

**Тугел А.К., Ахпанов А.Н., Пен С.Г., Тукиев А.С.**

### **СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ПО ВОПРОСАМ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ПРАВА НА ЗАЩИТУ И АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ**

*В статье изложены основные предложения по совершенствованию правовой регламентации профессиональных прав адвоката-защитника, обеспечения реализации конституционного права на защиту от обвинения.*

*Ключевые слова: адвокатура, право на защиту, казахстанская адвокатура.*

**Tugel A.K., Akhpanov A.N., Pen S.G., Tukiyev A.S.**

### **IMPROVING THE CRIMINAL PROCEDURE CODE OF THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN ON THE RIGHT OF DEFENSE AND THE ADVOCACY AT THE PRESENT TIME**

*In this paper presented the main proposals for improving the legal regulation of the professional rights of advocates, ensuring the realization of the constitutional right to be protected from prosecution.*

*Keywords: advocacy, the right to defense, the Kazakh advocacy profession.*

Согласно Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 гг. (Указ Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года № 858), в настоящее время ведется активная работа по созданию проекта нового уголовно-процессуального кодекса, который призван унифицировать процессуальные формы, усилить гарантии реализации прав и свобод человека и гражданина и, в целом, оптимизировать уголовное судопроизводство, с тем чтобы обеспечить эффективное правоприменение. Концептуально основная часть работы над проектом завершена, и в принципе уже согласованы многие «узловые» моменты по стадиям уголовного судопроизводства, статусу и полномочиям участников уголовного процесса, усилению гарантий реализации права и свобод личности. Вместе с тем, типологически уголовный процесс Республики Казахстан все же остался ближе к «смешанной» форме со значительной ролью досудебной подготовки материалов уголовного дела.<sup>1</sup> Данное обстоятельство исключает возможность реализации модели полностью состязательного уголовного судопроизводства по англо-саксонскому типу, с элементами скоротечного полицейского дознания с активным судебным контролем, где осуществляется перенос всей основной доказательственной нагрузки в рамки судебного разбирательства.

В этих условиях считаем необходимым уделить пристальное внимание вопросам обеспечения права на защиту и адвокатской деятельности, так как при ориентировании на оптимизацию досудебного уголовного судопроизводства наиболее уязвимыми станут именно указанные аспекты. Исходя

из этой позиции, мы преследуем цель максимально возможного закрепления гарантий реализации конституционного права на защиту подозреваемых и обвиняемых, чтобы достигнуть некоего баланса между наступательностью уголовного преследования и эффективностью защиты от такового.

Помимо принципиальных институциональных моментов, касающихся статуса адвоката-защитника по уголовным делам, мы, разумеется, постарались указать на некоторые терминологические и технические огрехи по тексту проекта уголовно-процессуального кодекса, которые одновременно адресованы и действующему уголовно-процессуальному законодательству. Так, например, мы предлагаем расширить действие принципа «*non bis in idem*» о недопустимости повторного осуждения и уголовного преследования. Расширение его действия логически вытекает из названия действующей редакции статьи 20 УПК РК, которая звучит как «Недопустимость повторного осуждения и уголовного преследования», однако по тексту этой нормы упоминается только уголовная ответственность. В связи с этим, помимо запрета повторной уголовной ответственности предлагается привести текст статьи 20 УПК РК в соответствие с ее названием и запретить также повторное уголовное преследование за одно и то же преступление, что существенно расширит действие данного принципа, так как будет охватывать не только случаи повторного осуждения, но и случаи повторного постановления в положение подозреваемого, обвиняемого.

Далее, с целью дальнейшего развития состязательных начал и усиления действия принципа состязательности и равноправия сторон нами предложена новая редакция частей 6, 7 и 8 статьи 23 УПК РК, которая направлена на исключение практики игнорирования ходатайств стороны защиты

<sup>1</sup> Карякин Е.А. Реализация принципа состязательности в уголовном судопроизводстве (вопросы теории и практики): монография. – Оренбург: ГОУ ОГУ, 2005. – С. 83–98.

либо формального их рассмотрения по существу. Предлагается императивно обязать суд оказывать содействие сторонам в получении необходимых материалов, тогда как согласно действующей редакции, продублированной в проекте УПК РК, суд лишь «создает условия для реализации сторонами своих прав и обязанностей», что расценивается нами как абсолютно аморфная и безадресная декларация. Очевидно, что у стороны защиты должны быть действенные судебные механизмы для сбора материалов и сведений, имеющих значение для дела, так как на досудебной стадии они отсутствуют вообще.

Практика применения статьи 132 УПК РК о задержании подозреваемого по-прежнему искажена массовыми нарушениями процессуального порядка, непрозрачностью принятия этого решения и т.д. В связи с этим мы предлагаем, чтобы статья 26 УПК РК была дополнена положением, согласно которому ограничение права задержанного подозреваемого немедленно сообщить по телефону или иным способом по месту своего жительства или работы о своем задержании и месте содержания, а также права на осуществление связи с организацией (коллективом) адвокатов для приглашения профессионального защитника либо связи с таковым лично, не допускается и влечет признание задержания незаконным.

Особо следует отметить наше предложение относительно допуска адвокатов, связанного с так называемым «допуском к сведениям, содержащим государственную тайну». В нашей редакции статья 26 УПК РК дополняется новой частью – седьмой – следующего содержания: «7. Не допускается ограничение права подозреваемого, обвиняемого на избрание защитника под предлогом отсутствия у последнего допуска к сведениям, содержащим государственную тайну». Данное положение продиктовано конституционным императивным требованием обеспечить полную реализацию права на защиту от обвинения, которое не может быть ограничено никакими процедурными нормами. Вопрос о сохранении защитником в тайне сведений, составляющих государственные секреты, должен решаться путем принятия защитником соответствующего письменного обязательства о неразглашении в рамках установленной законом ответственности.

С этой же целью изменена редакция части 3 статьи 53 УПК РК (приведена в соответствие с предложенной редакцией статьи 26 УПК РК). К сожалению, действующий порядок допуска кроет в себе слишком явную дискриминацию адвокатов по этому признаку, что существенно ограничивает

конституционное право на защиту. При этом произошла совершенно недопустимая подмена тезисов, когда обеспечение конфиденциальности в режиме государственной тайны достигается путем этого неконституционного и незаконного по своей сути ограничения со стороны органов уголовного преследования, а не совершенно легитимными процессуальными средствами в виде обязательства о неразглашении и т.д.<sup>2</sup> Складывается впечатление, что заботу об охране государственных секретов органы национальной безопасности переложили на адвокатское сообщество путем разрешительной процедуры их допуска. Это, на наш взгляд, вряд ли соответствует международным стандартам оказания правовой помощи по уголовным делам.

Сам метод правового регулирования этого вопроса неверен, так как запретительно-заградительные методы неприменимы там, где речь идет о конституционном праве на защиту от обвинения.

В статье 58 УПК РК предлагается ввести скамью из 12 присяжных заседателей без профессионального судьи, что обеспечивает реализацию принципов состязательности и равноправия сторон, независимости непрофессионального суда, исключение влияния профессионального судьи на мнение присяжных при отсутствии сторон в условиях совещательной комнаты. Такое предложение продиктовано изучением результатов мониторинга отправления правосудия с участием присяжных заседателей. Если наша цель – демократизировать уголовное судопроизводство, то это логичное и закономерное развитие института присяжных заседателей, так как влияние, которое оказывает профессиональный судья на вердикт через присяжных, абсолютное и на практике сводится лишь к формальному участию присяжных в отправлении правосудия. Вряд ли нам нужна имитация демократических начал уголовного судопроизводства по делам об особо тяжких преступлениях.

Кроме того, предлагаем специально закрепить так называемое в американской доктрине «правило Миранды», то есть подозреваемому, до начала производства любых следственных действий с его участием, разъясняется право на отказ от дачи объяснений или показаний, право на приглашение защитника (за свой счет либо за счет государства) и право на конфиденциальное свидание с ним до первого допроса. Несмотря на возражения о том, что эти права итак предусмотрены объемом прав подозреваемого и обвиняемого, наша позиция

2 Данияр Канафин опровергает предположение, что он избегает доступа к госсекретам. <Сайт Радио Азаттык> – URL: [http://rus.azattyq.org/content/Daniar\\_Kanafin\\_KNB/1798051.html](http://rus.azattyq.org/content/Daniar_Kanafin_KNB/1798051.html) (дата обращения: 11.01.2013).

основана на соображениях о как можно более раннем оповещении лица о своих правах, касающихся возможности защищаться от подозрения и обвинения. Кроме того, приобретение процессуального статуса может быть злонамеренно «отодвинуто» хронологически органами уголовного преследования, и знание лица о том, что у него есть право отказаться от дачи показаний, как представляется, окажет исключительно положительный эффект на реализацию права на защиту в целом.

Кроме того, чтобы ограничить монополию органов уголовного преследования на предоставление бесплатного адвоката, на уровне УПК предложено прописать право подозреваемого связаться с организацией (коллекцией) адвокатов для приглашения профессионального защитника либо связаться с таковым лично. Данное требование направлено на достижение должной организации работы коллегий на местах, повысить доступность профессиональной защиты для лиц, подвергнутых задержанию.

С целью расширить круг лиц, имеющих право пригласить защитника, а также перенести момент возникновения процессуального статуса защитника из узких рамок статуса подозреваемого и обвиняемого на более ранние этапы расследования, предлагается статус и понятие защитника по тексту УПК РК (ст. 70) расширить путем использования более широкого определения – «лицо, подвергаемое уголовному преследованию». Перечень случаев, когда участие защитника является обязательным, по нашему мнению, должен быть дополнен положением, распространяющим это правило на всех задержанных, ввиду высокой интенсивности формирования обвинительных доказательств на данном этапе. Чтобы исключить любую возможность назначения «выгодных» обвинению или «дежурных» защитников вместо тех, кого хочет пригласить задержанный или арестованный, требуется усложнить механизм принудительного назначения защитника обвиняемому. В случае неявки защитника или отсутствия с ним связи, орган, осуществляющий уголовное преследование, обязан подтвердить принятие исчерпывающих мер к реализации права подозреваемого, обвиняемого на приглашение защитника.

Существенно расширены полномочия защитника с целью оградить его деятельность от незаконного вмешательства. Конфиденциальность общения с подзащитным, который задержан или арестован, гарантируется указанием на возможность только визуального наблюдения представителем администрации мест содержания, чем обеспечивается безопасность защитника, исключаются

провокации и обвинения в его адрес о совершении незаконных действий.

Вопрос об участии защитника в процессе доказывания является постоянным камнем преткновения при обсуждении о вариантах развития института защиты от подозрения и обвинения. В настоящее время *de facto* защитник практически исключен из процесса доказывания на досудебном производстве, являясь лишь бесправным, по сути, наблюдателем. С другой стороны, наделять его полномочиями по самостоятельному формированию источников доказательств фактически означает превратить его в орган, ведущий уголовный процесс. Тем не менее, мы предлагаем следующий вариант некоего компромисса применительно к действующему законодательству и проекту УПК: закрепить обязанность органа уголовного преследования приобщать к материалам дела все сведения, собранные и представленные защитником, независимо от того, признаны они доказательствами по делу или нет.

Участие защитника при производстве следственных действий значительно повышает качество их проведения органами уголовного преследования, позволяет предотвратить манипуляцию фактическими данными и участниками следственного действия. Для достижения этой цели нами предлагается закрепить право защитника быть своевременно извещенным органом, ведущим уголовный процесс, о времени и месте производства следственных и процессуальных действий, производимых с участием подозреваемого, обвиняемого. Неизвещение или несвоевременное извещение существенно нарушает право обвиняемого, подозреваемого на защиту. Также, исходя из предложения авторов проекта ввести институт депонирования показаний, текст проекта предлагается нами дополнить обязанностью органа уголовного преследования своевременно ознакомливать защитника с целым рядом процессуальных решений, депонированными показаниями и т.д., что позволит на стадии предварительного расследования правильно и, самое главное, своевременно выстроить линию защиты.

Поскольку в рамках состязательного досудебного процесса и реального, а не мнимого обеспечения права на оказание юридической помощи необходима активизация роли защитника еще в ходе следственного действия, чтобы его участие не сводилось к формальному присутствию. С этой целью права защитника при участии в следственных действиях расширены и дополнены возможностью осуществлять непрерывное консультирование подзащитного.

Предлагаем также ввести запрет на допрос защитника в качестве свидетеля и по представляемым им материалам и сведениям, одновременно закрепляется обязанность рассмотреть ходатайство защитника о проверке следственным путем источника их получения. Расширение пределов запрета на допрос защитника подозреваемого, обвиняемого, а равно представителя потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика, а также адвоката свидетеля соответствует принципу адвокатской тайны в уголовном процессе.<sup>3</sup>

Необходимо расширить перечень фактических данных, недопустимых в качестве доказательств, путем включения в него результатов производства следственных действий с участием подзащитного, но в отсутствии защитника, когда последний ходатайствовал о таком участии и не был должным образом уведомлен о времени и месте его производства.

Должны быть детализированы и расширены полномочия защитника по истребованию документов и сведений от лиц и организаций, в случае отказа лица от представления необходимых документов защитник, представитель потерпевшего вправе ходатайствовать перед следователем, органом дознания, дознавателем, прокурором, судом о производстве выемки необходимых документов.<sup>4</sup>

Полномочия защитника необходимо дополнить возможностью привлечения частных детективов, при условии, что проект Закона РК «О частной детективной деятельности» будет содержать широкие (по аналогии с частными детективами в России) полномочия частного детектива, защитник, представитель потерпевшего вправе прибегать к его услугам для поиска источников доказательств.<sup>5</sup>

При опросе лиц защитнику необходимо предоставить право использования аудио и видеозаписи, что в настоящее время прямо предусмотрено лишь для следственных действий, производимых органом, ведущим уголовный процесс.

В УПК РК предлагается ввести статью «Истребование документов, материалов и сведений», в Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях предлагается ввести новую редакцию статьи 520: Непринятие мер по частному

определению, постановлению суда, представлению прокурора, следователя или дознавателя и установлению в качестве санкции штрафа в размере двухсот месячных расчетных показателей.

Возможность применения залога в отношении лиц, совершивших особо тяжкие преступления, сократит тюремное контингент, гуманизирует уголовную политику. Для гарантии неуклонения обвиняемого от следствия и суда минимальный порог залога при обвинении в совершении особо тяжкого преступления должен составлять от 161.800.000 тг (или от 1 млн. долларов США).

При этом нами предложено ввести обязательное рассмотрение судом вопроса о возможности применения залога в качестве меры пресечения, и только после мотивированного отказа суд может рассмотреть вопрос применения ареста. Кроме того, суду должна быть вменена обязанность исследовать вопрос о доказанности обвинения при санкционировании ареста. В сочетании с тем, что судья, санкционирующий арест в качестве меры пресечения, и судья, рассматривающий дело по существу, не совпадают в одном лице, здесь не будет иметь место предрешение вопроса о виновности, но в то же время повысит требования к основаниям избрания меры пресечения в виде ареста. Более того, поскольку проектом УПК в процесс вводится следственный судья, не рассматривающий уголовные дела по существу, то для законности, обоснованности и мотивированности ареста он вправе оценить материально-правовые (наличие события, состава преступления, совершение его именно обвиняемым) и процессуальные (ст. 139 УПК) основания избрания данной наиболее строгой меры пресечения.

Необходимо произвести расширение пределов и предмета оценки, имеющей место при избрании конкретной меры пресечения. Это позволит снизить количество необоснованных решений судов о санкционировании ареста, когда к тому отсутствуют законные основания, указанные в ст. 139 УПК РК, а также не установлена или не подтверждена причастность лица к совершенному преступлению. Данный вопрос напрямую коррелирует с положениями международных договоров, в соответствии с которыми Казахстан взял на себя определенные обязательства в части проверки законности длительного (свыше суток) лишения свободы. Предлагается включить в исчисление срока ареста срок ознакомления обвиняемого с делом. Ознакомление с материалами уголовного дела как вид процессуальной деятельности обеспечивает конституционное право арестованного обвиняемого на защиту от уголовного преследования в рамках досудебного

3 Рагулин А.В. Право требовать запрещения вызова адвоката на допрос и производства его допроса в качестве свидетеля: проблемы регламентации и практической реализации // Вестник адвокатской палаты Республики Башкортостан. – 2012. – № 1 (28). – С. 55–59.

4 Рагулин А.В. Проблемы регламентации и практической реализации права адвоката-защитника на запрос сведений, необходимых для оказания юридической помощи // Образование и право. – 2012. – № 9 (37). – С. 187–202.

5 Рагулин А.В. Правовая регламентация взаимодействия адвоката-защитника и частного детектива нуждается в совершенствовании // Евразийский юридический журнал. – 2010. – № 6 (25). – С. 126–128.

производства. Прерывание срока ареста в данном случае не сопряжено с приостановлением производства по делу. Ныне действующая норма ущемляет право обвиняемого на неприкосновенность личности, увеличивает разумные сроки ареста при досудебном производстве, допуская их продление без санкции суда.

Предлагается из части четвертой статьи 192 УПК исключить статью 141-1 («Пытки») УК РК и закрепить обязанность их расследования за прокурором. Отнесение расследования пыток к исключительной подсудственности органов прокуратуры соответствует их предназначению – обеспечению законности предварительного следствия и дознания, повысит эффективность и объективность расследования, обеспечит неотвратимость наказания виновных должностных лиц органов уголовного преследования.

Время ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела предлагается учитывать при исчислении срока предварительного следствия. Данная норма препятствует искусственному затягиванию расследования, увеличению его сроков за счет ознакомления, тем более что в новой редакции УПК РК вводятся разумные сроки расследования.

Предлагается изменить редакцию и совершенствовать проект статьи, разработанной межведомственной рабочей группой при Генеральной прокуратуре о депонировании отдельных видов следственных действий. По аналогии помимо допроса предлагается депонирование других следственных действий, которые позже нельзя будет воспроизвести ввиду отсутствия потерпевшего, свидетеля.

Мы также выступаем за исключение института возвращения дела судом для дополнительного расследования. Отказ от института возвращения дела для дополнительного расследования повысит роль суда, дисциплинирует стороны, повысит качество предварительного расследования и усилит состязательность на досудебном производстве.

В целях обеспечения равноправия сторон в надзорной инстанции предлагается упразднить особый статус и порядок рассмотрения надзорного протеста прокурора, так как существующий порядок создает явный дисбаланс в части права на обжалование приговора, вступившего в законную силу. По статье 365 Уголовного кодекса РК «Воспрепятствование законной деятельности адвокатов и иных лиц по защите прав, свобод и законных интересов человека и гражданина, а также оказанию юридической помощи физическим и юридическим лицам»

предлагается закрепить форму уголовного преследования в виде частного обвинения, чтобы обеспечить ее действенность и оградить решение вопроса о целесообразности уголовного преследования по данной статье от произвольного усмотрения органов уголовного преследования. Несмотря на то, что, казалось бы, публичный порядок обеспечивает более высокую степень защищенности законной деятельности адвоката, практика настолько красноречива, что ни о каком эффективном применении данной нормы говорить не приходится.

Складывается совершенно парадоксальная ситуация, при которой профессиональное адвокатское сообщество само выступает за отнесение данного состава к делам частного обвинения, где адвокаты смогут вне дискреционного усмотрения органов уголовного преследования самостоятельно отстаивать свои права. В силу их (адвокатов) принадлежности к профессиональной и компетентной среде юристов данное решение представляется разумным и оправданным. Также предлагаем статью 186 УПК РК дополнить частью четвертой, которой установить, что уголовное дело в отношении адвоката возбуждается прокурором. Данная мера позволит обеспечить повышенную объективность принятия указанного процессуального решения, не претендуя на пресловутую неприкосновенность. Кроме того, весьма похожий подход, например, реализован в УПК Российской Федерации.

Изложенные предложения, надеемся, найдут свое отражение в проекте нового уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан. И пусть не сделают революции в законодательном смысле, но обеспечат некоторый баланс и состязательность уголовного судопроизводства.

### Пристатейный библиографический список

1. Карякин Е.А. Реализация принципа состязательности в уголовном судопроизводстве (вопросы теории и практики): монография. – Оренбург: ГОУ ОГУ, 2005.
2. Рагулин А.В. Право требовать запрещения вызова адвоката на допрос и производства его допроса в качестве свидетеля: проблемы регламентации и практической реализации // Вестник адвокатской палаты Республики Башкортостан. – 2012. – № 1 (28).
3. Рагулин А.В. Проблемы регламентации и практической реализации права адвоката-защитника на запрос сведений, необходимых для оказания юридической помощи // Образование и право. – 2012. – № 9 (37).
4. Рагулин А.В. Правовая регламентация взаимодействия адвоката-защитника и частного детектива нуждается в совершенствовании // Евразийский юридический журнал. – 2010. – № 6 (25).