответ простой.

Суды не в состоянии противостоять против системы обвинения, которая имеет замкнутый цикл в следующей последовательности: орган дознания (следствия) – прокуратура – суд. Говоря другими словами, все это одна система или команда, имеющая общие корни и интересы. Оправдательный приговор – это сокрушительный удар по всей системе. Думаю, что каждый представляет, к каким последствиям приведет оправдательный приговор.

Может возникнуть другой вопрос: должен ли судья нести наказание за вынесение заведомо неправосудного приговора, решения или иного судебного акта?

Отвечаю: Да, за вынесение судьей заведомо неправосудного приговора, решения или иного акта ст. 350 УК РК предусматривает уголовное наказание. Но не торопитесь с выводами. За свою многолетнюю практику я не видел, чтобы этот закон «заработал». Если кто-то сможет привести хоть один пример связанный с данной статьей УК РК, очень прошу поделиться опытом. Считаю, именно безнаказанность является причиной необъективного судебного расследования.

Давайте вернемся к уголовно-уголовному делу.

Читателя может заинтересовать, чем же в итоге закончилось расследование уголовного дела по обвинению Шамилова Б.Б. по ст. 296 ч.1 УК РК.

Ответ: Защита возбудила ходатайство перед судом о назначении комиссионной экспертизы

ДТП и ТС. Суд в этом отказал, зная, что такая экспертиза, как и предыдущие две экспертизы ДТП и ТС будет в пользу подсудимого Шамилова Б.Б. Дело, в отношении подсудимого Шамилова Б.Б., прекращено по не реабилитирующим основаниям, в связи с примирением сторон. Судья однозначно дал знать, что в любом случае Шамилов Б.Б. будет осужден. А такая практика у нас действует. Вспомните известного правозащитника Е. Жовтиса, приговоренного к 4 годам лишения свободы. И после осуждения оправдаться невозможно. Система работает по методу ниппель в одном направлении. Есть народная поговорка: «Тот, кто съел ворованный плов – на свободе, а тот, кто попал с пустой тарелкой из под плова – виновен». Кроме этого, перед сильным мира сего, слабый всегда виновен. В автомашине, с которой произошло столкновение автомашины Шамилова Б.Б., ехали высокопоставленные чины МЧС при погоне. Они то, не привыкшие себя давать в обиду!

Я, как адвокат осужденного, не могу и не хочу осознавать, что мой подзащитный Шамилов Б.Б. преступник. Ведь, ни один пункт ПДД, в результате нарушения которых Шамилов Б.Б. якобы совершил преступление, в суде не был подтвержден.

Как довести до минимума судебные ошибки, и незаконное привлечение лиц к ответственности?

Как было сказано выше, правоохранительным органам необходимо строго соблюдать требования УПК РК, ГПК РК, ПДД

РК, и других законов, при расследовании дел не ущемлять права сторон. При расследовании любых дел, и особенно дел, связанных с ДТП, особое значение имеют экспертизы. Поскольку быстротечность протекания происшествия, требует точного определения самого события происшествия. Вопросы экспертам должны быть ориентированы на нормативные правовые акты, ПДД Республики Казахстан.

Резюмируя все вышеизложенное в настоящей статье, полагаем, что:

1. Необходимо законодательно закрепить, что проведение экспертиз без ознакомления сторон с постановлением (определением) о его назначении, является основанием для назначения повторной (комиссионной) экспертизы. Предоставлять специалистам право давать рекомендации по тем исходным материалам (данным), которые явно противоречат фактическим обстоятельствам ДТП.
2. Необходимо возрождать традицию подготовки кадров, специализирующихся по расследованию дел, связанных с ДТП. Привлекать в качестве наставников и учителей, в частности, те кадры следственных органов, которые находятся на заслуженном отдыхе, которые имеют богатый опыт по расследованию дел, связанных с ДТП.
3. Проводить совместные занятия следственных органов со специалистами в Региональной НИЛСЭ г. Алматы ЦСЭ МЮ РК.

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.

К вопросу о медиации



Петров Андрей Сергеевич
адвокат Алатауской юридической консультации
Алматинской городской коллегии адвокатов

Как известно, в настоящее время обсуждается законопроект об имплементации примирительных процедур (медиации) в судопроизводство Республики Казахстан.

21 мая 2010 года в Астане состоялось заседание Круглого стола «Актуальные вопросы внедрения института примирительных процедур (медиация)». Вниманию общественности представлен законопроект, в разработку которого внесли свой вклад такие авторитетные ученые и практики, как Бычкова Светлана Федоровна, Баймолдина Зауреш Хамитовна, Сулейменов Майдан Кунтуарович, Каудыров Толеш Ерденович, Савченко Светлана Юрьевна, Нургалиева Енлик Нургалиевна и др. Экспертную поддержку при разработке законопроекта оказали ЮНИСЕФ и ПРООН в Казахстане.

Медиация – это “процедура примирения конфликтующих сторон путем их вступления в добровольные переговоры с привлечением нейтрального лица – медиатора – с целью достижения взаимопонимания и составления договора, разрешающего конфликтную ситуацию”.

Казахстанского законодателя за-

интересовало внедрение в национальное гражданское и уголовное судопроизводство примирительных процедур (в т.ч. и медиации), что само по себе не может не заинтересовать отечественных юристов. Кроме того, соответствующая инициатива была выдвинута Президентом Республики Казахстан на V съезде судей 18 ноября 2009 года и оформлена в виде одного из поручений, что с очевидностью демонстрирует наличие в Казахстане политической воли, направленной на имплементацию в национальную правовую систему новейших процессуальных примирительных технологий.

Концепцией правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года определено, что в целях максимальной реализации прав участников гражданского судопроизводства, своевременной защиты и восстановления нарушенных прав и свобод личности, интересов общества и государства, меры по совершенствованию гражданско-процессуального законодательства могли бы быть ориентированы также на закрепление разнообразных путей и способов достижения компромисса между

сторонами частно-правовых конфликтов (медиация, посредничество и другие) как в судебном, так и во внесудебном порядке, в том числе обязательности обсуждения возможности использования мер примирительных процедур при подготовке дела к судебному разбирательству, а также развитие внесудебных форм защиты гражданских прав.

Прибегнув к страницам истории, очевидно, что впервые медиация (от латинского “mediare” — “посредничать”) как метод конструктивного урегулирования конфликтов стал использоваться в начале 60-х годов в странах англо-саксонского права - США, Австралии, Великобритании, а затем уже она постепенно стала распространяться и в Европе. Источником его возникновения и развития послужили многочисленные судебные разбирательства, захлестнувшие в тот период ряд указанных стран. Загруженность судебной системы привела к разработке технологии, использование которой позволило разрешать значительное количество споров, в том числе и рассматриваемых судами, с результатом обоюдного выигрыша, т.е. достижением сто-

ронами мирового соглашения. Как свидетельствует широкая мировая практика, применение медиации в судебных спорах способствовало тому, что в 85 % случаев конфликты заканчивались достижением соглашения между противоборствующими сторонами. Выработанная в рамках юридической практики медиативная технология в дальнейшем получила широкое распространение в разных сферах человеческой деятельности: в школах, бизнесе, управлении, международной дипломатии и т.д. Если говорить о Казахстане, то прототипом восстановительного правосудия (медиации) являлась система судов биев. Следовательно, исторические предпосылки для развития этой системы имеются.

Впрочем, несмотря на уже имеющийся в Казахстане опыт медиации - так называемые суды биев - по мнению ряда юристов, к вопросу внедрения этого института в нашей стране надо подходить очень осторожно. К примеру, по словам председателя Верховного Суда Республики Казахстан Мусабек Алимбекова, в медиации есть и вторая, так называемая темная сторона, о которой «мы» иногда умалчиваем. Отдельные представители криминальных структур могут приписать себе роль медиатора:

«...Не секрет, что на практике имеют место факты, когда отдельные представители криминальных структур под этой маркой могут приписать себе роль медиатора, хотя на самом деле медиацией там и не пахнет, а наблюдаются признаки криминального характера, - сказал он. - Поэтому к вопросу внедрения медиации мы должны подойти очень осторожно. Условия в Европе - совсем другие. У нас же при внедрении этого института надо учитывать реальное состояние нашего общества».

“Мы не можем не учитывать их мнения. Наше государство ведет постепенную целенаправленную политику, шаг за шагом убеждая население в необходимости введения этого института”, - сказал глава Верховного Суда Республики Казахстан.

Естественно, заветный Ленинский трактат «Два шага вперед - один назад» еще никого не подводил. Но топтаться на месте тоже непростительно, тем более Казахстан, занимая ведущие позиции в Средне - Азиатском регионе и находясь в преддверии вступления во Всемирную торговую организацию /ВТО/, просто обязан реформировать судебную систему до должного мирового уровня, и естественно это касается не только внедрения медиации.

И все же, вот они первые шаги и первые проблемы. В целом, начавшаяся в Казахстане работа по имплементации в национальное судопроизводство примирительных процедур либо быстро забудется, либо ознаменует собой революционный прорыв в реформировании судебной системы Казахстана.

Но от слов к делу. Стоит ли перенимать опыт соседей по технике внедрения медиации в судебную систему, как в частности у Российской Федерации, где в связи с ожиданием принятия в 2010 году закона о досудебных и судебных методах урегулирования споров (досудебное посредничество, судебное посредничество, медиация), у общественности продолжал нарастать интерес к проекту РФ № 374014-4 «О примирительной процедуре с участием посредника (медиации), кроме того аналогичный проект был задействован в Кыргызской Республике Законом от 25 июня 2007 г., дополнившим соответствующим положением п. 2 ч. 1 ст. 29 УПК КР. Но стоит отметить, что в Кыргызстане так и не произошло реальной имплементации института медиации, который, по сути, остался лишь «на бумаге». Об этом свидетельствует заявление кыргызстанских правозащитных организаций, сделанное в ходе Дополнительного совещания (Supplementary Human Dimension Meeting), организованного БДИПЧ ОБСЕ в Вене 12-13 июля 2007 г., где они сетовали на полное отсутствие инфраструктуры после принятия соответствующего Закона. И вот дилемма - либо разрабатывать

собственную модель медиации с определением основных ее задач, целей и существующей социальной обстановкой в жизни общества, или же позаимствовать «грабли» проб и ошибок соседних государств и мировых держав.

Отечественный законопроект об имплементации примирительных процедур (медиации) в судопроизводство Республики Казахстан, предполагает объемные изменения и дополнения в ГК РК и ГПК РК. Целью данного законопроекта является внедрение института примирительных процедур (медиации), снижение уровня конфликтности отношений гражданского оборота, уменьшение нагрузки на судей и увеличение количества судебных решений, исполненных в добровольном порядке. И многие задаются вопросом, возможна ли имплементация примирительных процедур в уголовно-процессуальное законодательство Казахстана.

К примеру, в Российской Федерации проект РФ № 374014-4 «О примирительной процедуре с участием посредника (медиации)» предусматривал урегулирование споров, возникающих в предпринимательской и экономической деятельности, а также на урегулирование споров, возникающих «из трудовых, семейных и иных отношений». Такая формулировка «и иных отношений», дает основание предполагать, что рассматриваемый законопроект может быть использован для урегулирования споров во всех сферах жизнедеятельности человека и даже в том случае, если жизнедеятельность конкретного человека просматривается через призму уголовного закона, но верны ли эти предположения.

14 июля 2010 года Президент Российской Федерации подписал пакет законов, направленных на создание института альтернативных (неюрисдикционных) способов урегулирования споров при участии независимых лиц — медиаторов, а также на снижение нагрузки на судебную систему страны.

Подписанные федеральные законы регулируют только споры,

возникающие в связи с осуществлением предпринимательской или иной экономической деятельности, а также споры, возникающие из трудовых отношений. Процедура медиации может применяться после возникновения споров, рассматриваемых в рамках гражданского и арбитражного судопроизводства. И как видно, упоминания об уголовном праве отсутствуют.

Процедура медиации может применяться только при волеизъявлении двух сторон и не может применяться, если «споры затрагивают или могут затронуть интересы третьих лиц, не участвующих в процедуре медиации, или публичные интересы». Процедура медиации делится на внесудебную, досудебную и судебную, подписанные законом в большей степени регулируют две последние.

Определяется, что если стороны заключили соглашение о применении процедуры медиации до передачи дела в суд или третейский суд, то он поддерживает такое решение до тех пор, пока стороны не решат свои вопросы. При этом спорящие имеют право использовать процедуру медиации в любой момент при рассмотрении дела судом или третейским судом.

Порядок проведения медиации устанавливается сторонами, однако в документах уточняется, что «медиатор и стороны должны принимать все возможные меры к тому, чтобы процедура была завершена в срок не более 60 дней».

Кроме того, отдельными поправками в АПК РФ и ГПК РФ, а также в закон «О третейских судах» закреп-

ляется, что медиация является одной из примирительных процедур, прописывается порядок проведения процедуры медиации на любой стадии спора.

Поправкой в статью 203 ГК РФ вводится дополнение, что «течение срока исковой давности прерывается, если сторонами спора принято решение об использовании процедуры медиации». Поправками в статью 56 АПК РФ и 69 ГПК РФ устанавливается, что медиаторы являются независимыми лицами, и не могут быть допрошены в качестве свидетелей о тех обстоятельствах, которые им стали известны при исполнении своих обязанностей.

В базовом федеральном законе установлены основные требования к медиатору, который может осуществлять деятельность как на профессиональной, так и не на профессиональной основе. Работать на непрофессиональной основе могут лица, достигшие 18 лет, которые являются дееспособными. На профессиональной основе могут быть медиаторами лица, достигшие 25-летнего возраста, имеющие высшее профессиональное образование, прошедшие курс обучения по программе подготовки медиаторов. Программу будет определять Правительство Российской Федерации.

Медиатор не вправе занимать государственные должности, не вправе быть представителем какой-либо из сторон, оказывать какой-либо стороне юридические консультации, делать без согласия сторон заявления по существу

спора, участвовать в качестве медиатора в споре, где он является заинтересованной стороной, в том числе состоит с кем-либо в родственных связях.

В соответствии же со структурой проекта Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам внедрения института примирительных процедур (медиации)» следует, что законопроект состоит из двух статей, где соответственно статья 1 предусматривает внесение изменений и дополнений в Гражданский процессуальный кодекс и Закон «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей», статья 2 – порядок введения в действие Закона. Упоминания в указанном законопроекте о грядущих изменениях и дополнениях в уголовно-процессуальное право отсутствуют.

С принятием отечественного законопроекта об имплементации примирительных процедур (медиации) в судопроизводство Республики Казахстан, нельзя сказать, что закон с момента вступления в законную силу будет работоспособен. Ведь подобные изменения подразумевают масштабность и новацию, а соответственно и финансовые затраты. Но в одном можно уверенно сказать, что все начинания в Казахстане благополучно достигали своей цели, что вполне возможно это коснется и грандиозного прорыва медиации в законодательную систему Республики Казахстан.

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».

Административная преюдиция и институт рецидива с точки зрения уголовного права Европейских стран

Хавронюк Н.И.

доктор юридических наук, доцент,
заслуженный юрист Украины,
заместитель руководителя аппарата –
начальник правового управления
Верховного Суда Украины

1. Административная преюдиция

В действующем Уголовном кодексе Республики Казахстан отсутствуют положения об административной преюдиции.

Между тем, согласно Указу Президента Республики Казахстан от 17 августа 2010 года № 1039 «О мерах по повышению эффективности правоохранительной деятельности и судебной системы в Республике Казахстан» (пункт 5), Правительству Республики предложено до конца 2010 года разработать и внести на рассмотрение Мажилиса Парламента проекты законов, вытекающие из требований настоящего Указа, а также направленные на: либерализацию уголовного законодательства и декриминализацию преступлений, не представляющих большой общественной опасности, в том числе в экономической сфере, с переводом их в категорию административных правонарушений и усилением административной ответственности за их совершение, в том числе путем введения административной преюдиции.

Как известно, административная преюдиция предполагает уголовную наказуемость деяний после применения за одноразовое их совершение административного взыска-

сания. В литературе отмечалось, что административные проступки и преступления различаются качественно, а не количественно. Административные проступки, хотя и носят антиобщественный характер, свойством криминальной общественной опасности (о которой, кстати, говорится и в статье 9 УК Республики Казахстан, где дается понятие преступления) не обладают. Как давно уже отметила Н.Ф. Кузнецова, количество непреступных правонарушений не может перерасти в преступное качество, как сто кошек не могут приобрести качество тигра /1/.

В те времена, когда на пространстве СССР действовали уголовные кодексы союзных республик, принятые в 60-х годах XX века, в них было значительное количество норм с административной преюдицией. Они способствовали усилению репрессивности уголовного закона, распространяя сферу уголовных санкций на административные проступки и позволяя на практике манипулировать с преследованием людей за такие "преступления-непреступления".

Административная преюдиция – это сугубо советская выдумка, и в уголовных кодексах стран За-

падной и Центральной Европы уголовно-правовых норм с административной преюдицией практически не найти (за небольшими исключениями, о которых ниже).

Впервые за повторное административное правонарушение уголовная ответственность была установлена декретом ВЦИК и СНК от 15 декабря 1924 г. об изменении ст. 139-а УК «Об акцизных нарушениях» /2/. При этом явно имело место смешение преступлений и административных проступков. В 1920-х годах в Уголовном кодексе Российской Федерации и других союзных республик стали появляться статьи, в которых в одной части предусматривалось уголовное наказание за преступное деяние, а в другой – административная санкция за административное правонарушение. При этом термин «карается» употреблялся применительно как к уголовному наказанию, так и к административному взысканию /3/.

Норм с так называемой дисциплинарной преюдицией – в силу специфики воинской службы – было больше всего в законе «Об уголовной ответственности за воинские преступления», имплементированном в Уголовный кодекс

РСФСР 1960 г. и в соответствующие кодексы других союзных республик. Дисциплинарная ответственность вместо уголовной допускалась при смягчающих обстоятельствах по воле вышестоящего воинского начальника, а не суда. Принципам законности, равенства и справедливости, понятию преступления такие позиции законодателя, разумеется, не отвечали.

Отсутствуют нормы с административной и дисциплинарной преюдицией и в подавляющем большинстве новых уголовных кодексов государств СНГ и Прибалтики.

Исключение составляет УК Беларуси, даже несмотря на то, что в статье 2.1 нового Кодекса об административных правонарушениях этой Республики отсутствует указание на признак общественной опасности. То есть официально признано: административное правонарушение не является общественно опасным деянием, согласно КоАП Беларуси – это «противоправное виновное, а также характеризующееся иными признаками, предусмотренными настоящим Кодексом, деяние (действие или бездействие), за которое установлена административная ответственность».

При этом сразу замечу, что Модельным кодексом (Рекомендательный законодательный акт для Содружества Независимых Государств с изменениями на 16 ноября 2006 года) административная преюдиция не предусмотрена /4/.

Согласно ст. 32 УК Беларуси, в случаях, предусмотренных Особенной частью настоящего Кодекса, уголовная ответственность за преступление, не представляющее большой общественной опасности, наступает, если деяние совершено в течение года после наложения административного или дисциплинарного взыскания за такое же нарушение.

В белорусском уголовном праве административная преюдиция в 80-х годах XX века явилась предметом исследований И.О. Грунтова /5/, а в современный период также А.В. Шидловского /6/, А.И. Бойко /7/, В.В. Марчука /8/.

И.О. Грунтов определил сущность административной преюдиции как закрепленную специальной конструкцией состава преступления преюдициальную связь между несколькими аналогичными административными правонарушениями. Особенности исследуемых им преступлений этот автор выделил следующим образом: «Эти действия совершаются с прямым умыслом; не представляют большой общественной опасности; в большинстве случаев совершение таких действий нарушает специальные правила поведения; за совершение в первый раз таких правонарушений установлена административная ответственность» /9/.

А.И. Лукашов считает, что административная преюдиция – это признак, характеризующий субъекта преступления (специального субъекта) /10/, а Н.А. Бабий – что это условие криминализации неоднократно совершаемых деяний /11/. Судя по тому, что статья 32 УК Беларуси находится в главе 5 «Условия уголовной ответственности», белорусский законодатель отнес административную преюдицию, вместе с возрастом уголовной ответственности и вменяемостью, к условиям уголовной ответственности, что само по себе спорно.

Основные постулаты белорусских ученых в защиту административной преюдиции таковы:

- «вряд ли возможно исправлять и перевоспитывать методом, не давшим результатов» (И.О. Грунтов) /12/;
- назначенное наказание должно служить предупреждению такого же общественно опасного поведения со стороны других лиц (А.В. Шидловский) /13/.

Сегодня УК Беларуси содержит 32 состава преступлений, в конструкции которых законодателем предусмотрена административная преюдиция и еще один – с дисциплинарной преюдицией.

- Деяниями с административной преюдицией являются, в частности:
- незаконные действия по усыновлению (удочерению) детей (статья 177-1);
 - клевета (статья 188);

- оскорбление (статья 189);
- незаконное распространение или иное незаконное использование объектов авторского права, смежных прав или объектов права промышленной собственности (статья 201);
- незаконное открытие счетов за пределами Республики Беларусь (статья 224);
- нарушение антимонопольного законодательства (статья 244);
- ограничение конкуренции (статья 247);
- незаконное использование деловой репутации конкурента (статья 248);
- обман потребителей (статья 257);
- подделка проездных документов (статья 262);
- порча земель (статья 269);
- нарушение правил охраны недр (статья 271);
- загрязнение либо засорение вод (статья 272);
- загрязнение атмосферы (статья 274);
- загрязнение леса (статья 275);
- нарушение правил безопасности при обращении с генно-инженерными организмами, экологически опасными веществами и отходами (статья 278);
- незаконная добыча рыбы или других водных животных (статья 281);
- незаконная охота (статья 282);
- незаконные действия в отношении охотничьего огнестрельного гладкоствольного оружия (статья 295-1);
- незаконные действия в отношении холодного оружия (статья 296);
- незаконные действия в отношении газового, пневматического или метательного оружия (статья 297);
- нарушение правил пожарной безопасности (статья 304);
- управление транспортным средством лицом, находящимся в состоянии опьянения, передача управления транспортным средством такому лицу либо отказ от прохождения проверки (освидетельствования) (части 1 и 2 статьи 317-1);

- нарушение правил радиационного контроля (статья 326);
- выпуск либо реализация недоброкачественной продукции (статья 337);
- незаконное пересечение Государственной границы Республики Беларусь (статья 371);
- самовольное присвоение звания или власти должностного лица (статья 382);
- незаконное пользование эмблемой Красного Креста, Красного Полумесяца (статья 385);
- самовольное занятие земельного участка (статья 386);
- передача предметов или вещей лицу, содержащемуся в следственном изоляторе, исправительном учреждении или арестном доме (статья 412);
- несоблюдение требований превентивного надзора (статья 421).

В последние годы белорусский законодатель по разным причинам отказался от норм с административной преюдицией при установлении ответственности за такие деяния, как: мелкое хищение и нарушение правил торговли (статьи 213 и 260 исключены), а также распространение порнографических материалов (ст. 343), уклонение от призыва на военную службу (ст. 435), от сборов (ст. 436) и военного учета (ст. 437).

Деянием с дисциплинарной преюдицией является злостное неповиновение законным требованиям администрации исправительного учреждения, исполняющего наказание в виде лишения свободы, либо иное противодействие администрации в осуществлении ее функций лицом, отбывающим наказание в исправительном учреждении (ст. 411).

Этот перечень деяний с преюдицией приведен здесь для иллюстрации положения ст. 32 УК Беларуси, согласно которому все эти деяния становятся преступлениями, не представляющими большой общественной опасности, лишь в случае их повторения. То есть, другими словами, сами по себе, совершенные впервые, они не являются преступлениями.

Это определенным образом сближает уголовную ответственность с административной, и, возможно, так делается шаг в направлении разработки института уголовных проступков, принятого в большинстве стран Европы.

С другой стороны, наличие административной преюдиции в УК Беларуси создает определенные проблемы.

Об одной из них пишет В.В. Марчук: это проблема правопонимания. Так, непонятно, является ли «таким же нарушением» совершение покушения на определенное административное правонарушение (покушения на ряд из них действительно караются) в течение года после наложения административного взыскания за совершение такого же оконченного покушения, или соучастие в нем. Непонятно, является ли «таким же нарушением» совершение одного из предусмотренных диспозицией статьи УК альтернативного деяния, но не того, которое было совершено ранее (например, охота не в запрещенное время, а в запрещенном месте). В связи с указанным предлагается дать легальное толкование понятию «такое же нарушение» /14/.

Второй проблемой, на мой взгляд, является точная и полная регистрация административных правонарушений. Тут, даже при надлежащем нормативном и организационном обеспечении, часто вмешиваются такие факторы, как коррупция, служебные злоупотребления и служебная халатность. А ведь речь идет о массовых правонарушениях, количество которых измеряется в сотнях тысяч. Вот, например, данные, взятые из интернета: лишь за 9 месяцев 2010 года в Республике Казахстан было задержано 47 тысяч пьяных водителей /15/.

Кроме перечисленных выше статей УК Беларуси термин «преюдиция» встречается в этом Кодексе еще лишь один раз. В соответствии со статьей 86 правило о возможном освобождении от уголовной ответственности с привлечением к административной ответственности не распространяется на преступле-

ния, предусмотренные статьями с административной преюдицией. В этом, конечно, есть определенная логика: раз административное взыскание не сработало в первый раз, то незачем его применять во второй. Но, следуя такой логике, белорусскому законодателю нужно было бы быть последовательным и тем более не позволять освобождать от уголовной ответственности лиц, которые ранее уже совершали преступление и/или были судимы. А он это позволяет, как следует из текста статей 88-1 и 89, предусматривающих возможность освобождения от уголовной ответственности в связи с добровольным возмещением причиненного ущерба (вреда) и в связи с примирением с потерпевшим.

Проанализировав все доступные уголовные кодексы стран Западной и Центральной Европы, мы нашли лишь два исключения из правила, в которых есть упоминание о чем-то схожем на административную преюдицию:

- 1) статья 314 УК Испании предусматривает наказание для того, кто осуществит серьезную дискриминацию работника по мотивам идеологии, религии, убеждений, этнической, расовой или национальной принадлежности, пола, сексуальной ориентации, семейного положения, болезни или инвалидности и т.д., и не восстановит положения равенства по требованию или после административной санкции;
- 2) в УК Эстонии предусмотрены особенности наказуемости деяний, предусмотренных статьями 224, 227, 264, 375, 376, 386–391, совершенных повторно после совершения аналогичного проступка. Иными словами, эстонский законодатель попробовал заменить административную преюдицию, наличие которой небезосновательно подвергалось критике, специфической уголовной. Наверное, это и было основной причиной выделения такой категории виновных деяний, как

проступки. Административная преюдиция осталась лишь в одном случае, что можно считать ошибкой законодателя. Так, согласно ст. 264 совершение недопустимых действий относительно животных, если к виновному за такие же действия применено наказание за проступок, – наказывается денежным взысканием, т.е. является преступлением. Между тем, ни одна другая статья УК Эстонии не предусматривает ответственность за аналогичный проступок. Ее предусматривает соответствующий другой закон – «Об обращении с домашними животными», который регулирует административно-правовые отношения, а предусмотренные им санкции по своему характеру являются административно-правовыми. Впрочем, как всегда, приведенные выше два исключения лишь подтверждают правило.

Правило же состоит в том, что в странах Западной и Центральной Европы существует четкое разграничение преступных деяний и административных правонарушений. Но не по критерию наличия или отсутствия общественной опасности, ибо такого понятия там вообще не существует. Административные правонарушения отграничиваются от преступлений по своей сути – они посягают на порядок управления (на административную деятельность в той или иной отрасли).

Лишь некоторые из правонарушений, посягающих на порядок управления, по степени своей вредности могут быть сравнимы с преступлениями, и в таком случае за них устанавливается уголовная ответственность. Это, например, преступления, связанные с воспрепятствованием законной деятельности должностных лиц государства, с незаконным присвоением их званий и власти.

С другой стороны, не признаются административными правонарушениями деяния, хотя и имеющие невысокую степень вредности, но криминальные по своей сути.

Поэтому правилом для большинства стран Западной и Центральной Европы является выделение такой категории преступного деяния (или иначе – уголовного правонарушения), как уголовный проступок. Уголовными проступками признаются: мелкое хищение, причинение легких телесных повреждений, клевета, управление транспортным средством в состоянии опьянения, ложное уведомление об угрозе безопасности, нецензурная брань в общественном месте, оскорбление священника, эксгибиционизм, инцест и т.д. Понятно, что к порядку управления, администрированию они никакого отношения не имеют.

При этом ничто не мешает установить повышенную ответственность за совершение уголовного проступка повторно.

Возможен и другой подход. Так, латвийский законодатель, по примеру польского и других, включил в УК Латвии понятие «преступное деяние» и поделил преступные деяния на преступления и проступки (ст. 7). Отменив в новом УК административную преюдицию, он включил в диспозиции многих статей как криминообразующий признак основного состава совершение такого же деяния повторно в течение года. Такая зафиксированная совокупность двух тождественных деяний создает единое преступное деяние (ч. 5 ст. 23 УК Латвии). Например, нарушение правил ведения бухгалтерских документов, совершенное повторно в течение года, признается уголовным проступком (ч. 1 ст. 217); тождественное нарушение, совершенное впервые, лишь регистрируется; преступлением же является такое схожее по своему характеру деяние, как сокрытие или подделка бухгалтерских документов (ч. 2 ст. 217).

Литовские ученые прямо указывают, что именно введение в УК Литвы понятия уголовного проступка позволило исключить административную и дисциплинарную преюдицию. Ведь «повторное совершение противоправного деяния после наложения административного взыскания не может повлечь за собой перерастание правонарушения из

одного качества в другое (из административного правонарушения в преступление). Но такая повторность может учитываться при индивидуализации наказания» /16/.

Что касается Украины, то следует с сожалением отметить следующее. Официально отменив (судя по Пояснительной записке к проекту нового УК) в 2001 г. административную и дисциплинарную преюдицию, украинский законодатель в некоторых случаях все же стыдливо сохранил в «замаскированном» виде. Речь идет, в частности, о статье 337 (уклонение военнообязанного от военного учета после предупреждения, сделанного военным комиссариатом), 390 (уклонение от исполнения наказания в виде ограничения свободы и в виде лишения свободы) и 391 (злостное неповиновение требованиям администрации учреждения исполнения наказаний) УК Украины.

По нашему мнению, повторное совершение административного или дисциплинарного проступка не может превращать его в преступление, так же, как повторное совершение преступления небольшой тяжести не должно превращать его в тяжкое или особо тяжкое преступление. Ведь всему, в том числе и относительно повышенной степени общественной опасности деяния, есть мера. То, что, например, в УК Украины повторное совершение преступления небольшой тяжести превращает его сразу в тяжкое преступление (статьи 210, 259, 301, 311, 313, 369), а повторное совершение преступления средней тяжести – в особо тяжкое (статьи 280, 315, 317), является ошибкой законодателя, которая вытекает из общей ситуации с отсутствием надлежащих критериев определения санкций статей. Как бы мы ни хотели преодолеть, например, распространность нецензурной брани в общественных местах, мы не можем по одной лишь воле законодателя превратить мелкое хулиганство в уголовно-наказуемое лишь на том основании, что виновное лицо уже наказывалось за такое же деяние один раз, два раза или десять раз.

В этой связи следует обратить

внимание на опыт испанского законодателя, который, хотя и допускает трансформацию уголовного проступка (именно уголовного, а не административного) в преступление, но лишь в случае 4-кратного повторения однородного проступка (статьи 147, 234 и др.), а также на опыт законодателей Голландии, Италии, Испании и прежде всего Сан-Марино, которые предусмотрели ступени наказаний за уголовные проступки и преступления и условия перехода с одной из них на другую – как «вверх», так и «вниз».

Кроме того, применение административной (дисциплинарной) преюдиции, по нашему мнению, может противоречить положениям демократических конституций (в частности, статьям 21 и 24 Конституции Украины) относительно равенства граждан перед законом, поскольку может представлять собой дискриминацию по тем или иным признакам. Ведь неясно, почему одни лица за определенные правонарушения несут административную или дисциплинарную ответственность, а другие – уголовную. Наиболее ярко это выражено в статьях 390 и 391 УК Украины: осужденные, в случае совершения ими дисциплинарного (уклонение от работы) или административного (систематическое нарушение общественного порядка или установленных правил проживания) проступка, несут уголовную ответственность.

На основе анализа положений законодательства стран Западной и Центральной Европы, касающихся вопроса об административной преюдиции, мы склоняемся к следующим выводам.

1. Повторное совершение административного или дисциплинарного проступка не может превратить его в преступление. Поэтому от введения института административной преюдиции в УК Казахстана законодателю следовало бы, по нашему мнению, воздержаться.
2. Для большинства стран Западной и Центральной Европы правилом является выделение такой категории преступного деяния, как уголовный проступок.

3. Наилучшим способом для того, чтобы надлежаще реагировать на преступность, является четкое отделение преступлений, правовых последствий их совершения, процессуального порядка их расследования, рассмотрения судом и т.д. от уголовных проступков и, соответственно, правовых последствий их совершения, процессуального порядка их расследования, рассмотрения судом и т.д. Эти правовые последствия и порядок должны быть существенно иными, чем для преступлений (иные виды наказаний и других мер, более широкий спектр возможностей для исправления осужденных путем применения разных видов освобождения от уголовной ответственности и наказания, отсутствие судимости, упрощение процедур, возможность сосредоточения усилий наиболее квалифицированных следователей и наиболее оснащенных следственных подразделений на расследовании дел о преступлениях, прежде всего тяжких и особо тяжких и т.д.).
4. В свою очередь, административные правонарушения, как правонарушения, которые посягают исключительно на установленный порядок управления и взыскания за которые могут налагаться не судом, а административными органами (и обжаловаться в суде), должны быть четко отделены от преступлений и уголовных проступков – прежде всего по характеру своей вредоносности, и лишь в отдельных случаях (когда речь идет о преступлениях и проступках против порядка управления) – по ее степени.
5. Усилить либо ослабить уголовную и административную ответственность за соответствующие преступления, уголовные проступки и административные правонарушения следует не в зависимости от политической

конъюнктуры, а лишь на основании конкретных и достоверных статистических данных о состоянии и динамике за много лет деликтов определенных видов, в первую очередь о рецидиве преступлений.

2. Рецидив преступлений

Согласно статьям 34 и 35 УК Украины рецидивом преступлений признается совершение нового умышленного преступления лицом, имеющим судимость за умышленное преступление; рецидив учитывается при квалификации преступлений и назначении наказания, а также при решении вопроса о возможности освобождения от уголовной ответственности и наказания.

На самом деле, кроме указанных статей, слово «рецидив» встречается в тексте УК Украины лишь в ст. 67, где указано, что рецидив является обстоятельством, отягчающим наказание. Кроме того, 18 составов преступлений предусматривают судимость за аналогичное умышленное преступление как квалифицирующий признак, а в статьях 81, 82 и 107 предусмотрены увеличенные сроки, после отбытия которых становится возможным условно-досрочное освобождение от отбывания наказания и замена наказания более мягким для лиц, имеющих судимость за умышленное преступление.

Особенности уголовной ответственности рецидивистов по законодательству зарубежных стран специально изучала В.С. Батыргареева. Она обратилась к опыту 20 стран и, в частности, установила, что в подавляющем большинстве из них рецидив преступлений: 1) признается частным случаем множественности преступлений; 2) является обстоятельством, отягчающим наказание; 3) предусматривает наличие факта совершения нового умышленного преступления, предыдущего осуждения и давности рецидива /17/.

По нашему мнению, с выводом В.С. Батыргареевой о том, что все указанное характерно для подавляющего большинства европейских

стран, согласиться сложно, исходя из нижеследующего.

Действительно, в УК России (ст. 18), УК Беларуси (ст. 43), УК Молдовы (ст. 34), УК Литвы (ст. 27), УК Казахстана (ст. 13) само понятие рецидива такое же, как в УК Украины и в УК некоторых других стран СНГ, т.е. речь идет об общем рецидиве. Но при этом выделяются не только рецидив, но и опасный рецидив и особо опасный рецидив преступлений – так, как это предусмотрено Модельным кодексом (Рекомендательный законодательный акт для СНГ), а правовые последствия рецидива существенно иные, чем в Украине.

Так, наличие рецидива обязывает суд:

- не применять примирение, наличие смягчающих обстоятельств и передачу на поруки как основания освобождения лица от криминальной ответственности (статьи 38–40 УК Литвы);
- признавать рецидив обстоятельством, отягчающим наказание (ст. 63 УК России) или уголовную ответственность и наказание (п. 1 ч. 1 ст. 54 УК Казахстана);
- применять к осужденному лицу более строгое наказание (ч. 5 ст. 43 и ст. 65 УК Беларуси, ч. 5 ст. 18 и ст. 68 УК России, ст. 34 УК Молдовы, ст. 56 УК Литвы, ч. 5 ст. 13 и ст. 59 УК Казахстана);
- не применять к осужденному лицу условное осуждение и амнистию (ч. 8 ст. 63 и ч. 2 ст. 76 УК Казахстана);
- определять специальный режим исполнения наказания в виде лишения свободы (ст. 57 УК Беларуси, ст. 58 УК России, ч. 5 ст. 48 УК Казахстана);
- применять к осужденному лицу более строгие условия условно-досрочного освобождения от наказания и замены неотбытой части наказания более мягким наказанием (ст. 77 УК Литвы);
- устанавливать превентивный надзор после освобождения из исправительного учрежде-

ния за лицом, допустившим особо опасный рецидив преступлений (ст. 80 УК Беларуси);

- снимать с осужденного лица судимость по истечении более длительного срока и при наличии особых условий (ст. 97 УК Беларуси, ст. 97 УК Литвы); при этом погашение судимости (ст. 98 УК Беларуси) или досрочное снятие судимости (ч. 5 ст. 77 УК Казахстана) не допускаются.

Заслуживают внимания положения ч. 4 ст. 27 УК Литвы, согласно которым, принимая решение о признании лица опасным рецидивистом, суд не учитывает судимости за преступления:

- а) неосторожные;
- б) совершенные лицом в возрасте до 18 лет;
- в) совершенные за границей, ответственность за которые не предусмотрена УК Литвы;
- г) преступления, судимость за которые снята или погашена.

Что касается стран Западной и Центральной Европы, то в их уголовном законодательстве отношение к рецидиву преступлений существенно отличается от того, что определено в названных выше УК стран СНГ и Прибалтики. Вообще множественность (повторность, совокупность и рецидив) в уголовных кодексах большинства этих государств регламентируется, как правило, лишь в контексте назначения наказания.

Согласно УК Болгарии, подготовленного в свое время с учетом советских образцов, более тяжкое наказание назначается в случаях опасного рецидива, а именно, когда лицо совершит преступление после того, как оно было осуждено:

- а) за тяжкое умышленное преступление к лишению свободы на срок свыше одного года без отсрочки; б) два или более раз к лишению свободы за умышленное преступление общего характера, при этом хотя бы один раз без отсрочки (ст. 29).

При этом признак «то же деяние, представляющее собой опасный рецидив», много раз упоминается в разных статьях Особенной части этого УК. Признание лица опасным рецидивистом не влечет других правовых последствий, кроме за-

прета применения к нему условно-досрочного освобождения от дальнейшего отбытия наказания (ст. 70).

В уголовных кодексах большинства других европейских стран вообще нет выделенного в отдельную главу (раздел) института множественности. Поэтому и понятие «рецидив преступлений» либо вовсе не упоминается (как в УК Эстонии, УК Польши, УК ФРГ, УК Голландии, УК Дании, УК Финляндии, УК Норвегии), хотя в правовой теории и не отрицается, либо упоминается обрывочно (как в УК Австрии, УК Италии, УК Швейцарии, УК Швеции и др.).

В УК Польши понятия «рецидив» нет. Вместе с тем установлены правила усиления наказания для лица, совершившего два и более умышленных преступлений. Например, если лицо, осужденное за умышленное преступление к лишению свободы, совершит «подобное» преступление («подобными», согласно ст. 115, могут быть, скажем, насильственные преступления или корыстные преступления), то суд может назначить наказание в размере до верхней границы наказания, установленного в санкции, увеличенной вдвое (ст. 64).

По УК Австрии максимальный размер наказания в виде лишения свободы или размер штрафа могут быть увеличены наполовину при наличии совокупности условий, согласно которым лицо:

- а) раньше дважды было осуждено к лишению свободы за деяния, характеризующиеся одинаковыми вредными свойствами;
- б) отбыло за эти деяния наказание полностью или частично;
- в) по достижении 19-летнего возраста в третий раз совершило аналогичное деяние (§ 39). К опасным рецидивистам (ими может быть признано лишь лицо, достигшее 24-летнего возраста – § 23), может быть применена, вместе с наказанием, такая предупредительная мера, как помещение в учреждение для опасных рецидивистов.

Согласно ч. 1 § 83 УК Дании, если

какое-нибудь из перечисленных в ней преступлений (речь идет о некоторых насильственных преступлениях против государственной власти, общественного порядка, общей безопасности, личности) совершено лицом, отбывающим наказание в виде лишения свободы, то наказание за такое преступление может быть удвоено. Таким способом датский законодатель решает проблему предотвращения рецидивной преступности.

Книга 2 УК Голландии содержит раздел XXXI «Положение о повторных преступлениях, которые применяются к разным разделам этой Книги». В его статьях 421–423 перечислены статьи УК, предусмотренные которыми наказание может быть увеличено на 1/3, если ко времени совершения преступления прошло меньше 5 лет с тех пор, как преступник отбыл наказание в виде тюремного заключения. Фактически имеется в виду не повторность, а именно рецидив.

Особенности наказания рецидивистов определены главой V Книги 1 УК Бельгии (статьи 54–57). Лицо, после осуждения вновь совершившее преступление, наказывается на одну ступень суровее. Так, если обычно данное преступление наказывается тюремным заключением на срок от 5 до 10 лет, то при рецидиве – от 10 до 15 лет, если обычно на срок от 10 до 15 лет – то при рецидиве от 15 до 20 лет, если обычно на срок от 15 до 20 лет, то при рецидиве – не меньше 17 лет.

В УК Швеции (ст. 4 главы 29, где определены начала назначения наказания) указывается в самых общих чертах, что суд должен учитывать: был ли обвиняемый ранее признан виновным в преступлении; какова степень серьезности предыдущего преступления; какое время прошло между преступлениями; являются ли предыдущее и новое преступления схожими по природе и имеют ли особо серьезный характер. Усиление наказания для рецидивистов предусмотрено в ст. 3 главы 26 УК Швеции.

В ст. 67 УК Швейцарии «пенитенциарный рецидив» лишь упоминается как основание усиления

наказания. Вместо понятия “рецидивист” используется понятие “обычный” преступник” (ст. 42). Для “обычных” преступников предусмотрена возможность усиления наказания и более продолжительные сроки аннулирования записи о судимости (статьи 67 и 80).

В УК Испании (ст. 23) к обстоятельствам, которые отягчают уголовную ответственность, отнесен рецидив. Он имеет место тогда, когда до совершения преступления виновный уже был осужден за преступление того же характера, предусмотренное тем же разделом этого УК (кроме случаев, когда судимость снята). Согласно ст. 87 этого УК, суд обязан оценить целесообразность предоставления предусмотренной ст. 81 этого Кодекса отсрочки исполнения наказания рецидивисту с учетом обстоятельств дела и личности осужденного.

В УК Франции (подраздел 2 «Наказания, которые назначаются в случае рецидива» отдела I главы II раздела III Книги 1) сама дефиниция рецидива не дается, но определенный набор правил назначения наказания в случае рецидива присутствует. Так:

- последствиями совершения определенного преступления или проступка лицом, ранее осужденным за определенное преступление или проступок, может быть то, что:
 - а) максимум наказаний в виде тюремного заключения и штрафа удваивается (статьи 132-9 и 132-10);
 - б) наказание в виде тюремного заключения может стать пожизненным (ст. 132-8);
- специальным видом наказания является социально-судебный надзор, который состоит в мероприятиях, проводимых с целью предупреждения рецидива, и в предусмотренных законом случаях применяется на срок до 20 лет за преступления (как дополнительное наказание) и до 10 лет за проступки (как основное наказание) (статьи 131-36-6 и 131-36-7). Это наказание состоит в том, что:
 - 1) на лицо налагаются опреде-

ленные обязательства (статьи 131-36-2, 132-44, 132-45); 2) лицу устанавливается максимальный срок тюремного заключения (до 5 лет в случае осуждения за преступление и до 2 лет – за проступок), которому оно будет подвергнуто в случае нарушения указанных обязательств (ст. 131-36-1);

- рецидивистами могут быть признаны и юридические лица. Например, размер штрафа увеличивается в десять раз, если юридическое лицо, уже осужденное за преступление или проступок, в течение 10 лет снова привлекается к уголовной ответственности (статьи 132-12–132-14).

Нет ничего странного в том, что именно в уголовном законе страны, которая является родиной Чезаре Ломброзо, в УК Италии, существуют нормы об ответственности не только рецидивистов, но и лиц, признанных «обычными», «профессиональными» преступниками и «преступниками по склонности» (глава II раздела IV Книги 1).

В статье 99 этого УК относительно рецидивистов установлено, что лицу, которое совершило преступное деяние после осуждения за какое-нибудь преступное деяние, к наказанию, которое следует назначить за новое преступное деяние, прибавляется до 1/6. Это общее правило. Есть и исключения. Так, если новое преступное деяние того самого характера совершено:

- 1) на протяжении 5 лет после предыдущего осуждения;
- 2) во время или после приведения наказания к исполнению;
- 3) во время уклонения осужденного от приведения наказания во исполнение, – то к наказанию прибавляется от 1/3 до 1/2.

Похожий подход к проблеме применен в УК Сан-Марино. Согласно ст. 91 этого УК рецидивистом считается лицо, ранее осужденное за умышленное преступление. В этом случае судья не может применить наказание минимальной степени, а если рецидив повторяется и новое преступление имеет тот же харак-

тер, наказание может быть увеличено на одну ступень.

Таким образом, анализ положений законодательства стран Западной и Центральной Европы, касающихся рецидива преступлений, позволяет прийти к следующим выводам.

1. В перечисленных уголовных кодексах стран Западной и Центральной Европы понятие рецидива преступлений, как правило, не дается, и практически во всех этих кодексах под рецидивом понимается лишь специальный рецидив, то есть совершение лицом, ранее осужденным за умышленное преступление, такого же либо однородного умышленного преступления (а не общий, то есть совершение указанным лицом любого умышленного преступления).
2. Вообще институт рецидива в уголовных кодексах стран СНГ и Прибалтики разработан более детально, чем в уголовных кодексах стран Западной и Центральной Европы.
3. Наличие рецидива в уголовных кодексах стран Западной и Центральной Европы всего лишь:
 - 1) обязывает суд применять более строгое наказание – в определенных законом пределах (согласно УК Болгарии, УК Польши, УК Голландии, УК Дании, УК Австрии, УК Италии, УК Франции, УК Бельгии, УК Испании, УК Сан-Марино, УК Швейцарии, УК Швеции);
 - 2) в отдельных случаях влияет на возможность применения:
 - отсрочки исполнения наказания (УК Испании) и условно-досрочного освобождения от дальнейшего отбытия наказания (УК Болгарии);
 - специальных видов наказания (социально-судебный надзор по УК Франции);
 - иных, кроме наказания, предупредительных мер (помещение в учреждение для опасных рецидивистов по УК Австрии), –
 - а также на сроки снятия

(погашения) судимости (УК Швейцарии).

Следует также отметить следующее. Законодательством европейских стран, в которых выделяется уголовный проступок как вид преступного деяния, предусмотрено, что совершение уголовного проступка не влечет за собой судимости. Исходя из этого, само понятие рецидива там, где оно существует, не касается уголовных проступков. Иными словами, не может быть признано рецидивистом лицо:

- а) ранее осужденное за уголовный проступок и вновь совершившее такой же или иной уголовный проступок;
- б) имеющее судимость за преступление и совершившее такой же или иной уголовный проступок;
- в) ранее осужденное за уголовный проступок и совершившее такое же или иное преступление. Это так же нелогично, как в наших условиях говорить про рецидив административных проступков и предусматривать усиление административной ответственности в случаях такого рецидива.

Список использованных источников:

1. Кузнецова Н.Ф. Цели и механизм реформы Уголовного кодекса // Советское государство и право. – 1992. – № 6. – С. 83.
2. СУ. – 1925. – № 5.
3. Курс уголовного права. Том 3. Особенная часть (под ред. Г.Н. Борзенкова, В.С. Комиссарова) – М.: ИКД "Зерцало-М", 2002. – С. 7.
4. <http://docs.kodex.ru/document/901781490>
5. Грунтов И.О. Уголовно-правовые нормы с административной преюдицией: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Мн., 1985; Грунтов И.О. К вопросу о сущности административной преюдиции в уголовном праве // Актуальные проблемы общественных и естественных наук: Тез. науч. докл. и сообщ. респ. науч.-практ. конф., посвящ. 60-летию ун-та / Бел. гос. ун-т; Под ред. В.М. Анищика. – Мн., 1981. – С. 35–36.
6. А.В. Шидловский. Наказание при административной преюдиции // Право

Беларуси. – 2002 г. – № 3. – С. 69–72; А.В. Шидловский. Дифференциация назначения наказания в уголовно-правовых нормах с административной (дисциплинарной) преюдицией в УК Беларуси // Соотношение преступлений и иных правонарушений. – М.: ЛексЭст, 2005. – С. 650–655.

7. Бойко А.И. Административная преюдиция в уголовном праве: за и против // Юристы-Правоведь. – Ростов-на-Дону: Изд-во Рост. юрид. ин-та МВД России. – 2004. – № 3. – С. 27–32.
8. Марчук В.В. Новый КоАП Республики Беларусь и квалификация преступлений, обусловленных административной преюдицией // http://www.law.bsu.by/pub/11/Marchuk_13.pdf
9. Грунтов И.О. Уголовно-правовые нормы с административной преюдицией: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Мн., 1985. – С. 7, 12.
10. Лукашов А.И. Уголовное право Республики Беларусь: Состояние и перспективы развития: пособие. – Мн.: БГУ, 2002. – С. 46.
11. Бабий Н.А. Уголовное право Республики Беларусь. Общая часть: учеб. пособие. – Мн.: ГИУСТ БГУ, 2006. – С. 45.
12. Грунтов И.О. Уголовно-правовые нормы с административной преюдицией и некоторые вопросы Общей части уголовного права // Актуальные вопросы развития советского государства и права: Тез. докл. науч. конф. проф.-преподават. состава юрид. фак. Минск, 26 декабря 1985 г. – Мн., 1985. – С.90.
13. Шидловский А.В. Наказание при административной преюдиции // Право Беларуси. – 2002 г. – № 3. – С. 69–72.
14. Марчук В.В. Новый КоАП Республики Беларусь и квалификация преступлений, обусловленных административной преюдицией // http://www.law.bsu.by/pub/11/Marchuk_13.pdf
15. За год полиция РК задержала 47 тысяч нетрезвых водителей // <http://vesti.kz/society/66773/>
16. Павилонис В., Абрамавичюс А., Драшене А. Вступительная статья // Уголовный кодекс Литовской республики. – СПб., 2003. – С. 50, 87.
17. Батиргареева В. Рецидив злочинів за кримінальним законодавством України і зарубіжних країн: порівняльний аналіз // Вісник Академії правових наук України. – 2004. – № 1 (36). – С. 147–157.

