

МИНОБРНАУКИ РОССИИ
Федеральное государственное бюджетное
образовательное учреждение высшего образования
«Челябинский государственный университет»
(ФГБОУ ВО «ЧелГУ»)

Костанайский филиал

Шнарбаев Булатбек Кабдушевич

Суд с участием присяжных заседателей в Казахстане

КОСТАНАЙ, 2019

УДК 343
ББК 67.408
Ш 76

Одобрено и рекомендовано к печати решением Ученого совета Костанайского филиала ФГБОУ ВО «Челябинский государственный университет»

РЕЦЕНЗЕНТЫ:

Бегалиев Ернар Нурланович, профессор кафедры специальных юридических дисциплин института послевузовского образования Академии правоохранительных органов при Генеральной прокуратуре Республики Казахстан, доктор юридических наук, доцент.

Даровских Светлана Михайловна, профессор кафедры уголовного процесса, криминалистики и судебной экспертизы Южно-Уральского государственного университета (национального исследовательского университета), доктор юридических наук, профессор.

Шнарбаев Б.К.

Ш 76 Суд с участием присяжных заседателей в Казахстане: Учебное пособие / Б.К.Шнарбаев – Костанай: Костанайский филиал ФГБОУ ВО «Челябинский государственный университет», 2019. – 436 с.

ISBN 978-601-7615-03-1

В работе рассмотрены организационно-правовые и теоретические аспекты, становления и развития суда с участием присяжных заседателей в Казахстане. Пособие подготовлено на основе отечественного и международного законодательства, с использованием опыта стран дальнего и ближнего зарубежья в судебной системе.

Работа носит характер комплексного исследования теоретических и прикладных проблем уголовно-правовой и процессуально-правовой природы деятельности суда присяжных.

Книга предназначена для студентов и слушателей вузов, научных сотрудников, работников правоохранительных органов и для широкого круга читателей, интересующихся вопросами суда с участием присяжных заседателей в Казахстане.

УДК 343
ББК 67.408

ISBN 978-601-7615-03-1

© Шнарбаев Б.К. 2019
© Костанайский филиал
Челябинского государственного
университета, 2019

Содержание

Перечень использованных аббревиатур и сокращений.....	5
Предисловие.....	6
Глава 1. Суд присяжных в истории уголовно-процессуального производства.....	16
§ 1. Суд присяжных дифференцированная форма уголовного судопроизводства.....	16
§ 2. Суд присяжных в уголовном судопроизводстве различных стран.....	32
§ 3. Исторический экскурс суда с участием присяжных заседателей в Казахстане.....	51
§ 4. Социальные, политические и организационные условия создания суда с участием присяжных заседателей в Казахстане.....	64
§ 5. Факторы, повлиявшие на определение модели суда присяжных в Казахстане из существующих англосаксонской и континентальной моделей.....	88
Глава 2. Концептуальные основы формирования суда с участием присяжных заседателей в Казахстане.....	116
§1. Судебная власть в Казахстане и участие граждан в осуществлении правосудия.....	116
§2. Суд с участием присяжных заседателей в судебной системе Казахстана.....	144
§3. Концептуальные основы законодательства, регламентирующего доступ граждан к осуществлению правосудия в судах с участием присяжных заседателей.....	158
§ 4. Согласительные процедуры и сокращенные формы судебного разбирательства, их влияние на суд с участием присяжных заседателей...	192
§ 5. Институт возвращения уголовных дел для дополнительного расследования в призме суда с участием присяжных заседателей.....	211
Глава 3. Особенности производства в суде с участием присяжных заседателей.....	228
§ 1. Подсудность уголовных дел суду с участием присяжных заседателей.....	228
§ 2. Порядок производства по уголовным делам, рассматриваемым судом с участием присяжных заседателей.....	256
§ 3. Особенности предмета и пределов доказывания, при вынесении вердикта присяжными заседателями.....	282
§ 4. Контроль вышестоящих судебных инстанций за законностью и обоснованностью выносимых решений судами с участием присяжных заседателей.....	300

Глава 4. Процессуальный статус государственных органов и лиц, участвующих в уголовном процессе в суде с участием присяжных заседателей.....	320
§ 1. Государственное обвинение в суде с участием присяжных заседателей.....	320
§ 2. Защита в суде с участием присяжных заседателей.....	342
§ 3. Обеспечение личной безопасности присяжных заседателей.....	369
Глава 5. Реализация уголовной ответственности и наказания в суде с участием присяжных заседателей.....	381
§ 1. Институт присяжных заседателей как средство обеспечения гражданами общественной безопасности государства, предупреждения и профилактики преступности.....	381
§ 2. Нравственные основания вердикта суда с участием присяжных заседателей.....	396
§ 3. Суд с участием присяжных заседателей и вопросы наказания в виде смертной казни.....	418
Заключение.....	430

Перечень использованных аббревиатур и сокращений

В настоящем пособии применяются следующие термины и сокращения:

АИС	Автоматизированная информационная система
АН СССР	Академия наук Союза Советских Социалистических Республик
БДИПЧ	Бюро по демократическим институтам и правам человека
ВЦИОМ	Всероссийский центр изучения общественного мнения
Госкомтруд	Государственный комитет по труду
ГПК РК	Гражданский процессуальный кодекс
ДВД	Департамент внутренних дел
КИСИ	Казахстанский институт стратегических исследований
КНБ	Комитет национальной безопасности
КРКоАП	Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях
МВД РК	Министерство внутренних дел Республики Казахстан
Минфин	Министерство финансов
МПГПП	Международный пакт о гражданских и политических правах
ОБСЕ	Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе
ООН	Организация Объединенных Наций
РНН	Регистрационный номер налогоплательщика
РСФСР	Российская Советская Федеративная Социалистическая Республика
СИК	Социальный индивидуальный код
СНГ	Содружество Независимых Государств
СНК	Совет народных комиссаров
СССР	Союз Советских Социалистических Республик
США	Соединенные Штаты Америки
УК РК	Уголовный кодекс Республики Казахстан
УПК РК	Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан
УПК РФ	Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации
УУС	Устав уголовного судопроизводства
ФРГ	Федеративная Республика Германии
ЮСАИД	Агентство США по международному развитию

Предисловие

Конституция Республики Казахстан закрепила принцип разделения власти на законодательную, исполнительную и судебную ветви (п. 4 ст. 3 Конституции Республики Казахстан)¹, что определило особое положение суда, как органа, призванного охранять и защищать права и свободы человека и гражданина, незыблемость конституционного строя, единого экономического и правового пространства Казахстана, осуществляющего правосудие путем постановления законного и справедливого приговора.

Укреплению и развитию судебной системы способствовало принятие Закона Республики Казахстан от 7 октября 1998 года «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан», согласно которому пункт 2 статьи 75 Конституции Республики Казахстан был дополнен следующим основополагающим положением: «В случаях предусмотренных законом, уголовное судопроизводство осуществляется с участием присяжных заседателей», что позволило создать правовую основу, допускающую иное, помимо традиционной, построение судебной системы.

Свое дальнейшее нормативное закрепление указанная конституционная норма нашла в принятом 25 декабря 2000 года Конституционном законе «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан», в статье 1 которого было также закреплено, что судебная власть в Республике Казахстан принадлежит не только судам в лице постоянных судей, но и присяжным заседателям, привлекаемым к уголовному судопроизводству.

Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года предопределила в своих положениях, что «основные направления совершенствования уголовно-процессуального права заключаются в постепенном расширении категорий уголовных дел, рассматриваемых судом с участием присяжных заседателей»².

Правосудие с участием присяжных заседателей, законодательно наделенных самостоятельными полномочиями, отражает не только интересы государства, но и всего населения. Государство снимает с себя часть ответственности перед обществом за результаты судебного разбирательства, поскольку оно становится делом его граждан и тем самым обеспечивается применение закона так, как он понимается населением. Можно констатировать, что участие присяжных заседателей стало началом реального присутствия рядовых граждан в отправлении правосудия и продолжением дальнейшей демократизации уголовного судопроизводства.

Несмотря на устоявшийся взгляд на суд присяжных, в сравнении с отечественной судебной практикой рассмотрения уголовных дел в суде с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан с 2007 года, все

¹ Конституция Республики Казахстан от 30 августа 1995 г. (с изменениями и дополнениями) по состоянию на 23.03.2019 г.) // Казахстанская правда. – 2019. – 27 марта.

² Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года: утверждена Указом Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года № 858 // Каз. правда. – 2009. – 27 августа.

таки всегда были, есть и будут иметь место несовершенства отдельных положений отечественного законодательства, регламентирующего избранную форму отправления правосудия с участием граждан, которые в основном сводятся к расхождениям с лучшими мировыми моделями в этой сфере³. Об этом в своих публикациях писали казахстанские ученые-процессуалисты А.Н. Ахпанов, М.Ч. Когамов, М.С. Нарикбаев, Г.Ж. Сулейменова, Р.Н. Юрченко и др., обосновывая важность суда присяжных для казахстанского уголовного судопроизводства, предлагая свое видение по возможной модели присяжного производства в Казахстане⁴. Это позволило в рабочем порядке принять Концепцию участия присяжных заседателей в уголовном судопроизводстве Республики Казахстан⁵, в которой обозначено, что вопрос об избрании наиболее приемлемой для Казахстана модели суда присяжных требует своего концептуального решения.

В указанной концепции был представлен анализ основных моделей участия присяжных заседателей в уголовном процессе, их положительные и отрицательные стороны, на основании чего авторы пришли к выводу о целесообразности принятия в Казахстане континентальной модели суда с участием присяжных заседателей.

Несмотря на то, что ожидаемые результаты от претворения положений концепции были направлены на дальнейшую реализацию конституционных положений, приведение судопроизводства по уголовным делам в соответствие с международными стандартами, повышение уровня правовой защищенности граждан в рамках демократического судопроизводства, она носила односторонний характер, направленный на потенциальное преимущество континентальной модели участия присяжных заседателей в уголовном процессе, т.к. была разработана без учета, что все указанные возможности участия народа при отправлении правосудия, принципы отправления правосудия в суде присяжных, ожидаемые результаты характерны в полной мере, а может быть и больше англосаксонской (классической) модели.

Это привело к появлению в науке отечественного уголовного процесса диаметрально противоположных мнений по вопросу модели вводимого в Казахстане института присяжных заседателей.

Суммарно в пользу присяжных заседателей выдвигались следующие аргументы: присяжные заседатели независимы от сложившейся судебной практики; усиливается состязательность исследования обстоятельств дела; версии обвинения и версии защиты проверяются на прочность непосредственно в суде в присутствии присяжных заседателей; из функции профессиональных судей исключается вопрос о полноте и всесторонности исследования обстоятельств дела; исключение института возвращения

³ Малахова О. Работать без раскочки // Каз. правда. – 2009. – 10 сентября.

⁴ Правовая реформа в Казахстане. – 2005. – № 1 (27). – 112 с.

⁵ Концепция участия присяжных заседателей в уголовном судопроизводстве Республики Казахстан // Предупреждение преступности: Криминологический журнал. – 2003. – № 1 (5). – С. 5.

уголовных дел на дополнительное расследование; усиление принципа презумпции невиновности (все неустранимые сомнения в оценке доказательств толкуются в пользу подсудимого); исключение вероятности незаконного и необоснованного осуждения присяжными, поскольку последствия в виде незаконного осуждения несопоставимы, необратимы по сравнению с незаконным оправданием; наличие процессуальных гарантий отмены приговора в случаях незаконного и необоснованного оправдания судом присяжных; оправдательный вердикт присяжных – это реакция общества на издержки правовой политики государства; суд присяжных – эффективный способ снижения уровня коррупции в судах и правоохранительных органах; противовес личному судебному усмотрению и полицейскому произволу; гарантия независимости судебной власти; присяжные заседатели участвуют в определении размера наказания, отвечая на вопрос о снисхождении.

Аргументы противников введения суда присяжных заключались в следующем: присяжные заседатели некомпетентны решать вопросы права (квалификация, наказание и др.); понимание своей некомпетентности в вопросах права лишает присяжных заседателей уверенности при оценке вопросов факта; подсудимый лишается права выбора формы правосудия; судьи могут быть объективно предубеждены в отношении подсудимых, зная материалы досудебного производства и испытывая определенную профессиональную деформацию; объективное и субъективное влияние судей на позицию присяжных заседателей, возможность выбора той или иной версии совершения преступления; знание присяжными заседателями санкции статьи УК может привести к необоснованному оправдательному приговору; знание присяжными заседателями негативных сведений о личности подсудимого может привести к предвзятости при оценке доказательств; оправдание присяжными заседателями подсудимого при доказанности его вины (например, убийство супруга при измене, убийство полицейского) может указывать на необходимость применения акта помилования, несовершенство уголовного закона или свидетельствовать о тирании представителей государственной власти⁶.

В 2004 года в г. Астане Верховным судом Республики Казахстан был представлен законопроект, отражающий континентальную модель суда с участием присяжных заседателей. В декабре 2004 года Национальная комиссия по вопросам демократизации и гражданского общества представила проект закона, предусматривающий введение в Казахстане англосаксонской модели суда присяжных. За сравнительно короткий период в Казахстане были разработаны два проекта приемлемых для нашего государства моделей суда с участием присяжных заседателей, каждый из которых был обеспечен аргументацией, а процесс их обсуждения проходил в условиях «навязывания» англосаксонской либо континентальной модели

⁶ Тейман С. Суд присяжных положительно изменит уголовный процесс в Казахстане // Юрист. – 2004. – №10. – С. 15., Ахпанов А.Н. Не «присяжные», но – «присягнувшие» // Юрид. газета. – 2005. – 15 февраля.

суда присяжных. Некоторые авторы отмечали, «к сожалению, некоторые казахстанские служащие выходят за рамки мандата ОБСЕ, буквально «навязывая» англосаксонскую модель суда присяжных, подбирая на конференции лиц, по большей части выступающих за эту модель, тем самым формируя общественное мнение и придерживаясь советского принципа: «кто не с нами, тот против нас»⁷.

Эта тактика не является новой, т.к. в России по свидетельству С. Мельникова, установлению суда присяжных в 1993 году предшествовал не спокойный анализ и открытые дискуссии, а мощное пропагандистское обеспечение, с порога отметающее даже робкие попытки сомнений в его целесообразности и своевременности: мол, демократа от реакционера легко можно отличить по их отношению к суду присяжных⁸. Л.Б. Алексеева по этому поводу отмечает, что «американские судьи, посещавшие Россию, не мыслили себе правосудия в демократическом обществе без введения суда присяжных. А вот сторону, которая критически относится к этой проблеме, мы не слышали»⁹.

А.А. Демичев, раскрывая современное состояние развития суда присяжных в Российской Федерации и степень полемики сторонников и противников суда присяжных, пишет, что «публицистичность и эмоциональность статей часто идут в ущерб научности». Намеренно не анализируя аргументы сторонников и противников суда присяжных, автор считает, что эта дискуссия бесперспективна и теоретически бесконечна, аналогично проблеме смертной казни, обсуждаемой уже не одно столетие, а также широко осуждаемой сегодня проблеме эвтаназии. В последние годы все чаще ученые более взвешенно подходят к суду «общественной совести» и приходят к мысли, что нужно не «ломать копья» по поводу его необходимости, а, так как он является российской реальностью (к тому же зафиксированной в Конституции), постараться сделать так, чтобы он стал полностью пригоден для страны, заняться его усовершенствованием. По этой причине в последние несколько лет дискуссии о «нужности» или «ненужности» суда присяжных потеряли практическую, да и научную актуальность¹⁰.

Анализируя основные положения Закона Республики Казахстан «О присяжных заседателях», на этапе введения его в действие, автором настоящего пособия обращалось внимание, что «законодательство, регламентирующее судопроизводство с участием присяжных заседателей, в Казахстане принято и его надо исполнять, для чего требуется анализ

⁷ Башимов М.С. Изменяют ли суды присяжных правовую ситуацию в стране? // Закон и правосудие. – 2005. – 26 октября.

⁸ Мельников С. Пир во время Чечни // Российская юстиция. – 1995. – №7. – С. 8-10.

⁹ Алексеева Л.Б. Выступление на международной научно-практической конференции «Вопросы и пути реализации создания института суда присяжных в Республике Казахстан». Алматы, 25-26 ноября 2002 г. // Предупреждение преступности: криминологический журнал. – 2003. – №1. – С. 22.

¹⁰ Демичев А.А. История суда присяжных в дореволюционной России (1864-1917 гг.). – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2007. – 320 с.

отдельных положений, которые подлежат изменению, с последующим совершенствованием». Резюмируя представленный анализ положений законодательства, регламентирующего судопроизводство с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан и составляющих основу национальной модели суда с участием присяжных заседателей, акцентировалось внимание на том, что он не претендует на истинность и бесспорность выводов. Он преследует цель разъяснения некоторых положений и обстоятельств, устранение спорности которых на стадии применения будет способствовать воссозданию качественного состояния законодательства, обеспечивающего справедливое правосудие¹¹.

В целом, несмотря на все «за» и «против» в пользу того или иного проекта, мнения ученых относительно суда присяжных единогласно сводились к тому, что он обеспечивает более качественное использование прав человека на рассмотрение дела в условиях открытого, состязательного процесса беспристрастным, и по-настоящему независимым народным судом, но и гарантирует каждому гражданину нашего государства потенциальную возможность участвовать в отправлении правосудия в собственной стране.

В конечном итоге 16 января 2006 года были приняты Законы РК «О присяжных заседателях» и «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам введения уголовного судопроизводства с участием присяжных заседателей»¹², введенных в действие с 1 января 2007 года. В Казахстане была воспринята модель, наиболее приближенная к германской модели «суда шеффенов», обусловленная общностью правовых систем наших стран, где основным источником права является нормативно-правовой акт, предполагающий приоритет публичных (государственных) интересов.

Приведя к требуемой нормативной регламентации суд с участием присяжных заседателей, мы не увидели его широкого применения. Отношение к новой форме судопроизводства носит настороженный характер. В 2007 году было зарегистрировано 26441 тяжких и особо тяжких преступлений – удельный вес составляет 23,5%, из них совершено убийств 1677 – удельный вес составляет 1,46%. В 2008 году соответственно было зарегистрировано 27505 (24,28%), из них совершено убийств 1680 (1,48%). За 6 месяцев 2009 года соответственно было зарегистрировано 15563 (26,04%), из них совершено убийств 800 (1,34%). Из этого количества зарегистрированных тяжких и особо тяжких преступлений, в судах с участием присяжных заседателей было рассмотрено лишь 113 уголовных дел, по которым обвиняемые заявили ходатайства о проведении рассматриваемой формы правосудия. Динамика их проведения показана в следующей таблице 1:

¹¹ Шнарбаев Б.К. Судопроизводство с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан: монография. – Костанай: ТОО «Центр.-Азиатское кн. изд-во», 2007. – 464 с.

¹² О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам введения уголовного судопроизводства с участием присяжных заседателей: Закон РК от 16 января 2006 года // Юрид. газета. – 2006. – 25 января.

Таблица 1 – Количество заявленных ходатайств и рассмотренных уголовных дел судом с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан

По Республике Казахстан	Год	Общее количество уголовных дел, поданных суду с участием присяжных заседателей	Заявлено ходатайств о рассмотрении уголовного дела с участием присяжных заседателей	Отказ в ходе предварительного слушания	Рассмотрено уголовных дел с участием присяжных заседателей	Отмененные приговоры, вынесенные с участием присяжных заседателей
	2007	1677	64	14	36	-
	2008	1680	67	12	42	-
	2009	800	63	10	59	-
	2010				265	
	2011				339	
	2012				276	
	2013				189	
	2014				64	
	2015				17	
	2016				47	
	2017				72	
	2018				31	

По областям с 1 января 2007 года по 1 сентября 2009 года динамика представлена на страницах подраздела 1.4. настоящей работы.

Из вышеизложенного можно сделать вывод: тенденция к росту заявленных ходатайств о рассмотрении уголовных дел судами с участием присяжных заседателей имела место в период с 2010 по 2013 годы и связана была с расширением подсудности уголовных дел суду присяжных. В большинстве случаев суды с участием присяжных рассматривали дела по преступлениям, связанным с умышленным убийством, а также с незаконным изготовлением, приобретением, хранением, перевозкой и сбытом наркотических средств. При этом больше всего оправдано лиц, преданных суду за совершение преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств

В 2011 году из рассмотренных 329 дел с участием присяжных заседателей осуждено 461 лицо, 30 человек были оправданы присяжными за отсутствием состава и события преступления.

Согласно статистике в период с 2008 года по 2011 год судами рассмотрено 759 дел с участием присяжных заседателей. По результатам рассмотрения оправдано 94 лица.

В разрезе регионов как в 2010 году, так и в 2011 году больше всего уголовных дел судами с участием присяжных заседателей рассмотрено в г. Алматы и г. Астане.

Качество рассмотрения дел указанной категории свидетельствует о том, что участниками процесса в основном в кассационном порядке обжалуются и опротестовываются приговоры, вынесенные судами по уголовным делам с участием присяжных заседателей. Большинство приговоров при пересмотре их в порядке кассации оставлены без изменения (90% от числа дел рассмотренных с участием присяжных)¹³.

Верховный Суд РК причины роста и снижения, рассмотренных в суде присяжных уголовных дел объясняет следующим образом. С момента образования суда присяжных количество рассмотренных дел в такой форме до 2010 года варьировалось от 36 до 59 дел. Кривая подсудности по данным Верховного суда, после отнесения суда присяжных к подсудности вновь образованных специализированных судов по уголовным делам, а также законодательное увеличение категорий дел, подсудных им, количество дел, рассмотренных с участием присяжных, резко увеличилось. В частности, в 2010 году рассмотрено 265 дел, в 2011 году – 339, в 2012 году – 276. Затем законом в 2013 году изменена подсудность суда присяжных и сокращена категория преступлений. Это привело к тому, что уже в 2013 году было рассмотрено только 189 дел. В частности, были отнесены только дела о преступлениях, за совершение которых уголовным законом предусмотрены смертная казнь или пожизненное лишение свободы, за исключением дел об убийстве, совершённом организованной группой, сбыта наркотических средств или психотропных веществ, совершённого организованной группой, в организациях образования, в отношении заведомо несовершеннолетнего. Тогда как до принятия данного закона к подсудности относились все дела по особо тяжким преступлениям, за исключением некоторых дел. В связи с чем количество дел, рассмотренных с участием присяжных заседателей, резко сократилось: в 2014 году рассмотрено 64 дела, в 2015 году – 17. Предпринятые меры по дальнейшему расширению этой формы правосудия, в 2015 году расширили подсудность суда присяжных ещё четырьмя составами особо тяжких преступлений. Тем самым произошёл небольшой рост рассмотренных дел с участием присяжных заседателей, однако они не превысили показателей 2010-2012 годов. Так, в 2016 году с участием присяжных рассмотрено 47 дел, в 2017 году – 72 дела. В настоящее время судом присяжных заседателей подлежат рассмотрению дела только по 13 составам преступлений. Из них фактически действуют несколько. По многим преступлениям дела в суд не поступают¹⁴.

Как показал двенадцатилетний опыт функционирования суда с участием присяжных заседателей, многие, казалось бы, очевидные положения не нашли своего подтверждения в практической деятельности, поставив перед

¹³ Отдел по взаимодействию с общественностью и СМИ ВС РК, 15 февраля 2012 г.

¹⁴ <https://abctv.kz/ru/news/sud-prisyazhnyh-ne-prizhivaetsya-v-kazahstane>

наукой уголовного процесса новые актуальные теоретические и прикладные задачи, связанные с совершенствованием процессуальной формы судопроизводства с участием присяжных заседателей.

Требуют теоретического обоснования проблемы, связанные с определением места суда с участием присяжных заседателей в системе уголовно-процессуальных производств и судебной системе в целом; социально-политические и организационно-правовые аспекты создания суда с участием присяжных заседателей в РК и концептуальные основы развития законодательства, регламентирующего процедуру доступа граждан к осуществлению правосудия в судах с участием присяжных заседателей; законодательные ограничения деятельности судов присяжных определенными категориями преступлений; проблемы процессуального статуса участников и обеспечения их безопасности; профессионализм или дилетантизм при вынесении вердикта присяжных; формирование списка присяжных заседателей и порядок их отбора; основания и условия заявления ходатайств о назначении суда с участием присяжных заседателей и последствия такого решения; возможность применения различного рода согласительных процедур и сокращенных форм судебного разбирательства; особенности производства в суде с участием присяжных заседателей, предусматривающие вопросы подсудности уголовных дел, порядок производства, особенности предмета и пределов доказывания; вопросы процессуального статуса государственных органов и лиц, участвующих в уголовном процессе в суде с участием присяжных заседателей.

Большим продвижением явилось исполнение 21 шага, определенного Главой государства в 100 конкретных шагах по реализации пяти институциональных реформ, обозначенного, как «расширение области применения суда присяжных, законодательное определение категории уголовных дел, по которым суд присяжных должен быть обязательным»¹⁵.

Верховный Суд РК в связи с этим обращает внимание на необходимость расширения категории преступлений, подлежащих рассмотрению судом присяжных заседателей, включив все особо тяжкие преступления, за исключением преступлений против мира и безопасности человечества и против основ конституционного строя и безопасности государства». Другой проблемой является, что не все органы досудебного производства желают, чтобы их дела рассматривались присяжными заседателями¹⁶.

Обозначенные аспекты альтернативного института судопроизводства, предоставившего лицам, обвиняемым в совершении тяжких и особо тяжких преступлений, право на рассмотрение уголовного дела с участием присяжных заседателей, и обусловили исключительную важность и острую необходимость их теоретического осмысления с целью выработки соответствующих законодательных и теоретических предложений и рекомендаций, направленных на совершенствование деятельности суда, как

¹⁵ План нации – 100 шагов современное государство для всех // Казахстанская правда 20 мая 2015 года.

¹⁶ <https://abctv.kz/ru/news/sud-prisyazhnyh-ne-prizhivaetsya-v-kazahstane>

справедливого и правосудного органа государственной власти. Тем самым была определена стратегия дальнейшего развития указанного института как новой формы отправления правосудия с привлечением граждан.

В представленном пособии рассматриваются в комплексе организационно-правовые и теоретические аспекты, влияющие на становление и дальнейшее развитие особой сложной формы судопроизводства с участием присяжных заседателей, с учетом происходящих изменений в законодательстве, регламентирующих деятельность исследуемого института, которые оказывают влияние на дальнейшее развитие судебной системы.

Проблема обеспечения прав и законных интересов участников судебного разбирательства является частью более общей проблемы – обеспечения гражданам доступа к правосудию в качестве присяжных заседателей путем реализации предоставленных им прав в уголовном судопроизводстве. О необходимости его введения указывается не только в современной литературе, но и в ранних работах таких авторов, как М.В. Духовской, Л.Е. Владимиров, Б.В. Виленский, С.И. Викторский, И.Я. Фойницкий и др. Вопросы, рассмотренные этими авторами, актуальны и сегодня.

Существенный вклад в разработку интересующей нас проблемы внесли и современные их последователи: С.В. Боботов, Р. Гусейнов, Н.В. Ковалев, Е.Б. Мизулина, М.В. Немытина, И.Л. Петрухин, Х.У. Рустамов, А.В. Смирнов, М. Хаблов, М.А. Чельцов-Бебутов С.М. Ярош и др.

Но при всем многообразии подходов в рассмотрении проблем, касающихся деятельности судов с участием присяжных заседателей, большинство указанных авторов исследовали их только применительно к опыту различных форм привлечения граждан к осуществлению правосудия зарубежных стран.

Работы казахстанских ученых Т.К. Айтмухамбетова, А.Н. Ахпанова, М.Ч. Когамова, М.С. Нарикбаева, Т.Е. Сарсенбаева, Г.Ж. Сулейменовой и др. по вопросам определения критериев и оценки обстоятельств, влекущих принятие правосудного приговора на основе вердикта присяжных заседателей, о возможных в республике процедурах и моделях, были предметом исследования в период подготовки соответствующих законопроектов.

В то же время многие предложения указанных авторов не нашли своего должного разрешения во введенном в действие с 1 января 2007 года Законе Республики Казахстан «О присяжных заседателях» от 16 января 2006 года. При оценке деятельности суда присяжных в Республике Казахстан мнения ученых и практических работников во многом не совпадали, не была выработана единая, общая для всех концепция осуществления правосудия. В этой связи теоретические и прикладные проблемы деятельности суда с участием присяжных заседателей еще далеко себя не исчерпали, не все аспекты организационного, процедурного и процессуального характера получили должное развитие и освещение.

Разработать теоретические положения и обоснованные рекомендации, призванные обеспечить дальнейшее развитие науки уголовного процесса, повышение качества и эффективности судопроизводства, совершенствование и гуманизация уголовно-процессуального законодательства, охрану прав и законных интересов лиц, вовлеченных в орбиту уголовного судопроизводства с участием присяжных заседателей – в этом состоит основная цель пособия.

Пособие является новым исследованием проблем функционирования суда с участием присяжных заседателей. На основе полученных результатов в работе предложена теоретическая концепция организации и производства судебного разбирательства с участием присяжных заседателей. Работа представляет комплексное рассмотрение теоретических и прикладных проблем уголовно-правовой и процессуально-правовой природы деятельности судов с участием присяжных заседателей. Автором обоснованы новые концептуальные идеи о совершенствовании уголовного и уголовно-процессуального законодательства и практики его применения в Республике Казахстан.

Глава 1. Суд присяжных в истории уголовно-процессуального судопроизводства

§ 1. Суд присяжных дифференцированная форма уголовного судопроизводства

Производство в суде первой инстанции является центральным в системе производств отечественного уголовного процесса, поскольку суд, как орган государственной власти, осуществляющий правосудие, является главным субъектом процессуальной деятельности»¹⁷. О его месте в системе органов государственной власти можно судить и по значимости принимаемых им решений. Согласно части первой статьи 77 Конституции РК «...правосудие по уголовным делам осуществляется только судом. Никто не может быть признан виновным в совершении преступления, а также подвергнут уголовному наказанию иначе как по приговору суда и в соответствии с законом». Фактически судом разрешается спор между государством (или частным обвинителем), предъявляющим обвинение и доказывающим его состоятельность, и подсудимым и его защитником.

Производство в суде первой инстанции включало в себя две уголовно-процессуальные стадии: предварительное слушание (подготовка дела к главному судебному разбирательству) и, собственно, главного судебного разбирательства, осуществлявшегося единолично судьей либо коллегиально в составе трех судей и двух судей с участием присяжных заседателей). С принятием Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Гражданский процессуальный кодексы Республики Казахстан по вопросам совершенствования судебной системы» от 10 декабря 2009 года рассмотрение уголовных дел в судах первой инстанции осуществляется единолично судьей, а по делам об особо тяжких преступлениях, за исключением дел о преступлениях, предусмотренных статьями 165, 166, 167, 168 (частью первой), 169, 233 (частями третьей и четвертой) УК РК, по ходатайству обвиняемого – в составе одного судьи и десяти присяжных заседателей.

Судопроизводство с участием присяжных заседателей всегда рассматривалось как один из наиболее значимых атрибутов судебной власти, представляя собой дифференцированную форму производства в суде первой инстанции. Обусловлено это тем, что присяжные заседатели, решая главный вопрос по уголовному делу — вопрос о виновности, представляют подлинно демократический институт отправления независимого правосудия, отражая в конкретных судебных вердиктах массовое правовое сознание, оказывая ощутимое влияние на правовую

¹⁷ Чельцов М.А. Советский уголовный процесс. – М., 1951. – С. 31.

политику государства. В этой связи актуальна точка зрения М. Лернера о том, что «...суд присяжных был задуман для того, чтобы обыденный опыт мог служить мерилom вины или невинности. Однако независимо от того, насколько успешно это у него получается, суд присяжных выполняет еще одну задачу: он учит присяжного – а вместе с ним и огромные массы читателей газет – разбираться в человеческой душе»¹⁸. Между тем эффективность деятельности суда с участием присяжных заседателей, как и любой другой формы производства в суде первой инстанции, во многом зависит от того, насколько точной и продуманной является предусмотренная законодательством процедура его осуществления, поскольку она значительно отличается от традиционных для Казахстана форм осуществления правосудия. В этой связи необходимо рассмотреть место суда с участием присяжных заседателей среди других уголовно-процессуальных производств и как это отражается на содержании отправления указанной формы правосудия.

Традиционно уголовный процесс понимается как совокупность норм, правил поведения, санкционированных государством и предназначенных для производства по уголовным делам¹⁹. Осуществление уголовно-процессуальной деятельности состоит из системы упорядоченных (предпринимаемых с соблюдением определенной процедуры и только в строго определенной последовательности) действий уполномоченных на то органов и должностных лиц в соответствии с конкретными этапами (стадиями), через которые должно проходить как досудебное, так и судебное производство по всем уголовным делам²⁰. Уголовно-процессуальная деятельность представляет собой не только последовательность стадий и условия перехода дела из одной стадии в другую, но и общие условия, характеризующие производство в конкретной стадии; основания, условия и порядок производства следственных и судебных действий, выполняя которые компетентные государственные органы и должностные лица реализуют свои полномочия, а граждане осуществляют свои права и обязанности; содержание и форму решений, которые могут быть вынесены по уголовному делу²¹.

Каждая из стадий уголовного процесса характеризуется: специфическими задачами; процессуальными и следственными действиями, проводимыми в определенной процессуальной форме, процессуальными актами, подводящими итог деятельности именно на этой стадии; строго

¹⁸ Лернер М. Развитие цивилизации в Америке. – М.: Радуга, 1992. – Т. 1. – С. 536.

¹⁹ Савицкий В.М., Ларин А.М. Уголовный процесс: Словарь-справочник. – М., 1999. – С. 181-182., Элькин П.С. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. – Л.: Изд-во Ленинградского университета, 1976. – 143 с.

²⁰ Алексеев Н.С., Даев В.Г., Кокорев Л.Д. Очерк развития науки советского уголовного процесса. – Воронеж, 1980. – С. 168-234., Якимович Ю.К. Структура уголовного процесса: система стадий и система производств. Основные и дополнительные производства. – Томск, 1991. – С. 23-27.

²¹ Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т. 1. Основные положения науки советского уголовного процесса. – М.: Изд-во «Наука», 1968. – 472 с., Строгович М.С. Природа советского уголовно-процессуального права и его характерные черты // Советский уголовно-процессуальный закон и проблемы его эффективности. – М., 1979. – С. 16.

определенным кругом участников. Такая совокупность стадий, связанных между собой общими задачами и принципами судопроизводства, и образует систему уголовного процесса²².

Уголовно-процессуальный кодекс РК 1997 года²³ многие устоявшиеся понятия и институты уголовного процесса существенно изменил либо дополнил новым содержанием. Так, например, были введены нормы, расширившие использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности; более четко разграничили подследственность уголовных дел; ввели институт заочного производства; исключили стадию кассационного производства, заменив ее на стадию апелляционного производства. Затем вновь были введены апелляционное и кассационное производство.

Уголовно-процессуальный закон 2014 года²⁴ ввел новые ранее незнакомые для отечественного уголовного процесса институты, такие как ускоренное досудебное расследование, досудебное расследование, проводимое в форме дознания и протокольной форме, негласные следственные действия, производство по делам об уголовных проступках, процессуальное соглашение, особый порядок его заключения, рассмотрение уголовных дел в согласительном производстве, приказное производство.

Стадийное построение уголовного процесса определяет динамику его развития. Между тем, как справедливо отмечает Н.С. Манова, системные свойства уголовно-процессуальной деятельности заключаются не только в том, что она состоит из последовательно осуществляемых стадий, но еще и в том, что на определенных ее этапах субъектами процесса решается ряд задач, которые наиболее отчетливо характеризуют функциональную направленность их деятельности. Выразить этот функциональный характер деятельности субъектов и охарактеризовать структуру уголовного процесса в целом удастся, используя в качестве обобщающей категории такое комплексное образование, как уголовно-процессуальное производство²⁵.

Подобный подход основывается на мнении П.С. Элькинд, которая писала: «...общего характера цель уголовно-процессуального права по оптимальному регулированию соответствующих общественных отношений преобразуется в уголовном судопроизводстве в комплекс более конкретных целей (задач), определяющих направление практической деятельности

²²Перлов И.Д. Советский уголовный процесс. Возбуждение уголовного дела и предварительное расследование. – М., 1968 – С. 278., Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. – М., 1970. – Т. 2. – С. 501., Якуб М.Л. Процессуальная форма в советском уголовном судопроизводстве. – М.: Юрид. лит., 1981. – 144 с., Ефимичев С.П. Содержание и структура стадии предварительного расследования // Уголовно-процессуальная деятельности и правоотношения в стадии предварительного расследования. – Волгоград, 1981. – С. 9-10., Шадрин В.С. Соотношение форм предварительного расследования // Уголовно-процессуальные проблемы предварительного следствия и пути его совершенствования. – Волгоград, 1985. – С. 89-90.

²³Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан (с изменениями и дополнениями по состоянию на 17.11.2014 г.) Акмола, 13 декабря 1997 года № 206-І

²⁴ Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан (с изменениями и дополнениями по состоянию на 01.04.2019 г.) Астана, Акорда, 4 июля 2014 года № 231-V ЗРК

²⁵Манова Н.С. Предварительное и судебное производство: дифференциация форм: учебное пособие для вузов. – М.: Приор-издат, 2004. – 176 с.

правоохранительных органов»²⁶. Исходя из данной формулировки, можно прийти к выводу, что производство по уголовным делам предполагает определенные различия в применении органами, ведущими уголовный процесс, процессуальных методов и средств, обусловленных их функциональными различиями. В этой связи поступательное движение уголовного дела из одной стадии в другую возможно лишь при полном разрешении задач, составляющих содержание основных направлений деятельности ее участников, функциональный характер которой можно отобразить, только используя категорию «процессуальное производство». Так, характеризуя структуру уголовного судопроизводства как последовательность развития процессуальной деятельности, И.Я. Фойницкий указывал на то, что каждое уголовное дело имеет моменты возникновения и прекращения, между которыми укладывается ряд его промежуточных процессуальных состояний. К ним он относил предварительное производство, окончательное производство и производство по пересмотру судебного приговора в апелляционном, кассационном порядке или в порядке возобновления уголовных дел. Первое включает в себя предварительное исследование, состоящее, в свою очередь, из дознания и предварительного следствия, задачей которых является установление обстоятельств преступления и собирание доказательств виновности лица. При этом решение вопроса о том, быть или не быть судебному разбирательству (предание суду), и «подготовительные к суду распоряжения» он также включал в предварительное производство. Далее следовало окончательное производство в суде, а затем, если в этом возникала необходимость – производство по пересмотру судебного приговора в апелляционном, кассационном порядке или в порядке возобновления уголовных дел²⁷.

Указанная формулировка нашла свое дальнейшее развитие в работах П.С. Элькинд, которая пришла к выводу о том, что уголовно-процессуальное право должно определять порядок производства по уголовным делам, поскольку уголовный процесс – это само производство, движение уголовных дел соответственно точно установленной уголовно-процессуальным правом процедуре, переход уголовного дела из одной стадии в другую²⁸. Иными словами, уголовно-процессуальные производства характеризуют предметный срез организационной деятельности, поскольку создают оптимальные условия для всестороннего учета закономерностей получения и передачи информации, максимальной объективности и эффективности расследования и судебного разбирательства, удостоверения хода и результатов деятельности²⁹. Полагаем, что рассмотрение уголовно-процессуальной

²⁶Элькинд П.С. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. – Л.: Изд-во Ленинградского университета, 1976. – 143 с.

²⁷Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. – СПб., 1899. – Т. 2. – С. 374-375.

²⁸Элькинд П.С. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. – Л.: Изд-во Ленинградского университета, 1976. – 143 с.

²⁹Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н.В. Жогин. Изд. 2-е, испр. и доп. – М., «Юрид. лит.», 1973. – 736 с.

деятельности с точки зрения основных задач и функциональной направленности ее участников послужило основанием для разграничения в УПК РК 1997 г. всех производств на: досудебное производство; производство в суде первой инстанции; производство по пересмотру решений суда, вступивших в законную силу; особые производства (раздел 6, 7, 10, 12 УПК РК 1997 г.).

УПК РК 2014 года оставил имевшие место виды производства по уголовным делам и дополнил в следующем виде: раздел 6. досудебное производство по уголовному делу, раздел 7. подсудность уголовных дел, производство в суде первой инстанции, раздел 10. производство по пересмотру решений суда, вступивших в законную силу, раздел 11. особые производства, раздел 13. производство по делам, по которым заключено процессуальное соглашение, раздел 13-1. приказное производство, раздел 14. производство по делам с участием присяжных заседателей.

Такое разграничение структурного построения уголовно-процессуальной деятельности (стадии – в теории уголовного процесса и производства в нормативно-правовых актах, регламентирующих уголовное судопроизводство) предопределено моделью казахстанского уголовного процесса – процесса смешанного типа, в котором розыскное досудебное производство (ныне с некоторыми элементами состязательности) сочетается с состязательным производством в суде первой инстанции. Именно это определяет функциональную направленность деятельности тех субъектов, на которых возложена обязанность осуществления уголовного процесса. Каждое из производств представляет собой обособленную часть (этап) процессуальной деятельности по делу, включающую, как правило, несколько стадий, в рамках которых в соответствующих формах (средствами и способами осуществления) уголовно-процессуальной деятельности уполномоченные субъекты, наделенные определенными процессуальными функциями, решают поставленные перед ними задачи.

Аналогичный подход превалирует в настоящее время в науке уголовного процесса, т.к. большинство ученых признало то, что понятие «производство» отражает характеристику организационной деятельности по предметному признаку и представляет собой системное образование, комплекс взаимосвязанных и взаимообусловленных процессуальных действий, которые:

а) образуют собой определенную совокупность процессуальных правоотношений, отличающихся предметной характеристикой и связанностью с соответствующими материальными правоотношениями;

б) вызывают потребности установления, доказывания, а также обоснования всех обстоятельств и фактических данных рассматриваемого юридического дела;

в) обуславливают необходимость закрепления, официального оформления полученных процессуальных результатов в соответствующих

актах-документах³⁰.

Указанные три признака С.С. Цыганенко дополняет четвертым – производство в уголовном процессе охватывает одну либо несколько стадий³¹. Например, производство по разрешению процессуальных вопросов, возникающих при исполнении приговора, охватывается только стадией исполнения приговора, а производство по собиранию, закреплению и исследованию доказательственной информации и, соответственно, преобразованию ее в доказательства по уголовному делу – включает в себя несколько стадий. Сходную точку зрения высказывает Т.В. Трубникова, выделяющая признаки самостоятельных уголовно-процессуальных производств, к которым относит следующие: наличие определенной материально-правовой базы, круга дел, обладающих некоторыми существенными особенностями, объективно требующими отличий в порядке производства по этим делам; комплексность, т.е. наличие определенных особенностей в деятельности правоохранительных органов на всех (или хотя бы на нескольких) стадиях уголовного процесса; наличие существенных отличий в порядке деятельности по определенной категории дел по сравнению с обычным порядком³².

Разделение уголовно-процессуальной деятельности помимо стадий на соответствующие производства, – пишет Н.С. Манова, – отражает специализацию деятельности различных субъектов, участвующих в уголовном процессе в качестве носителей властных управленческих полномочий. Автор полагает, что учет и уяснение этого положения как обобщающей категории в структуре уголовного процесса является плодотворной основой для решения многих теоретических и практических вопросов, касающихся как содержательной стороны уголовного процесса и взаимодействия составляющих его компонентов, так и форм процессуальной деятельности. Только применительно к конкретным процессуальным производствам можно говорить о дифференциации уголовно-процессуальной формы. В качестве единого мерила дифференциации она рассматривает исходную форму (процедуру) осуществления досудебного производства, производства в суде первой инстанции и производства по проверке законности и обоснованности судебных решений, которая, в свою очередь, и позволяет вести речь об усложненных или упрощенных формах соответствующей деятельности³³.

³⁰Бенедик И.В., Погребной И.М. К вопросу о структуре процессуальной формы // Проблемы социалистической законности: Республиканский межведомственный научный сборник. – Харьков: Вища школа, 1982. – Вып. 10. – 145 с., Погребной И.М. Общетеоретические проблемы в юридическом процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00.09.– Харьков, 1982. – 16 с., Бенедик И.В. Стадии в юридическом процессе: общетеоретические исследования: автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.09. – Харьков, 1986. – 24 с.

³¹Цыганенко С.С. Проблемы процессуальных производств и их типов // Известия высших учебных заведений «Правоведение». – 2002. – №4. – С. 13-21.

³²Трубникова Т.В. Упрощенные судебные производства в уголовном процессе России: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Томск, 1997. – 267 с.

³³Манова Н.С. Предварительное и судебное производство: дифференциация форм: учебное пособие для вузов. – М.: Приор-издат, 2004. – 176 с.

Учитывая исторический опыт становления судопроизводства в Казахстане и прогрессивные международно-процессуальные доктрины, полностью поддерживаю указанное мнение. Но в отличие от цитируемых авторов, считаю правильно говорить не об усложненных формах, а о сложной форме производства. Не меняя терминологии использованной цитируемыми учеными, по тексту будет использоваться термин «сложная форма производства».

Представляет интерес и позиция М.Л. Якуба, предложившего предусмотреть отдельный вид судопроизводства, который бы отличался более развитыми, сложными процессуальными формами, особенно в стадии судебного разбирательства, который необходим для дел о большинстве тяжких преступлений или иных дел наибольшей сложности или особого общественно-политического значения³⁴. Критерием подобного усложнения уголовно-процессуальной формы, по мнению Д.П. Великого, должны выступать не только степень общественной опасности преступления, но и особенности свойств лица, в отношении которого ведется производство³⁵. В частности, волеизъявление субъектов уголовного процесса, как одно из оснований дифференцированного построения процессуальной формы³⁶.

Предпосылкой для формулировки указанных точек зрения, положенных в основу формирования процедуры судебного разбирательства в суде присяжных, предшествовала научная дискуссия по вопросам упрощенных и усложненных производств. Особенно остро она развернулась в середине 70-х годов прошлого столетия³⁷. Как правило, высказывались категорические и диаметрально противоположные суждения о возможности дифференциации уголовно-процессуальных форм. Начало дискуссии было положено публикацией на страницах журнала «Социалистическая законность» статьи М.С. Строговича, отстаивающего идею единого уголовного процесса, и П.Ф. Пашкевича, выступающего за дифференциацию уголовно-процессуальных форм. Мнения ученых разделились на две основные группы, и анализ этих точек зрения, на наш взгляд, представляет ценность для настоящего исследования. Первая позиция заключалась в идее полной унификации уголовно-процессуальной формы с допущением дифференциации в сторону усложнения. Сторонниками данной точки зрения выступали М.С. Строгович, П.С. Элькинд, Т.Н. Добровольская, И.Л. Петрухин, Ц.М. Каз³⁸. В частности, М.С. Строгович писал: «...тенденция к установлению единой формы уголовного судопроизводства – проявление определенной закономерности развития уголовно-процессуального права. Эта закономерность основана на

³⁴ Якуб М.Л. Процессуальная форма в советском уголовном судопроизводстве. – М.: Юрид. лит., 1981. – 144 с.

³⁵ Великий Д.П. Единство и дифференциация уголовно-процессуальной формы: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – М., 2001. – 211 с.

³⁶ Власова Н.А. Проблемы совершенствования форм досудебного производства в уголовном процессе: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. – М., 2001. – 405 с.

³⁷ Алексеев Н.С., Даев В.Г., Кокорев Л.Д. Очерк развития науки советского уголовного процесса. – Воронеж, 1980. – С. 168-234.

³⁸ Петровская Е. Нужно ли изменять процессуальную форму в уголовном судопроизводстве? // Социалистическая законность. – 1974. – №8. – С. 65-66., Каз Ц.М. О единстве и дифференциации уголовного судопроизводства // Социалистическая законность. – 1975. – №1. – С. 65.

принципиальных, теоретических положениях: единое понятие преступления, единая судебная система, единое процессуальное законодательство и единые основные принципы правосудия»³⁹. При этом он полагал, что единство уголовного процесса заключается в едином порядке судопроизводства во всех звеньях судебной системы и для всех уголовных дел, выступая за принципиальное направление развития уголовно-процессуального законодательства в сторону унификации процессуальных форм. Вместе с тем М.С. Строгович не придерживался позиции полного исключения дифференциации процессуальных форм и считал ее возможной в действующем законодательстве, но лишь при условии неперемennого сохранения всех процессуальных гарантий и их дальнейшего расширения и упрочения. Имеющиеся на тот момент дифференцированные уголовно-процессуальные формы он не рассматривал как отступления от общего порядка судопроизводства, считая их примером расширения и усиления процессуальных гарантий⁴⁰. П.С. Элькинд и Т.Н. Добровольская, поддерживая точку зрения М.С. Строговича, подчеркивали разницу между принципиальным и абсолютным единством уголовно-процессуальной формы, указывая, что ее принципиальное единство выступает в качестве необходимой гарантии законности уголовного судопроизводства, обеспечения прав и законных интересов личности, чему не препятствуют и не противоречат некоторые элементы дифференциации, в сторону расширения и совершенствования системы дополнительных гарантий по некоторым категориям уголовных дел⁴¹.

Другая группа ученых отстаивала идею дифференцированного построения судопроизводства. Так, М.Л. Якуб писал, что унификация процесса «направлена, с одной стороны, против развития процессуальных форм и гарантий по делам о тяжких преступлениях или особой сложности, а с другой – против освобождения процесса по делам меньшей сложности, ...от ненужных для этих дел форм»⁴². По его мнению, унифицированная уголовно-процессуальная форма, единая для всех категорий, превращается в тормоз на пути ее развития, не позволяя достичь наиболее рациональной и эффективной процессуальной организации судопроизводства⁴³. Тем не менее, он соглашался с тем, что единый порядок судопроизводства, как характерная черта процессуальной формы, не исключает различий в порядке производства по разным категориям уголовных дел, но они являются лишь

³⁹Строгович М.С. О единой форме уголовного судопроизводства и пределах ее дифференциации // Социалистическая законность. – 1974. – №9. – С. 50-53.

⁴⁰Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т. 1. Основные положения науки советского уголовного процесса. – М.: Изд-во «Наука», 1968. – 472 с., Строгович М.С. О единой форме уголовного судопроизводства и пределах ее дифференциации // Социалистическая законность. – 1974. – №9. – С. 50-53.

⁴¹Добровольская Т.Н., Элькинд П.С. Принципиальное единство уголовно-процессуальной формы – важная гарантия законности правосудия и прав личности // Гарантии прав личности в социалистическом уголовном праве и процессе: Межвузовский темат. сб. / Под ред. проф. Я.О. Мотовилова. Вып.2. – Ярославль, 1977. – С. 3-9.

⁴²Якуб М.Л. Процессуальная форма в советском уголовном судопроизводстве. – М.: Юрид. лит., 1981. – 144 с.

⁴³Якуб М.Л. Порядок уголовного судопроизводства следует дифференцировать // Социалистическая законность. – 1975. – №1. – С. 66-67.

разновидностью единого процессуального порядка. Однако, на его взгляд, единство уголовного процесса не означает обязательность установления одинакового порядка судопроизводства для всех категорий преступлений, без учета их свойств⁴⁴.

Между тем уголовное судопроизводство, как и любая другая юридическая процедура, выступает в качестве особого социального регулятора, обеспечивающего разумный баланс между деятельностью органов, ведущих уголовный процесс, и законными интересами вовлеченных в его сферу участников. В этой связи на первый план должна выдвигаться проблема создания действенных гарантий защиты прав и законных интересов участников уголовного процесса, а на второй – необходимость рационального использования процессуальных и материальных средств при осуществлении уголовно-процессуальной деятельности в целях повышения его эффективности. Как справедливо отмечал В.Т. Томин, рассматривая формы уголовно-процессуальных производств в широком социальном контексте, следует подчеркнуть, что любые изменения в жизни общества (политические, экономические, технические, культурные) неизбежно сказываются на процедурах уголовного судопроизводства. И поэтому существует необходимость в непрерывной модификации существующих в каждый исторический момент нормативных, опытных и доктринальных форм уголовного судопроизводства в зависимости от происходящих в обществе социальных (в широком смысле) изменений⁴⁵.

В этой связи стремление Казахстана к построению правового и светского общества требует, наряду с развитием и совершенствованием демократических институтов, развития и процессуальных процедур судопроизводства, к каковым относится и суд присяжных. Это отвечает велениям времени, уровню восприятия новых институтов населением.

Большинство граждан нашего государства признают необходимость функционирования суда с участием присяжных заседателей, однако несовершенство законодательных процедур порождает недоверие к указанной форме правосудия, что обуславливает необходимость теоретической проработки возникших проблем с целью повышения эффективности действующих процедур судопроизводства с привлечением граждан. В любой демократической стране каждый гражданин наделен правом участия в отправлении государственной власти, состоящей из трех независимых ветвей: законодательной, исполнительной и судебной (ст. 3 Конституции РК). До принятия Закона Республики Казахстан «О присяжных заседателях» от 16 января 2006 года в нашем государстве народное участие прослеживалось только в законодательной и исполнительной власти посредством прямых выборов депутатов Мажилиса и Президента. Каким-либо образом влиять на судебную ветвь власти народ не мог, поскольку

⁴⁴Якуб М.Л. Процессуальная форма в советском уголовном судопроизводстве (понятие и свойства) // Сибирские юридические записки (Проблемы борьбы с преступностью). Вып. 3. – Иркутск-Омск, 1973. – 190 с.

⁴⁵Томин В.Т. Острые углы уголовного судопроизводства. – М., 1991. – С. 196-197.

судьи назначаются исполнительной властью. Участие общественности в судопроизводстве сводилось до минимума и представлялось лишь институтом понятых и статистов. Поэтому единственным способом сделать правосудие подконтрольным гражданскому обществу явилось принятие закона «О присяжных заседателях», поскольку судебная власть играет особую роль, как в механизме государственной власти, так и в системе сдержек и противовесов при отправлении правосудия. Иными словами, роль судебной власти в механизме разделения властей заключается в сдерживании двух других властей в рамках конституционной законности и права, прежде всего, путем осуществления конституционного надзора и судебного контроля посредством гласного, состязательного и, как правило, коллегиального (в том числе и с участием присяжных заседателей) рассмотрения и разрешения в судебных заседаниях споров о праве. В этой связи только анализ современных проблем социальной обусловленности уголовно-процессуальных форм позволяет выделить наиболее перспективные направления их развития и дифференциации в суде первой инстанции, в целях обеспечения максимальной эффективности и востребованности предлагаемых процедур с одной стороны, и сохранения действующих материально-правовых и процессуальных институтов – с другой. Необходимость такого подхода объясняется тем, что законодательная регламентация деятельности судов с участием присяжных заседателей до настоящего времени по-прежнему находится в определенном отрыве от обеспечения прав и законных интересов участников уголовного судопроизводства, а также интересов гражданского общества, которое формируется в нашем государстве. Причиной этого является, прежде всего, то, что реформирование и дифференциация форм уголовно-процессуальных производств должны носить системный и комплексный характер и должны быть обязательно согласованы между собой. При этом действующие процедуры должны отвечать требованиям реализуемости в рамках существующего законодательства, а не носить чисто умозрительный или просто декларативный характер.

С учетом того, что в общей теории государства и права многовариантность правовых процедур (форм) рассматривается как одно из требований к любой юридической процедуре⁴⁶, полагаем, что вопрос о дифференциации производств в нашем государстве практически решен. Поэтому наряду с сложными судебными процедурами в нашем государстве будут вводиться и упрощенные, причем как в судебных, так и в досудебных производствах. Подтверждением этому является появление различных форм, таких как ускоренное досудебное расследование, досудебное расследование, проводимое в форме дознания и протокольной форме, производство по делам об уголовных проступках, процессуальное соглашение, особый порядок его заключения, рассмотрение уголовных дел в согласительном производстве,

⁴⁶Яковенко О.В. Процедура в праве как категория теории государства и права // Вопросы теории государства и права: Межвуз. сб. науч. тр. – Саратов, 1998. – С. 107.

приказное производство.

Вместе с тем, остаются проблемными вопросы, касающиеся следующего: любые ли процедурные особенности свидетельствуют о дифференцированности формы процессуального производства, каковы критерии самостоятельности существования таких форм и каковы ее направления развития.

Изучение и анализ уголовно-процессуальной литературы по рассматриваемой проблематике показал, что наиболее полно вопрос о понятии процессуальных производств и критериях разграничения уголовного процесса на виды производств (применительно к Российской Федерации) рассмотрен в работах Ю.К. Якимовича⁴⁷. Определяя производство как определенную часть уголовно-процессуальной деятельности, он в качестве главного и универсального критерия их разграничения указывал на направленность производства, выражающуюся в его задачах и предмете, а также на степень сложности производств. В соответствии с направленностью уголовно-процессуальных производств он выделяет три их вида: основные (производства по уголовным делам); дополнительные (направленные на изменение или досрочное прекращение установленного и закрепленного приговором суда уголовно-правового отношения); особые (направленные на применение принудительных мер медицинского характера).

Вторым основанием классификации уголовно-процессуальных производств он определяет сложность уголовно-процессуальной формы. По его мнению, «наличие в уголовном процессе производств, различающихся между собой по степени сложности, свидетельствует о дифференциации советского уголовного судопроизводства». По сложности уголовно-процессуальной формы основные производства дифференцируются на: обычные; упрощенные (производство по делам частного обвинения, производство с протокольной формой досудебной подготовки материалов); производства с более сложными процессуальными формами (производство по делам несовершеннолетних, производство по делам лиц, страдающих психическими или физическими недостатками, производство по делам о преступлениях, за совершение которых может быть назначена смертная казнь)⁴⁸.

С.С. Цыганенко, в целом поддерживая предложенную Ю.К. Якимовичем классификацию, замечает, что в настоящее время объективные процессы развития законодательства дают убедительные основания к увеличению числа процессуальных производств. По его мнению, в уголовном процессе имеются и такие производства, которые не подпадают ни под одну из принятых категорий⁴⁹. Таким образом, то, что структуру уголовного процесса

⁴⁷Якимович Ю.К. Уголовно-процессуальные производства: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. – М., 2002. – 198 с., Якимович Ю.К. Дополнительные и особые производства в уголовном процессе России. – Томск, 1999.

⁴⁸Якимович Ю.К. Структура уголовного процесса: система стадий и система производств. Основные и дополнительные производства. – Томск, 1991. – С. 23-27., Якимович Ю.К. Уголовно-процессуальные производства: автореф. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. – М., 2002. – С. 16-17.

⁴⁹Цыганенко С.С. Проблемы процессуальных производств и их типов // Известия высших учебных

составляет система стадий и система производств, в настоящее время в науке уголовного процесса не подвергается сомнению. Однако дискуссионным остается вопрос о возможности дифференциации в рамках имеющихся производств их упрощенных и сложных форм, как в досудебных, так и судебных стадиях уголовного процесса. Объясняется это тем, что единая уголовно-процессуальная форма может дифференцироваться на различные виды в зависимости от разных оснований, но порядок производства по всем делам, подпадающим под действие дифференциации уголовно-процессуальной формы, должен оставаться единым⁵⁰. Являясь, по сути, антиподами, единство и дифференциация, в том числе и в уголовном процессе, служат иллюстрацией к действию философского закона единства и борьбы противоположностей, лежащего в основе жизни и развития процессов, явлений, общества. Поэтому конкретные формы осуществления уголовно-процессуальной деятельности определяются теми социальными потребностями, которые обслуживает уголовное судопроизводство, затрагивающее не только интересы его непосредственных участников, но и интересы общества и государства в целом.

Если же речь вести только о дифференциации уголовно-процессуальных форм в суде первой инстанции, то, в первую очередь, возникает необходимость в обращении к опыту функционирования судебной системы в Российской Федерации, истоки которой прослеживаются с Судебных Уставов 1864 года. В соответствии с его положениями, судебная система Российской Империи состояла из мировых и общих судов, а формы судебного разбирательства различались в зависимости от вида (тяжести) совершенного преступления и сословной принадлежности подсудимого. Уголовные дела о преступлениях, превышающих подсудность мирового судьи, рассматривались в окружных судах. Если за преступление не предусматривалось наказание в виде лишения свободы с поражением в правах (каторжные работы и исправительные арестантские отделения), то дело рассматривалось тремя коронными судьями. Дела же о тяжких преступлениях рассматривались окружным судом с участием присяжных заседателей. Процедура производства определялась в зависимости от формы осуществления правосудия. Указанное, свидетельствует о дифференцированности предварительного и судебного производств. Возможность и необходимость дифференциации уголовного судопроизводства в то время не отрицалась и теоретиками русского уголовного процесса. «Тяжесть грозящего наказания» и «участие в разбирательстве дела народного элемента в виде присяжных заседателей» обуславливают необходимость сопровождения течения процесса «массой формальностей, которые обеспечивают правильность и справедливость производства». Однако «нельзя требовать, чтобы сумма формальностей, гарантирующих наибольшую правильность решений, была установлена

заведений «Правоведение». – 2002. – №4. – С. 13-21.

⁵⁰Шмарев А.И. Особый порядок судебного разбирательства (вопросы теории и практики): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Ижевск, 2004. – 226 с.

одинаковая для всех дел: это было бы не по средствам государства и бесцельно при несложности многих уголовных дел, вот почему для местных судов должно существовать упрощенное производство»⁵¹. В Российской Федерации предусмотрен многовариантный состав суда первой инстанции. Это рассмотрение дела мировым судьей; единолично судьей районного суда; коллегией с участием народных заседателей в районном и областном суде; с участием присяжных заседателей; коллегией профессиональных судей. В этой связи, по мнению Х.У. Рустамова, на форму правосудия также оказывает влияние система судоустройства⁵².

В Республике Казахстан в суде первой инстанции до принятия Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Гражданский процессуальный кодексы Республики Казахстан по вопросам совершенствования судебной системы» от 10 декабря 2009 года существовали три дифференцированные формы судопроизводства: единолично судьей, коллегией из трех профессиональных судей и двух судей с участием девяти присяжных заседателей. С учетом внесенных изменений, статья 58 УПК РК 1997 г. предусматривала рассмотрение уголовных дел в судах первой инстанции единолично судьей, а по делам об особо тяжких преступлениях, за исключением дел о преступлениях, предусмотренных статьями 165, 166, 167, 168 (частью первой), 169, 223 (частями третьей и четвертой) УК РК, по ходатайству обвиняемого – в составе одного судьи и десяти присяжных заседателей.

УПК РК 2014 года внес определенные коррективы, а именно статья 52 регламентирует рассмотрение уголовных дел в судах первой инстанции единолично судьей, а по делам о преступлениях, за совершение которых уголовным законом предусмотрены смертная казнь или пожизненное лишение свободы, а также по делам о преступлениях, предусмотренных статьями 125 (частью третьей), 128 (частью четвертой), 132 (частью пятой), 135 (частью четвертой), по ходатайству обвиняемого - в составе одного судьи и десяти присяжных заседателей, за исключением дел об убийствах, совершенных в условиях чрезвычайной ситуации и в ходе массовых беспорядков, о воинских преступлениях, совершенных в военное время или боевой обстановке, и преступлениях, предусмотренных статьями 170 (частью четвертой), 175, 177, 178, 184, 255 (частью четвертой), 263 (частью пятой), 286 (частью четвертой), 297 (частью четвертой), 298 (частью четвертой), 299 (частью четвертой) Уголовного кодекса Республики Казахстан.

Рассмотрение уголовных дел в апелляционном порядке осуществляется коллегиально в составе не менее трех судей коллегии, а при рассмотрении жалоб, ходатайств прокуроров на приговоры, постановления суда по делам, рассмотренным в сокращенном порядке или в порядке приказного

⁵¹Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. – СПб., 1999. – Т. 2. – С. 374., Викторский С.И. Русский уголовный процесс: учеб. пос. – М.: Юрбюро «Городок», 1997. – С. 346, 417-418.

⁵²Рустамов Х.У. Дифференциация форм уголовного процесса (современные тенденции и проблемы совершенствования): дис. ... д-ра. юрид. наук: 12.00.09. – М., 1997. – 339 с.

производства, об уголовных проступках и преступлениях небольшой тяжести, по вопросам исполнения приговора, постановления следственного судьи - судьей единолично.

Какие же из указанных форм могут содержать упрощенные процедуры, а какие – сложные и что служит основанием такого разграничения? Если исходить из понимания дифференциации уголовно-процессуальных форм как существования качественных отличий в процедуре соответствующего вида производства и принимать при этом за основу какой-то определенный порядок уголовно-процессуальной деятельности, то действующее законодательство в досудебных и судебных стадиях предусматривает либо упрощенные, либо иные формы соответствующего вида производств (обычные или сложные). В частности, если взять за основную форму досудебного производства предварительное следствие (обычное производство, т.к. именно в такой форме осуществляется досудебная подготовка по подавляющему большинству уголовных дел), то по сравнению с ним процедура дознания предстает как упрощенная форма данного вида производства. Об этом позволяют говорить различия в процессуальном режиме дознания и следствия, которые предусмотрены в УПК РК. Особенности производства по некоторым категориям уголовных дел и особые производства, по сравнению с обычным, содержат процедурные особенности, соответствующие процессуальному статусу вовлеченных в сферу такого расследования субъектов, предполагая наличие дополнительных гарантий, относящихся как к правосудию, так и к правам личности. В этой связи речь может идти о сложных процедурах.

Взяв за основу критерий – объем процессуальных гарантий прав и законных интересов лиц, подвергаемых уголовному преследованию, А.С. Тукиев, в рамках дифференциации уголовно-процессуальной формы, наряду с «первоначальным» единым порядком судопроизводства предполагает выделение исключительного, упрощенного производства и производства с усиленными процессуальными гарантиями прав и законных интересов лиц, подвергаемых уголовному преследованию, к которым относит: производство по делам о преступлениях несовершеннолетних; производство по делам лиц, обладающих привилегиями и иммунитетом от уголовного преследования; судопроизводство по делам о применении принудительных мер медицинского характера к невменяемым; заочное уголовное судопроизводство; судопроизводство с участием присяжных заседателей⁵³. Используя аналогичный критерий дополнительных процессуальных гарантий соблюдения прав и законных интересов личности, А.А. Наурызова относит судопроизводство с участием присяжных заседателей как проявление коллегиальной формы рассмотрения уголовных дел в суде первой инстанции к усложненным уголовно-процессуальным формам⁵⁴.

⁵³Тукиев А.С. Проблемы процессуальной формы заочного уголовного судопроизводства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Караганда, 2005. – С. 14-15.

⁵⁴Наурызова А.А. Сокращенный порядок судебного разбирательства как вид уголовно-процессуальной

При производстве в суде первой инстанции в качестве его дифференцированных форм выступают различные составы суда (единоличное рассмотрение и с участием присяжных заседателей). Полагаем, что упрощенные процедуры (ст. 363 УПК РК) возможны только для производства, осуществляемого единолично судьей, а сложные процедуры могут распространяться на две вышеуказанные формы.

Аналогичная ситуация складывается и в норме статьи 382 УПК РК 2014 года регламентирующей «Судебное разбирательство дела в сокращенном порядке».

Как уже отмечалось, усложненная процессуальная форма характеризуется дополнительными процессуальными гарантиями соблюдения прав и законных интересов личности в силу того, что участник процесса не может осуществлять или ограничен в осуществлении права на защиту⁵⁵. К способам усложнения уголовно-процессуальной формы относят и увеличение сроков производства по делу, участие большего количества субъектов и их более высокое должностное положение, расширенную судейскую коллегию, существование значительного количества проверочных и перепроверочных процедур⁵⁶. Усложняет процедуру и зависимость ее форм от наличия волеизъявления со стороны заинтересованных в исходе дела участников. В частности, волеизъявление сторон является определяющим в судебной системе Соединенных Штатов Америки. Право на рассмотрение дела в суде присяжных предоставляется как обвинению, так и защите. Но если дело будет рассматриваться в суде без участия присяжных, то этот вопрос должен быть согласован между обвинителем и защитником⁵⁷.

Существует мнение о том, что отнесение судопроизводства с участием присяжных заседателей к усложненным процессуальным формам весьма условно, поскольку это лишь иная процедура деятельности суда первой инстанции, обусловленная существованием двух самостоятельных коллегий, раздельно разрешающих вопросы фактического и правового характера⁵⁸.

Позволю не согласиться с указанной позицией, т.к. суд с участием присяжных заседателей – не просто сложная форма судопроизводства, а ее особый вид, предназначенный для совмещения профессиональных и нравственно-моральных начал осуществления правосудия, отвечающего интересам всех слоев населения нашего государства. Судебная процедура с участием присяжных заседателей содержит все признаки сложных производств. Так, в качестве дополнительных гарантий соблюдения прав и законных интересов личности при постановке законного, обоснованного и

формы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Астана, 2008. – С. 12-13.

⁵⁵Якимович Ю.К. Уголовно-процессуальные производства: система стадий и система производств. Основные и дополнительные производства. – Томск: Изд-во Томского университета, 1991. – 138 с.

⁵⁶Великий Д.П. Единство и дифференциация уголовно-процессуальной формы: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – М., 2001. – 211 с.

⁵⁷Синтия Алкон. Суд присяжных: Американская модель // Вопросы и пути реализации создания института суда присяжных в Республике Казахстан: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. г. Алматы, 25-26 ноября 2002 г. // Предупреждение преступности: криминологический журнал. – 2003. – №1. – С. 12.

⁵⁸Манова Н.С. Предварительное и судебное производство: дифференциация форм: учебное пособие для вузов. – М.: Приор-издат, 2004. – 176 с.

справедливого приговора выступает процедура отбора кандидатов в присяжные заседатели, предполагающая прохождение через несколько этапов, каждый из которых направлен на выбор действительно достойных, незаинтересованных в исходе дела, объективных участников предстоящего судебного разбирательства.

Согласно статье 1 Закона РК «О присяжных заседателях», каждый гражданин Республики Казахстан, призванный к участию в рассмотрении судом уголовного дела, принимает присягу (ст. 14 Закона), затем его включают в список кандидатов, которые проходят отбор в предварительный список, из которого формируется единый список из основных и запасных присяжных заседателей. При необходимости составляется дополнительный список кандидатов в присяжные заседатели. Закон (ст. 10) также устанавливает определенный ценз для кандидатов в присяжные заседатели, несоответствие которому автоматически исключает возможность его участия в предстоящем судебном разбирательстве. После этого проходит случайная выборка для определения количества граждан, необходимых для обеспечения нормальной работы межрайонного специализированного суда по уголовным делам. В результате происходит увеличение сроков производства по делу, связанное с участием большего количества субъектов, чем это предусмотрено при обычной процедуре судебного разбирательства. Суд с участием присяжных заседателей в межрайонном специализированном суде по уголовным делам и специализированном межрайонном военном суде по уголовным делам действует в составе одного судьи и десяти присяжных заседателей (ст. 544 УПК РК 1997 г.).

Аналогична конструкция статьи 632 УПК РК 2014 года «Состав суда с участием присяжных заседателей», суд с участием присяжных заседателей в межрайонном специализированном суде по уголовным делам и специализированном межрайонном военном суде по уголовным делам действует в составе одного судьи и десяти присяжных заседателей.

Осуществление уголовного судопроизводства с участием присяжных заседателей производится только по ходатайству обвиняемого о рассмотрении его дела таким судом (ст. 546 УПК РК 1997 г., ст. 634 УПК РК 2014 г.), волеизъявление которого влечет обязательность предварительного слушания, в ходе которого он вправе отказаться от указанной процедуры либо подтвердить заявленное ходатайство.

Изложенное полностью подтверждает мнение о том, что производство с участием присяжных заседателей имеет статус самостоятельного усложненного уголовно-процессуального производства⁵⁹.

Об этом свидетельствуют и особенности производства по делам с участием присяжных заседателей, к которым можно отнести следующие: альтернативность, т.е. существование наряду с иными формами судопроизводства; добровольность выбора обвиняемым более предпочтительной

⁵⁹Великий Д.П. Единство и дифференциация уголовно-процессуальной формы: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – М., 2001. – 211 с.

для него формы судопроизводства; строго определенная подсудность уголовных дел специализированным межрайонным судам по уголовным делам; разграничение компетенции профессиональных судей и присяжных заседателей на «судей права» и «судей факта», но под непосредственным контролем профессиональных судей; обязательность проведения предварительного слушания, в ходе которого либо подтверждается ходатайство обвиняемого, либо происходит его отказ; специфические особенности судебного следствия, предполагающего то, что стороны не вправе без разрешения председательствующего упоминать в суде с участием присяжных заседателей о существовании исключенных из разбирательства дела доказательств, ссылаться на них для обоснования своей позиции, а судьи не должны знакомить присяжных заседателей с фактическими данными, недопустимыми в качестве доказательств.

Указанные особенности подтверждают, что суд с участием присяжных заседателей – это не просто сложное производство, а его особый вид, осуществляемый судом первой инстанции (раздел 14 УПК РК 2014 г.), сущность которого заключается:

– в дифференциации уголовно-процессуальной формы, предусматривающей различные процедуры установления виновности и размера наказания исходя из категорий преступлений, перечень которых содержался в ст. ст. 290-2, 543 УПК РК 1997 г., и содержится в ст. ст. 308, 631 УПК РК 2014 г.

– в разумном балансе равновесия между интересами стороны защиты и обвинения, соблюдение которого достигается путем оценки их доводов независимыми представителями различных слоев населения в соответствии с функциональной направленностью суда как органа, вершащего правосудие; в наличии дополнительных процессуальных гарантий, относящихся как к форме отправления правосудия, так и к правам личности; в совмещении профессиональных и нравственно-моральных начал осуществления правосудия, отвечающего интересам всех слоев населения государства.

§ 2. Суд присяжных в уголовном судопроизводстве различных стран

Исследуя историю возникновения, становления и развития суда с участием присяжных заседателей в уголовном судопроизводстве различных стран, можно выделить несколько исторических периодов развития данного института.

Первый этап – античный период, связанный с зарождением основ народного представительства в уголовном судопроизводстве.

Второй этап – становление и развитие суда присяжных в раннефеодальный и период буржуазных революций.

Третий этап – упразднение или трансформация суда присяжных в «смешанные коллегии» в период усиления тоталитарных или репрессивных режимов.

Четвертый этап – распад СССР и социалистического лагеря, возрождение суда с участием присяжных заседателей на постсоветском пространстве.

Пятый этап – апробация законодательно регламентированных процедур суда присяжных в Российской Федерации и Республике Казахстан, а также поиск новых эффективных средств осуществления правосудия, как в упрощенных, так и в усложненных формах.

Античный период.

Судебное разрешение споров – одна из древнейших и жизненно необходимых форм реализации властных полномочий. С возникновением государства правосудие становится одной из привилегий носителя верховной власти, который ещё в древние времена отождествлял в своем лице высшую справедливость и божественный промысел. Например, в Древнем Египте такой фигурой являлся фараон, именем которого и осуществлялось правосудие. В Древней Греции первым видом судов был суд басылея – племенного вождя, который обладал неограниченной властью над согражданами, над их жизнью и имуществом⁶⁰. С развитием демократии совершенствовались и формы судопроизводства, в которых все более стало проявляться народное участие. Объясняя такое положение, И.Я. Фойницкий писал: «История уголовного процесса начинается развитием в нем частного начала... Мало-помалу выясняется и постоянно развивается публичное начало уголовного процесса; он становится общественным, государственным»⁶¹. Развитие этого начала традиционно прослеживается в истории развития форм уголовного процесса античного периода. Исследуя истоки зарождения коллективных начал в правосудии, В.Н. Бутов приводит следующие исторические сведения. Так, в Древней Греции действовало «обычное право», основные положения которого были записаны Драконтом около 620 года до н.э.. Формами разрешения тяжб выступали поединок, ордалии (судебные испытания) и присяга. Впоследствии производство стало осуществляться ареопагом и судом гелиастов, которые и стали прообразом судов с участием присяжных заседателей. Ареопаг, или коллегия эретов, был судом аристократов в составе 51 члена, в котором председательствовал сам царь (архонт). Дело возбуждалось обвинителем и велось сторонами. В этот период появились первые судебные ораторы, ставящие перед собой задачу убедить не одного или нескольких судей, а убедить народное собрание – элиты греческих городов-полисов. В качестве обвинителя допускался любой гражданин, желающий поддерживать обвинение. Стороны вступали в процесс после принесения присяги. Обвинитель и обвиняемый произносили лично по две речи, стоя при этом на двух необделанных камнях – обвинитель на камне непростения, обвиняемый – на камне обиды. На третий день ареопагиты постановляли приговор по внутреннему убеждению. При равенстве голосов за и против подсудимого оправдывали⁶². Характерной особенностью указанной формы производства являлось то, что ареопаг в

⁶⁰Боботов С.В. Откуда пришел к нам суд присяжных? (англосаксонская модель). – М.: Изд-во Российской правовой академии МЮ РФ, 1995. – С. 3.

⁶¹Фойницкий И.Я. Курс уголовного процесса. – СПб., 1902. – Т. 1. – С. 14.

⁶²Бутов В.Н. Уголовное судопроизводство Австрийской Республики: опыт и проблемы организации и деятельности. – Екатеринбург: Изд-во Урал. гос. экон. ун-та, 1999. – С. 102-105.

одном лице расследовал дело, разбирал его, выносил приговор и следил за его исполнением.

Суд гелиастов (от слова гелиос – солнце) проводился под открытым небом и назывался гелизей, а члены его гелиастами. Он предназначался для свободных граждан, т.к. рабы были бесправны, и рассматривал все дела о тяжких преступлениях, влекущих смертную казнь. Судьи выбирались по жребию из добровольцев. Каждый год назначалось шесть тысяч человек, из которых формировались двенадцать судебных отделений по пятьсот одному человеку в каждом. Иногда в состав суда гелиастов, в зависимости от важности дела, входили 1001, 1501 и даже 2001 судья. Председательствовали фесмофеты (сановники) или те должностные лица, к ведомству которых относилось дело (например, стратег – по воинским преступлениям, полемарх – по делам иностранцев). Обвинителем мог выступать любой гражданин, принесший жалобу в публичных интересах. При рассмотрении наиболее важных государственных дел народное собрание избирало (если не было обвинителей-добровольцев) десять специальных обвинителей. Обвиняемый должен был лично вести свою защиту, но мог с разрешения судей попросить помощи у своих друзей (их называли синегоры – помогающие ораторы). Они выступали не за деньги, что запрещалось законом, а из-за дружбы с обвиняемым или вражды с его противником. Так называемые логографы составляли для сторон речи, которые ими заучивались и произносились наизусть. Ораторам давалось время, измеряемое водяными часами – клепсидой. По наиболее важным делам следствие не ограничивалось, шло «без воды». Председатель только руководил процессом. Решение вопроса о вине принадлежало гелиастам. Они давали присягу судить по законам и постановлениям народа и совета, а в случаях, не предусмотренных законом, – по нелицеприятному убеждению решать обо всем, что содержится в жалобе, и выслушивать с одинаковым вниманием речи обвинителя и обвиняемого. В присягу включалось обещание «не принимать даров ни лично, ни через посредство кого-либо другого». Свидетели присягали у жертвенника и давали показания устно. По окончании следствия вопрос о виновности без предварительного совещания посредством закрытой подачи голосов ставился на голосование. После объявления обвинительного приговора стороны вносили свои предложения о мере наказания, если закон допускал выбор, и судьи вновь голосовали, высказываясь за предложение обвинителя или обвиняемого⁶³.

Для античного правосудия было характерным то, что в нём постоянно соседствуют два начала – публично-правовое и народное: публичное состояло в том, чтобы обеспечить общий интерес всех граждан в каждом конкретном деле, народное – чтобы обеспечить правосудию внешне демократическую форму реализации власти. Эти два начала полностью сохраняют своё действие в эпоху Рима, где в начале II века до н.э. возникла

⁶³Боботов С.В. Откуда пришел к нам суд присяжных? (англосаксонская модель). – М.: Изд-во Российской правовой академии МЮ РФ, 1995. – С. 3.

новая форма суда – постоянная комиссия (квестия). Процесс в суде постоянных комиссий носил обвинительный характер, в необходимых случаях могло проводиться предварительное исследование дела помощниками претора. Обвинителем мог выступать по разрешению претора любой римский гражданин. Действовало общее правило обвинительного процесса, выраженное Цицероном: «Nemo nisi accusatus fuerit, condemnari non potest» (Никто не может быть осужден без соответствующего обвинения). Явка сторон в процесс являлась обязательной, в судопроизводство допускался защитник (патрон, затем оратор). Судопроизводство начиналось с составления списка членов комиссий, стороны имели право отвода. Затем начинался разбор дела по существу, выслушивались обе стороны, обеспечивалось равноправие сторон, но защитник выступал всегда последним. Сразу за проверкой доказательств начиналось совещание членов квестий и вынесение ими приговора. Голосование проводилось вначале устно, позднее – с помощью табличек (A – оправдываю, C – осуждаю, NL – недостаточно доказано). Если голоса делились поровну, обвиняемый оправдывался. Римское право не связывало членов квестий никакими правилами об оценке доказательств. Они свободно принимали и отвергали представленные им показания, документы, но при этом строго соблюдались правила о равенстве сторон, публичности и устности процесса⁶⁴.

С усилением императорской власти в Римском суде произошли существенные изменения. Республиканские суды стали утрачивать свое значение. При Нероне и Траяне появились злоупотребления доносчиков. Тем самым к концу Империи демократические черты римской судебной системы были утрачены. В связи с упадком нравов и ростом числа преступлений в обширных пределах государства возникает потребность в ускоренных и упрощенных формах судопроизводства. Уже в 149 году до н.э. учреждаются постоянные уголовные комиссии по некоторым видам государственных преступлений, например, по делам о взятках и вымогательстве, а по делам о заговорах против государства создаются экстраординарные судебные комиссии. Авторитарные тенденции в правосудии возобладали, и провозглашенное императором Константином в IV веке н.э. равенство граждан перед законом и правосудием на деле оказалось не более чем фикцией⁶⁵.

Становление и развитие суда присяжных в раннефеодальный и период буржуазных революций.

В эпоху средневековья место суда присяжных заняли, с одной стороны, церковные суды, а с другой – сеньориальные суды феодалов. Каждый сеньор, рыцарь, помещик был государем в своих владениях: он чеканил монету, собирал налоги, издавал законы, творил правосудие. Основной формой разрешения споров между феодалами была частная война, победитель

⁶⁴Бутов В.Н. Уголовное судопроизводство Австрийской Республики: опыт и проблемы организации и деятельности. – Екатеринбург: Изд-во Урал. гос. экон. ун-та, 1999. – С. 102-105.

⁶⁵Боботов С.В. Откуда пришел к нам суд присяжных? (англосаксонская модель). – М.: Изд-во Российской правовой академии МЮ РФ, 1995. – С. 3.

оказывался всегда правым. Более крупные феодалы стали постепенно ограничивать войны, разорительные для крестьян, и стали использовать «суд равных», в котором председательствовал высший феодал. Дело решали его вассалы, равные по рангу с тяжущимися, на основании феодальных обычаев. Была внедрена взятая из церковных судов инквизиционная форма расследования дела, а в судебном разбирательстве господствовал обвинительный уклон; широко использовались пытки (ордалии) и допрос с пристрастием. По самым серьезным делам, затрагивающим вопросы жизни, чести и владения землей, основным способом решения тяжбы был судебный поединок. Победитель оказывался правым. В ряде случаев на поединок вызывали и судью, объявив его приговор нечестным. При поединке по делам о преступлениях, влекущих смертную казнь, побежденного тут же отправляли на казнь, обычно на виселицу. Наряду с «судом равных» для феодалов существовал также и суд землевладельца над его подданными, где председательствовал назначенный феодалом прево (судья), который единолично решал тяжбы, взыскивал пошлины в пользу своего господина. В отношении крепостных владелец действовал произвольно. Он мог засадить их в башню своего замка, подвергнуть пытке и т.д., добиваясь желаемого.

В Англии в XII-XIII веках происходит централизация государства, т.е. практически безграничное расширение полномочий абсолютного монарха и его чиновников. Возникает соответствующая судебная организация. Вводится правильная сеть королевских судов, построенных по иерархическому принципу. После принятия в 1215 году Великой хартии вольностей вновь стал возрождаться «суд равных» с участием присяжных. В XIV веке было учреждено обвинительное жюри, которое постепенно стало выделять из своей среды жюри приговора (малое жюри). В судах заседали имущественные граждане – рыцари и собственники (землевладельцы), обладающие определенным уровнем дохода и платящие в казну налоги. В основу английского правосудия было положено право справедливости, источником которого служили древние обычаи предков и нормы нравственности. Английская концепция «суда равных» в дальнейшем получила широкое распространение и в Европе⁶⁶. В этой связи, долгое время этот институт считался специфически английским. Однако «ныне изученные документы уже не оставляют сомнения в нормандском происхождении суда присяжных, занесенного оттуда в зародыше в Англию и там под влиянием местных условий развившегося в законченный институт»⁶⁷.

Впервые суды присяжных появились во Франции, где есть свидетельства появления какого-то их подобия еще во времена правления Людовика Благочестивого в 829 г. нашей эры. Впоследствии он был перенесен в Англию при ее завоевании норманнами во главе с Вильгельмом I (1066 г.) и твердо закрепился там, как неотъемлемая часть английской правовой

⁶⁶Боботов С.В. Откуда пришел к нам суд присяжных? (англосаксонская модель). – М.: Изд-во Российской правовой академии МЮ РФ, 1995. – С. 3.

⁶⁷Чельцов-Бебутов М.А. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. – М.: «Юридическая литература», 1957. – Т.1. – С. 219.

системы к началу XII века. Причиной подобного положения послужил упадок средневековых форм суда, таких как поединок, пари и «суд Божий»⁶⁸. Там же он сохранялся даже в эпоху Средневековья, когда на континенте Европы об этой форме уголовного судопроизводства не могло быть и речи (инквизиция и суд присяжных не совместимы).

Суд присяжных в современном понимании – результат деятельности системы общего права и его исторические корни уходят вглубь многовековой истории, как Европы, так и Великобритании. Документальным подтверждением факта существования суда присяжных являются ордонансы английского короля Генриха II, в одном из которых предписывалось отбирать жюри из числа подданных по двенадцать человек от каждой сотни жителей крупных населенных пунктов и по четыре человека от деревень. На них возлагалась обязанность сообщать под присягой королевским судьям, время от времени посещавшим соответствующую местность, сведения о наиболее серьезных преступлениях и о лицах, их совершивших. Иными словами, тем, кого в наши дни называют «судьями факта» – присяжным, отводилась роль не только судей, решавших вопросы о виновности, но и информаторов – свидетелей, в какой-то мере обвинителей. Суд присяжных современники называли и «судом соседей», поскольку судьями в нем оказывались люди, жившие бок о бок с обвиняемыми и принимавшие решение, опираясь на свое непосредственное знание фактов и данных о личности тех, кого они судили. И лишь в 1194 году состоялось отделение свидетельских и обвинительных функций присяжных от их функции разбирательства уголовных дел по существу. Организационно это выразилось в переходе к двум видам жюри присяжных: Большому жюри, одобрявшему или не одобрявшему предъявление обвинения конкретному лицу, и Малому жюри, которому поручалось решение вопроса о его виновности или невиновности⁶⁹. Первоначально процедура разрешения дел через местных людей называлась вполне на розыскной манер *inquisitio*, или исследование, в империи франков *rescognatio*, то есть раскрытие, дознание – в Англии, где она одновременно именовалась еще и ассизой (*assize*) и только позднее, с переходом к решению вопроса о виновности посредством вердикта присяжных, получила название *jury*. Это нашло отражение в максиме: «*Assisa vertitur in juratam*» (лат.) – ассиза превращается в жюри. Между тем ассизу не следует отождествлять с жюри, так как в последнем присяжные из обвинителей превращаются в судей, а процесс благодаря этому поворачивается лицом к состязательности. Именно ассизы через жюри выросли впоследствии в английский суд присяжных. В Древней Руси формой, весьма напоминающей ассизу, являлся, в частности, сыск с применением так называемого повального обыска, то есть опроса судьями-обыщниками многих местных людей по поводу виновности обвиняемого (ст.

⁶⁸Бернэм У. Суд присяжных заседателей. – М.: «Московский независимый институт международного права», 1995. – С. 6.

⁶⁹Чельцов-Бебутов М.А. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. – М.: «Юридическая литература», 1957. – Т.1. – С. 219.

16-166 главы X Соборного Уложения 1649 г.). В настоящее время остатки ассизы можно обнаружить в институте большого жюри (grand jury) в процессе английского морфологического типа, которое может осуществлять публичное обвинение – presentment, то есть «непосредственно без предварительного исследования и жалобы, предать обвиняемого суду за лично известное ему преступление»⁷⁰.

К XV веку суд присяжных окончательно сформировался как независимый, непредвзятый орган, выявляющий фактическую сторону дела. Важное значение для деятельности суда присяжных послужило судебное решение, принятое в ходе слушания «дела Бушеля», в соответствии с которым присяжный заседатель не должен штрафоваться или сажаться в тюрьму за оправдание обвиняемого. Бушелл был старшиной присяжных, судивших Вильяма Пенна за подстрекательство к мятежу. Несмотря на то, что судья держал присяжных взаперти и не давал им еды и питья, они не приняли вердикт, который он требовал от них, – вердикт виновности. Через четыре дня было сделано распоряжение о представлении арестованного в суд, и Лорд Верховный судья освободил присяжных заседателей. На здании Олд Бэйли в Лондоне, которое известно также как Центральный уголовный суд, висит табличка в память об этом судебном процессе⁷¹. Благодаря этому решению к 1670 году суд присяжных превратился в орган, независимый от короля и королевских судей. К началу XVIII века стала характерной для суда присяжных практика вынесения решения по судебному делу исключительно на основании предъявленных на процессе и относящихся только к рассматриваемому делу доказательств. Участие народа в отправлении уголовного правосудия, в особенности в форме суда присяжных, явилось ключевым элементом проведенных в Европе и других странах реформ. В конце XVII и начале XVIII веков в Англии право на суд присяжных было упрочено и стало лозунгом религиозных инакомыслящих и республиканцев в их борьбе против угнетения⁷². Вот именно в этот период суд присяжных стал действительно средством защиты личности от произвола королевской власти, пройдя путь становления на протяжении шести веков.

По мнению К.Ф. Гуценко, Л.В. Головки и Б.А. Филимонова, расцвет суда присяжных связан с буржуазно-демократическими революциями в Европе, Декларацией независимости США (1776 год), распространением западноевропейской культуры на колонии и доминионы⁷³. Переместившись на американский континент, суд присяжных приобрел черты традиционного правового института в США. Право на суд присяжных явилось основой для американского Билля о правах в 1791 году и стало боевым призывом в буржуазном антимоноархическом движении на Европейском континенте

⁷⁰Смирнов А.В. Состязательный процесс. – СПб., 2000. – С. 42-43.

⁷¹Франк Левидж. Участие присяжных в уголовном судопроизводстве: опыт Англии // Правовая реформа в Казахстане. – 2005. – №1 (27). – С. 42.

⁷²Гейман С. Анализ проектов законов о возрождении народного участия в отправлении правосудия в Республике Казахстан // Правовая реформа в Казахстане. – 2005. – №1 (27). – С. 21.

⁷³Гуценко К.Ф., Головки Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. – М.: ИКД «Зерцало», 2001. – С. 30.

накануне Французской Революции. Они принесли вместе с собой во многие страны романо-германской системы права и суд присяжных, основанный на принципах гласности, устности и состязательности.

В континентальной Европе впервые суд присяжных появился во Франции в период Великой Французской буржуазной революции. Свобода, равенство, братство – политический лозунг, провозглашенный Великой Французской революцией 1789 года, явился основой реформирования старой и появления новой государственной системы управления Франции, в которой важное место занимала организация правосудия. 30 апреля 1789 года происходит знаменательное для суда Франции событие: учредительное собрание принимает решение об учреждении суда присяжных для разрешения уголовных дел. Сущность введения нового института правосудия определила Конституция 3 сентября 1791 года, в которой статья 9 главы 5 раздела 3 гласила: «В делах уголовных ни один гражданин не может быть судим иначе, как по обвинению, возбужденному присяжными или законодательным корпусом в случаях, когда последнему предоставлено право возбуждать обвинение. После предания суду фактический состав деяния поступает на рассмотрение и суждение присяжных». Позже Наполеон распространил указанную форму правосудия на завоеванные им Голландию, Бельгию, Австро-Венгрию, Италию и другие страны.

Большинство Германских государств, ввели суд присяжных после неудавшейся революции 1848 года (хотя в Рейнских землях этот институт существовал и сохранился со времени оккупации армиями Наполеона). Суд присяжных также был включен в Уголовно-процессуальный кодекс объединенной Германии в 1871 году. За ней в 1872 году последовала Испания, приостановившая действие данного института до 1888 года, но где затем суд присяжных укоренился и просуществовал вплоть до гражданской войны 1930-х годов. Большинство итальянских государств ввели суд присяжных к концу XIX века, равно как и Австрия, Дания, Норвегия и другие небольшие государства⁷⁴. Во всех этих странах преобладала классическая (англосаксонская) форма суда присяжных, для которой характерно раздельное существование «судей права» (юристы – профессионалы) и «судей факта» (коллегия присяжных заседателей). Последние решают вопрос о виновности или невиновности подсудимого. Первые ведут процесс, решают так называемые «правовые» вопросы (например, прекращение дела за истечением срока давности, определение допустимости доказательств), формулируют вопросы для коллегии (жюри) присяжных, напутствуют их, а затем, в соответствии с вердиктом, составляют приговор, т.е. подбирают надлежащую статью уголовно-материального права и назначают наказание. Присяжные не несут ответственности за свой вердикт, не объясняют его и наделены правом безмотивного оправдания⁷⁵.

⁷⁴Тейман С. Анализ проектов законов о возрождении народного участия в отправлении правосудия в Республике Казахстан // Правовая реформа в Казахстане. – 2005. – №1 (27). – С. 21.

⁷⁵Гуценко К.Ф., Головки Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. – М.: ИКД «Зерцало», 2001. – С. 30.

В Германии суд присяжных (Schöffengericht), введенный в 1848 году, очень напоминал суд присяжных в Англии, но был упразднен в 1922 году и преобразован в единую коллегия – суд шеффенов. В настоящее время германские суды земель (Landgerichte) рассматривают дела о тяжких преступлениях в составе трех судей и двух шеффенов (заседателей). Как и во Франции, решения по всем вопросам профессиональные судьи и присяжные принимают совместно. В Италии суд, рассматривающий дела об опасных преступлениях, состоит из двух профессиональных судей и шести присяжных, образующих также единую коллегия⁷⁶. Своеобразие английского, французского и германского типов уголовного процесса вызвано не разностью политических режимов (во всем западном мире он либерально-демократический) и даже не культурно-этническими отличиями (народы Западной Европы возникли примерно в одно время, родственны между собой и чувствуют свою суперэтническую и цивилизационную общность), а прежде всего уникальностью исторического пути, пройденного каждой из этих европейских стран⁷⁷. Известный немецкий юрист К. Миттермайер объяснял такое положение тем, что «нет суда присяжных вообще, есть суд присяжных английский, французский, американский, бельгийский и др.» Тем не менее, наряду со многими другими авторами он выделял инварианты, отличающие эту процессуальную конструкцию от других. Основная отличительная черта суда присяжных состоит в том, что решение относительно виновности или невиновности подсудимого принимается самостоятельно коллегией непрофессиональных судей. Это – ядро процессуальной конструкции, вокруг которого разворачиваются все остальные особенности – процессуальные, организационные, психологические⁷⁸. Поэтому сложно делать выводы о том, в какой стране форму суда следует считать действительно соответствующей классической модели суда присяжных.

По мнению А.В. Смирнова, профессиональные судьи в силу принадлежности к государственному аппарату всегда останутся ближе к государственному обвинению, чем к гражданской защите, а потому коронный суд всегда (и не без основания) находится «под подозрением» в некоторой пристрастности и склонности к первоочередной защите именно государственных интересов. В то же время жюри присяжных свободно от такого упрека, и условия для состязания сторон обеспечиваются здесь более справедливым образом. Изложенное позволило ему прийти к выводу, что основная цель введения суда присяжных, направленная на обеспечение участия граждан в суде, обеспечение его открытости, практического осуществления разделения властей, и в особенности, противопоставление старому, реакционному восприятию судей внутренне свободных, мужественных граждан была выполнена⁷⁹.

⁷⁶ Судебные системы западных государств / Отв. ред. Туманов В.А. – М.: «Закон», 1991. – С. 83, 95.

⁷⁷ Смирнов А.В. Состязательный процесс. – СПб., 2000. – С. 42-43.

⁷⁸ Карнозова Л.М. Возрожденный суд присяжных. Замысел и проблемы становления. – М., 2000. – С. 27-28.

⁷⁹ Смирнов А.В. Состязательный процесс. – СПб., 2000. – С. 42-43.

Получив широкое распространение в XIX веке в странах континентальной правовой системы, суд присяжных пришел в Россию. Суд присяжных был учрежден Судебными Уставами 1864 года в рамках судебной реформы Александра II. Поскольку в прошлом Россия не имела каких-либо институтов, сходных с судом присяжных, составители Судебных Уставов 1864 года, на основе тщательного изучения английского и французского законодательства, позаимствовали английскую модель (1+12). К. Миттермайер относительно российского дореволюционного института присяжных отметил, что в нем «несравненно менее заметна подражаемость предписаниям французского законодательства... напротив того, он гораздо больше держится английского образца, хотя и с этой стороны далек от слепого подражания»⁸⁰.

И.Я. Фойницкий под присяжными заседателями понимал представителей народа, отбираемых из разных слоев общества и созываемых в суд для того, чтобы коллегия, выслушав доказательства и доводы сторон, вынесла вердикт о виновности либо невиновности подсудимого в совершении преступления, в котором его обвиняют. Причем вердикт могли вынести только присяжные заседатели. Что касается профессиональных судей, называемых также коронными, то они не могли присутствовать при совещании присяжных, «дабы не стеснять присяжных давлением со стороны профессиональных судей»⁸¹.

Присяжными могли стать только российские подданные, отвечающие установленным законом требованиям. Специальные судебные комиссии заблаговременно готовили списки тех, кто в данной местности мог быть вызван в суд в качестве присяжных. Судебный Устав 1864 года закрепил механизм составления общих и запасных списков присяжных заседателей и определил обязанности ежегодно создаваемых временных комиссий. В губерниях они формировались из лиц, назначавшихся для этой цели ежегодно уездными земскими собраниями, а в крупных городах – объединенными заседаниями городских дум и местных уездных земских собраний. Председательствующий судья и священник приводили приглашенных кандидатов к присяге (давали клятву), перед тем как приступить к своим обязанностям, откуда и пошло название «присяжные».

В статье 645-7 Устава уголовного судопроизводства приводится текст данной присяги, которая была изложена следующим образом: «Обещаю и клянусь Всемогущим Богом пред Святым Его Евангелием и Животворящим Крестом Господним в том, что по каждому делу, по которому буду избран Присяжным Заседателем, приложу всю силу разумения моего к тщательному рассмотрению как обстоятельств, уличающих подсудимого, так и обстоятельств, его оправдывающих, и подам решительный голос согласно с тем, что увижу и услышу на Суде, по сущей правде и убеждению моей совести, не оправдывая виновного и не осуждая невиновного, памятуя, что я

⁸⁰Миттермайер К. Новый проект русского уголовного судопроизводства// В сб.: Суд присяжных в России: Громкие уголовные процессы 1864-1917 г.г./ Сост. С.М. Казанцев. – Л.: «Лениздат», 1991. – С. 7.

⁸¹Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. В 2-х т. – СПб.: Изд-во Альфа, 1996. – Т. 1. – С. 368.

во всем этом должен дать ответ пред законом и пред Богом на Страшном Суде Его. В удостоверение сего целую Слова и Крест Спасителя Моего. Аминь».

В статье 645-9 Устава уголовного судопроизводства предусматривалась присяга для заседателей неправославного исповедания, которая проводилась в соответствии с догмами и обрядами их веры, духовным лицом их вероисповедания, а от лиц, принадлежащих к вероучениям, не приемлющим присяги, отбиралось торжественное обещание, соответствующее присяге. Примечательно, что с самого начала деятельности суда присяжных из его подсудности были изъяты дела о политических и религиозных преступлениях⁸². Первые заседания суда присяжных в России состоялись в 1866 году в Санкт-Петербурге и Москве. С 1866 по 1883 годы было образовано 59 судов присяжных. В середине 80-х годов XIX века открытие новых судов временно прекратилось. Указ о завершении судебной реформы был издан лишь в 1899 году. Суды присяжных заседателей начали действовать в Астраханской, Олонецкой, Оренбургской, Уфимской губерниях, позднее – в Енисейской и Иркутской губерниях, Забайкальской и Амурской областях, губернии Прибалтийского края и Варшавского судебного округа. В некоторых губерниях Сибири и Средней Азии суд присяжных так и не был создан⁸³. Особенности Российской империи не позволили ввести суд присяжных на всех ее территориях. Комиссия, осуществлявшая работу над судебной реформой в 1861 году, обобщила замечания по поводу ввода суда присяжных в России. К примеру, астраханский губернский прокурор коллежский асессор Фукс высказывал опасения о невозможности введения суда присяжных на национальных окраинах России: «Калмыки не могут быть присяжными по причине незнания русского языка, а кроме того, по причине взглядов на преступление, оправдывающих ловкое и удачное воровство скота». Он также рекомендовал: «Полезно было бы открытие судов присяжных совершать зимой, так как лето самая жаркая рабочая пора»⁸⁴. Коллежский асессор В. Соболев выражал обеспокоенность сословной разобщенностью членов суда присяжных, незнанием иностранных выражений частью населения и существованием обычая выражаться по-иностранному у высших слоев, таким образом крестьяне будут предвзяты к бывшим владельцам⁸⁵. Эти замечания отражают особенности России, которые иным странам не присущи в столь значительной степени. И, как показала история, эти особенности играли значительную роль в дальнейшем функционировании и реформировании суда присяжных. Так, несмотря на ограничительный имущественный ценз,

⁸²Кожевников М.В. История Советского суда 1917-1956. – М., 1957. – С. 5., Ривлин А.Л. Организация суда и прокуратуры в СССР. – Харьков, 1968. – С. 224.

⁸³Петрухин И.Л. Суд присяжных: проблемы и перспективы // Государство и право. – 2001. – №3., Машовец А.О. Особенности уголовного судопроизводства с участием присяжных заседателей: Учебное пособие. – Екатеринбург, 2004. – 73 с.

⁸⁴Замечания о развитии основных положений преобразования судебной части в России. – СПб., 1863. – Т. 2-3. – С. 173-174.

⁸⁵ Там же. С. 79-88.

устранявший от участия в суде присяжных наиболее демократические элементы, мелкобуржуазный состав суда присяжных вызывал иногда резкое недовольство правящих кругов своими оправдательными вердиктами. Поэтому в дальнейшем из ведения суда присяжных были изъяты все дела о посягательствах против должностных лиц. Как свидетельствует история, присяжные проявляли определенную снисходительность к лицам, совершившим служебные преступления и преступления против порядка управления (сопротивление властям, нарушение паспортного режима), а также мелкие кражи. По этим делам присяжные оправдывали более половины обвиняемых. Однако присяжные строже профессиональных судей относились к религиозным преступлениям, крупным кражам, убийствам и грабежам. Обвиняемые стремились, чтобы их дела рассматривались присяжными во время поста и перед большими христианскими праздниками, когда число оправдательных вердиктов почти удваивалось. Подобный субъективный подход можно объяснить, прежде всего, составом присяжных и их правосознанием. Чтобы исправить такое положение, правительство в период с 1873 по 1889 год внесло 10 поправок в закон 1864 года. Изменения судебных уставов 1864 года выразились в значительном сокращении компетенции суда с участием присяжных заседателей, которые не находились в прямой зависимости от правительственных органов и, разрешая вопрос о виновности отдельно от судей чиновников, могли в некоторых случаях выносить приговоры, не угодные реакционному царскому правительству. Например, оправдательный вердикт присяжных заседателей Петербургского окружного суда по делу В. Засулич. В тесной связи с делом В. Засулич законом от 9 мая 1889 года из компетенции суда присяжных были изъяты дела, связанные с нарушением порядка управления, общественного благоустройства и благочиния, должностные преступления. В 1889 году было отменено участие присяжных заседателей в судебных палатах и сенате. Введен ценз грамотности, повышен имущественный ценз, ужесточено наказание за абсентеизм (уклонение граждан от участия в отправлении правосудия в качестве присяжных), запрещены заседания по ночам. В результате доля оправдательных вердиктов присяжных уменьшилась с 43 процентов в 1883 году до 36 процентов в 1889-1891 годах, но осталась достаточно высокой. Приговоры профессиональных судей были, как правило, значительно строже. Согласно статистическим данным, за период с 1864 по 1917 год судами присяжных было рассмотрено примерно 76 процентов всех уголовных дел.

Суд присяжных просуществовал на территории царской России до Октябрьской революции 1917 года и был ликвидирован вместе с другими судебными установлениями⁸⁶.

Упразднение или трансформация суда присяжных в «смешанные коллегии» в период усиления тоталитарных или репрессивных режимов.

⁸⁶Лукин В.П. Проблемы совершенствования деятельности суда присяжных в современной России: Специальный доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации. – М.: ИД «Юриспруденция», 2004. – С. 6-7.

Начиная с 1917 года, вследствие произошедших социальных, экономических, политических и других изменений, классическая форма суда присяжных во многих странах претерпела различного рода модификации от корректировки их количественного состава, объема компетенции до трансформации в суды со смешанной коллегией. В ряде стран (в 1917 г. в РСФСР, в 1919 г. в Венгрии, в 1924 г. в Германии, в 1931 г. в Италии, в 1941 г. во Франции, в 1987 г. в Греции) появились так называемые смешанные формы, в которых профессиональные судьи решают все вопросы права и факта и выносят приговор вместе с присяжными заседателями. В этой связи их только с большой натяжкой можно назвать судом присяжных,⁸⁷ поскольку народные заседатели в силу своей низкой профессиональной подготовки и правовой грамотности практически никогда не голосовали против профессионального судьи. При этом сторонники смешанного суда неизменно настаивают на том, что разделение суда на судей факта (присяжные) и права (судьи) невозможно, так как невозможно отделить юридические вопросы от вопросов фактических обстоятельств дела. В качестве решения проблемы предлагался опыт Германии, где профессиональные судьи и заседатели обсуждают все вопросы права и факта и принимают по ним решения коллегиально. В настоящее время в Германии в состав суда входят один или трое профессиональных судей и от двух до пяти заседателей⁸⁸.

Германская модель правосудия была положена в основу и советской системы судопроизводства. Только «народный элемент» судебной власти в советский период был заменен двумя народными заседателями. Профессором М. С. Строговичем и другими учеными-процессуалистами высказывались предложения по усилению демократической роли народных заседателей, об увеличении их количества до 4, 6 или 12 человек, о допуске их в кассационную инстанцию⁸⁹.

Доказательством малоэффективности участия народных, а не присяжных заседателей в суде, по мнению А. А. Касимова, служили следующие факторы, сопутствующие правоприменительной деятельности:

- не имеющие юридической подготовки народные заседатели принимали решение по делу совместно с судьей-профессионалом, чем заведомо ставились в неравные условия;
- отбор народных заседателей велся судьей или по его поручению аппаратом суда (секретарем судебного заседания) без учета мнения сторон, кроме случаев, когда они могли заявить отвод;
- введенная в Российской Федерации ротация народных заседателей по принципу случайных чисел не разрешила проблему субъективности их отбора судом, а создала дополнительную, громоздкую процедуру;

⁸⁷Гуценко К.Ф., Головкин Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. – М.: ИКД «Зерцало», 2001. – С. 30.

⁸⁸Тейман С. Анализ проектов законов о возрождении народного участия в отправлении правосудия в Республике Казахстан // Правовая реформа в Казахстане. – 2005. – №1 (27). – С. 22.

⁸⁹Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т. 1. Основные положения науки советского уголовного процесса. – М.: Изд-во «Наука», 1968. С. 209-210.

– народные заседатели не обладали реальной самостоятельностью в определении главного вопроса – о виновности подсудимого;

– народные заседатели в связи с формальным привлечением их к отправлению правосудия не проявляли, как правило, заинтересованности в рассмотрении и разрешении уголовного дела;

– не исключалось систематическое привлечение в процесс одних и тех же граждан, согласных с любой позицией судьи⁹⁰.

Указанные причины послужили основанием отказа от данной структуры судебного разбирательства после упразднения СССР.

Суд присяжных (ассизов) во Франции, учрежденный Декретом о судебной организации в 1790 году, был упразднен правительством Петэна в 1941 году и заменен единой коллегией из трех постоянных судей и шести заседателей, решавших совместно все вопросы уголовного дела⁹¹. По уголовно-процессуальному законодательству, действующему там сейчас, суд, рассматривающий дела о наиболее опасных преступлениях, состоит из трех постоянных членов суда (судья – председательствующий и два ассессора) и девяти присяжных заседателей. В отличие от англосаксонской модели суда присяжных, постоянные члены и присяжные заседатели Французского суда составляют единую коллегию, т.е. разграничение компетенции между ними отсутствует, все вопросы «права и факта» решаются совместно. «Однако председатель суда обладает дискреционными полномочиями: он может принимать ряд важных процессуальных решений вне зависимости от мнения остального состава суда. Так, действуя «по совести и чести», он вправе принимать любые меры, которые считает полезными для установления истины»⁹².

В Италии классический суд присяжных был упразднен в 1931 году фашистским правительством Муссолини. С приходом к власти в 1939 году режима Франко суд присяжных упразднен и в Испании. В последующем Италия и Франция сохраняли смешанный суд, который по-прежнему назывался судом «ассизов», а Испания полностью избавилась от какого-либо участия народа в отправлении правосудия, и лишь в конце 1990-х годов ввела вновь суд присяжных.

Немало способствовало отказу от суда присяжных и вынесение оправдательных приговоров, в постановлении которых отмечались следующие недостатки: «необъективность присяжных, их ориентация на групповые интересы; чувствительность к риторике, обеспечивающая доминирующее влияние обвинителя и защитника; подверженность влиянию общественных страстей; беспомощность в исследовании и оценке доказательств в сложных случаях; реальная безответственность присяжных за выносимый вердикт, что приводит к обилию незаконных решений; снижение ответственности профессиональных, прикрывающихся вердиктом

⁹⁰Касимов А.А. Судебная власть: уголовно-процессуальное исследование: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Караганда, 2001. – С. 56-57.

⁹¹Боботов С.В. Французская уголовная юстиция. – М.: «Юридическая литература», 1968. – С. 56.

⁹²Уголовно-процессуальное право / Под общ. ред. Лупинской П.А. – М.: «Юристь», 1997. – С. 241.

присяжных»⁹³. Не последнее значение для оценки суда присяжных имеет и дороговизна этой формы правосудия, крайняя волокита, существенно увеличивающая сроки содержания обвиняемого под стражей до приговора. В этой связи даже в Англии и США усматривается тенденция к сокращению доли рассматриваемых присяжными дел. По разным оценкам суды присяжных в США и Англии рассматривают небольшое количество уголовных дел. По сведениям К. А. Мамаи, в США на долю суда присяжных приходится лишь 7% от общего количества уголовных дел⁹⁴. В.П. Лукин отмечает, что в странах англосаксонского права круг дел, рассматриваемый судами присяжных, относительно ограничен. В настоящее время ими рассматриваются в Великобритании около 2% дел, в Канаде – 1%, в США – 4%. При этом возможное по широкому кругу уголовных дел решение об участии присяжных зависит от волеизъявления сторон. Альтернативой суду присяжных в Великобритании являются магистратские суды, где непрофессиональные судьи рассматривают единолично дела, срок наказания по которым не превышает 6 месяцев лишения свободы. В США подавляющее число дел рассматривается в рамках института сделки о признании (более чем в 90 процентах случаев). В результате удельный вес уголовных дел, разрешаемых с участием присяжных в судах общей юрисдикции, колеблется от 1 до 15 процентов. Однако прослеживается и противоположная тенденция: чем более строгое наказание грозит подсудимому, тем выше вероятность, что он воспользуется правом на рассмотрение его дела с участием присяжных⁹⁵.

Модели отправления правосудия судом присяжных в разных государствах менялись в зависимости от обстоятельств, складывавшихся вокруг них. Некоторые из них носили субъективный характер либо были вызваны неприятием решений, выносимых в них. В основном же, отказ от народного участия в судопроизводстве или существенное его ограничение происходило в государствах, где исчезали демократические начала и возникали тоталитарные режимы, поскольку наиболее репрессивные режимы всегда поддерживались профессиональным судебским корпусом без народных представителей. По мнению С.Т. Теймана, подобное положение объясняется следующим: возможная зависимость судей от органов исполнительной власти или от политических партий; чрезмерная зависимость судей от общественного мнения; в обществе с серьезными классовыми, этническими или социальными противоречиями – принадлежность судей к правящему классу, основной этнической группе или социальной элите; формализованность при отправлении правосудия или профессиональная деформация судей в

⁹³Ллойд Л. Уайнреб. Отказ в правосудии. – М., 1980., Рональд Уолкер. Английская судебная система. – М.: Юрид. лит., 1980. – С. 553-565.

⁹⁴Мамаи К.А. Приветственное выступление на конференции // Вопросы и пути реализации создания института суда присяжных в Республике Казахстан: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. г. Алматы, 25-26 ноября 2002 г. – Алматы, 2002. – С. 9.

⁹⁵Лукин В.П. Проблемы совершенствования деятельности суда присяжных в современной России: Специальный доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации. – М.: ИД «Юриспруденция», 2004. – С. 9.

результате многолетней судебной практики; чрезмерная бюрократизация судебной власти, выражающаяся, например, в принятии судебных решений под влиянием желания подняться по служебной лестнице; избыточный судебный формализм в процессе, практике и языке судопроизводства⁹⁶.

Свое объяснение сложившемуся в Европе положению дает А.В. Смирнов, «отход от суда присяжных является временным и, на первый взгляд, легко объясняется политическими обстоятельствами, в которых принимались соответствующие законодательные решения. Сначала в России (1917 г.), затем в Германии (1924 г.), потом в Испании (1939 г.) и во Франции (1941 г.) наблюдался переход к фактически шеффенскому либо чисто профессиональному принципу образования судебных коллегий. Сопоставление этих дат с историческими событиями тех лет позволяет связать отрицательное отношение к идее суда присяжных с вызреванием и возникновением известных тоталитарных режимов XX в. Такое суждение с внешней событийно-исторической стороны правомерно, но в целом недостаточно, ибо не позволяет удовлетворительно объяснить, почему вот уже пятьдесят с лишним лет в послевоенной демократической Европе большинство государств все ещё не спешат возвращаться к классическому жюри присяжных, подменяя его фактически судом шеффенов или ассизами. Очевидно, не все можно списать на «пережитки тоталитаризма». Проблему следует ставить шире. С общесоциологической точки зрения именно к 20-40-м годам XX столетия индустриальный тип западной цивилизации достиг своей критической точки, что, в частности, нашло свое выражение и в острых социально-политических противоречиях, экономическом кризисе и взрыве тоталитаризма в первой половине столетия. Начиная с 50-х годов и до настоящего времени наблюдается постепенный спад индустриальной «волны», на смену которой идет новая, информационная эра, однако этот процесс ещё не завершен. Индустриализму же свойственна бюрократически-рационалистическая парадигма мышления, в корне враждебная идее «разделения решений» и отдающая предпочтение централизации и стандартизации. В области юстиции она проявляется в стремлении избежать элемента случайности при решении дел непосредственно представителями народа, поставив последних на всем протяжении судебного разбирательства под постоянный контроль состоящих на государственной службе профессионалов, а то и вовсе отказавшись от участия в уголовном процессе заседателей. По всей видимости, такой подход ещё достаточно живуч, отчего возвращение суда присяжных вряд ли будет быстрым и гладким, не встречающим никаких возражений со стороны многочисленного слоя управленцев, воспитанных на идеологии «второй» (индустриальной) волны»⁹⁷.

⁹⁶Тейман С. Анализ проектов законов о возрождении народного участия в отправлении правосудия в Республике Казахстан // Правовая реформа в Казахстане. – 2005. – №1 (27). – С. 22-23.

⁹⁷Смирнов А.В. Обеспечение состязательности в неоинквизиционном и постсостязательных системах уголовного процесса (юридический ренессанс: суд присяжных в 21 столетии) // Введение суда присяжных в Республике Казахстан: вопросы теории и практики: мат-лы круглого стола. – Алматы, 2005. – С. 82-83.

Распад СССР и всего социалистического лагеря, возрождение суда с участием присяжных заседателей на постсоветском пространстве.

После распада СССР и всего социалистического лагеря в Конституциях некоторых бывших советских республик (Российская Федерация, Украина, Казахстан) возродилась идея создания суда с участием присяжных заседателей как средства освобождения судей от их зависимости от местных властей и привлечения народных масс к осуществлению правосудия. Однако большинство из них придерживаются ранее сложившейся системы судопроизводства (один профессиональный судья и два народных заседателя) либо, наоборот, стремятся к ограничению или упразднению какого-либо народного участия. Так, в параграфе 19 УПК Эстонии (2001 год) предусмотрено, что в суде первой инстанции все уголовные дела рассматриваются судьей единолично или коллегией из трех судей. Параграф 14 УПК Латвии сохраняет ранее действующую процедуру из одного судьи и двух народных заседателей. Аналогичный вариант действует в Кыргызстане, в Беларуси, в Туркменистане, Таджикистане и Узбекистане. Советская модель смешанного суда превалирует и в Китае, Вьетнаме, Кубе, Польше, Венгрии, Чехии, Хорватии, Болгарии, Словакии и других государствах бывшего социалистического лагеря⁹⁸. Вместе с тем, это не означает отказ от исследуемой формы правосудия: суд присяжных трансформируется, идет совершенствование основных элементов, выработка наиболее приемлемых механизмов ее реализации. Сторонники суда со смешанной коллегией вполне осознают, что подлинные присяжные, которые совещаются и выносят вердикт без профессионального судьи, лучше содействуют развитию принципов устности, непосредственности, состязательности судопроизводства и т.п.⁹⁹, однако, по мнению С. Теймана, суд со смешанной коллегией более популярен в постинквизиционных системах по причине того, что, по их мнению, он лучше защищает такие принципы инквизиционного процесса, как обязательность суда устанавливать истину по делу, вынести мотивированное решение, которое при необходимости может быть предметом пересмотра по существу¹⁰⁰. Данный этап характеризуется обилием научных публикаций по предлагаемым моделям суда присяжных, проектов законов и пилотных проектов деятельности судов присяжных в различных регионах заинтересованных стран. Обсуждая Концепцию введения суда присяжных в Казахстане, профессор Королевского колледжа Лондонского университета Рейн Мюллерсон отмечал, что введение суда присяжных в Казахстане можно только приветствовать, но у суда присяжных не только положительные стороны. В Великобритании идет дискуссия об ограничении суда присяжных по незначительным делам, которые рассматриваются в нижестоящих судах и

⁹⁸Смирнов А.В. Обеспечение состязательности в неоинквизиционном и постсостязательных системах уголовного процесса (юридический ренессанс: суд присяжных в 21 столетии) // Введение суда присяжных в Республике Казахстан: вопросы теории и практики: мат-лы круглого стола. – Алматы, 2005. – С. 84.

⁹⁹Мами К.А. Вопросы создания суда присяжных в Республике Казахстан // Перспективы введения суда присяжных в Республике Казахстан. – Алматы, 2002. – С. 5.

¹⁰⁰Тейман С. Анализ проектов законов о возрождении народного участия в отправлении правосудия в Республике Казахстан // Правовая реформа в Казахстане. – 2005. – №1 (27). – С. 25-26.

требуют быстрого рассмотрения, а также по некоторым сложным финансовым делам. Тем не менее, по мнению автора, необходимость суда присяжных очевидна. Этот институт должен усилить становление независимости судебной власти в Казахстане¹⁰¹.

Предпринимались попытки воссоздания исторически имевших место методов правосудия. В частности, Узбекистан и Кыргызстан попытались интегрировать исторически сильные общественные организации в свои правовые системы. С введением закона «Об органах самоуправления граждан» («Закон о советах старейшин махаллей») 14 апреля 1999 года, Узбекистан провозгласил, что советы старейшин махаллей должны играть более значимую роль в процессе адаптирования усилий правительства, включая «оказание помощи правоохрнительным органам при обеспечении общественного порядка» и защиту несовершеннолетних от участия в нарушении закона¹⁰². Сразу вслед за принятием Закона о советах старейшин (махаллей) правительством был принят «Закон о Посбоне», согласно которому вводится официальная должность, связующая самоуправление махаллей с органами милиции. Государство платит зарплату Посбону, или «защитнику, живущему по соседству», который сотрудничает с комитетами махаллей и местной полицией, помогая предотвращать преступления, поддерживать общественный порядок и укреплять «общественные и моральные устои» общества.

Кыргызстан провозгласил легитимность и важность судов аксакалов в 1995 году указом Президента А. Акаева, утверждающего регулирование судами аксакалов административных правонарушений, имущественных, семейных и иных споров и неопасных преступлений. В Законе Кыргызской Республики «О судах аксакалов», принятом 4 июня 2002 года Законодательным собранием Жогорку Кенеша Кыргызской Республики, правительство провозгласило, что суды аксакалов должны защищать погранные права, укреплять законность и правопорядок и формировать более уважительное отношение к закону, морали, истории и традициям Кыргызской Республики. В Таджикистане была принята система самоуправления джамоаты, по подобию комитета махали. Полагаем, что основной причиной предпринятых попыток явилось то, что в указанных странах на тот момент исполнительная и судебная власти неспособны были осуществлять правосудие имеющимися структурами. Результатом действия судов «аксакалов» в Кыргызской Республике явилась широкомасштабная критика. В 1996 и 1997 годах организация «Международная амнистия» обвинила суды «аксакалов» в противоправных действиях, включая забивание камнями, порку, незаконное задержание, плохое обращение и даже смертную казнь, в одном случае¹⁰³. Широкий набор жалоб указывает на чрезвычайно

¹⁰¹Рейн Мюллерсон. К справедливому судебному разбирательству // Юридическая газета. – 2006. – 3 мая.

¹⁰²Об органах самоуправления граждан. Закон Республики Узбекистан. (Ведомости Олий Мажлиса Республики Узбекистан, 1999 г., № 5, ст. 110; 2003 г., № 9-10, ст. 149; Собрание законодательства Республики Узбекистан, 2004 г., № 37, ст. 408, № 51, ст.514; 2007 г., № 39, ст. 399; 2008 г., № 16, ст. 117; № 52, ст. 513).

¹⁰³Хандрахан Л.М. Предпосылки международных стандартов в области прав человека и похищения невест в Республике Кыргызстан // Флетчеровский журнал исследований. – 2000. – Т. 16. – 281 с.

рискованное внедрение системы суда «аксакалов», самоуправления махалли и джамоаты. Это стало следствием нехватки судей во многих регионах, в результате чего общественные институты самоуправления стали выполнять функции судебных органов. На наш взгляд все эти институты не были достойной альтернативой регламентированному, кодифицированному праву, а просто заменили его в тех регионах, где население имеет ограниченный доступ к информации о традиционных формах права.

А.В. Смирнов, беря за основу существующие исторические формы судопроизводства, комментирует сложившуюся ситуацию следующим образом. «Что же касается национальных легислативных форм, то их подчиненность политической системе более очевидна. Они, как правило, отражают то соотношение между правовым статусом граждан, с одной стороны, и государственных органов – с другой, которое желает сохранить данный политический режим. Зависимость этих форм от политики сильна и в значительной степени субъективна. Так, многие страны Восточной Европы, оказавшиеся после Второй мировой войны в сфере политического влияния Советского Союза, решились взамен старых, «буржуазных», ввести у себя «социалистические» формы уголовного судопроизводства, которые должны были по примеру СССР обслуживать «диктатуру пролетариата» и бороться с «классовыми врагами». Основными их признаками стали преобладание розыскных начал над состязательными (подчеркнутая официальность, всеислие органов досудебного производства, гипертрофированная роль прокурора, надзирающего не только за предварительным расследованием, но и за судом, обвинительные полномочия суда, приниженная роль защиты и т.д.), прикрытое демократической фразеологией, а также особенно «чуткое реагирование на требования уголовной политики». После «самороспуска» социализма процессуальные формы этих стран сразу же вернулись в прежнее русло. Здесь не было «тектонического» смещения архетипов – они просто еще не успели сдвинуться с места, изменились лишь внешние законодательные формы. Признаки легислативных форм менее устойчивы, чем признаки форм исторических, под влиянием момента они способны легко изменяться, но также быстро и возвращаться к исходному типу. Лишь в отдельных случаях посредством легислативных изменений происходит смена исторических форм – там, где для этого вызрели объективные условия. Если этих условий нет, внешняя смена формы процесса будет иметь чисто бутафорский характер, когда же они есть, изменение легислативной формы, как правило, совпадает с изменением исторического типа»¹⁰⁴.

Пятый этап характеризуется апробацией законодательно регламентированных процедур суда присяжных в Российской Федерации и Республике Казахстан, а также поиском новых эффективных средств осуществления правосудия, как в упрощенных, так и в сложных формах.

Немецкий профессор Томас Вейгенд заметил, «сегодня наблюдается триумфальное шествие сокращенных форм уголовного судопроизводства.

¹⁰⁴Смирнов А.В. Состязательный процесс. – СПб., 2000. – С. 54.

Полная состязательная форма судебного разбирательства с участием присяжных заседателей сохраняется только для самых тяжких уголовных дел или тех, где обвиняемый не признает свою вину»¹⁰⁵. Полагаем, что данный процесс будет продолжаться и далее по мере усиления демократических начал в целях устранения последствий репрессивного уголовного процесса, действовавшего в странах бывшего социалистического лагеря.

§ 3. Исторический экскурс суда с участием присяжных заседателей в Казахстане

Процесс создания правового государства, прежде всего, предполагает переосмысление пройденных этапов становления правовой системы, периодов ее трансформации и определение перспектив дальнейшего развития. Принимая во внимание особенности исторического контекста, ознаменовавшиеся обретением независимости, суверенный этап казахстанской государственности, несмотря на его исключительную социальную и политическую значимость, не может рассматриваться в отрыве от предшествующих временных вех, обусловивших и во многом естественным образом предопределивших современные социально-правовые реалии¹⁰⁶. Исторические источники свидетельствуют, что нормы обычного права, принятые в родовых общинах на территории Великой степи, были во многом определены традициями законодательного характера, установленными принципами кочевой культуры, не имевшей единого писаного права. Казахское обычное право – адат – устно передавалось из поколения в поколение, приспособляясь и изменяясь в соответствии с изменением экономической жизни страны¹⁰⁷. В специальных историко-этнографических исследованиях делается вывод, что нормы обычного права в первую очередь были приспособлены для защиты собственности, охраны привилегий казахской знати»¹⁰⁸. После присоединения Казахстана к Российской Империи на его территории судопроизводство осуществлялось по законам царской России. Поэтому социально-политические и иные предпосылки создания суда с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан необходимо искать в истории обоих государств. Так, Устав о сибирских киргизах от 22 июня 1822 года, созданный генерал-губернатором Сибири М.М. Сперанским, подразделял все судебные дела, возникающие среди киргизов, на три категории: уголовные,

¹⁰⁵Стивен Тейман. Тенденции изменения роли прокурора в уголовном процессе: сравнительный анализ // Процессуальный контроль в уголовном судопроизводстве Республики Казахстан: современные проблемы и перспективы развития: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. – Алматы, 2004. – С. 55-56.

¹⁰⁶Туякбай Ж.А. Правовые основы государственной политики Республики Казахстан в сфере уголовной юстиции: науч. изд. – Алматы: Жазушы, 2004. – С. 8.

¹⁰⁷Культелеев Т.М. Уголовное обычное право казахов. – Алма-Ата: АН КазССР, 1955. – С. 54., История Казахской ССР с древнейших времен до наших дней. В 5-и т. – Алма-Ата, 1979. – С. 341., Султанов Т.И. Кочевые племена Приаралья в 10-15 веке. – М., 1982. – С. 77.

¹⁰⁸Сулейменов Б.С. Об административном устройстве казахской степи по реформе 1867-1868 г.г. // Вестник АН Казахской ССР. – 1951. – №2. – С. 118-126.

исковые и по жалобам на Управление (§ 205)¹⁰⁹. Положение об управлении оренбургскими казахами, утвержденное в июне 1844 года, отнесло к компетенции общеимперских судов все основные категории уголовных дел (§ 56, 57, 58). В подсудности судов биев были оставлены незначительные дела, связанные с совершением маловажных преступлений (§ 59), хотя на практике суды биев продолжали рассматривать большинство общеуголовных преступлений, совершенных казахами¹¹⁰. Несмотря на установленные законами царского правительства некоторые ограничения, суд биев превышал свою компетенцию. Во многих случаях он продолжал рассматривать крупные уголовные дела, которые давно были изъяты из его ведения и переданы в общеимперский суд. Так, в Семиреченской области за 1887 год биями-судьями было рассмотрено 7 873 уголовных и гражданских дела, волостными съездами биев – 4 960 и чрезвычайными съездами биев – 4 982 дела. Всего в трех инстанциях суда биев было рассмотрено 17 815 дел, связанных с взысканием куна за убийство, с барымтой, кражами, а также похищениями женщин. По данным Сыр-Дарьинского областного управления за 1893 год, суды биев Чимкентского уезда рассмотрели 4 129 уголовных дел, суды биев Казалинского уезда – 2 159 уголовных дел. За 1894 год суды биев Перовского уезда рассмотрели 7 790 уголовных и гражданских дел. Таким образом, только по указанным двум областям Казахстана суд биев ежегодно рассматривал до 32 тысяч уголовных и гражданских дел¹¹¹.

Общеизвестный факт, что суд присяжных не был введен в тот период в Казахстане и Средней Азии, не означает, что вопрос о его введении не возникал и что указанный институт чужд отечественному судопроизводству, поскольку исторические факты свидетельствуют о том, что суд биев, существовавший в истории Казахстана, содержал в себе элементы народного участия в судопроизводстве. Так, Ч. Валиханов в своих «Записках о судебной реформе» писал: «Мы думаем, что нет никакой особенной надобности устраивать особый суд для нашей степи. Еще вопрос о выборе присяжных. Признаться, трудно ручаться за беспристрастный выбор этих лиц и нельзя не бояться влияния знатных ордынцев и родовых симпатий и антипатий. Чтобы избежать этого неудобства, нам кажется, что можно бы выбор присяжных производить при суде, взяв список всех биев, решавших в предыдущем году какие-либо дела, и избрав из них по жребию присяжных. Содержание присяжных во время сессии суда, конечно, ничего не будет стоить, если принять в расчет ту экономию, которую приобретает казна, не учреждая для степи особого окружного суда». В пользу своих доводов он приводил обычай, применяемый судами биев в древней народной форме: «...когда не было против обвиняемого явных улики, но имелось только сильное

¹⁰⁹Устав о сибирских киргизах от 22 июня 1822 г. // Мат-лы по истории политического строя Казахстана. – Алма-Ата, 1960. – Т. 1. – С. 93-109.

¹¹⁰Положение об управлении оренбургскими казахами от 14 июня 1844 г. // Мат-лы по истории политического строя Казахстана. – Алма-Ата, 1960. – Т. 1. – С. 216-226.

¹¹¹Сапаргалиев М.С. История народных судов Казахстана (1917-1965). – Алма-Ата: Изд-во «Казахстан», 1966. – С. 34-35.

подозрение, то бии прибегали к посредничеству честных родовичей, которые присягой обвиняли или оправдывали подсудимого. Число этих «присяжных» и круг для их выбора обуславливались важностью рассматриваемого дела. Таким образом, присяжные выбирались иногда из близких соплеменников подсудимого, а иногда из целой волости или из целого округа»¹¹².

С.Л.Фукс исследовавший вопросы регламентации отношений собственности и уголовных деяний по обычному праву казахов в XVIII – начале XIX века писал, что «во всяком уголовном деле, сторонами были не потерпевший и преступник, а «роды», «отделения», «подотделения», или общины сородичей, к которым принадлежали потерпевший и преступник. Если преступник принадлежал к «добрым людям» своего «родового» объединения, последнее стояло горой за него, выделяло сородичей, которые приносили очистную присягу, чтобы добиться его оправдания; если это не помогало, сородичи пускали в ход все влияние коллектива для того, чтобы добиться согласия на выкуп, и брали на себя уплату выкупа, непосильного и разорительного для отдельного скотовода. При таких условиях можно было добиться согласия на выкуп и уплатить его, при таких условиях бии и заканчивали дело присуждением кунов, тогузов и т.д., зная, что приговор этот реален и реален также причитающийся им «бийлык» (взыскание в пользу бия). Но если преступник не принадлежал к числу тех «добрых людей», зажиточных и благонадежных хозяев, за которых община стояла горой, ему трудно было найти и присягателей, еще труднее было рассчитывать на материальную помощь общины для уплаты тогузов, поддержку сородичей, которые помогли бы ему договориться о выкупе с «родом» потерпевшего»¹¹³.

Согласно исследованиям М.С. Сапаргалиева, Степным положением 1891 года были намечены первые шаги по организации окружных судов. Но только после издания закона 1898 года, то есть через 34 года после общеимперской реформы, в Сыр-Дарьинской, Семиреченской, Акмолинской, Семипалатинской, Уральской и Тургайской областях судебная система строилась в соответствии с судебными уставами 1864 года, определившими судебное устройство всей России. Были созданы Ташкентский, Верненский, Омский, Семипалатинский и Уральский окружные суды, а также судебные палаты в Ташкенте – для Туркестанского края, в Омске – для Степного края, в Саратове – для Уральской и Тургайской областей¹¹⁴.

Историки свидетельствуют, что в Казахстане были заложены не только предпосылки создания суда присяжных, но и проведены довольно большие организационные мероприятия по его введению и только исторические события, связанные с началом первой мировой войны, не позволили

¹¹²Валиханов Ч.Ч. Собрание сочинений в пяти томах. Т. 4. – Алма-Ата: Гл. ред. Казахской советской энциклопедии, 1985. – С. 98-99.

¹¹³Фукс С.Л. Обычное право казахов в XVIII – первой половине XIX века. Алма-Ата: «Наука» КазССР. 1981. – С. 96-97.

¹¹⁴Сапаргалиев М.С. История народных судов Казахстана (1917-1965). – Алма-Ата: Изд-во «Казахстан», 1966. – С. 34-35.

законодательно оформить его в Казахстане. В одном из исследований приводятся убедительные исторические факты, свидетельствующие о начале процесса введения суда присяжных в условиях колониального Казахстана. Согласно приведенным данным¹¹⁵, в 1894 году на основании «высочайше» утвержденного доклада министра юстиции В.В. Муравьева, в котором он представил «программу своей деятельности по пересмотру судебных уставов»¹¹⁶, была образована комиссия для пересмотра законоположений по судебной части. Она должна была создать единую для всей Российской империи систему судебного устройства. В рамках деятельности этой комиссии была подготовлена крупнейшая в истории Казахстана на рубеже XIX-XX вв. судебная реформа 1898 года. В те же годы, в процессе подготовки реформы 1898 года, рассматривалась возможность введения суда присяжных заседателей в областях Степного генерал-губернаторства. Но тогда из-за незначительной плотности населения, огромного пространства Акмолинской и Семипалатинской областей, недостаточной распространенности среди коренного населения русского языка, «низкого», по мнению колониальной администрации, уровня развития местных жителей, относительно малого числа «обывателей», отвечающих требованиям, предъявляемых законом к лицам, которые могли бы исполнять обязанности присяжных заседателей, было решено не вводить суд с «общественными элементами» в Казахстане.

В мае 1900 года министр юстиции Н.В. Муравьев разослал письма руководителям колониальной администрации в Казахстане с предложением рассмотрения возможности введения суда присяжных заседателей, в котором говорится, со времени введения судебных уставов в России за последние годы XIX и первые XX века условия, не позволявшие распространению на указанные выше территории, суда с участием общественного элемента в значительной мере изменились: улучшение сообщений, проведение великого Сибирского железнодорожного пути и усилившееся переселенческое движение в пределы Сибири, Степных областей, увеличив количество населения, способствовали в то же время поднятию экономического и культурного его состояния: большое значение в деле просвещения имели также меры, предпринятые правительством и органами общественного управления усилению начального образования, увеличили распространение знания русского языка, а также грамотность. При таких обстоятельствах уже появилось необходимое количество людей для составлений списков присяжных заседателей»¹¹⁷, далее он обращается с просьбой к военному губернатору Акмолинской области собрать по вопросу введения суда присяжных заседателей дополнительные данные и заключения местных

¹¹⁵Баяндаров М.Т. Введение суда присяжных заседателей в Казахстане // Право и государство. – 1997. – № 6. – С. 38-45.

¹¹⁶Корнева Н.М. Политика самодержавия в области судоустройства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. – Л., 1990. – С. 13.

¹¹⁷ЦГАРК. Фонд №369. Оп. 1. Дело №3697. Л. 6.

представителей администрации и высших членов судебного ведомства¹¹⁸. Он просил в ускоренном порядке собрать в каждом уезде статистические сведения относительно числа имеющих в среде местного населения лиц, которые владеют землей в количестве не менее 20 десятин или другим имущественным цензом, который определяется в п. 1-3 ст. 84 Учреждения судебного устройства, а также другими требованиями, которые могли быть включены в списки присяжных заседателей общего состава, а также лиц, которые отвечали бы цензовым требованиям, предположенным комиссией для присяжных заседателей особого состава. Комиссия предполагала, что к заседателям особого состава должен быть предъявлен имущественный и образовательный ценз¹¹⁹.

Составление этих сведений, необходимо возложить на особые местные комиссии, образованные в каждом уезде¹²⁰. Заключение областной комиссии, вместе со статистическими данными и другими собранными материалами, министр просил «препроводить в Министерство юстиции в возможно непродолжительном времени, и во всяком случае не позднее 15 сентября сего года»¹²¹. В ответном письме от 21 апреля 1901 года министру юстиции военного губернатора Акмолинской области было отражено, что было созвано особое совещание для всестороннего обсуждения и рассмотрения вопроса о возможности по местным условиям привлечь общественный элемент к отправлению уголовного правосудия в Акмолинской области»¹²².

В письме отмечается, что особое совещание рассмотрело подготовленные уездными комиссиями материалы и заключения и пришло к следующим выводам по отдельным городам и уездам области: для рассмотрения уголовных дел в г. Омске является необходимым назначение шести сессий с присяжными заседателями общего состава. На проведение этих сессий необходимо 240 человек, а всего в г. Омске 320 человек, отвечающих цензовым требованиям; число сессий в Петропавловске необходимых для рассмотрения судебных дел, не превышает четырех, в составе 60 человек каждая. Итого 240 человек в год, а лиц, которые могут быть присяжными заседателями по г. Петропавловску, насчитывается 828 человек; по городам Кокчетаву, Атбасару и Акмолинску необходимо проведение не менее двух сессий в год, считая по 60 человек на каждую сессию. Особое совещание просит министерство юстиции сделать исключение по городам Акмолинску (143) и Атбасару (123) и разрешить лицам, имеющим право быть занесенными в списки присяжных заседателей, ежегодно участвовать в судебных заседаниях. На основании изложенных доводов, «вытекающих из цифровых данных, особое совещание пришло к единогласному и положительному заключению, что общий состав присяжных заседателей может быть введен без всякого замещения и

¹¹⁸ Там же. С. 15.

¹¹⁹ Там же. С. 16.

¹²⁰ Там же. С. 1, 19.

¹²¹ Там же. С. 20.

¹²² ЦГАРК. Фонд №64. Оп. 1. Дело № 2160. Л. 6.

затруднений во всех городах Акмолинской области»¹²³.

Особое совещание признало, безусловно возможным ввести во всех городах Акмолинской области и суд присяжных заседателей «особого состава», при наличии лиц, отвечающих повышенным цензовым требованиям для заседателей особого состава¹²⁴. Казахский съезд, состоявшийся 25 июля 1905 года на Кояндинской ярмарке близ г. Каркаралы, принял петицию к председателю Совета министров, в которой требовал введения суда присяжных в Казахстане.

Комиссия, учрежденная при Министерстве юстиции для пересмотра законоположений по судебной части в 1908 году представила проект закона «О введении учреждения суда присяжных заседателей в Яренском и Усть-Сысольском уездах Волгоградской губернии, в некоторых уездах губерний Архангельской и Тобольской, в губернии Томской и в областях Акмолинской, Семипалатинской и Уральской»¹²⁵. Для рассмотрения проекта закона в Государственной Думе была создана комиссия, которая признала «своевременным и необходимым введение суда присяжных в указанных областях и высказалась за принятие проекта»¹²⁶. Затем проект прошел утверждение в Государственном Совете Российской империи¹²⁷ и подписан императором Николаем II. Точные сроки введения в действие этого закона определялись министром юстиции по согласованию с руководителями колониальной администрации в Казахстане, по мере открытия финансирования в 1909 году.

Согласно закону 1909 года, в Акмолинской, Семипалатинской и Уральской областях общие списки присяжных заседателей составлялись на общем основании, особо по каждому уезду. К статье 672-2 имелось примечание, которое вносило ограничение по религиозному признаку. В Акмолинской и Семипалатинской областях, при составлении списков присяжных заседателей, как очередных, так и запасных, и по периодам судебных заседаний комиссии должны были контролировать, чтобы число не христиан, вносимых в эти списки, не превышало одной четверти всего числа занесенных в списки присяжных заседателей.

Кандидат в списки присяжных заседателей в Степных областях должен был пройти как имущественный, так и образовательный ценз, как и в Европейской части России, но отличительной особенностью требований, предъявляемых к присяжным заседателям в степных областях, был несколько заниженный имущественный и образовательный ценз.

Такая разница объясняется тем, что в казахстанском регионе круг лиц, могущих отвечать требованиям, принятым в метрополии, был значительно уже, и необходимо было уменьшить ценз для допущения необходимого

¹²³ Там же. С. 7.

¹²⁴ Там же. С. 7.

¹²⁵ Собрание узаконений и распоряжений правительства. – СПб., 1909. – 16 мая.

¹²⁶ Доклад комиссии Государственной Думы по судебным реформам. Комментарии к статьям – Стенографические отчеты Гос. Думы. – СПб., 1909. – №247.

¹²⁷ Нарбаев Н.М. Государственный Совет России и эволюция механизма управления Казахстаном в 60-95-е годы XIX в.: дис. ... канд. ист. наук: 07.00.02. – М., 1992. – С. 180.

числа в списки присяжных заседателей.

Количество лиц, могущих быть внесенными в общие списки присяжных заседателей, сильно варьировалось в различных административных регионах, корректировалось уровнем социально-экономического и политического развития, соотношением коренного и переселенческого населения. Так, например, в списке присяжных заседателей на 1914 год по Семипалатинскому уезду числилось 92 человека. Из них казахов было 20, хотя их численность по уезду достигала 70% от общей численности населения. В списке присяжных заседателей по уезду было также 5 чиновников, 30 крестьян, 29 мещан, 4 отставных военных, 2-е - учителей, 1 – потомственный почетный гражданин¹²⁸. В списках присяжных заседателей и лиц, соответствующих условиям избрания в присяжные заседатели по Семипалатинскому уезду на 1912 год, числятся Шакерим Кудайбердиев, сын Абая Кунанбаева – Турагул¹²⁹. В Семипалатинских областных ведомостях № 41 от 8 октября 1911 года и № 44 от 27 октября 1912 года их упоминают в качестве присяжных заседателей¹³⁰. В архивных материалах также имеются расписки Кунанбаева Турагула и Шакерима Кудайбердиева об участии в судебной сессии в сентябре 1912 года¹³¹.

Суд присяжных заседателей был введен в трех степных областях Казахстана, и руководители судебных ведомств и прокуратуры некоторых других областей стали поднимать вопрос о введении суда присяжных. 3 октября 1913 года прокурор Ташкентской судебной палаты поднял вопрос о введении суда с присяжными заседателями в Семиреченской области¹³².

Прокурор Верненского окружного суда говорил о резком увеличении русского населения в области в связи с переселенческим движением и что ввиду этого можно вводить суд присяжных заседателей, так как «крестьяне центральных губерний Европейской России привыкли к суду присяжных»¹³³. Он отмечает, что дел, которые могли быть рассмотрены с участием присяжных заседателей, могло быть 271-428 (взяты минимальная и максимальные цифры), а также о достаточности контингента лиц из местного туземного и русского населения, удовлетворяющих условиям указанным, в ст. ст. 61-84 Учреждения судебных установлений для внесения в общие списки присяжных заседателей¹³⁴. Был разработан проект закона о введении суда присяжных заседателей в Семиреченской области, но из-за начавшейся первой мировой войны он не получил соответствующего законодательного оформления. В последующем в статье 5 проекта программы партии «Алаш» в 1917 году предусматривалось введение суда присяжных по рассмотрению тяжких преступлений, эти положения не были новыми, т.к. в 1910-1913 годах Б. Сыртанов, автор проекта первой конституции Казахского государства,

¹²⁸ ЦГАРК. Фонд №64. Оп. 1. Дело №11. Л. 51-56.

¹²⁹ ЦГАРК. Фонд №64. Оп. 1. Дело № 8. Л. 77-79.

¹³⁰ ЦГАРК. Фонд №64. Оп. 1. Дело № 10. Л. 126-158.

¹³¹ Там же. С. 195.

¹³² ЦГАРК. Фонд №76. Оп. 1. Дело №778. Л. 10-11.

¹³³ Там же. С. 12.

¹³⁴ Там же. С. 14.

предлагал ввести суд присяжных в Казахстане по особо тяжким преступлениям¹³⁵.

Проведенные в Казахстане в 1867, 1868, 1886, 1891 и 1898 годах реформы в области административно-судебного устройства были рассчитаны на приближение системы управления в Степном и Туркестанском краях к общеимперской системе и приспособление этой системы к новым условиям экономического развития империи. Новыми судебными органами, учрежденными согласно закону 1898 года, явились окружные суды, охватившие весь Казахстан, и судебные палаты. Окружные суды заменяли собой существовавшие ранее в Казахстане областные суды. Окружной суд рассматривал подсудные ему уголовные дела с участием присяжных заседателей. Состав суда по уголовным делам образовывался из трех судей-чиновников и 12 присяжных заседателей. В окружных судах присяжными заседателями могли быть только такие лица, которые удовлетворяли целому ряду требований. Списки присяжных заседателей поступали на окончательное утверждение губернатору, который имел право исключить из этого списка любое «неблагонадежное» лицо, что обеспечивало классовый подбор присяжных¹³⁶. Изложенное свидетельствует, что в Казахстане не только имелись предпосылки возникновения суда присяжных, но он фактически был готов, но не был законодательно оформлен в силу сложившихся исторических обстоятельств.

После Октябрьской революции 1917 года были отменены все законы Российской империи, стали приниматься декреты, постановления и другие нормативные акты. Декрет СНК от 24 ноября 1917 года «О суде» № 1 разрешал судам руководствоваться в своей деятельности законами свергнутых правительств лишь постольку, поскольку таковые не были отменены революцией и не противоречили революционному правосознанию¹³⁷. По Декрету о суде № 1 предусматривалось рассмотрение дел в местном суде в составе судьи и двух народных заседателей. П.И. Стучка считал, что для более важных дел число народных заседателей в составе суда должно быть увеличено до шести и даже двенадцати¹³⁸. Надо быть объективным в оценке рассматриваемого периода. Статья 8 Декрета о суде № 2 от 5 марта 1918 года гласила: «Дооктябрьский суд присяжных вовсе «не противоречит правосознанию трудящихся классов». Этот декрет, проект которого проверял и исправлял В.И. Ленин, предусматривал рассмотрение уголовных дел двенадцатью заседателями и одним постоянным судьей.

В марте 1918 года, после принятия Декрета о суде № 2, В.И. Ленин писал: «...мы должны добиться организации подобных судов в самом широком масштабе с распространением их деятельности на всю трудовую

¹³⁵Иткулова А.Б. Сыртанов – автор проекта первой конституции казахского государства. – Алматы: Адилет, 1999. – С. 38.

¹³⁶Сапаргалиев М.С. Возникновение и развитие судебной системы Советского Казахстана 1917-1967 гг. – Алма-Ата: Казахстан, 1971. – С. 50, 60.

¹³⁷Декрет о суде № 1 // Декреты Советской власти / Ред. Комис. Г.Д.Обичкин и др. М., 1957. Т.1.

¹³⁸Основы правосудия в СССР / Под ред. В.М. Савицкого. – М.: Изд-во «Наука», 1981. – С. 161.

жизнь страны. Лишь подобные суды, при условии участия в них самых широких масс трудящегося и эксплуатируемого населения, сумеют в демократических формах сообразно с принципами Советской власти добиться того, чтобы пожелания дисциплины и самодисциплины не остались голыми пожеланиями»¹³⁹. Слом старого суда в ходе революционных преобразований в России не означал отказа от демократических реформ осуществления правосудия в первые годы Советской власти. К сожалению, в действительности дореволюционное уголовное законодательство постепенно было полностью отброшено. Создавались «революционные трибуналы» и «особые следственные комиссии». Декретом о суде № 2 состав суда был существенно изменен. Образовывались окружные народные суды для рассмотрения дел, превышающие подсудность дел местных судов. Уголовные дела рассматривались в составе одного постоянного члена окружного суда – председателя и 12 народных заседателей. Гражданские дела рассматривались в окружных судах в составе трех постоянных судей и четырех народных заседателей¹⁴⁰. В декрете СНК от 20 июля 1918 года «О суде» № 3 говорилось, что «... суды при рассмотрении уголовных дел должны руководствоваться декретами Рабочего и Крестьянского Правительства и социалистической совестью»¹⁴¹, а в положении о народном суде РСФСР уже воспрещались ссылки на законы свергнутых правительств¹⁴².

Весной 1918 года в ряде городов Казахстана Петропавловске, Семипалатинске были организованы окружные народные суды. Дела в окружном суде рассматривались в составе члена суда, который имел совещательный голос, 6 очередных и 2 запасных заседателей. Заседатели определяли виновность обвиняемого, если же он виновен, то степень виновности и размер наказания¹⁴³.

На современном этапе становление судопроизводства с участием присяжных заседателей в Казахстане невозможно рассматривать без внешнего воздействия в условиях глобального мира. Проблема судопроизводства с участием присяжных заседателей находится в рамках общих мировых проблем. Е. Аманшаев, исследуя проблемы периодизации основных этапов человеческой цивилизации с древнейших времен до наших дней, тенденции развития национальных культур, процессы современной глобализации, считает, что прошлое столетие, наряду с очевидным индустриальным, экономическим взлетом, характеризуется и как время крупнейших гуманитарных потрясений, весьма недвусмысленно сигнализирующих о небывалых цивилизационных кризисах¹⁴⁴. Этимология

¹³⁹ Ленин В.И. Полное собрание сочинений. 5-е изд. Т. 1-55. Т. 36. – М. 1958 –65. – С. 163.

¹⁴⁰ Ривлин А.Л. Организация суда и прокуратуры в СССР. – Харьков, 1968. – С. 224., Основы правосудия в СССР / Под ред. В.М. Савицкого. – М.: Изд-во «Наука», 1981. – С. 161.

¹⁴¹ О суде: Декрет СНК от 20 июля 1918 года № 3 // Судебный устав. – 1918. – № 52.

¹⁴² Положение о народном суде РСФСР // Судебный устав. – 1818. – № 85.

¹⁴³ Сапаргалиев М.С. Возникновение и развитие судебной системы Советского Казахстана 1917-1967 гг. – Алма-Ата: Казахстан, 1971. – С. 64.

¹⁴⁴ Аманшаев Е. Цивилизация вселенских кочевников // Каз. правда. – 2006. – 29 сентября.

слова «глобализм» констатирует, что глобальный – означает «всеобщий» (ср. франц. global – «всеобщий, мировой, всемирный»; лат. globus terrae – «Земной шар»). Это действие или состояние, охватывающее весь мир по своим масштабам или применению. Глобализм предстает как установление всеобщего стандарта в потреблении, политике, экономике, образовании, праве и зачастую навязывание силой этого стандарта. Философско-правовые и теоретические проблемы глобализации, раскрывающие политические тенденции глобальных изменений в мире, а также существующие противоречия взаимодействия национальных правовых систем, особенности развития публичного и частного права, перспективы совершенствования юридического образования и психологические аспекты пространства, вызывают возрастающее внимание мировой юридической науки, поскольку абсолютное большинство глобальных процессов, конституирующих складывающийся сегодня тип цивилизации, становление планетарного мироощущения и новых систем ценностей, многополюсной культуры и плюрализма мировоззрений, новых способов коммуникации и деятельности, требуют поиска новых подходов к вопросам государства и права, связаны с существенными изменениями политических и правовых систем, правосознания и юридических институтов¹⁴⁵.

В настоящее время становление суда с участием присяжных заседателей в Казахстане, причины происхождения его у нас и ожидаемые результаты надо рассматривать в трех измерениях. Во-первых, введение суда присяжных на современном этапе рассматривается как процесс, продолжением которому служат положения пункта 1 статьи 6 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, которые гласят: «Каждый имеет право при определении его гражданских прав и обязанностей или при рассмотрении любого уголовного обвинения, предъявленного ему, на справедливое публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона»¹⁴⁶. Аналогичное право провозглашено в статье 10 Всеобщей декларации прав человека: «Каждый человек имеет право на основе полного равенства на справедливое и открытое судебное разбирательство независимым и беспристрастным судом для установления его прав и обязанностей и уголовных обвинений против него»¹⁴⁷; в статье 14(1) Международного пакта о гражданских и политических правах: «...Каждый имеет право при рассмотрении любого уголовного обвинения, предъявленного ему, или при определении его прав и обязанностей в каком-либо гражданском процессе на справедливое и публичное разбирательство дела компетентным, независимым и

¹⁴⁵Перевалов В.Д. Государство и право в условиях глобализации: проблемы и перспективы // Тезисы научных докладов междунар. науч.-практ. конф. – Екатеринбург, 2004. – С. 5.

¹⁴⁶ Конвенция о защите прав человека и основных свобод: принят ETS 4 ноября 1950 г. №5 // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1998. №20, ст. 2143.

¹⁴⁷ Всеобщая декларация прав человека: принята Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 года. // Российская газета. – 1998 г. – 10 декабря.

беспристрастным судом, созданным на основании закона...»¹⁴⁸. Во-вторых, у суда присяжных длительная история, отсчет которой ведется с 1215 года, со времен принятия Великой хартии вольностей, 39 статья которой предусматривала возможность применения наказания свободных не иначе как по законному приговору равных и по закону страны. Этот процесс универсализации суда присяжных продолжается, приобретая новые очертания на каждом витке человеческой истории. В-третьих, суд присяжных уже стал идеологемой, парадигмой, предметом дискуссий по поводу не только тенденций развития и интеграции судебной системы, но и особого видения процессов глобализации. Ныне существование суда присяжных в мире – это не более чем традиция, обусловленная спецификой правовых систем и государственного развития многих стран. Для любого современного демократического государства суд присяжных является своеобразным правовым фетишем¹⁴⁹. Это положение многократно обосновано в работах российских процессуалистов¹⁵⁰. Становление суда с участием присяжных заседателей в Казахстане – это естественная тенденция, складывающаяся в мировой практике и человечестве, и этот процесс происходит в условиях глобализации всех сфер. Мы не могли остаться в стороне от этого процесса, и он оказывает на нашу правовую систему первостепенное значение.

В.В. Лунеев, раскрывая сущностные аспекты глобализационных процессов, пишет, что глобализация несет для определенных государств и народов не столько позитивные изменения, сколько негативные последствия, пути минимизации которых пока недостаточно разрабатываются. Особое значение в структуре негативных последствий представляют криминогенные и иные криминологически значимые последствия глобализации¹⁵¹, поскольку проблемы коррупции, организованной преступности, терроризма в XXI веке приобрели глобальный характер. Имеет место давление на национальное законодательство. Международный эксперт национального законодательства стран СНГ С. Тейман, считает что «правовым реформаторам надо подумать дважды, прежде чем основывать систему уголовного судопроизводства». Прочитываем его: «...хотя я не считаю, что модель, предложенная в проекте о суде присяжных, на самом деле представляет собой «суд присяжных» в формулировке статьи 75 ч. 1 Конституции РК, тем не менее казахстанский проект, благодаря увеличенному количеству граждан, заседающих в каждом

¹⁴⁸ Международный пакт о гражданских и политических правах: Принят Генеральной Ассамблеей ООН 16 декабря 1966 года. (Нью-Йорк, 19 декабря 1966 г.) // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1976 г. - №17 (1831).

¹⁴⁹ Ожегов С.И. Словарь русского языка: Ок. 53000 слов / Под общ. ред. проф. Л.И. Скворцова. – 24-е изд., испр. – М.: ООО «Изд-во ОНИКС», 2005. – С. 1114.

¹⁵⁰ Гуценко К. Суд присяжных: панацея или иллюзия // Вестник Верховного Суда СССР. – 1991. – №3. – С. 31-34., Бойков А.Д. Законность и целесообразность в уголовном судопроизводстве. Кн. «Законность в Российской Федерации». – М.: Спарк, 1998. – С. 193-194., Демичев А.А. Суд присяжных в представлениях нижегородцев

// Социологические исследования. – 2000. – №4. – С. 57-58., Ищенко Е.П. О суде присяжных // мат-лы междунар. науч.-практ. конф., посв. принятию нового Уголовно-процессуального кодекса РФ. 4-6 февраля 2002 г. – М., 2002. – С. 205-207.

¹⁵¹ Лунеев В.В. Преступность XX века: мировые, региональные и российские тенденции. – М., 2005. – С. 121.

составе суда, позволит большему количеству казахстанцев эффективно участвовать в отправлении правосудия и даст им больше прав и властных полномочий для формирования эффективного противовеса по отношению к профессиональным судьям. Несмотря на это, я убежден, что подлинный суд присяжных, который может иметь форму судебной коллегии из одного или трех профессиональных судей и девяти присяжных заседателей, больше отвечает нуждам Казахстана в переходный период, чем суд со смешанной коллегией, предложенный в проекте о суде присяжных»¹⁵².

Одним из множества аспектов глобализации является «тотальная унификация правопорядка, т.е. жизнь по единым принципам, приверженность единым ценностям...»¹⁵³. Это мнение не лишено оснований, т.к. происходит унификация права в целом, идет общий процесс глобализации правового пространства, способствующий созданию единого правового поля, но который нивелирует особенности национального законодательства. Положение стран, признавших нормы права Европейского Сообщества, заставляет обеспечить скорый ввод института присяжных заседателей, а это не всегда совпадает с возможностями доходной части государственного бюджета, с национальными приоритетами его распределения. Поэтому в пределах исследуемого вопроса следует выделить глобальные причины возрождения суда присяжных на континенте. Эти причины вытекают не из единовременного порыва европейских государств, а также стран, входящих в евразийское пространство. Это обдуманый и носящий долговременный характер процесс. Например, в рамках европейского сообщества этот процесс берет отсчет с начала пятидесятых годов. С момента подписания шестью европейскими государствами в 1951 г. Договора об учреждении Европейского объединения угля и стали, Европейское сообщество своими целями ставило создание валютно-экономического и политического союза, а также сотрудничество в области правосудия и внутренних дел.

Изначально основными, выступали вопросы интеграции национальных экономик и формирования единой политической платформы. Это соответственно требует преобразований в надстроечных составляющих. На эти положения обращает внимание А.В. Смирнов, полагая, что приблизительно с середины XX века набирает силу международно-правовая унификация форм уголовного процесса. Ее лейтмотив – концепция прав человека. В целом ряде общепризнанных норм как договорного, так и общего международного права (международные стандарты) содержатся условия, процедуры и гарантии процессуальной деятельности, призванные обеспечить в этой сфере эффективную защиту гуманитарных прав. Посредством международного права складываются предпосылки для постепенного формирования некой универсальной конвергентной исторической формы судопроизводства, интегрирующей лучшие достижения основных

¹⁵²Тейман С. Анализ проектов законов о возрождении народного участия в отправлении правосудия в Республике Казахстан // Правовая реформа в Казахстане. – 2005. – №1 (27). – С. 4.

¹⁵³Черенков В.И. Международный маркетинг: учеб. пос. – СПб.: ИВЭСЭП, 2003. – С. 55.

исторических форм и национальных законодательных судебных систем¹⁵⁴.

Современная эпоха – время глобализации культур, своеобразный момент апогея и порог качественно нового состояния, когда культуры переживают канун слияния в единую общечеловеческую цивилизацию. Следовательно, глобализация – очередная ступень в развитии человеческой цивилизации. Поэтому, невзирая на всевозможные возражения скептиков, дыхание цивилизации еще не закончилось: наоборот, она стоит на пороге новых великих качественных изменений¹⁵⁵. Р.Т. Нуртаев, анализируя актуальные проблемы профилактики преступлений в условиях расширения масштабов глобализационных процессов, считает, что для нашей республики глобализация неизбежна, и особую важность представляет правильное решение задачи профессионального вхождения и дальнейшего логического встраивания в набирающие обороты глобализационные процессы, дабы не оказаться выброшенным за борт мирового развития. В то же время механическое копирование всего, в том числе и отрицательного криминогенного свойства и содержания, что несет с собой глобализация, может привести страну к нежелательным для нее социальным, политическим, экономическим, правовым и нравственным последствиям, в том числе и галопирующему росту преступности, нагнетанию социальной напряженности, девальвации культурных и нравственных ценностей в обществе и другим негативным последствиям¹⁵⁶.

Вопросы и проблемы, которые являются сегодня актуальными для правовой политики государства и юридической науки, связаны с проблемами и процессами глобализации правового пространства. В условиях всеобщности и универсальности проявлений глобализма, влияющих на формирование глобальной правовой системы, изменяющих ее концептуально и институционально, для суда с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан важно сохранение элементов национального права при правильном соотношении с международными институтами и международной правовой политикой. Это связано с тем, что нет ясности в характере влияния глобализации в положительном или отрицательном смысле. Поэтому анализ глобализации, как и других социальных процессов, следует проводить в биполярном пространстве, в оппозициях, в диалектических противоречиях.

Процесс становления в Казахстане суда с участием присяжных заседателей должен происходить в условиях глобального, т.е. всеобщего, универсального, с учетом своих региональных особенностей подхода. Глобализация правового пространства – одна из основных объективных причин введения в Казахстане суда с участием присяжных заседателей, отвечающего международным стандартам правосудия. В рамках европейских

¹⁵⁴Смирнов А.В. Состязательный процесс. – СПб., 2000. – С. 55.

¹⁵⁵Аманшаев Е. Цивилизация вселенских кочевников // Каз. правда. – 2006. – 29 сентября.

¹⁵⁶Нуртаев Р.Т. Актуальные проблемы профилактики преступлений в условиях расширения масштабов глобализации в Казахстане // Профилактическая деятельность государства как одно из основных средств сдерживания преступности в стране: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. – Алматы: ООНИиРИП Академии МВД РК, 2006. – Ч. 1. – С. 82.

стандартов, беря за основу существующие сложившиеся мировые модели отправления правосудия с участием народа, Казахстан создает свою национальную модель института присяжных заседателей, на основе существующей континентальной модели, подвергающейся модернизации с учетом современного состояния и запросов общественной практики.

§ 4. Социальные, политические и организационные условия создания суда с участием присяжных заседателей в Казахстане

В Концепции правовой политики Республики Казахстан до 2010 года отмечалось, что «в нашей республике поэтапно реализован комплекс государственных мер по утверждению судебной власти как самостоятельной и независимой ветви государственной власти, реализующей свои полномочия в интересах защиты прав и свобод граждан, конституционного строя, единого экономического и правового пространства страны»¹⁵⁷. Данное положение получило свое подтверждение в выступлении Главы государства, что «Казахстан сформировал независимую судебную систему, получившую высокую оценку международных экспертов, и находится на пути к введению, согласно мировой практике, института суда присяжных»¹⁵⁸.

С момента введения в действие законов, регламентирующих процедуру судебного разбирательства с участием присяжных заседателей, казахстанское общество проходит серьезное испытание по ее адаптации в судебную систему республики. Предполагалось, что суд с участием присяжных заседателей усилит защиту прав человека, общественный контроль за судами, приблизит судебную систему к народу, ограничит масштабы коррупции и злоупотреблений в судебном корпусе, расширит гласность и коллегиальность судопроизводства, снизит уровень внешнего воздействия на судей при принятии решений и возможную зависимость суда от влияния государственной власти.

Но будем объективны в вопросе кажущейся легкости разрешения и обеспечения видимых изменений в большинстве перечисленных ожиданий. Как правило, институт присяжных заседателей воспринимается через модель отправления правосудия и подсудность уголовных дел, но на наш взгляд, проблема несколько сужена, так как сводится в основном только к рассмотрению определенной категории уголовных дел. Именно такой подход был первоначально обозначен в положениях Конституции Республики Казахстан. Мировой опыт показывает, что для становления института присяжных заседателей требуется устойчивая, стабильная правовая система, наличие у населения более высокого уровня правосознания и правовой культуры, материального и социального обеспечения. «К сожалению, – пишет Г.Ж. Сулейменова, – этого пока нельзя сказать о нашем государстве. В

¹⁵⁷ Концепция правовой политики Республики Казахстан: Указ Президента РК от 20 сентября 2002 года №949 // Каз. правда. – 2002. – 3 октября.

¹⁵⁸ Выступление Президента Республики Казахстан на торжественной церемонии официального вступления в должность 11 января 2005 г. // Каз. правда. – 2006. – 12 января.

суде присяжных даже при самых благоприятных обстоятельствах будет рассматриваться незначительное количество уголовных дел, и поэтому вряд ли такой суд станет важным гарантом независимости суда и повысит качество отправления правосудия в целом»¹⁵⁹.

Аналогичную точку зрения высказывали и работники прокуратуры: «...мнение о том, что коррупцию можно победить либо существенно ограничить её позиции в судебной системе путем внедрения института присяжных заседателей, сильно преувеличено. Причина этого, возможно, несколько скептического отношения к роли института присяжных заседателей в борьбе с коррупцией, очень проста – она состоит в том, что присяжными заседателями будут рассматриваться незначительное число уголовных дел только по особо тяжким преступлениям, за совершение которых закон предусматривает высшую меру наказания или пожизненное лишение свободы»¹⁶⁰.

Анализ уголовного законодательства подтверждал справедливость существовавших мнений на том этапе. Часть 5 статьи 10 УК РК 1997 г. определяла, что особо тяжкими преступлениями признаются умышленные деяния, за совершение которых УК РК предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше двенадцати лет или смертной казни. В Особенной части УК РК 1997 г. содержалось 28 норм, устанавливающих за совершение преступлений наказание в виде лишения свободы на срок свыше 12 лет. Статья 49 УК РК 1997 г. предусматривала, что смертная казнь может устанавливаться за совершение не всякого преступления, относящегося согласно статьи 10 УК РК к категории особо тяжких, а только за такие особо тяжкие преступления, которые сопряжены с посягательством на жизнь человека, а также за совершенные в военное время или боевой обстановке государственную измену, преступления против мира и безопасности человечества и особо тяжкие воинские преступления. Указанные ограничения распространения вида наказания – смертной казни имели существенное значение, прежде всего в законотворческой деятельности. При любых изменениях и дополнениях уголовного законодательства, издании новых законов, устанавливающих уголовную ответственность, смертная казнь не могла предусматриваться в них в качестве наказания произвольно, без учета положений статьи 49 УК РК 1997 года.

Данные преступления систематизировались следующим образом: особо тяжкие преступления, посягающие на жизнь человека: убийство при отягчающих обстоятельствах (ч. 2 ст. 96 УК), посягательство на жизнь Президента Республики Казахстан (ст. 167 УК), посягательство на жизнь лица, осуществляющего правосудие или предварительное расследование (ст. 340 УК); преступления, совершаемые в военное время или в боевой обстановке, направленные против конституционного строя и безопасности

¹⁵⁹Сулейменова Г.Ж. Введение суда с участием присяжных заседателей в Казахстане: идеи и суждения // Предупреждение преступности: Криминологический журнал. – 2003. – №1. – С. 55-56.

¹⁶⁰Прокуратура не покушается на независимость судей: Интервью И.Ж. Бахтыбаева // Закон и правосудие. – 2005. – 30 ноября.

государства: государственная измена (ст. 165 УК), диверсия (ст. 171 УК); преступления против мира и безопасности человечества: ведение агрессивной войны (ч. 2 ст. 156 УК), применение оружия массового поражения, запрещенного международным договором Республики Казахстан (ч. 2 ст. 159 УК), геноцид (ст. 160 УК), участие наемника в вооруженном конфликте или военных действиях или военных действиях, повлекшее гибель людей или иные тяжкие последствия (ч. 4 ст. 162 УК); особо тяжкие воинские преступления, совершаемые в военное время или в боевой обстановке: неповиновение или иное неисполнение приказа (ч. 3 ст. 367), сопротивление начальнику или принуждение его к нарушению служебных обязанностей (ч. 3 ст. 368 УК), насильственные действия в отношении начальника (ч. 3 ст. 369 УК), дезертирство (ст. 373), уклонение от военной службы путем членовредительства или иным способом (ч. 3 ст. 374), нарушение правил несения боевого дежурства (ч. 3 ст. 375), злоупотребление властью, превышение или бездействие власти (ч. 3 ст. 380 УК), сдача или оставление противнику средств ведения войны (ст. 383).

Из перечисленных 17 составов преступлений за совершение 10 из них смертная казнь могла быть применена лишь в том случае, когда они совершены в военное время или в боевой обстановке. В мирное время в правоприменительной практике существовала возможность применения смертной казни только за совершение 7 преступлений: ч. 2 ст. 96 УК; ст. 160 УК; ч. 4 ст. 162 УК; ст. 165 УК; ст. 167 УК; ст. 171 УК; ст. 340 УК.

Указанная категория преступлений, где за основу была взята санкция в виде смертной казни, должна была быть подвергнута изменениям в связи с принятием Закона Республики Казахстан от 21 мая 2007 года «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан», согласно которому пункт 2 статьи 15 изложен в следующей редакции: «...2. Никто не вправе произвольно лишать человека жизни. Смертная казнь устанавливается законом как исключительная мера наказания за террористические преступления, сопряженные с гибелью людей, а также за особо тяжкие преступления, совершенные в военное время, с предоставлением приговоренному права ходатайствовать о помиловании»¹⁶¹. Данные изменения, регламентирующие подсудность уголовных дел суду с участием присяжных заседателей, были внесены только по истечении двух с половиной лет, в связи с принятием Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Гражданский процессуальный кодексы Республики Казахстан по вопросам совершенствования судебной системы» от 10 декабря 2009 года.

В связи с этим не лишены оснований доводы К.Ф. Гуценко, что в судах присяжных рассматривается ничтожно малое количество уголовных дел (не более 1%), в связи с чем наивно рассчитывать на ожидаемый эффект «всеобщей демократизации, гуманизации, повышения справедливости»

¹⁶¹О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан: Закон Республики Казахстан от 21 мая 2007 г. // Каз. правда. – 2007. – 22 мая.

правосудия и в целом правопорядка¹⁶². Это вызывает вполне обоснованное желание, чтобы институт суда присяжных заседателей стал не просто данью моды, а истинно служил праву и законности и был гарантом соблюдения конституционных прав граждан¹⁶³. Не вызывает сомнения тот факт, что формирование суда с участием присяжных в Республике Казахстан связано с процессами глобализации. Как нами уже указывалось ранее, глобализация в этом случае выступает основным внешним фактором, способствующим гармонизации национального права и приведению его в соответствие к международным нормам, о чем уже написано выше. По мнению политологов, глобализация в какой-то мере имеет отношение к теории бесконечного, а бесконечное, как величина неопределенная, не подчиняется тем законам, которым подчинены величины определенные, и, значит, результаты бесконечного могут быть совершенно противоположны результатам определенностей¹⁶⁴. Соответственно процесс становления института присяжных заседателей в Республике Казахстан зависит от целого ряда взаимосвязанных внешних и внутренних факторов и может формироваться субъектами права в зависимости от существующих внутривнутриполитических, демографических, организационных и социально-экономических условий.

Рассмотрим политические факторы становления института присяжных заседателей на примере опыта европейских стран и судебной практики отправления правосудия в суде с участием присяжных заседателей в Казахстане и России. По мнению Стивена К. Теймана, вопрос о народном участии в отправлении правосудия всегда был неоднозначным. «Весьма затруднительно, отмечает он, – если не невозможно, доказать, что правосудие, отправляемое судами с участием народных представителей, будет качественно лучше правосудия, отправляемого профессиональными судами. Вопрос об участии народа в отправлении правосудия, однако, не является чисто юридическим, а, скорее, политическим вопросом разделения властей»¹⁶⁵. Именно так характеризовал суд присяжных и Ф. Энгельс, который писал о том, что суд присяжных по своей сущности – политическое, а не юридическое учреждение¹⁶⁶. Авторы юридического словаря 1953 года усматривали политическую задачу буржуазного суда, как части надстройки над капиталистическим базисом – охрану буржуазного строя, основанного на господстве частной собственности, – обеспечиваемого соответствующим составом присяжных. Вместе с тем они признавали, что буржуазия начинает испытывать неудобство суда присяжных, когда в отдельных случаях

¹⁶²Гуценко К.Ф. Судебная реформа: истоки, некоторые итоги и тенденции // Вестник Моск. ун-та. Серия «Право». – 1995. – №5. – С. 6-7.

¹⁶³Тлеукиенов Н. Суд присяжных должен справедливо разрешать уголовные дела // Закон и правосудие. – 2005. – 2 ноября.

¹⁶⁴Лигновская В. О некоторых актуальных аспектах политической жизни и политической науки // Саясат: Информационно-аналитический журнал. – 2008. – №4. – С. 122.

¹⁶⁵Тейман С. Анализ проектов законов о возрождении народного участия в отправлении правосудия в Республике Казахстан // Правовая реформа в Казахстане. – 2005. – №1 (27). – С. 25-26.

¹⁶⁶Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. – Т.1. – М.: Государственное издательство политической литературы, 1960. – С. 635.

занимающие скамью присяжных заседателей оппозиционно настроенные представители мелкой буржуазии оправдывают лиц, являющихся преступниками с точки зрения правосознания монополистической буржуазии¹⁶⁷.

В этой связи С. Тейман отмечает, что смешанные суды и суды присяжных, как и профессиональные судьи, не ограждены от политических манипуляций при любых исторических формациях. Например, большевистские «народные суды» с народными заседателями, нацистский «народный суд» (Volksgericht) и «народные трибуналы» республиканцев во время гражданской войны в Испании являются примерами извращения данной формы правосудия, равно как и суды присяжных, состоявшие только из белых, на юге США со времени гражданской войны вплоть до движения за гражданские права в 1960-х годах. Но наиболее репрессивные режимы за всю историю человечества всегда поддерживались (вольно или невольно) профессиональным судебским корпусом без народных представителей¹⁶⁸.

Представляет интерес позиция Рольфа Книппера, который также объясняет складывающуюся в мире ситуацию с судом присяжных с распадом социалистического лагеря. Он считает, что, «с одной стороны, легко понять, почему, в особенности после времен тоталитарного режима, попытка нового закладывания уголовной юстиции связывается с активизацией института присяжных, как это имело место не только в Российской Федерации, но и в Испании после времен Франко, и в Южной Корее. С другой стороны, становится понятным и то, почему в странах, в которых по конституции и в политической практике старые, опасные зависимости судей, инквизиторские тайные процессы и неприятие суда более-менее обузданы. Идея участия присяжных в суде все более попадает под политико-правовое легитимационное давление. Это особенно касается как США, так и европейского континента, даже если на практике традиции показывают себя не очень устойчивыми по отношению к традиции¹⁶⁹».

О том, что суд присяжных и в настоящее время приобретает политический оттенок, свидетельствовало рассмотрение в 2006 году Конституционным судом России запроса президента Чеченской республики Аллу Алханова и жалобы жительницы Чечни Коки Тубуровой, являющейся потерпевшей по делу Ульмана, полагающих, что рассмотрение дела группы военных, совершивших убийство мирных граждан на территории Чечни, судом присяжных, составленным из жителей других регионов, без участия жителей Чечни (где суд присяжных начал действовать только с 2007 года) не является конституционным. Заявители полагали, что такой порядок формирования коллегии присяжных является причиной того, что капитан

¹⁶⁷Юридический словарь. – М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1953. – С. 662.

¹⁶⁸Тейман С. Анализ проектов законов о возрождении народного участия в отправлении правосудия в Республике Казахстан // Правовая реформа в Казахстане. – 2005. – №1 (27). – С. 25.

¹⁶⁹Рольф Книппер. Выступление на международной научно-практической конференции «Вопросы и пути реализации создания института суда присяжных в Республике Казахстан». г. Алматы, 25-26 ноября 2002 г. // Предупреждение преступности: Криминологический журнал. – 2003. – №1 (5). – С. 19.

Ульман и его подчиненные дважды были оправданы судом присяжных. Рассмотрев данный запрос, Конституционный Суд Российской Федерации постановил: «...признать взаимосвязанные положения статьи 32 УПК РФ, части 4 статьи 4 Федерального закона от 20 августа 2004 года «О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации» и пункта 5 части первой статьи 8 Федерального закона от 18 декабря 2001 года «О введении в действие Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» (в редакции Федерального закона от 27 декабря 2002 года № 181-ФЗ) в той части, в какой ими регулируется вопрос о возможности рассмотрения окружным военным судом с участием присяжных заседателей уголовных дел об особо тяжких преступлениях против жизни, совершенных на территории, на которую распространяется юрисдикция этого суда, не противоречащими Конституции Российской Федерации, поскольку данные законоположения – по их конституционно-правовому смыслу в действующей системе правового регулирования – предполагают, что для рассмотрения окружным военным судом уголовного дела об особо тяжком преступлении против жизни коллегия присяжных заседателей формируется из граждан, постоянно проживающих на территории того субъекта Российской Федерации, где было совершено преступление, на основе общего и запасного списков кандидатов в присяжные заседатели. При невозможности сформировать коллегия присяжных заседателей на такой основе соответствующие уголовные дела подлежат рассмотрению окружным военным судом в ином, установленном законом составе, без участия присяжных заседателей, при том, что назначение смертной казни не допускается»¹⁷⁰. Рассмотрение этого вопроса в Конституционном суде России вновь привлекло общественное внимание к проблемам развития в России суда присяжных.

На политическую подоплеку института суда присяжных указывал и И.И. Рогов. В частности, он призвал не связывать политику с вопросами правосудия и сосредоточить внимание исключительно на уяснении того, какая из существующих моделей будет эффективной в условиях Казахстана с точки зрения защиты прав и законных интересов как подсудимого, так и потерпевшего и, естественно, общества¹⁷¹. С другой стороны, по мнению Генри Резника, политический характер суда присяжных состоит в том, что присяжные – сами простые люди, которые решают сложнейшие вопросы и сами творят правосудие. При этом укрепляется доверие к власти, когда они видят, что власть их не боится и им доверяет¹⁷².

¹⁷⁰По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального конституционного закона «О военных судах Российской Федерации», Федеральных законов «О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации», «О введении в действие Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Президента Чеченской Республики, жалобой гражданки Г.К. Тубуровой и запросом Северо-Кавказского окружного военного суда»: постановление Конституционного Суда РФ от 6 апреля 2006 г. №3 // М., 2006.

¹⁷¹Рогов И.И. Приветственное выступление на заседании круглого стола // Введение суда присяжных в Республике Казахстан: вопросы теории и практики: мат-лы круглого стола. – Алматы, 2005. – С. 25.

¹⁷²Суд присяжных не имеет себе равных как средство преодоления пассивности и безразличия людей: интервью Генри Резника ИА REGNUM // Режим доступа: <http://www.regnum.ru/>

Обосновывая исторические и политические причины в тезисах, представленных на международной конференции «Участие народа в уголовном процессе в двадцать первом веке», прошедшей в Международном институте уголовно-правовых наук в Сиракузах (Италия) в мае 1999 года, С. Тейман особо выделил роль народного участия в контроле над судебной властью. Суд присяжных, по его мнению, способен защитить от некоторых тенденций, возникающих в судебском корпусе, могущих подорвать справедливую систему оценки уголовной ответственности и наказания. Вместе с тем С. Тейман критически оценивает возможности сильной и политически независимой судебной власти, которая может быть излишне политизирована и слишком сильно зависеть от общественного мнения.

В таких судебных системах образование, личные взаимоотношения и структурная иерархия порождают подобие зависимости и господство институционального или интеллектуального, если не классового (или расового) высокомерия. Так, сильная судебная власть во Франции, Испании, Италии и Германии обычно являлась яркой противницей народного участия в процессе. Судьи в этих странах рассматривали свою задачу как научную, выполнение которой требовало глубоких правовых знаний, что было за пределами возможностей простого представителя народа¹⁷³.

Внешний политический фактор нашел свое отражение и взаимовлияние при определении формы народного участия в осуществлении правосудия, что, в свою очередь, становится внутренним фактором, порождаемым внутренним состоянием государства и общества на определенном этапе развития. Объективная ситуация и жизненные установки диктуют, что государства сами определяют формы и модели народного участия в осуществлении правосудия, некоторые из которых претендуют на будущую модель обеспечения эффективности народного участия. Но не все прогнозы в этом вопросе соответствуют действительности. С. Тейман по этому поводу писал: «По иронии, распространение суда присяжных совпало с резким снижением уровня участия народных представителей в уголовном судопроизводстве в результате упразднения «кивающих» судов с участием народных заседателей. На настоящий период ни одна из бывших социалистических стран Советского блока и ни одна из республик бывшего Советского Союза (за исключением России) не приняла решение ввести или возвратиться к суду присяжных. Украина и Казахстан в своих новых конституциях провозгласили право на судебное разбирательство судом присяжных, но пока не предприняли действий для реализации этих положений. Хотя проект о суде присяжных подразумевает введение «суда присяжных», предлагаемая форма есть не что иное, как расширенная смешанная судебная коллегия, в которой профессиональные судьи и народные заседатели совещаются и принимают решения совместно. Французский суд со смешанной коллегией, также послуживший основой

¹⁷³Тейман С. Анализ проектов законов о возрождении народного участия в отправлении правосудия в Республике Казахстан // Правовая реформа в Казахстане. – 2005. – №1 (27). – С. 22.

написания казахстанского проекта суда присяжных, до сих пор сохранил свое прежнее название *cour d assises* (суд ассизов), а его народные представители продолжают называться *jury* (присяжные). Итальянский суд со смешанной коллегией продолжает называться *corte d assisi* (суд ассизов), и один из видов судов со смешанной коллегией (состоящей из трех профессиональных и всего двух народных заседателей) даже называется «суд присяжных» (*Schwurgericht*). В ходе дискуссий, приведших к введению суда присяжных в Испании, сторонники смешанной судебной коллегии заявляли, что данная форма (смешанная судебная коллегия) также является «судом присяжных», ссылаясь на употребление данного термина Францией и Италией¹⁷⁴.

Не касаясь принципиального вопроса, какую форму суда следует считать действительно соответствующей суду присяжных, надо отметить, что понятие «суд присяжных» происходит из английского языка. В русско-английском юридическом словаре приводится следующий перевод различных форм суда присяжных, близкий по смысловому значению: суд присяжных-*trial by jury*, суд ассизов – *assizes*, шеффенов – *lay judge* или *assessor*, народные заседатели – *peoples assessor*.¹⁷⁵ Континентальная модель суда с участием присяжных заседателей, существующая во Франции именуемая судом с участием ассизов, в Германии с участием шеффенов, признается как смешанная форма, не являющаяся в чистом виде судом присяжных заседателей. В русском языке термин «присяжные заседатели» впервые появился в Уставе уголовного судопроизводства 1864 года. И.Я. Фойницкий под присяжными заседателями понимал определение для представителей народа, отбираемых из разных слоев общества и созываемых в суд для того, чтобы коллегия, выслушав доказательства и доводы сторон, вынесла вердикт о виновности либо невиновности подсудимого в совершении преступления, в котором его обвиняют. Причем вердикт могли вынести только присяжные заседатели. Что касается профессиональных судей, называемых также коронными, то они не могли присутствовать при совещании присяжных «дабы не стеснять присяжных давлением со стороны профессиональных судей»¹⁷⁶.

Присяжными могли стать только российские подданные, отвечающие установленным законом требованиям. Специальные судебные комиссии заблаговременно готовили списки тех, кто в данной местности мог быть вызван в суд в качестве присяжных. Существовавший порядок составления списков присяжных заседателей, закрепленный Судебными уставами 1864 года, должен был гарантировать максимально возможную явку присяжных и наименьшие нарушения при формировании таких списков. В нем был закреплен механизм составления общих и запасных списков присяжных заседателей и определены обязанности ежегодно создаваемых временных

¹⁷⁴Тейман С. Анализ проектов законов о возрождении народного участия в отправлении правосудия в Республике Казахстан // Правовая реформа в Казахстане. – 2005. – №1 (27). – С. 21.

¹⁷⁵ Русско-английский словарь. – Киев, 1996. – 42, 65, 138, 156 с.

¹⁷⁶ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. В 2-х томах. Изд-во Альфа, Санкт-Петербург, 1996. С. 368.

комиссий. В губерниях они формировались из лиц, назначавшихся для этой цели ежегодно уездными земскими собраниями, а в крупных городах – объединенными заседаниями городских дум и местных уездных земских собраний. Председательствующий судья и священник приводили приглашенных кандидатов к присяге (давали клятву), перед тем как приступить к своим обязанностям, откуда и пошло название «присяжные».

В статье 645 – 7 Устава уголовного судопроизводства приводится текст данной присяги, которая была изложена следующим образом: «Обещаю и клянусь Всемогущим Богом пред Святым Его Евангелием и Животворящим Крестом Господним в том, что по каждому делу, по которому буду избран Присяжным Заседателем, приложу всю силу разумения моего к тщательному рассмотрению как обстоятельств, уличающих подсудимого, так и обстоятельств, его оправдывающих, и подам решительный голос согласно с тем, что увижу и услышу на Суде, по сущей правде и убеждению моей совести, не оправдывая виновного и не осуждая невинного, памятуя, что я во всем этом должен дать ответ пред законом и пред Богом на Страшном Суде Его. В удостоверение сего целую Слова и Крест Спасителя Моего. Аминь».

В статье 645–9 Устава уголовного судопроизводства предусматривалась присяга для заседателей неправославного исповедания, которая проводилась в соответствии с догмами и обрядами их веры, духовным лицом их вероисповедания, а от лиц, принадлежащих к вероучениям, не приемлющим присяги, отбиралось торжественное обещание, соответствующее присяге.

Вышеприведенный перевод терминов определяющих значение коллегий присяжных, свидетельствует об одинаковом смысловом значении и происхождении указанных форм судов присяжных. Вопрос о том, «суд присяжных» и «судопроизводство с участием присяжных заседателей» разные по смысловому значению понятия или это понятия определяющие, один и тот же институт будет возникать постоянно.

Статья 75 Конституции Республики Казахстан определяет: «В случаях, предусмотренных законом, уголовное судопроизводство осуществляется с участием присяжных заседателей». В Концепции правовой политики Республики Казахстан, одобренной Указом Президента Республики Казахстан от 20 сентября 2002 года № 949, сказано о необходимости, рассмотреть вопрос о возможности осуществления уголовного судопроизводства с участием присяжных заседателей. В статьях 1, 25 Конституционного закона Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» употребляется термин «присяжные заседатели», которым наравне с постоянными судьями принадлежит судебная власть, когда они привлекаются к уголовному судопроизводству, а также при провозглашении их независимости при отправлении правосудия. Таким образом, речь идет об одном и том же и указывает на особую форму судопроизводства с участием коллегии присяжных заседателей, и это не означает, что такая форма судопроизводства предполагает создание специальных судов.

Министерство юстиции Казахстана считает, что «форма участия присяжных в судопроизводстве должна определяться законом. Право выбора модели принадлежит законодателю. При любой модели судопроизводство осуществляется с участием присяжных. Форма же участия ее пределы, способы определяются законодателем. Конституция позволяет нам выбрать одну из двух основных моделей. Любая из существующих моделей присяжных заседателей не противоречит положениям Конституции Республики Казахстан»¹⁷⁷.

Некоторые авторы к внешнему фактору относят процесс модернизации в Казахстане носящий незавершенный процесс, и исход которого неясен до сих пор¹⁷⁸.

Немаловажное значение для введения суда с участием присяжных заседателей имеет и социально-экономический фактор. По мнению М.В. Сандрачук, обусловлено это тем, что в основе мирового интегрирующего развития лежит международное экономическое и культурное взаимодействие всех стран вне зависимости от уровня их развития и социокультурной специфики, создающее эффект эмерджентности. Взаимодействие всех стран непрерывно подпитывается процессом международного разделения труда, притягательной силой (аттрактором) которого является научно-технический прогресс, его результаты. В этом первоисток современного миропорядка с его иерархической соподчиненностью – системообразующего центра из высокоразвитых в промышленном отношении государств, бывших пионеров промышленной революции, и периферии, догоняющих стран, занимающих разные уровни иерархии, в зависимости от промышленной зрелости. Прогресс высокоразвитого индустриально-технологического и инновационного ядра (США, Англия, Франция, Германия, Италия, Япония) задает технологические, социально-экономические, организационные и управленческие стандарты, которые создают условия и правила игры для всех остальных участников мирового экономического хозяйства. Чтобы освоить эти стандарты, догоняющим странам нужны сходные социальные институты и экономические механизмы. Воспроизвести же подобные институты и механизмы совсем не просто – требуются радикальные социально-экономические преобразования, с одной стороны, отвечающие духу и вызовам времени, а с другой – учитывающие исторические традиции, социокультурную и социально-экономическую специфику каждой страны. Прямое «заимствование» практически невозможно – чуждая среда их отторгает¹⁷⁹.

На этапе становления суда с участием присяжных заседателей в Казахстане серьезное значение имел организационный фактор,

¹⁷⁷Стенограмма заседания круглого стола по обсуждению законопроектов по вопросу введения суда присяжных в Республике Казахстан. 12 марта 2005 г., Астана. С. 12.

¹⁷⁸Лаумулин М. Проблемы модернизации Казахстана и внешний фактор // Саясат: Информационно-аналитический журнал. – 2008. – №4. – С. 72-73.

¹⁷⁹Сандрачук М.В. Экономическая безопасность государства в условиях переходного периода: традиции, опыт, проблемы: монография. – Астана, 2005. – С. 293.

определяющий возможности такой формы правосудия, складывающиеся из количества уголовных дел, рассматриваемых в этом порядке, и реального привлечения граждан к его осуществлению. По предварительным оценкам, ежегодное финансирование уголовного судопроизводства с участием присяжных заседателей должно было обойтись нашему государству в пределах 1,5 миллиарда тенге. Столько же требовалось на приобретение основных средств, для своевременного оснащения судов оргтехникой, оборудованием и автотранспортом. На строительство типовых зданий в областных центрах с обустроенными кабинетами судей, канцеляриями, помещениями для судебных приставов, залами судебных заседаний, совещательными комнатами, кабинетами адвокатов, прокурора, отдельными комнатами для свидетелей, потерпевших, конвойными помещениями потребуется около 7 миллиардов тенге. В общей сложности на создание института присяжных требовалось немногим более 9 миллиардов тенге¹⁸⁰. Более точные расчеты по состоянию на 2004 год были представлены Комитетом по судебному администрированию при Верховном Суде РК. Проект бюджетной заявки по обеспечению деятельности судов присяжных (письмо от 21.05.2004 г., М 916/826), направленный Комитетом в адрес Министерства экономики и бюджетного планирования РК, предусматривал, что общая сумма затрат по обеспечению деятельности судопроизводства с участием 11 присяжных заседателей составила 2 млрд. 5 млн. 960 тыс. тенге (при количестве присяжных заседателей 7 человек сумма составит 1 млрд. 550 млн. 569 тыс. тенге. Это без учета дополнительной численности работников канцелярий областных судов и судебных приставов, обеспечивающих работу присяжных заседателей). Слагалась она из нескольких составных: потребность средств для реконструкции залов судебных заседаний и проведение капитального ремонта в зданиях областных судов составит 765 млн. тенге; прочие расходы, включающие канцелярские товары, оплату коммунальных услуг, средств связи, содержание помещений, составляют 81 млн. 489 тыс. тенге; оснащение судов оргтехникой, транспортом потребует 415 млн. 275 тыс. тенге; расходы по фонду оплаты труда работников канцелярий областных судов и судебных приставов, обеспечивающих работу присяжных заседателей, составят 697 млн. 214 тыс. тенге; сумма командировочных расходов на присяжных заседателей составит 46 млн. 982 тыс. тенге. Кроме этого, требовались средства для организации работы суда с участием присяжных заседателей¹⁸¹.

Но это были предварительные оценки, взятые из расчета рассмотрения уголовных дел в суде с участием присяжных заседателей в рамках областной подсудности, поскольку в рамках основных мероприятий, осуществление

¹⁸⁰Борисов В.М. Некоторые аспекты по внедрению института присяжных в Республике Казахстан // Вопросы и пути реализации создания института суда присяжных в Республике Казахстан: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. г. Алматы, 25-26 ноября 2002 г. // Предупреждение преступности: Криминологический журнал. – 2003. – №1. – С. 34.

¹⁸¹Макашев З.М. Деятельность комитета по судебному администрированию по подготовке введения суда присяжных в Республике Казахстан // Судопроизводство с участием присяжных заседателей и перспективы его введения в Республике Казахстан: мат-лы круглого стола. – Алматы, 2005. – С. 162-164.

которых необходимо для внедрения института присяжных заседателей в Республике Казахстан, решение вопроса о передаче в подсудность судов с участием присяжных заседателей всех уголовных дел об особо тяжких преступлениях и рассмотрение вопроса о возможности рассмотрения судами присяжных отдельных составов, отнесенных к категории тяжких преступлений, предусматривалось не ранее чем с 2010 года¹⁸². Безусловно, на первоначальном этапе становления судопроизводства с участием присяжных заседателей требовались большие финансовые вложения, которые в основном слагались из указанных организационных и материальных вопросов, но в последующем финансирование потребуется только для обеспечения оплаты труда персонала судов, проживания, питания и командировочных расходов присяжных заседателей. Объем финансирования снизится в связи с объективными причинами. В последующих разделах представлен анализ возможного количества уголовных дел, которые рассматривались в судах с участием присяжных в Казахстане.

Пока же суд с участием присяжных заседателей значительно удорожает судопроизводство. Например, в Российской Федерации в 1994 году на суды присяжных истрачена половина бюджета, выделяемого на все процессы в областных судах, хотя доля дел составляла около 10%¹⁸³. В то же время опыт Российской Федерации свидетельствует: опасения в том, что все обвиняемые обязательно захотят воспользоваться судом присяжных и это станет непосильным для федерального бюджета вследствие того, что это дорогостоящий институт – не подтвердились. На деле все оказалось совсем не так. Статистика 2003 года свидетельствует, с вынесением приговоров судами с участием присяжных заседателей рассмотрено 479 дел на 936 лиц – или 9% от общего количества рассмотренных судами дел. От общего числа подсудимых – это всего лишь 0,1%. Данная цифра никак не может лечь тяжелым бременем на бюджет. Кроме того, если рассмотреть количество заявлений-ходатайств, то в 2002 году, когда суд действовал в 9-ти регионах, 31% от общего числа обвиняемых в этих судах подали ходатайства о рассмотрении их дел судом с участием присяжных заседателей, а в 2003 году – только 18%. Таким образом, никакого поголовного желания рассматривать дела с участием присяжных заседателей нет¹⁸⁴.

Общая ситуация, связанная с количеством заявленных обвиняемыми ходатайств о рассмотрении дел присяжными заседателями в целом по России с 1999 по 2003 годы, согласно официальным данным, опубликованным Кассационной палатой Верховного суда РФ, выглядит следующим образом: в 1999 году ходатайства о рассмотрении дел судом присяжных поступили по 44% всех дел, подсудных областным, краевым, республиканским судам

¹⁸²Концепция участия присяжных заседателей в уголовном судопроизводстве Республики Казахстан // Предупреждение преступности: Криминологический журнал. – 2003. – №1 (5). – С. 5.

¹⁸³Пашин С. Опыт работы суда присяжных в России // Юрист. – 2008. – №2. – С. 91.

¹⁸⁴Мизулина Е.Б. Суд присяжных в Российской Федерации: перспективы и тенденции развития // Судопроизводство с участием присяжных заседателей и перспективы его введения в Республике Казахстан: мат-лы круглого стола. – Алматы, 2005. – С. 86.

общей юрисдикции, в которых действовали суды присяжных; в 2001 г. – по 33,6% дел; в 2002 г. – по 31% дел, в 2003 г. – по 18% дел.

Приведенные статистические данные свидетельствуют, что в Российской Федерации, начиная с 1999 года, наметился заметный спад активности обвиняемых в заявлении ходатайств о рассмотрении дел судами присяжных. Повсеместное распространение суда присяжных, связанное с принятием УПК РФ 2002 года, происходило на фоне сокращения числа ходатайств о рассмотрении дел с участием присяжных в тех субъектах, где суд присяжных уже действовал. Например, в 2003 году Челябинским областным судом из 136 рассмотренных по существу уголовных дел 20 уголовных дел на 31 лицо рассмотрено с участием коллегии присяжных заседателей, что составляет 14,7%; в 2004 году – из 157 уголовных дел – 18 дел, на 44 лица (11,5%); в 2005 году – из 137 уголовных дел – 13 дел, на 35 лиц (9,5%). Таким образом, практически при равном количестве рассмотренных областным судом в указанные годы уголовных дел наблюдается снижение уголовных дел, рассматриваемых с участием присяжных заседателей (обвиняемые все реже изъявляют желание о рассмотрении их уголовных дел с участием коллегии присяжных заседателей)¹⁸⁵.

В практике деятельности суда присяжных удалось выявить еще одну интересную тенденцию, связанную с тем, что определенная часть обвиняемых, заявивших на стадии предварительного расследования ходатайства о рассмотрении их дел судом с участием присяжных заседателей, в дальнейшем, на предварительном слушании, от заявленного ранее ходатайства отказывается. Так, по данным Саратовского областного суда, в 1999 г. на стадии предварительного слушания от рассмотрения дела присяжными заседателями отказались 27 человек по 9 делам (11,5%); в 2000 г. – 65 человек по 18 делам (31,5%); в 2001 г. – 63 человека по 22 делам (55%); в 2002 г. – 26 человек по 7 делам (33,3%); в 2003 г. – 16 человек по 4 делам (57,1% дел). Аналогичная ситуация складывается, например, в Ростовском областном суде. В 1996 г. на предварительном слушании отказались от суда присяжных 35 человек по 11 делам; в 1997 г. – 56 человек по 17 делам; в 1998 г. – 46 человек по 16 делам; в 1999 г. – 96 человек по 26 делам; в 2000 г. – 53 человека по 17 делам; в 2003 г. – 48 человек по 10 делам; в 2004 г. – 31 человек по 9 делам¹⁸⁶.

Складывающаяся ситуация соответственно порождает вопросы: почему меняется отношение обвиняемых к этой форме судопроизводства, как только они становятся подсудимыми; как и почему изменилось внутреннее убеждение, в результате чего обвиняемые побоялись доверить свою судьбу непрофессионалам.

¹⁸⁵ Дембаев Б.Б. выступление на семинаре-совещании // Рассмотрение уголовных дел судом с участием присяжных заседателей: семинар-совещание судей Костанайского и Северо-Казахстанского областных судов, работников прокуратуры, адвокатуры. 8-9 июня 2006 г. – г. Костанай. 2006 г.

¹⁸⁶ Левина Е.М., Дорогин Р.В. Выбор обвиняемым и его защитником формы судопроизводства, связанной с рассмотрением уголовного дела судом присяжных // Программы клинического юридического обучения: учебно-методическое пос. Вып. 2. Работа по уголовному делу / Под ред. М.В. Немытиной, А.А.Тарасова. – Саратов: Научная книга, 2003. – С. 145-146.

Е.М. Левина и Р.В. Дорогин считают, что несоответствие количества поданных ходатайств реальному числу рассмотренных судом присяжных дел иллюстрирует разное отношение к суду присяжных граждан и представителей профессионального сообщества. Существует определенная дифференциация представлений об этой форме судопроизводства на уровне обыденного и профессионального правосознания. Можно предположительно сказать, что российские граждане весьма позитивно воспринимают суд присяжных, в то время как профессиональное юридическое сообщество критически относится к этой форме судопроизводства.

Этому способствуют следующие обстоятельства:

Во-первых, адвокаты и их подзащитные понимают, что суд присяжных – это пока еще не окончательно сформировавшаяся в России процедура. Очевидно несовершенство, как законодательной регламентации этой процедуры, так и практики ее реализации. Вердикт присяжных может оказаться непредсказуемым – например, обвинительным при недоказанности вины. Поэтому прежде чем доверить судьбу обвиняемого присяжным заседателям, нужно обстоятельно взвесить все «за» и «против».

Во-вторых, достаточно высокая доля вынесенных на основании вердикта присяжных заседателей приговоров отменяется в кассационном порядке. При этом оправдательных приговоров отменяется намного больше, чем обвинительных. Распространенная в России кассационная практика отмены приговоров суда присяжных не может не влиять на количество заявленных обвиняемыми ходатайств о рассмотрении их дел с участием присяжных заседателей.

В-третьих, причиной снижения количества ходатайств о рассмотрении дела судом присяжных являются сами установленные законом стеснительные условия обжалования приговора, когда можно возражать лишь по формальным основаниям, а не по существу вердикта¹⁸⁷.

Приговор, постановленный на основании вердикта присяжных, может быть обжалован лишь в двух случаях: если имело место существенное нарушение уголовно-процессуального закона или неправильное применение уголовного закона. При несогласии подсудимого с приговором суда, состоящего из профессиональных судей, у подсудимого гораздо больше возможностей обжаловать данный приговор в вышестоящую инстанцию, чем в случае вынесения приговора на основании вердикта присяжных¹⁸⁸.

Рассмотрим ситуацию с точки зрения профессионального судьи С.А. Пашина, который, анализируя динамику развития суда присяжных в России, пишет, в 1993 году было рассмотрено только одно дело в г. Саратове. В 1994 году было рассмотрено уже 173 дела в отношении 241 человека. Пик

¹⁸⁷Пашин С.А. Эксперты оценивают эффективность нового судопроизводства // Российская юстиция. – 1995. – № 6. С. 11.

¹⁸⁸Левина Е.М., Дорогин Р.В. Выбор обвиняемым и его защитником формы судопроизводства, связанной с рассмотрением уголовного дела судом присяжных // Программы клинического юридического обучения: учебно-методическое пос. Вып. 2. Работа по уголовному делу / Под ред. М.В. Немытиной, А.А.Тарасова. – Саратов: Научная книга, 2003. – С. 145-146.

приходится на 1999 год: рассмотрено 422 дела и 867 подсудимых. Все больше людей хотят рассмотрения дел судом присяжных, все меньше обвиняемых отказываются от суда присяжных, и возрастает нагрузка на суды присяжных в тех же 9 регионах. Далее идут стабилизация и спад. Многие начинают отказываться от суда присяжных, и нагрузка становится все меньше. Сейчас суд присяжных работает во всех регионах России, их примерно 100, с учетом военных судов окружного уровня, рассматривается 700 дел в отношении 1200 подсудимых. В 1999 году в 9 регионах было 422 дела в отношении 867 лиц. Вроде в 10 раз возросло количество судов. Наверное, 8500 судят? Ничего подобного. Реально 1200. Значит, прирост составляет 300 обвиняемых. Это означает, что работа суда присяжных просто искусственно сдерживается. И что означает эта доля? Если взять все дела в РФ, то это примерно 0,05% дел. Если взять только областные и краевые дела, то это 14% от соответствующей подсудности. Подавляющее большинство дел – это убийства, примерно 72%. Это шпионские дела, о разглашении государственной тайны, взятка при особо отягчающих обстоятельствах, изнасилование при особо отягчающих обстоятельствах. И некоторые экзотические составы, скажем, преступление против правосудия¹⁸⁹.

С.А. Пашин на основе наблюдений, делает вывод, что в прошлом веке ежегодно судами с участием присяжных заседателей рассматривалось в среднем по 400 дел в отношении 800 подсудимых (например, в 1999 г. - 422 дел в отношении 867 лиц). Более современные данные отражены в следующей таблице.

Год	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Рассмотрено уголовных дел судом присяжных	617	707	606	535	607	633	537	573
Осуждено (лиц)	955	1079	918	899	1066	1157	1046	818
Оправдано (лиц)	204	227	239	236	244	228	182	157
Доля оправданных лиц (%)	17,6	17,4	20,7	20,8	18,6	16,5	14,8	16,1

Среди рассмотренных в 2012 году судами присяжных уголовных дел, как и ранее, наибольшая доля принадлежит делам об убийствах (32,3%), изнасилованиях (10,9%), взятках (21,1%). С 1 января 2013 года дела о взятках переведены в подсудность районных судов, где нет присяжных заседателей.

Имея в виду, что ежегодно в суды Российской Федерации поступает около 1 млн. уголовных дел (в 2012 году - 942 тыс. дел), доля суда присяжных в их рассмотрении ничтожна. Если ограничиться делами, подсудными областными судами, то там с участием присяжных заседателей

¹⁸⁹Пашин С.А. Опыт работы суда присяжных в России // Юрист. – 2008. – № 2. – С. 90.

разбирается примерно 12% дел. Конституционное право граждан России на участие в отправлении правосудия (ч. 5 ст. 32 Конституции) сегодня опустошено¹⁹⁰.

В силу правовой позиции Верховного Суда РФ, присяжных заседателей устраняют от рассмотрения и разрешения ряда вопросов; при этом получается, что присяжные заседатели высказываются лишь по части признаков состава преступления, а другая часть и оценка преступности деяния в целом зависит от усмотрения судьи. Так, присяжным запретили устанавливать корыстную цель подсудимого, форму его вины, секретность сведений, в разглашении которых его обвиняют¹⁹¹. Искусственно стесняются права стороны защиты, которой, в частности, запрещено говорить о фальсификации доказательств на предварительном следствии, о применении пыток. Препятствует работе присяжных заседателей чрезмерно усложненная, громоздкая конструкция вопросных листов.

К сожалению, закон допускает возможность многократного пересмотра приговоров, постановленных на основании вердиктов присяжных заседателей, в том числе - оправдательных приговоров¹⁹².

Но существует и другая точка зрения, согласно которой за шесть месяцев 2006 года в 19 субъектах РФ, по сравнению с 11 в 2005 году, не было рассмотрено ни одного уголовного дела с участием присяжных заседателей. Автор считает, что закоренелые преступники стали бояться суда присяжных, понимая, что в случае вынесения обвинительного вердикта надеяться на снисхождение суда нет смысла¹⁹³.

Аналогичное положение складывается и при рассмотрении уголовных дел в судах с участием присяжных заседателей в Казахстане. В 2007 году в областные и приравненные к ним суды поступили 64 ходатайства о рассмотрении дела судом с участием присяжных заседателей, 40 ходатайств в предварительном слушании было подтверждено, 14 не подтверждено, 4 ходатайства не удовлетворено и 5 дел было направлено на дополнительное расследование. В 2007 году в Казахстане областными и приравненными к ним судами с участием присяжных заседателей рассмотрено 36 уголовных дел в отношении 61 лица. Коллегией по уголовным делам Верховного суда РК в апелляционном порядке рассмотрено 21 уголовное дело в отношении 35

¹⁹⁰ Пашин С.А. Представители народа в российском уголовном суде// выступление на конференции «Участие граждан в отправлении уголовного правосудия: новые опыты, достижения и проблемы»: 16 ноября 2012 г. международная научно-практическая конференция с участием экспертов из Кореи, России, Казахстана. Конференция организована Институтом правовых исследований Университета Канагава и Институтом правовых исследований Университета Сэншу.

¹⁹¹ Обзор судебной практики Верховного суда РФ «Обзор по делам, рассмотренным судами с участием присяжных заседателей в 2003 году».

¹⁹² Пашин С.А. Представители народа в российском уголовном суде // выступление на конференции «Участие граждан в отправлении уголовного правосудия: новые опыты, достижения и проблемы»: 16 ноября 2012 г. международная научно-практическая конференция с участием экспертов из Кореи, России, Казахстана. Конференция организована Институтом правовых исследований Университета Канагава и Институтом правовых исследований Университета Сэншу.

¹⁹³ Клишин А.А. К вопросу о судах присяжных в Российской Федерации // Законодательные основы введения института присяжных заседателей в Республике Казахстан: Сб. мат-лов междунар. науч.-практ. конф. – Астана, 2007. – С. 23.

лиц, рассмотренных судами с участием присяжных заседателей, отмен и изменений судебных постановлений не допущено. По 33 делам в отношении 58 лиц были вынесены обвинительные приговоры. По 3 уголовным делам в отношении 3 лиц постановлены оправдательные приговоры, что составляет 8,3 процента от общего количества приговоров. Подсудимые были оправданы по всем вменяемым им статьям обвинения с разъяснением права на возмещение вреда. В отношении одного подсудимого Алматинским областным судом было вынесено постановление о прекращении уголовного дела в связи с отказом прокурора от обвинения. Восемь подсудимых по четырем делам были признаны невиновными по ч. 2 ст. 96 УК РК, однако были осуждены по другим статьям обвинения. Шесть подсудимых по пяти делам были признаны виновными в совершении преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 96 УК РК, так как их действия были переквалифицированы с ч. 2 ст. 96 УК РК.

Приговорами областных судов и г. Алматы с участием присяжных заседателей оправданы за недоказанностью вины в совершении преступления:

– Мангистауским областным судом подсудимый гр-н О. по п. п. «в, д, ж, и» ч. 2 ст. 96 УК РК;

– судом г. Алматы подсудимый гр-н А. по п. «д» ч. 2 ст. 96, ч. 1 ст. 175 УК РК;

– Алматинским областным судом подсудимый гр-н С. по п. п. «д, ж, и» ч. 2 ст. 96 УК РК;

Наибольшее количество уголовных дел, рассмотренных с участием присяжных заседателей, приходится на долю суда г. Алматы, Алматинский и Атырауский областные суды. Наименьшее количество дел – Жамбылский, Актюбинский и Южно-Казахстанский областные суды.

В течение 2007 года уголовные дела рассмотрены в судах с участием присяжных заседателей во всех областных судах, кроме Карагандинского, Костанайского, Кызылординского, Павлодарского и Военного суда войск. При этом в указанных областях доля особо тяжких преступных деяний намного больше, чем в других¹⁹⁴.

В разрезе областных судов, где были рассмотрены уголовные дела с участием присяжных заседателей, картина следующая¹⁹⁵.

¹⁹⁴Мами К.А. Вердикт с участием населения – важнейший фактор доверия к суду // Каз. правда. – 2008. – 15 января.

¹⁹⁵Обзор отдела по обеспечению деятельности коллегии по уголовным делам Верховного Суда РК о результатах отправления правосудия областными и приравненными к ним судами с участием присяжных заседателей по итогам 2007 года. – Астана, 2007.

Таблица 2 – Количество рассмотренных уголовных дел судами с участием присяжных заседателей в 2007 году в Республике Казахстан, в разрезе областей

№	Наименование областных судов	Количество дел	Количество лиц
1.	Суд г. Астаны	3	3
2.	Алматинский городской суд	4	10
3.	Алматинский	7	11
4.	Атырауский	6	9
5.	Актюбинский	1	1
6.	Акмолинский	1	2
7.	Северо-Казахстанский	3	4
8.	Южно-Казахстанский	1	1
9.	Восточно-Казахстанский	4	7
10.	Западно-Казахстанский	2	4
11.	Жамбылский	1	3
12.	Мангистауский	3	6
	Всего:	36	61

В 2008 году областными и приравненными к ним судами всего рассмотрено с вынесением приговора: 42 дела в отношении 78 лиц.

Таблица 3 – Количество рассмотренных уголовных дел судами с участием присяжных заседателей в 2008 году в Республике Казахстан, в разрезе областей

№	Наименование областных судов	Количество дел	Количество лиц
1.	Суд г. Астаны	4	5
2.	Алматинский городской суд	4	12
3.	Алматинский	5	12
4.	Атырауский	5	14
5.	Актюбинский	6	14
6.	Кызылорда	1	2
7.	Костанай	2	2
8.	Южно-Казахстанский	6	7
9.	Восточно-Казахстанский	4	4
10.	Жамбылский	2	3
11.	Мангистауский	3	6
	Всего:	42	78

Из рассмотренных дел оправдательные приговоры вынесены по 5 делам

в отношении 5 лиц следующими областными и приравненными к ним судами:

Судом г. Астаны – приговором от 08.04.2008 г. гр-н. М. по п. «а» ч.2 ст. 96 УК РК оправдан за недоказанностью вины (27.05.2008 г. приговор отменен, дело направлено на новое судебное рассмотрение).

Судом г. Астаны – приговором от 23.10.2008 г. гр-н М. по п. «а» ч.2 ст. 96 УК РК оправдан за недоказанностью вины.

Актюбинским областным судом – приговором от 29.02.2007 г. гр-н Т. по п. «и» ч. 2 ст. 96 УК РК оправдан в связи с недоказанностью вины.

Южно-Казахстанским областным судом – приговором от 14.04.2007 г. гр-н Т. по п.п. «д,ж,и» ч. 2 ст. 96, ст. 112, ч.1 ст. 251, ч.3 ст. 257 и ч.2 ст. 251 УК оправдан за недоказанностью вины подсудимого. Восточно-Казахстанским областным судом – приговором от 30.09.2008 г. гр-н Е. по п. «а,в,г,д» ч. 2 ст. 179, п. «д,ж,з,к» ч. 2 ст. 96 УК оправдан за отсутствием в его действиях состава преступления. Жамбылским областным судом – приговором от 31.03.2008 г. гр-н Ж. по п. «и» ч.2 ст. 96 УК оправдан в связи с недоказанностью вины. За указанный период Карагандинским, Павлодарским, Акмолинским, Северо-Казахстанским, Западно-Казахстанским областными судами и Военным судом Республики Казахстан уголовные дела с участием суда присяжных заседателей с вынесением приговора не рассматривались. За 2009 год по состоянию на 1 сентября всего рассмотрено 35 уголовных дел с участием присяжных заседателей в отношении 69 лиц. Из них в отношении 2 лиц производство по делу прекращено в связи с примирением с потерпевшим на основании ч. 1 ст. 67 УК.

Таблица 4 – Количество рассмотренных уголовных дел судами с участием присяжных заседателей за 9 мес. 2009 года в Республике Казахстан, в разрезе областей

№	Наименование областных судов	Количество дел	Количество лиц
1.	Суд г. Астаны	4	8
2.	Алматинский городской суд	3	9
3.	Алматинский	4	6
4.	Атырауский	1	1
5.	Актюбинский	3	7
6.	Караганда	3	4
7.	Костанай	1	3
8.	Южно-Казахстанский	7	12
9.	Восточно-Казахстанский	1	1
10.	Жамбылский	2	5
11.	Мангистауский	5	11
12	Акмолинский	1	2
	Всего:	35	69

Из указанных рассмотренных дел полностью оправданы по предъявленному обвинению – 9 лиц по 7 делам:

– Актюбинским облсудом – 2 лица по 1 делу, за недоказанностью участия в совершении преступления;

– Южно-Казахстанским облсудом 1 лицо по 1 делу, за недоказанностью участия в совершении преступления;

– Мангистауским облсудом – 1 лицо по 1 делу, за недоказанностью участия в совершении преступления;

– Жамбылским облсудом – 2 лица по 1 делу, за недоказанностью участия в совершении преступления;

– Алматинским облсудом – 1 лицо по 1 делу, за недоказанностью участия в совершении преступления;

– Костанайским облсудом – 1 лицо по 1 делу, за недоказанностью участия в совершении преступления;

– Акмолинским облсудом – 1 лицо по 1 делу – за отсутствием в его действиях состава преступления¹⁹⁶.

Анализ статистических сведений свидетельствует о росте количества дел, рассмотренных судом с участием присяжных заседателей (в 2007 году - 36 дел в отношении 61 лиц; в 2008 году - 42 дела в отношении 78 лиц; в 2009 году – 59 дел в отношении 116 лиц).

В 2010 году за 10 месяцев судами с участием присяжных заседателей окончено 202 уголовных дел, из которых с вынесением приговора - 199 дел, по которым осуждено 245 лиц и оправдано 33 лица.

Это происходит на фоне расширения подсудности дел суду с участием присяжных заседателей.

В разрезе регионов статистика рассмотрения дел с участием присяжных заседателей по итогам 10 месяцев 2010 года характеризуется следующим образом:

Регионы	Рассмотрено дел с вынесением приговора с участием присяжных заседателей	Осуждено лиц с участием присяжных заседателей	Оправдано лиц с участием присяжных заседателей
Всего	199	245	33
Акмолинская	16	20	0
г.Астана	20	17	7
Актюбинская	9	9	0
г.Алматы	23	39	0
Алматинская	8	17	0

¹⁹⁶ Обзор отдела по обеспечению деятельности коллегии по уголовным делам Верховного Суда РК о результатах отправления правосудия областными и приравненными к ним судами с участием присяжных заседателей по итогам 9 мес. 2009 года. – Астана, 2009.

Атырауская	8	7	2
Восточно-Казахстанская	15	12	4
Жамбылская	11	11	3
Западно-Казахстанская	6	9	0
Карагандинская	7	9	4
Костанайская	21	24	1
Кызылординская	6	8	4
Актауская	9	11	0
Павлодарская	25	31	7
Северо-Казахстанская	1	1	0
Южно-Казахстанская	13	20	1
Военный суд РК	0	0	0

Следует отметить, что количество оправдательных приговоров по делам с участием присяжных заседателей также возросло (в 2007 году в отношении 5 лиц, в 2008 - 6 лиц, в 2009 году - 15 лиц, а по 10 месяцам 2010 года – 33 лиц).

Рост оправдательных приговоров свидетельствует, по мнению авторов отчета о судопроизводстве в Казахстане с участием присяжных заседателей, не только о гуманизации уголовного судопроизводства, но и о сохранении в деятельности органов предварительного расследования обвинительного уклона, а не установления истины по делу; об ухудшении качества предварительного следствия и прокурорского надзора; необходимости совершенствования уголовного и уголовно-процессуального законодательства.

За 10 месяцев 2010 года в кассационном порядке принесены жалобы и протесты прокуроров на приговоры в отношении 78 лиц, что составляет 35,9%. Данный показатель почти в два раза ниже, чем число жалоб на приговоры обычных судов, т.е. уровень доверия населения к решениям судов с участием присяжных заседателей является достаточно высоким.

Из этого числа в отношении 55 лиц приговоры оставлены без изменений; в отношении 6 лиц приговоры изменены; в отношении 17 лиц оправдательные приговоры отменены по протестам прокуроров, из которых дела в отношении 14 лиц направлены на новое судебное рассмотрение, а 3 – на дополнительное предварительное расследование.

В отношении 5 лиц из 6 вышеуказанных приговоры изменены с изменением квалификации со снижением наказания – 2, с изменением квалификации без изменения наказания – 1, без изменения квалификации со снижением наказания – 2¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Поддержка судебной и правовой реформы в Республике Казахстан. Деятельность 3.3.3 Суд присяжных. Отчет судопроизводства в Казахстане с участием присяжных заседателей. Подготовлен Фритцем Дигмайером и Есдаулетовой Галией. Проект финансируется Европейским Союзом. С. 17-18.

Председатель Верховного суда РК отмечал, что возросло количество оправдательных вердиктов, вынесенных судами с участием присяжных. Если в 2007 году заседателями оправдано трое подсудимых, то в 2008 году это число возросло до пяти, а за девять месяцев 2009 года 12 лиц освобождено из-под стражи в зале суда присяжных¹⁹⁸. В то же время в чем причины столь небольшого количества уголовных дел, рассмотренных судами с участием присяжных заседателей?

Верховный суд РК причину отсутствия дел в указанных выше областных судах видит в том, что органы уголовного преследования надлежаще не разъясняют право обвиняемого на возможность осуществления правосудия институтом присяжных заседателей.

Перед введением судопроизводства с участием присяжных заседателей в Казахстане некоторыми практическими работниками высказывались опасения о возможном интерпретировании работниками органов предварительного следствия положений статьи 546 УПК РК, предусматривающей порядок заявления ходатайства о рассмотрении дела с участием присяжных заседателей. «...из смысла статьи 546 УПК РК следует, что право на рассмотрение дела с участием присяжных обвиняемому разъясняется следователем. Можем ли мы сейчас с уверенностью сказать, что лицо, расследовавшее дело, зная слабые места доказательственной базы, плюсы и минусы своей работы, будет заинтересовано в рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей и не повлияет на решение обвиняемого? Мне могут возразить, что при ознакомлении с делом присутствует адвокат. А если это хоть и профессиональный защитник, но при этом «дежурный» адвокат, проблема с которыми у нас тоже не снята»? Автор предлагает для обеспечения объективности и исключения возможных нарушений прав обвиняемого, подсудимого передать от следователя суду обязанность разъяснения права ходатайствовать о рассмотрении дела с участием присяжных заседателей. Вряд ли каждый обвиняемый, подсудимый будет требовать суда с участием присяжных. При таком подходе более полно будут выполнены положения Конституции о доступе граждан к правосудию, судебной защите их прав и свобод, о естественном праве каждого человека быть судимым судом равных. В таком случае по каждому делу областной подсудности должно проводиться предварительное слушание, где и будет выясняться волеизъявление подсудимого. Гарантом соблюдения законности будет являться предусмотренное законом, обязательное участие прокурора, который выскажет и свои рекомендации относительно рассмотрения дела судом присяжных¹⁹⁹.

Причины снижения количества уголовных дел, рассматриваемых в суде с участием присяжных заседателей, в России и их небольшого количества в Казахстане можно отнести к внутренним факторам, тормозящим развитие нового института. Внешним фактором подобного состояния, на наш взгляд, является неправильная интерпретация международных пактов, используемая

¹⁹⁸ Алимбеков М. На страже законных интересов // Каз. правда. – 2009. – 12 декабря.

¹⁹⁹ Кушкалиев Х. Суд присяжных: плюсы и минусы // Закон и правосудие. – 2006. – 14 июня.

в качестве весомого аргумента о том, что в Казахстане нет подлинного суда присяжных²⁰⁰.

Значение всех внешних и внутренних политических, социально-экономических и организационных факторов, влияющих на становление института присяжных заседателей в Республике Казахстан, находится в прямой взаимосвязи и исключает существование одного без других. Влияние внешних факторов на политические и государственные институты Казахстана будет только возрастать. Правовые институты не смогут и не будут находиться в изоляции вне процессов общемирового развития права, что будет порождать взаимовлияние и отражение внутренних факторов. Это потребует быстрой координации института присяжных заседателей с другими институтами и отраслями национального и международного права, не исключающими заимствования тех или иных элементов, способствующих его модернизации. Ограничение влияния внешних факторов на институт присяжных заседателей будет возможным только при наличии понимания его предназначения и постоянной его трансформации. Разумная правовая политика, отличающаяся прагматичностью, ответственностью, предсказуемостью, и оптимальный режим реализации принятых Законов о новом институте судопроизводства должны опираться на постоянные исследования, диагностику, социологический мониторинг, включая изменения в общественной жизни, международном праве.

Наши прогнозы нашли свое подтверждение. Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Гражданский процессуальный кодексы Республики Казахстан по вопросам совершенствования судебной системы» от 10 декабря 2009 года внес изменения в существующий состав суда с участием присяжных заседателей, его подсудность, структуру и порядок опротестования и обжалования уголовных дел. Статья 58 УПК РК 1997 г. «Состав суда» была изложена в следующей редакции:

1. Рассмотрение уголовных дел в судах первой инстанции осуществляется единолично судьей, а по делам об особо тяжких преступлениях, за исключением дел о преступлениях, предусмотренных статьями 165, 166, 167, 168 (частью первой), 169, 233 (частями третьей и четвертой) Уголовного кодекса Республики Казахстан, по ходатайству обвиняемого – в составе одного судьи и десяти присяжных заседателей.

2. Рассмотрение уголовных дел в апелляционном порядке осуществляется судьей единолично.

3. Рассмотрение дел по кассационным жалобам, протестам в кассационной инстанции осуществляется коллегиально в составе не менее трех судей.

4. Рассмотрение дел в порядке надзора осуществляется судом в составе не менее трех судей.

²⁰⁰Стенограмма заседания круглого стола по обсуждению законопроектов по вопросу введения суда присяжных в Республике Казахстан. 12 марта 2005 г. – Астана, 2005. – С. 22-23.

5. Состав суда при рассмотрении дел по вновь открывшимся обстоятельствам определяется в соответствии с правилами настоящей статьи.

6. Рассмотрение вопросов, возникающих при исполнении приговора и дел о применении принудительных мер медицинского характера к невменяемым, осуществляется единолично судьей соответствующего суда.

Вместе с тем, при существовавшей до 10 декабря 2009 года подсудности уголовных дел суду с участием присяжных заседателей в РК, тенденции к росту заявленных ходатайств о рассмотрении уголовных дел судами с участием присяжных заседателей не наблюдалось. Это объясняется несовершенством законодательства, с одной стороны, и устоявшимися стереотипами мышления – с другой.

В УПК РК 2014 года конструкция состава суда в статье 52 выглядит следующим образом 1. Рассмотрение уголовных дел в судах первой инстанции осуществляется единолично судьей, а по делам о преступлениях, за совершение которых уголовным законом предусмотрены смертная казнь или пожизненное лишение свободы, а также по делам о преступлениях, предусмотренных статьями 125 (частью третьей), 128 (частью четвертой), 132 (частью пятой), 135 (частью четвертой), по ходатайству обвиняемого - в составе одного судьи и десяти присяжных заседателей, за исключением дел об убийствах, совершенных в условиях чрезвычайной ситуации и в ходе массовых беспорядков, о воинских преступлениях, совершенных в военное время или боевой обстановке, и преступлениях, предусмотренных статьями 170 (частью четвертой), 175, 177, 178, 184, 255 (частью четвертой), 263 (частью пятой), 286 (частью четвертой), 297 (частью четвертой), 298 (частью четвертой), 299 (частью четвертой) Уголовного кодекса Республики Казахстан.

2. Рассмотрение уголовных дел в апелляционном порядке осуществляется коллегиально в составе не менее трех судей коллегии, а при рассмотрении жалоб, ходатайств прокуроров на приговоры, постановления суда по делам, рассмотренным в сокращенном порядке или в порядке приказного производства, об уголовных проступках и преступлениях небольшой тяжести, по вопросам исполнения приговора, постановления следственного судьи - судьей единолично.

При отсутствии председателя апелляционной коллегии в связи с нахождением в командировке, отпуске или по болезни при коллегиальном рассмотрении указанных дел председательствует судья коллегии, на которого председателем суда возложено исполнение обязанностей председателя апелляционной коллегии.

3. Рассмотрение дел в суде кассационной инстанции производится коллегиальным составом суда в нечетном количестве (не менее трех) судей Верховного Суда Республики Казахстан под председательством председателя судебной коллегии либо одного из судей по его поручению.

4. Рассмотрение дел по основаниям, предусмотренным частью четвертой статьи 484 настоящего Кодекса, производится в коллегиальном составе в нечетном количестве (не менее семи) судей под председательством

Председателя Верховного Суда Республики Казахстан или одного из судей по его поручению.

5. Состав суда при рассмотрении дел по вновь открывшимся обстоятельствам определяется в соответствии с правилами, предусмотренными статьей 504 настоящего Кодекса.

6. Рассмотрение вопросов, возникающих при исполнении приговора и рассмотрении дел о применении принудительных мер медицинского характера к невменяемым, осуществляется единолично судьей соответствующего суда.

7. В случаях, когда в одной коллегии количество судей в связи с обстоятельствами, препятствующими им участвовать в рассмотрении дела, недостаточно для обеспечения коллегиального рассмотрения дела, председатели соответственно Верховного Суда Республики Казахстан, областного и приравненного к нему суда вправе привлекать к участию в рассмотрении дела судей другой коллегии.

Существенных изменений не произошло, доля оправдательных приговоров в судебной практике Казахстана не превышает 0,2%. В 2017 году на всех стадиях процесса, от выявления подозрения до вынесения приговора, реабилитировано меньше чем 0,2% дел, то есть лишь одно из 500.

Большинство оправдательных приговоров, вынесенных судом с участием присяжных заседателей, затем отменяются в апелляционном порядке (например, за 2016 год из шести оправдательных приговоров отменены четыре), в основном из-за сокрытия кандидатами в присяжные заседатели судимости своих родственников, то есть якобы значимой информации, препятствующей исполнению ими обязанностей присяжного заседателя²⁰¹.

§ 5. Факторы повлиявшие на определение модели суда присяжных в Казахстане из существующих англосаксонской и континентальной моделей

Сознавая необходимость формирования нового правового пространства в рамках суверенного государства, в Послании народу Казахстана «Казахстан-2030. Процветание, безопасность и улучшение благосостояния всех казахстанцев» определены направления последующего реформирования государства и права Казахстана как «...евразийской страны, имеющей свою собственную историю и свое собственное будущее, впитавшей в себя достижения разных цивилизаций, и в ходе строительства суверенного, независимого государства готовой перенять все лучшие достижения всех цивилизаций, доказавших на деле свою эффективность». Определены основные параметры будущей евразийской модели правовой системы Казахстана, что подтверждают ряд авторов, точка зрения которых немаловажна с позиции объективности и, можно сказать, географического

²⁰¹ <https://abctv.kz/ru/news/sud-prisyazhnyh-ne-prizhivaetsya-v-kazahstane>.

взгляда. М. Лаумулин приводит высказывание французской исследовательницы К. Пужоль, которая пишет: «С глобальной и геополитической точки зрения Казахстан может сыграть свою роль в трансконтинентальных экономических связях и вернуться к своей исторической миссии – оси Евразийского континента. Переживший в свое время целую серию культурных шоков, Казахстан на сегодня представляет собой удачный синтез между азиатским Востоком и европейским Западом. Казахстан располагает всем, чтобы стать процветающим демократическим государством: этническим многообразием, обширной территорией, разноплановой экономикой и хорошо образованным населением»²⁰². Такого рода выводы диктуют понимание, восприятие и развитие правовой системы Казахстана как типа, который можно отнести к самостоятельной, совершенно новой в историческом плане Евразийской модели правовой системы.

В правовом государстве, способствующем становлению гражданского общества, развитию и укреплению его институтов, в основе правовой политики лежит правовая идеология. Заложенные в ней идеи имеют стратегический характер и признаны как компетентной общественной средой, так и государственно-властными структурами. В Казахстане обеспечена преемственность правовой политики Республики Казахстан, в рамках действующей Концепции правовой политики до 2010 года и принятой Концепции с 2010 до 2020 года. Примером реализации заложенных в них положений является принятие законов, регламентирующих порядок судопроизводства с участием присяжных заседателей, судебской независимости, убежденности населения в законности и обоснованности приговоров. Вопрос о концептуальных основах национальной модели института присяжных заседателей в Республике Казахстан является актуальным в свете сложившихся исторически и геополитически двух традиционных форм суда присяжных. Казахстану пришлось определиться в выборе модели суда присяжных из существующих англосаксонской (классической) и континентальной моделей. При этом сторонники каждой приводят весомые аргументы в пользу значимости представляемой ими, отвергая категорически доводы других. Полемика происходит обостренная, сторонники при этом не хотят осознавать, что Казахстан, как самостоятельное государство, обрел свою независимость всего лишь 28 лет назад в 1991 году, с 1994 года с момента подписания постановления о Государственной программе правовой реформы в Казахстане начал строить свою правовую систему, создавать национальное законодательство. За этот период времени были приняты две Конституции государства. Подобное положение не могло повлиять и на сложное восприятие суда с участием присяжных заседателей и у разработчиков проекта действующего Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан. И.И. Рогов, отмечал: «...нельзя заимствовать из мировой практики даже самые демократические

²⁰²Лаумулин М. Проблемы модернизации Казахстана и внешний фактор // Саясат: Информационно-аналитический журнал. – 2008. – №4. – С. 73.

институты, отрываясь от всей правовой системы нашего общества. В США – тотальное проникновение суда присяжных, в России они тоже введены. У нас они пока невозможны»²⁰³.

С другой стороны, если в процессе введения новой формы судопроизводства идти с запозданием, то можно остаться в стороне от развития международного права. На опасность такого подхода справедливо указал Глава нашего государства, который в своем докладе на торжествах, посвященных 60-летию Национальной академии наук, отметил: «Мир вступил в эпоху глобализации, ускоренного развития инноваций и технологий. Новым этапом является переход к «экономике знаний». И Казахстан не должен остаться на обочине этих процессов, на периферии мирового развития»²⁰⁴. В этой связи, практически через год после введения в действие УПК РК, пункт 2 статьи 75 Конституции РК был дополнен новым положением: «В случаях, предусмотренных законом, уголовное судопроизводство осуществляется с участием присяжных заседателей»²⁰⁵. Тем самым были устранены имеющиеся противоречия, создана нормативная база для создания в Казахстане института присяжных заседателей и определены основные направления по реализации указанной конституционной нормы, сформулированные Президентом Республики Казахстан в ходе совещания по вопросам правопорядка и соблюдения законности от 10 сентября 2003 года, на котором он отметил, что «на ближайшую перспективу нам необходимо реализовать конституционное требование об осуществлении уголовного судопроизводства с участием присяжных заседателей»²⁰⁶.

Рассматривая основные тенденции развития института присяжных заседателей в Казахстане, следует исходить из современного состояния правовой системы Казахстана. Характерным является расширение зоны действия норм международных организаций, закрепление в Конституции страны приоритета международного права по отношению к национальному праву. Конституция Республики Казахстан в части 3 статьи 4 провозгласила принцип приоритета международных договоров, ратифицированных Республикой, перед ее законами, что обеспечивает интеграцию Казахстана в общечеловеческую систему источников права, вершину которой составляют международные акты о правах человека, а основание – нормы национального права. И.И. Рогов считает, что «процессу адаптации международных норм в стране необходим соответствующий внутренний процесс в общественной и правовой жизни общества. Все эти годы в Казахстане шла внутренняя подготовка – развитие правовой системы, правового сознания и накопление правовых ресурсов»²⁰⁷.

²⁰³Рогов И.И. Новый УПК станет кодексом страны молодой демократии // Каз. правда. – 1997. – 16 октября.

²⁰⁴Назарбаев Н.А. Высокие традиции науки // Каз. правда. – 2006. – 14 октября.

²⁰⁵О внесении изменений и дополнений в Конституцию РК: Закон Республики Казахстан от 7 октября 1998 года // Каз. правда. – 1998. – 8 октября.

²⁰⁶Назарбаев Н.А. Демократические ценности и непререкаемый авторитет закона: Выступление на совещании по вопросам правопорядка и соблюдения законности // Каз. правда. – 2003. – 11 сентября.

²⁰⁷Мухамбедьярова А. Правовой престиж государства // Юрид. газета. – 2006. – 14 февраля.

Примером формирования всех этих факторов явилось активное обсуждение в предыдущие годы в республике возможности реализации на практике конституционного положения об осуществлении уголовного судопроизводства с участием присяжных заседателей. Ученые – правоведы и юристы – практики высказывали свои мнения о положительных и негативных сторонах введения данного института. Сторонники введения суда присяжных выдвигали доводы, что наше демократическое общество готово к данной форме судопроизводства. Другие полагали, прежде чем вводить ее, необходимо было подготовить механизм введения, каковыми являются правовой, финансовый, организационный, и при этом обязательно использовать многолетний опыт зарубежных стран, в особенности десятилетнюю практику в России, которая выявила как положительные, так и отрицательные стороны. Противники считали нецелесообразным введение суда присяжных, обосновывая тем, что участие в суде непрофессионалов окажется формальным, как участие недавних народных заседателей. Критики введения в Казахстане смешанной французской модели суда с участием присяжных заседателей считали, что национальную правовую систему Казахстана вряд ли с полной уверенностью можно отнести к романо-германской правовой системе. Правовая система, а также правоприменительная практика Казахстана берет свои истоки в советском праве, которое, по мнению многих ученых, как в бывшем Советском Союзе, так и за рубежом принадлежало к совершенно особой правовой семье, называемой «социалистической правовой семьей».

В Казахстане система уголовного правосудия, хотя формально и претерпела определенные изменения, например, провозглашение независимости судебной власти, введение принципа презумпции невиновности в конституцию, провозглашение равенства и состязательности сторон обвинения и защиты, тем не менее, фактически эти изменения не носят категоричный характер. В казахстанских судах, так же как и в судах всего бывшего СССР, вместо провозглашенного в Конституции принципа презумпции невиновности действует так называемый принцип разумного основания, корни которого лежат в советской традиции. Исход процесса предпринимается не в суде, а на предварительном следствии. В таких условиях нормы писаного права, продекларированные в Конституции и УПК и являющиеся характерной чертой романо-германской правовой семьи, пока уступают место советской традиции манипулирования судебной властью, а также интересам коррумпированной части судей. Поэтому было бы справедливо говорить не о принадлежности казахстанской правовой системы к романо-германской или социалистической правовой системе, а о переходном характере этой правовой системы в целом и уголовного правосудия в частности²⁰⁸.

По поручению Президента страны в Верховном суде была разработана

²⁰⁸Ковалев Н. В поисках независимого и беспристрастного суда присяжных в Казахстане // Юрист. – 2005. – №2. – С. 32.

концепция суда присяжных. Изучен опыт деятельности суда присяжных в зарубежных странах – России, Швеции, Германии, Франции, США и других.

Неоднократные выступления Главы государства о расширении народовластия в лице присяжных заседателей позволили ускорить законотворческую работу. Это, в свою очередь, явилось причиной следующей проблемы: какой путь выберет законодатель в выборе приемлемой для Казахстана модели предполагаемой формы судопроизводства²⁰⁹.

Сложившаяся ситуация во многом предопределила необходимость срочной разработки законодательства о судопроизводстве с участием присяжных заседателей, которое позволило бы детально регламентировать участие присяжных заседателей в уголовном судопроизводстве. Между тем соотношение существующих моделей суда присяжных, выбор той или иной формы напрямую зависит от того, какими способами можно и нужно решать эти вопросы, как координировать усилия всех ветвей власти для реализации выработанных предложений. Безусловно, выбор модели судопроизводства с участием присяжных заседателей объясняется состоянием общества, его готовностью к этой форме судопроизводства. В переходные периоды развития политической системы государства, когда идет процесс демократизации общества, что характерно для Казахстана, принятие классической модели суда присяжных обеспечивает участие граждан в отправлении правосудия, что способствует обеспечению обратной связи с формирующимся гражданским обществом. В то же время переход таких государств, как Германия, Франция, Италия, Япония, от классической модели к континентальной свидетельствует, что в этих странах уже сформировано устойчивое гражданское общество в рамках демократического строя. У населения нет никаких сомнений в деятельности правосудия, базирующегося на устойчивом законодательстве, чего нельзя было сказать на тот момент о гражданах Казахстана. Сложившаяся ситуация с отношением населения к отправлению правосудия и профессионалов к участию общественности, в условиях правового нигилизма наших граждан, который является ведущим негативным элементом правосознания наших граждан, является основным фактором, влияющими на формирование национальной модели института присяжных заседателей. Правовая осведомленность, уважение к закону, готовность к участию в отправлении правосудия всегда носили и носят проблематичный характер.

Следует обратить внимание на социально-демографические и иммиграционные аспекты, также влияющие на формирование народного представительства при отправлении правосудия. Политологи отмечают, что носителями модернизационных установок являются конкретные люди – представители элиты, научная и техническая интеллигенция, образованные, просто творчески и трудоактивные люди. В этом смысле Казахстан в 1990-е

²⁰⁹Нарикбаев М.С. Авторитет судебной власти начинается с ее независимости // Каз. правда. – 2001. – 10 ноября.

годы пережил подлинную катастрофу. Произошел массовый исход миллионов носителей европейской культуры, технических навыков, специалистов из всех областей народного хозяйства, началось тектоническое перемещение сельского населения в города и центры экономической и деловой активности. Это население приносило с собой привычные архаичные установки, представления и стереотипы поведения²¹⁰.

Поэтому, «...если говорить о выборе модели суда присяжных заседателей для Казахстана, – пишет Н. Ковалев, – то было бы конструктивно говорить не о копировании конкретной национальной модели – американской, шотландской, испанской или российской, а о собирательной модели суда присяжных, которая бы объединяла в себе лучшие черты современного опыта западных стран и основного партнера – России. Такая модель должна обеспечить два обязательных принципа справедливого суда присяжных – независимость и беспристрастность присяжных заседателей. Беспристрастность основана на непредвзятости, объективности и отсутствии предубеждений. В ее основе лежит естественный законный принцип: *nemo iudex in su causa* – никто не должен судить в своих интересах (лат)²¹¹. При этом очевидна органическая связь понятий «беспристрастный» и «справедливый», ибо беспристрастный – чуждый пристрастию, т.е. беспристрастность является важной предпосылкой справедливости²¹². «Справедливость, – утверждал в древности Аристотель, – является величайшей из добродетелей, более удивительной и блестящей, чем вечерняя или утренняя звезда; поэтому-то мы и говорим в виде пословицы: в справедливости заключаются все добродетели»²¹³. Любопытна в этом контексте корреляция между справедливостью и возмездием, подмеченная Марком Тулием Цицероном, заключившим: «Величайшее поощрение преступления – безнаказанность... Справедливость проявляется в воздаянии каждому по его заслугам»²¹⁴. В мае 1999 года под эгидой ООН в Международном институте высшего изучения уголовно-правовых наук в Сиракузе прошла научная конференция на тему «Участие непрофессионалов в уголовном судопроизводстве в XXI веке», в рекомендациях которой было записано: суд присяжных должен использоваться при разрешении тяжких и особо тяжких преступлений, наказание за которое предусматривает длительное лишение свободы или смертную казнь; суд присяжных должен стать препятствием на пути некоторых негативных тенденций в профессиональных судах; с целью избежания возможных судебных ошибок необходимо существование механизма контроля со стороны вышестоящих судебных инстанций за обвинительными вердиктами суда присяжных;

²¹⁰Лаумулин М. Проблемы модернизации Казахстана и внешний фактор // Саясат: Информационно-аналитический журнал. – 2008. – №4. – С. 72.

²¹¹Ковалев Н. В поисках независимого и беспристрастного суда присяжных в Казахстане // Юрист. – 2005. – №2. – С. 35.

²¹²Лебедев В.А. Судейская беспристрастность и социальный контроль за судом // Российская юстиция. – 2001. – № 7.

²¹³Афоризмы. Золотая коллекция. – М., 2000. – С. 780.

²¹⁴Афоризмы. Золотая коллекция. – М., 2000. – С. 780.

аргумент о высокой стоимости суда присяжных не должен использоваться для торможения правовых реформ.

Данные рекомендации сняли имеющиеся сомнения противников этой формы судопроизводства, особенно в отношении финансового аспекта, являвшегося одним из основных аргументов противников его введения.

В стране развернулась дискуссия по определению модели новой формы судопроизводства, приемлемой для национального законодательства. В этих целях был проведен ряд мероприятий международного характера с привлечением иностранных экспертов и изучены рекомендации международных конференций. Вопросам и путям реализации создания института суда присяжных в Республике Казахстан была посвящена и проведенная 25-26 ноября 2002 года в г. Алматы Международная научно-практическая конференция, которая позволила выявить разносторонние и конструктивные мнения о возможных моделях суда присяжных в Казахстане. 27 сентября 2004 года в г. Астане Верховный суд Республики Казахстан совместно с Центром ОБСЕ в Алматы и БДИПЧ ОБСЕ провели «круглый стол» «Судопроизводство с участием присяжных и перспективы его введения в Республике Казахстан», на котором были рассмотрены законопроекты «О присяжных заседателях» и проект раздела в УПК РК «О суде с участием присяжных заседателей». Наметились позитивные подвижки рассматриваемой проблемы, заключавшиеся в наличии проектов. Вместе с тем рассмотрению подлежали два противоречащих друг другу документа, т.к. в первом случае речь шла о статусе определенных лиц, именуемых присяжными заседателями, а во втором – о форме организации суда. К сожалению, отсутствовал альтернативный проект классической модели суда присяжных, хотя в ходе конференции определилось, что сторонников этой модели немало, и аргументы, приведенные ими, являются серьезными и обоснованными. Поэтому умалять значение проведенного «круглого стола» нельзя, т.к. именно на нем определилась необходимость разработки альтернативного законопроекта. «Круглый стол» на тему: «Судопроизводство с участием присяжных заседателей и перспективы его введения в Республике Казахстан» обеспечил участие в обсуждении проблемы около ста государственных служащих, юристов-практиков, ученых, членов НПО, представляющих широкий спектр юридического сообщества Казахстана. Глава Центра ОБСЕ в г. Алматы посол Ивар Викки отметил: «Казахстан четко выразил свою политическую волю ввести суд присяжных в ближайшее время. В зависимости от выбранной модели, возвращение к народному участию в уголовном судопроизводстве может положительно сказаться на отправлении правосудия, в особенности в части учреждения принципов равенства сторон обвинения и защиты, презумпции невиновности, а также справедливости и беспристрастности судебного разбирательства».

В резолюции конференции были отражены следующие пункты: признать необходимым дополнительное изучение опыта Российской Федерации по применению этого института, с учетом схожести правовых систем, правовой

истории, правовой ментальности и социально-экономических условий; создать открытую рабочую группу по вопросам законодательной реформы, связанной с созданием института суда присяжных с участием заинтересованных ведомств и широкой юридической общественности; рабочей группе поручить разработку альтернативного законопроекта (ов) о судопроизводстве с участием присяжных на основе классической (англо-американской) модели и изучение вопроса о возможности сочетания разных моделей судов присяжных в судебной системе Казахстана; признать, что введение уголовного судопроизводства с участием присяжных повлечет необходимость внесения изменений в действующее законодательство, направленных на усиление независимости судебной системы, развитие принципа состязательности в уголовном процессе, гарантий прав личности; завершить разработку проекта государственной программы о введении суда с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан и представить ее на утверждение Главе государства.

Эти основополагающие 5 из 8 пунктов резолюции должны были стать направляющими шагами по дальнейшей работе государственных органов по введению института присяжных заседателей в Республике Казахстан.

Председатель ВС РК, отмечал, что «разработано несколько проектов, касающихся практических аспектов введения суда присяжных и внесения изменений в ряд законодательных актов. Первоначально суды присяжных будут рассматривать только дела по особо тяжким преступлениям, за которые может быть назначена смертная казнь»²¹⁵. Проекты законов «О статусе присяжных заседателей», «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан» были подготовлены Верховным судом, и рассмотрены на заседании Высшего судебного совета 25 марта 2004 года²¹⁶. К сожалению, ни Концепция по введению суда присяжных²¹⁷, ни вышеуказанные законопроекты, прошедшие обсуждение Высшего судебного совета не были опубликованы в официальной печати, что не позволило представить их на обсуждение юридической общественности и граждан Казахстана²¹⁸. За двухлетний период после алматинской конференции не было проведено мониторинга мнения населения и юридической общественности с целью исследования и обоснования правовой основы суда с участием присяжных заседателей в Казахстане и восприятия населением нового института. Следствием этого стало создание в декабре 2004 года при Национальной комиссии по вопросам демократизации и гражданского общества рабочей группы для проработки вопроса о введении в республике суда присяжных заседателей. 13 января 2005 года рабочая группа при участии представителей ОБСЕ, авторитетных юристов и ученых, общественных и правозащитных организаций

²¹⁵Мами К.А. Судья должен быть не только грамотным, но и честным // Каз. правда. – 2004. – 7 мая.

²¹⁶Полторабатыко Л. От независимости к беспристрастности // Каз. правда. – 2004. – 26 марта.

²¹⁷Концепция участия присяжных заседателей в уголовном судопроизводстве Республики Казахстан // Предупреждение преступности: Криминологический журнал. – 2003. – №1 (5). – С. 5.

²¹⁸Мами К.А. Надежды превращаются в реальность // Каз. правда. – 2003. – 8 апреля.

представила на обсуждение этот вопрос, по сути подтверждающий, что рабочая группа предпочла англо-саксонскую модель, которая, по мнению большинства, представляет наиболее приемлемый и демократический институт в судопроизводстве Казахстана²¹⁹.

Однако следует прислушаться к авторитетному мнению о формах судоустройства с участием присяжных заседателей. Суть его заключается в следующем. Безусловно, английская форма уголовного судопроизводства считается наиболее близкой к «чистой» состязательной модели. Но исторически она сформировалась в условиях английского общего права и попытки «пересадить» ее целиком с английской судебной почвы на континентальную, где право развивается, главным образом, законодательным путем – обречены на провал. Английская правовая доктрина – частно-исковая, то есть теоретически исходит из того, что публичные органы уголовного преследования пользуются в процессе такими же процессуальными правами обвинителя, какие может иметь любое частное лицо. Английский суд прошел последовательно и полно все логические фазы развития состязательной идеи: обвинительную, частно-исковую и публично-исковую, потому что в Англии в силу ряда уникальных исторических условий общественное развитие значительно раньше, чем в других странах, пошло по пути гражданских вольностей и либерализма²²⁰. А.В. Смирнов трактует это как либерализм, понимаемый как признание гражданских, политических и экономических свобод, закономерный итог перманентного компромисса, который называется историей Англии. Компромисс, который сложился в результате мирного сосуществования двух разных групп – немногочисленной франко-нормандской элиты и прежнего англо-саксонского населения. Их соприкосновение сделало жизненно актуальной такую важнейшую форму управления, как судопроизводство, через разъездных королевских (нормандских) судей и местное (англосаксонское) предьявительное жюри постепенно вытеснившую манориальную (вотчинную) юстицию и давшую впоследствии суд присяжных. Именно этими судьями была создана система общего для всей страны «судейского» права (*common law*), определившего неповторимое своеобразие английской юстиции. В дальнейшем компромисс приобрел чисто политические формы, способствуя дальнейшему становлению суда присяжных как суда «равных», отделению его от большого жюри, которое охраняло права членов общин, контролируя вопрос о предании их суду²²¹. Вместе с тем А.В. Смирнов на основе анализа либерализма в судопроизводстве Англии делает весьма объективное заключение, что либеральная состязательность в суде, предоставленная сама себе, никогда не смогла бы обеспечить в современных условиях эффективную борьбу с преступностью, поэтому противовесом ей служит неформализованное и потому максимально свободное полицейское

²¹⁹Стенограмма заседания круглого стола по обсуждению законопроектов по вопросу введения суда присяжных в Республике Казахстан. 12 марта 2005 г. – Астана, 2005. – С. 22-23.

²²⁰Алексеев С.С. Право. Азбука, теория, философия. Опыт комплексного исследования. – М., 1999. – С. 444-445.

²²¹Смирнов А.В. Состязательный процесс. – СПб., 2000. – С. 68.

дознание. Для английских условий можно сформулировать максимум: чем состязательнее суд, тем свободней полиция. Однако при этом надо учитывать, что «свобода полиции» сама должна быть гарантирована политически – иначе есть опасность, что баланс между правами человека и безопасностью общества будет нарушен в пользу авторитаризма. Поэтому непроцессуальное полицейское дознание может быть допущено только там, где есть сильное гражданское общество, опирающееся на исторические традиции, которые стали частью национального менталитета. Там же, где названных условий нет или они недостаточны, не обойтись без формализованного предварительного расследования, детально регламентированного уголовно-процессуальным законом. Именно названные неповторимые исторические особенности и послужили факторами, определившими индивидуальное лицо английского судопроизводства. Некоторые из его институтов были успешно заимствованы другими законодательными системами, однако перенять английский тип судопроизводства в целом не удалось никому, за исключением стран общего права с англо-саксонским, по своим этническим корням, населением. Этот порядок судопроизводства уникален, а рецепция его невозможна, так же как невозможно заново прожить английскую историю²²².

Поэтому в многочисленных странах, взявших за основу континентальный (французский или германский) тип уголовного судопроизводства, существуют совершенно иные социально-политические условия. Общий вектор их развития, несмотря на отдельные отклонения и эксцессы, направлен от подчиненности личности общегосударственным интересам в сторону либерализма и открытости общества. Этим и объясняется то, что в мире нет однотипных судов присяжных, поскольку все они имеют свои отличительные особенности, поставившие законодателей романского направления (в том числе и казахстанского) перед сложной проблемой: как обеспечить одновременно и активность в борьбе с преступностью, и независимость судебной власти²²³. Представляло интерес предложение американского ученого-правоведа Кристофера Осаке, предлагавшего при реформировании правовой системы использовать определенные аспекты англо-американского права без изменения характера правовой системы постсоветского Казахстана как члена континентального права²²⁴, т.к. каждая национальная сложившаяся система судопроизводства должна сохранить свои достижения, достоинства, исторические особенности.

В Японии тенденция на введение системы участия граждан в отправлении правосудия оформилась в 2001 г. в заключение Совещания по реформе судебной системы, созданного при правительстве в 1999 г., этому способствовала общественно-экономическая предпосылка: желание деловых

²²²Смирнов А.В. Состязательный процесс. – СПб., 2000. – С. 68-69.

²²³Смирнов А.В. Там же. С. 83.

²²⁴Осакев К. Концептуальный план (тезисы) по правовой реформе в постсоветской РК: стратегия, приоритеты и сроки реализации // Юрид. газета. – 1997. – 29 января.

кругов дерегулировать японскую экономику, в которой большое значение придавалось предварительному административному регулированию. Главной задачей реформы судебной системы считалось повышение роли правосудия, прежде всего в области гражданских (экономических) дел. Для этого необходимо было увеличить количество юристов. При этом для получения содействия со стороны адвокатуры, осторожно относящейся к вопросу расширения численности юристов, на повестку дня также был вынесен вопрос об участии граждан в отправлении уголовного правосудия, на чем настаивало адвокатское сообщество.

Часть членов Сопещения по реформе судебной системы высказались за введение суда присяжных. Категорически против этого были представители Верховного суда и прокуратуры. Верховный суд считал приемлемым только суд шеффенского типа, мнение которого не имеет обязательной силы для профессиональных судей. В результате компромисса между противоположными позициями совещание пришло к заключению о необходимости создания собственной формы участия граждан в отправлении правосудия, не ограничиваясь принятием какой-то модели из иностранных систем, при активном участии граждан в работе судебной системы, распределении ответственности и сотрудничестве с судьями новая система правосудия, т.е. суд шеффенского типа.

В ходе проектирования конкретного института наибольшим спорным пунктом оказался состав суда, т.е. численность судей и судебных заседателей. По этому вопросу возникло разногласие между Верховным судом и Министерством юстиции, с одной стороны, и Японской федерацией коллегий адвокатов - с другой. Первые предлагали меньшую численность заседателей: например, трое судей и двое судебных заседателей, мотивируя это необходимостью сделать совещание реальным (не фиктивным). Вторая сторона настаивала на большей численности: например, двое судей и шесть судебных заседателей, объясняя это необходимостью отражения разнообразных мнений в обществе. В результате было достигнуто соглашение о численности судей: их должно быть трое, так как это соответствует существующей традиции рассмотрения дела по существу. Относительно численности судебных заседателей в Сопещании по реформе судебной системы не удалось достичь соглашения, ответственность за окончательное решение по данному вопросу была передана правящим коалиционным партиям. В ходе обсуждения Либерально-демократическая партия обосновывала необходимость участия четверых заседателей, партия Комэи предлагала утвердить семерых. В результате было выбрано шесть заседателей, которые вместе с судьями составят нечетное число в составе судейской коллегии (девять).

Таким образом, введение суда с участием судебных заседателей является результатом компромисса между сторонниками суда присяжных и людьми, не склонными, по крайней мере, на первом этапе дискуссий, признавать необходимость участия граждан в отправлении правосудия. Не согласована цель введения нового института судебной системы. Закон о суде с участием

судебных заседателей ограничивается абстрактной формулировкой: «Участие отобранных из граждан судебных заседателей вместе с судьями в уголовном судопроизводстве способствует тому, что правосудие становится ясным и понятным для граждан, а также увеличивает уровень доверия к нему»²²⁵.

Высказанное мнение является актуальным для стран, вводящих суд присяжных, куда относится не только Казахстан, но и страны, в которых он имеет определенную историю существования. А.А. Демичев обращает внимание, что наилучшим путем решения проблемы участия народных представителей в отправлении правосудия является создание особой формы суда, сочетающей в себе элементы и суда присяжных, и суда шеффенов.

При сохранении порядка формирования скамьи присяжных, предусмотренного действующим законодательством РФ, было бы целесообразно сократить ее с двенадцати до пяти человек и, придав присяжным заседателям функции не только судей факта, но и судей права, соединить их на определенном этапе процесса в единую коллегию с профессиональным судьей, наделив правами, равными с последним. При этом все процедуры, предусмотренные УПК до напутственного слова председательствующего и вынесения вердикта, сохраняются, объединение в единую коллегию происходит только при обсуждении вопросов о виновности и размере наказания. Формула «5 присяжных заседателей + 1 профессиональный судья» позволит значительно удешевить судопроизводство, также облегчается решение проблемы «недопустимости» доказательств, снимается нерациональный запрет в присутствии «судей общественной совести» исследовать обстоятельства, связанные с личностью подсудимого, повышается уровень компетентности присяжных²²⁶.

Рольф Книппер, на вопрос, какая модель института присяжных заседателей приемлема для Казахстана, ответил: «...суд присяжных, именуемый в США и других странах системой жюри, где решение по делу принимают непрофессионалы, в Германии и ряде других стран Европы рассматривается как система, нарушающая Конституцию, поскольку каждый человек имеет право получить решение судьи, который является квалифицированным юристом». По его мнению, не должны существовать такие суды, где рассматривают дело и принимают решение только непрофессионалы. Даже в самой Америке данная система жюри сильно критикуется, где всего лишь четыре процента дел рассматриваются с участием жюри, остальные 96 процентов разрешаются профессиональными судьями. Сейчас разрыв между этими цифрами еще больше увеличивается. Поэтому он считает, что для Казахстана будет целесообразным избежать

²²⁵ Интервью профессора Университета Канагава Акио Коморида на конференции «Участие граждан в отправлении уголовного правосудия: новые опыты, достижения и проблемы»: 16 ноября 2012 г. международная научно-практическая конференция с участием экспертов из Кореи, России, Казахстана. Конференция организована Институтом правовых исследований Университета Канагава и Институтом правовых исследований Университета Эншу.

²²⁶ Демичев А.А. Сравнительно-правовое исследование суда присяжных в России: история и современность: автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук: 12.00.01. – Нижний Новгород, 2003. – С. 49-50.

института чисто непрофессиональных судей, хотя, безусловно, их участие в процессах может повысить доверие к юстиции. На его взгляд, непрофессиональные судьи должны принимать решение совместно с профессиональными²²⁷. Свое мнение ученый мотивирует тем, что система присяжных, состоящая из двух «лавок», где одна лавка присяжных принимает решение о фактах или о вине или об обоих, а другая «лавка» – лавка профессиональных судей – решает о наказании, искусственно разрывает сложные аспекты применения закона на конкретный, «живой» состав дела, которые на самом деле неразделимы друг от друга²²⁸. Последовательно отстаивая свою позицию, он аргументирует ее следующими доводами: опыт показывает, что стороны часто отказываются от участия непрофессиональных судей в государственных судебных торговых палатах. Это происходит по разным причинам, например, чтобы сократить расходы на процесс или по причине доверия компетенции профессиональных судей. По его мнению, в других процессах, вплоть до уголовного, многие стороны и обвиняемые в Германии отказались бы от участия непрофессиональных судей в разбирательствах, если бы они имели на это право. Если бы участие непрофессионалов не было императивно предусмотрено законом. Если бы это предположение было верно, то это было бы замечательным доказательством доверия людей юстиции и профессиональности судей, упрочение которого должно было бы стать задачей каждого судьи и любого судьи в любой стране²²⁹. Ученый считает, что юристам, всегда надо помнить: принятие судебного решения – это не эмоциональная, а научная деятельность. И для того, чтобы правильно их выносить, надо знать закон. Но на практике нередко вердикт, который выносят присяжные, определяется эмоциями, а не законом²³⁰.

С.А.Пашин, убежденный сторонник суда присяжных, считает, что суд присяжных современной России существенно отличается от англосаксонской его модели. Во-первых, сохраняется смешанная форма процесса, при которой предварительное следствие организовано инквизиционным образом, ведется негласно; в суд обвинительная власть препровождает дело, где представляются имеющие доказательственное значение материалы за и против обвиняемого. Во-вторых, отечественное судебное разбирательство не распадается на два отделенных друг от друга этапа: постановление вердикта и вынесение приговора; наказание определяется судьей сразу. В-третьих, обвиняемый может выбирать между традиционным процессом и судом присяжных, даже если признает себя полностью виновным. В-четвертых, напутственное слово судьи, в отличие от принятых в США правил, включает

²²⁷Нурсейтова Т. Судебная реформа Казахстана впечатляет: Интервью Рольфа Книппера // Юрид. газета. – 2004. – 28 мая.

²²⁸Книппер Р. Некоторые соображения к фигуре «непрофессионального судьи» // Бремен. – 2002. – 4 ноября.

²²⁹Рольф Книппер. Выступление на международной научно-практической конференции «Вопросы и пути реализации создания института суда присяжных в Республике Казахстан». г. Алматы, 25-26 ноября 2002 г. // Предупреждение преступности: Криминологический журнал. – 2003. – №1 (5). – С. 19.

²³⁰Нурсейтова Т. Судебная реформа Казахстана впечатляет: Интервью Рольфа Книппера // Юрид. газета. – 2004. – 28 мая.

в себя суммирование доказательств. Такой порядок, впрочем, принят в английских коронных судах (Crown courts). Наконец, в-пятых, коллегия российских присяжных заполняет довольно сложный и объемный вопросный лист, включающий вопросы о доказанности инкриминируемого деяния, о виновности подсудимого в его совершении, а также о том, заслуживает ли подсудимый снисхождения. В отличие от своих испанских и австрийских коллег российские присяжные вердикта не мотивируют²³¹.

На это трудно что-либо возразить. Но самое главное заключается в том, что во Франции и Германии граждане доверяют своим судьям, там нет страха перед судебной системой, поскольку эффективность и независимость обеспечивается не ею или структурой судебных органов, а личными качествами судей, их компетентностью, способностью противостоять оказываемому на них давлению.

Каково же отношение граждан Казахстана к суду с участием присяжных заседателей? Проведенный нами в 2008 году социологический опрос 50 присяжных заседателей, проживающих в г. Караганде и г. Костаная, показал следующее. Из общего количества опрошенных только 44,2% уверенно заявили, что знают, что такое суд присяжных, 24% ответили, что что-то слышали об этой форме судостройства, 31,8% - не знают, что это такое. На вопрос «нужен ли Казахстану суд присяжных?» большинство респондентов ответило утвердительно – 58,4%, 19,6% высказались против суда присяжных, остальные 22% высказались, что суд присяжных скорее не нужен, чем нужен. Среди противников суда присяжных большая часть опрошенных основную причину его ненужности видит в том, что суд присяжных – «суд дилетантов», не способный вынести справедливый приговор (43,3%), 27,7% респондентов свое неприятие суда присяжных объяснили излишне сложной процедурой и дороговизной, 20% ответили, что суд присяжных в Казахстане – это завуалированный способ ухода преступника от ответственности. Оставшиеся 9% ответили, что коль они обходились и ранее без такого суда, то обойдутся и теперь.

При том, что сторонников суда присяжных оказалось больше, лишь 23% из числа этих лиц посчитали для себя возможным в случае совершения ими преступления ходатайствовать о рассмотрении их дела судом присяжных. На вопрос «готовы ли Вы к исполнению обязанностей присяжного заседателя?» – положительно ответили лишь 20,4% респондентов, остальные высказались категорически против, либо дали уклончивые ответы.

Полученные результаты свидетельствуют, что более чем половина сторонников суда присяжных воспринимает этот институт как некую теоретическую абстракцию, не долженствующую иметь ничего общего с их

²³¹ Пашин С.А. Представители народа в российском уголовном суде // выступление на конференции «Участие граждан в отправлении уголовного правосудия: новые опыты, достижения и проблемы»: 16 ноября 2012 г. международная научно-практическая конференция с участием экспертов из Кореи, России, Казахстана. Конференция организована Институтом правовых исследований Университета Канагава и Институтом правовых исследований Университета Сэншю.

личным практическим опытом. Причины нежелания исполнять обязанности присяжного заседателя распределились следующим образом: 71% респондентов не хотят брать на себя ответственность за судьбу другого человека, 15% заявили, что им просто жалко тратить время на это занятие, 14% — боятся мести подсудимых.

Прослеживается тенденция пассивного отношения граждан РК к введенному институту присяжных заседателей и неготовность их к реальной деятельности подобных судов. Свидетельствует это и о правовом нигилизме населения Казахстана и отсутствии юридической грамотности, не позволяющими им в должной мере оценить важность осуществляемых судебных реформ. Объясняется это тем, что большинство граждан нашего государства не имеет сколько-нибудь, полных и системных знаний об этом суде, обязанностях и правах заседателей, особенностях рассмотрения ими уголовных дел. И, тем не менее, большая часть респондентов положительно относится к суду присяжных, видит в нем гаранта вынесения справедливых и обоснованных приговоров. Однако, как показало исследование, желание лично участвовать в качестве заседателя проявляет лишь незначительная часть респондентов.

Безусловно, ситуация, когда большинство из десяти присяжных окажутся неспособными принять верное решение, является маловероятной, хотя полностью и не исключается. Но и эти ошибки можно минимизировать, дав заседателям необходимые им правовые знания для компетентного и осознанного действия, что позволит им отличить главное от второстепенного и несущественного, прийти к верному умозаключению при многих разрозненных и порой противоречивых посылах. Немаловажное значение играет и то, что в деле вовлечения населения в отправление правосудия убеждение и правовая пропаганда должны иметь приоритет над мерами государственного принуждения. Общественное мнение таких мер не приемлет, что подтверждают ответы 87% из 100 опрошенных нами граждан. Они полагают, что участие в суде присяжных заседателей должно быть добровольным делом, без государственного принуждения, поскольку исполнение обязанностей под принуждением – явно не эффективно.

Дин Пайнелес, судья штата Вермонт, на этапе обсуждения законодательства, регламентирующего производство в суде с участием присяжных заседателей, обращал внимание, что одной из самых больших проблем в Казахстане будет обучение граждан о судах присяжных вообще и об их уникальной роли. Потенциальные присяжные заседатели должны стать хорошо осведомленными в общих юридических принципах. В Америке обычный гражданин растет с идеей, что его или ее когда-нибудь вызовут исполнить гражданский долг быть присяжным, и знает об этих важных принципах. Это – часть нашей культуры²³². Автор констатирует: в Казахстане нужно будет убедить общество, что суды присяжных имеют важное

²³²Дин Пайнелес. Международная практика введения суда присяжных // Законодательные основы введения института присяжных заседателей в Республике Казахстан: Сб. мат-лов междунар. науч.-практ. конф. – Астана, 2007. – С. 32.

значение, а желание участия обычного гражданина является важным условием успеха системы.

Участники конференции «Участие граждан в отправлении уголовного правосудия: новые опыты, достижения и проблемы»: проходившей 16 ноября 2012 г. в Токио с участием экспертов из Кореи, России, Казахстана, посетили судебное заседание в Токийском окружном суде, в зале которого находилось очень много учеников начальных и средних классов. Видно было, что они пришли с учителями, как на урок... Профессор Университета Канагава Акио Коморида объяснил это тем, что в последние годы много внимания уделяют правовому воспитанию детей. В 2008 году даже в правительственные программы обучения учеников начальных и средних классов включилось обучение о суде с участием судебных заседателей. Это важный шаг, но, по моему, в деле обучения школьников правосудию в соответствии с их возрастом - это нелегкая задача для учителей²³³.

Приведенные результаты свидетельствуют о необходимости поднятия статуса присяжного заседателя. Нужно проводить постоянную работу среди простых граждан, потенциальных присяжных заседателей по разъяснению законодательства, сути института суда присяжных. В этой связи необходимо на законодательном уровне решить вопрос об организации при Министерстве юстиции либо при высших учебных заведениях юридического профиля обязательных курсов повышения квалификации кандидатов в присяжные заседатели с выдачей соответствующего сертификата установленного образца об их окончании. Указанный сертификат образования должен стать основанием допуска граждан к правосудию и давать право его обладателю требовать реализации предоставленных ему полномочий по выполнению в суде обязанностей присяжного заседателя. Кроме того, в целях обеспечения беспристрастности формирования внутреннего убеждения при принятии соответствующих решений лица, включенные в предварительный список кандидатов в присяжные заседатели, обязаны в обязательном порядке пройти тест на психологическую устойчивость. Подобное повышение уровня правовых знаний, на наш взгляд, является также действенным средством преодоления стереотипа негативного отношения к исполнению обязанности присяжного заседателя, который сохраняется у значительной части населения.

Несмотря на то, что определенные выводы проведенного анкетирования носят дискуссионный характер, поскольку опрос проводился лишь в двух городах Казахстана, актуальность данных исследований бесспорна, поскольку выявленные проблемы, на наш взгляд, характерны как для нашего государства, так и для стран ближнего и дальнего зарубежья.

В этой связи представляет интерес законотворческий опыт Японии, где

²³³ Интервью профессора Университета Канагава Акио Коморида на конференции «Участие граждан в отправлении уголовного правосудия: новые опыты, достижения и проблемы»: 16 ноября 2012 г. международная научно-практическая конференция с участием экспертов из Кореи, России, Казахстана. Конференция организована Институтом правовых исследований Университета Канагава и Институтом правовых исследований Университета Сэншу.

суды присяжных были учреждены в 1923 году. Однако 99% лиц, имевших право на рассмотрение их дела судом с участием присяжных заседателей, не воспользовались этим правом, т.к. вынесенный судом присяжных приговор, согласно установленному правилу, нельзя было обжаловать в вышестоящем суде. По этой причине в Японии институт присяжных был приостановлен в 1943 году. В Японии в мае 2004 года был принят закон, возрождающий институт судебных заседателей, но с другим содержанием. В частности, он предусматривает систему квазиприсяжных или смешанных судов, в основе которой виновность и приговор лицам, обвиняемым в совершении серьезных преступлений, устанавливаются судебной коллегией, состоящей из трех профессиональных судей и шести присяжных при рассмотрении оспариваемых дел, и одного судьи и четырех присяжных при рассмотрении дел, по которым нет возражений ответчика. Разрешению судей с участием присяжных подлежат дела о преступлениях, за которые высшим пределом наказания является смертный приговор или лишение свободы на неопределенный срок каторжными работами, а также преступления, в результате которых наступает смерть жертвы из-за преднамеренного преступного деяния. Решения суда будут приняты модифицированным простым большинством, требующим согласия с обвинительным приговором или мерой наказания не менее одного судьи и одного присяжного. Присяжными являются лица из всех слоев населения, избранные с помощью лотерей из списка избирателей. Большинство юристов не допускаются к этой деятельности, в остальном основания для невыполнения этой функции ограничены. По мнению Казутака Сугиура, профессора факультета права Нагойского университета, закон о присяжных имеет очень важное значение для Японии в ее стремлении достичь намеченных целей, равно он важен и за пределами Японии как новая глобальная модель для народного участия в отправлении правосудия. Система, которую создает закон о присяжных, не имеет абсолютно сравнимого иностранного эквивалента. Этот состав из профессиональных судей и присяжных, рассматривающих вопросы вместе, похож на смешанные суды в Европе, но ее присяжные выбираются наугад, и они рассматривают только одно дело, как англо-американские присяжные. По его мнению, полученный в процессе работы опыт при данной системе будет служить моделью, с которой другие страны будут измерять и сравнивать макроэффективность и микродейственность своих систем²³⁴.

Более подробно и профессионально о начале действия в Японии новой системы участия граждан в отправлении правосудия изложил профессор Университета Канагава Акио Коморида²³⁵, в частности он пояснил, что после принятия закона 2004 г., предусматривающего данную систему правосудия, в

²³⁴Интервью директора Центра азиатского правового обучения, профессором факультета права Нагойского университета г-ном Сугиура (Япония) // Юрист. – 2007. – № 6 (72). – С. 8-9.

²³⁵Интервью профессора Университета Канагава Акио Коморида на конференции «Участие граждан в отправлении уголовного правосудия: новые опыты, достижения и проблемы»: 16 ноября 2012 г. международная научно-практическая конференция с участием экспертов из Кореи, России, Казахстана. Конференция организована Институтом правовых исследований Университета Канагава и Институтом правовых исследований Университета Сэншу.

течение пяти лет велась подготовка к ее введению - приспособление судебных залов, проведение пробных (экспериментальных) судебных заседаний, информационная работа среди населения и т.д.

В рамках новой системы граждане, которые принимают участие в отправлении правосудия, называются *saiban-in* - судебные заседатели. М.К. Клеандров употребляет термин «судебный заседатель» в качестве понятия, охватывающего все категории граждан, участвующих наряду с профессиональными судьями в осуществлении правосудия в государственном суде, а именно заседатели арбитражные, народные и присяжные²³⁶.

Основные черты суда с участием судебных заседателей в Японии.

Во-первых, к компетенции этого суда отнесено рассмотрение в первой инстанции дел о преступлениях, караемых смертной казнью, лишением свободы с исправительными работами либо без них на неопределенный срок, а также об умышленных преступлениях, повлекших смерть потерпевшего. К таким преступлениям относятся, например, убийство; разбой, причинивший ранение потерпевшему; поджог помещения, где живет человек; изнасилование, причинившее смерть или ранение потерпевшему; нарушение правил о наркотических средствах; подделка валюты и т.д. В 2006 г. по подобным преступлениям около 3100 дел было направлено в суды. Это составляет 3% от всех дел, рассмотренных в местных судах. Уголовный кодекс Японии 1907 г. предусматривает шесть видов основных наказаний: смертную казнь (повешение), лишение свободы с исправительной работой (на неопределенный или определенный срок от одного месяца до двадцати лет), лишение свободы без исправительной работы (на неопределенный или определенный срок от одного месяца до двадцати лет), штраф (от 10 000 иен), арест (от одного до двадцати девяти дней) и мелкий штраф (меньше 10 000 иен). Осужденный к лишению свободы на определенный срок может быть условно освобожден после отбывания одной трети срока наказания, а осужденный к лишению свободы на неопределенный срок - десяти лет (при определенных условиях). В последнее время ограничивается (ужесточается) применение условного освобождения от отбывания наказания для осужденных к лишению свободы на неопределенный срок, в связи с чем это наказание фактически приближается к пожизненному лишению свободы.

В случае если подсудимый признает свою виновность, дело также рассматривается в суде с участием судебных заседателей. Подсудимый в таких случаях не имеет права выбрать, каким судом будет рассматриваться его дело - судом с участием судебных заседателей или судом из трех профессиональных судей.

Во-вторых, по закону в состав суда с участием судебных заседателей входят трое профессиональных судей и шесть заседателей.

В-третьих, установлены правила отбора судебных заседателей. Местные суды ежегодно определяют число кандидатов в судебные заседатели на

²³⁶ Клеандров М.К. Статус арбитражных, народных, присяжных заседателей. М., 2000. С. 5.

следующий год и уведомляют избирательные комиссии муниципалитетов об этом. Избирательные комиссии отбирают по жребию из избирательных списков установленное количество кандидатов, которые могут быть вызваны в суд, и передают их списки местным судам, которые оповещают выбранных кандидатов. Последним присылается анкета, в которой есть вопрос, имеются ли причины, по которым они не могут быть судебными заседателями либо имеют возможность отказаться от выполнения обязанностей таковых. Закон предусматривает 13 категорий, имеющих право отказаться от этой службы. После того, как устанавливается дата проведения судебного заседания, местный суд вызывает кандидатов, отобранных по жребию (по обычным делам - около 60 человек). К вызову прилагается анкета, где повторно задается вопрос о наличии причин, которые дают возможность отказаться от службы. При наличии одного из указанных в законе условий вызов может быть отменен уже на этой стадии. Неявка без уважительной причины наказывается штрафом.

Из всех кандидатов в судебные заседатели 55,3% было позволено отказаться от службы. Из кандидатов в судебные заседатели, вызванных в дни судебных заседаний, 80% пришли в суд. Верховный суд обращает внимание на то, что это число включает в себя лиц, до которых не дошел вызов.

Перед судебным заседанием проводится процедура отбора судебных заседателей. Им предоставляется краткая информация об уголовном деле, подлежащем рассмотрению. Кандидаты в заседатели заполняют опросный лист, отвечая на вопрос о наличии отношений с подсудимым или потерпевшим, об осведомленности об обстоятельствах, установленных в рамках данного дела, через средства массовой информации и т.д. После этого каждый кандидат отдельно опрашивается председательствующим в присутствии двух других судей, прокурора и защитника при закрытых дверях. Прокурор и защитник на основании ответов на вопросы могут ходатайствовать не отбирать определенного кандидата в связи с опасением, что он, например, «может пристрастно судить». Решение об удалении из списка кандидата принимает председательствующий. Кроме того, прокурор и защитник могут немотивированно отвести по четыре кандидата. Из числа оставшихся кандидатов производится отбор по компьютерному жребию 6 судебных заседателей и не более 6 запасных заседателей. Председательствующий разъясняет им принципы уголовного судопроизводства, в том числе правило о том, что неустранимые сомнения в виновности лица толкуются в пользу обвиняемого, а также обязанность сохранять тайну совещательной комнаты. После этого судебные заседатели принимают присягу.

В-четвертых, судебный процесс с участием судебных заседателей имеет ряд особенностей. Во вступительном слове прокурор и защитник излагают основную позицию сторон. Обычно обе стороны представляют судьям и судебным заседателям письменный конспект своей речи, состоящий из одной или двух страниц. На местах, где находятся судьи и судебные заседатели,

прокурор и защитник, установлены экраны небольшого размера, а на стене судебного зала - большие экраны. С их помощью транслируется ход судебного заседания, а также показывается часть доказательств, например, чертежи, документы. Это связано с одним из принципов новой системы - понятное правосудие. Судебные заседатели могут задавать вопросы непосредственно свидетелям и подсудимому. Первый в Японии Уголовно-процессуальный кодекс 1880 г. был написан на основе проекта, подготовленного профессором Парижского университета Г. Буссонада, одним из иностранных ученых-юристов, которых японское правительство пригласило для того, чтобы быстро создать модернизированное законодательство, учитывая в значительной степени западные образцы. Поэтому тогда в японский уголовный процесс было введено предварительное следствие. УПК 1922 г., на который огромное влияние оказал немецкий закон, сохранил этот институт. Наоборот, действующий УПК, принятый в 1948 г. под влиянием американской системы, ликвидировал предварительное следствие. Предъявляя обвинение, прокурор представляет суду только сжатое обвинительное заключение. Это означает, что в начале судебного следствия судья освобожден от какого бы то ни было предрешенного знания о виновности или невиновности подсудимого, ничего не зная о содержании дела. По крайней мере, создается информационная пропасть между судьями и судебными заседателями.

В 2005 г., перед введением суда с участием судебных заседателей, начала применяться новая процедура предварительного слушания, которая называется «процедурой упорядочения перед судебным следствием». В рамках данной процедуры (в условиях закрытого судебного заседания) в присутствии 3 судей, ведущих дело, устанавливаются позиции сторон обвинения и защиты; кроме того, председательствующим судьей принимается решение о допустимости доказательств. В суде с участием судебных заседателей процедура упорядочения перед судебным следствием проводится обязательно.

Средняя продолжительность процедуры упорядочения перед судебным следствием - всего 5,5 месяца, при этом в делах, в которых подсудимые признавали свою виновность, - 4,7 месяца, не признавали - 6,9 месяца.

Средняя продолжительность совещания - всего 522 минуты, при этом в делах, в которых подсудимые признали свою виновность, - 448 минут, не признавали - 651 минута.

В-пятых, судебные заседатели в ходе судебного заседания устанавливают факты и применяют нормы права наряду с судьями, толкование же норм права - исключительно прерогатива судей. Приговор выносится простым большинством голосов. Однако в случае вынесения невыгодного для подсудимого решения большинство голосов должно включать хотя бы один голос судьи и один голос судебного заседателя. При принятии выгодного для подсудимого решения, например, если все судебные заседатели признают подсудимого невиновным, а все судьи - виновным, приговор является оправдательным. Наоборот, когда все судебные

заседатели признают подсудимого виновным, а все судьи - невиновным, приговор будет также оправдательным.

По такому же принципу решается вопрос о мере наказания и о том, должен ли приговор быть реальным или условным. Председательствующий показывает судебным заседателям данные о мере наказания в подобных рассмотренных делах на основе базы данных, составленных Верховным судом. Это график, показывающий распределение мер наказания, попросту называется «курсом меры наказания». Он, конечно, не имеет обязательной силы для судей и судебных заседателей, а считается справочным материалом.

Опыт судебной системы Японии свидетельствует, что там за основу берется континентальная модель судопроизводства с участием присяжных заседателей, т.е. фактически смешанная форма. Но вместе с тем привнесение отдельных элементов национального права позволяет заявлять о создании новой модели суда присяжных, впоследствии могущей стать образцом для других государств.

Японцы справедливо признают, что рано судить о функционировании этого нового института, потому что остается много нерешенных или спорных вопросов.

Во-первых, существует задача сделать следствие на досудебной стадии открытым. Как уже было отмечено, в японском уголовном судопроизводстве и участие адвоката в допросе, и видеозапись хода допроса не допускаются. Защитник имеет только возможность свидания с подзащитным, содержащимся под стражей. В связи с этим давно отмечено, что подобная следственная практика: придание признанию подозреваемого более важного значения, чем объективным доказательствам; правосудие, зависимое от протоколов, составленных с помощью неподходящих способов следствия при закрытых дверях, - является причиной серьезных судебных ошибок. В суде с участием судебных заседателей необходимость сделать следствие на досудебной стадии открытым считается особенно важным для того, чтобы проверить состоятельность способов следствия без затягивающегося спора между сторонами. Однако следственная власть упорно противодействует видеозаписи, аргументируя свою позицию тем, что это мешает построению отношений взаимного доверия, необходимых для получения признания. Следствие считает приемлемым только частичную видеозапись, например, с того момента, когда подозреваемый признает свою вину. В действительности прокурор читает вслух протокол, который он написал, как будто подозреваемый сам рассказал, и подозреваемый подтверждает его содержание. Однако многие специалисты считают, что только всесторонняя видеозапись имеет значение, поскольку от усмотрения прокурора зависит выбор фрагмента для видеозаписи, а это ставит под сомнение объективность данного доказательства.

Во-вторых, существуют проблемы процедуры упорядочения перед судебным следствием. Ее цель заключается в предварительном подтверждении спорных между сторонами пунктов и допустимых доказательств, для того, чтобы окончить судебное следствие в короткий срок

и, таким образом, избежать излишнего бремени для судебных заседателей. После вступительных заявлений сторон председательствующий судья оглашает результаты этой процедуры, что, несомненно, служит ускорению судебного разбирательства (по наблюдению автора этой статьи можно даже сказать, что судебное следствие в суде с участием судебных заседателей запланировано, хотя в большинстве дел подсудимый признает свою виновность). Однако нередко эта процедура затягивается, что приводит к продлению срока содержания подсудимого под стражей. Кроме того, на стадии судебного разбирательства, в принципе, не допускается представление новых доказательств. Отмечается, что это ограничивает право на защиту.

В-третьих, имеет место проблема соотношения суда с участием судебных заседателей и участия потерпевшего в уголовном судопроизводстве. Отмечается, что присоединение потерпевшего фактически к стороне обвинения может нарушить соотношение между сторонами обвинения и защиты, которые должны быть равны. Несмотря на то, что пока нет надежной статистики, показывающей, что судебные заседатели склонны к доброжелательному отношению к потерпевшему, данный вопрос остается проблемным. Некоторые специалисты предлагают разделить производство на две части: сначала исследовать только доказательства, касающиеся виновности или невиновности, и принять промежуточное решение по этому вопросу; потом, в случае обвинительного решения, исследовать обстоятельства, которые могут оказать влияние на меру наказания (например, судимость). Однако пока такое предложение не нашло отклика.

В-четвертых, вопрос о смертной казни. В Японии смертная казнь сохраняется и исполняется. Уже давно обсуждается проблема участия судебных заседателей в принятии решения о назначении смертной казни. Существует точка зрения, согласно которой в конечном итоге это может привести к тому, что общественное мнение все более будет склоняться к отмене смертной казни. Однако, как и ожидалось, судебные заседатели, которые приняли участие в принятии решения о назначении смертной казни, испытали серьезный психический стресс. Учитывая этот факт, предлагается, например, изменить закон таким образом, чтобы для вынесения приговора о назначении смертной казни требовалось единогласное решение.

В-пятых, вопрос о возможности рассмотрения дела в отношении подростка судом с участием судебных заседателей (в Японии совершеннолетним признается лицо, достигшее возраста двадцати лет). Закон о подростковой преступности предусматривает, что в таких делах принимаются специальные воспитательные меры: дело в отношении подростка в возрасте от 14 лет прокурор направляет в семейный суд. Последний после рассмотрения дела уполномочен либо поместить его в воспитательно-исправительное учреждение, либо назначить пробацию. Однако в делах о преступлениях, караемых смертной казнью или лишением свободы с исправительными работами либо без них на неопределенный срок, если семейный суд признает подходящим более мягкое уголовное наказание

с учетом характера преступного действия и личности преступника, он направляет дело обратно прокурору; при этом дела по умышленным преступлениям, причинившим смерть потерпевшему, в случае если подросток достиг шестнадцатилетнего возраста, обязательно направляются прокурору (лицо, не достигшее восемнадцатилетнего возраста, которое совершило преступление, наказывается лишением свободы на неопределенный срок вместо смертной казни). Таким образом, дело подростка может быть предметом суда с участием судебных заседателей. Однако представляется сомнительным, возможно ли в суде с участием судебных заседателей, в котором приговор выносится через три-четыре дня, реализовать Закон о подростках.

В-шестых, вопрос об обязанности судебных заседателей сохранять тайну совещательной комнаты. Судебным заседателям запрещается под страхом уголовного наказания разглашать тайну совещательной комнаты, а также информацию, которая стала им известна в связи с исполнением своих обязанностей. Проблемный вопрос состоит в том, что не обозначен период времени, в течении которого должна храниться тайна и не определен объем информации, который должен быть сохранен втайне, какие конкретно данные не подлежат разглашению. После окончания судебного заседания обычно проводится пресс-конференция, в которой принимают участие судебные заседатели, которые дали на это согласие, всегда присутствует служащий суда для того, чтобы следить за сохранением тайны. Информация о работе судебных заседателей могла бы быть полезной для улучшения данной системы правосудия. Однако отсутствие четкого перечня данных, входящих в тайну, которую должны соблюдать судебные заседатели, приводит к невозможности получения новой информации о функционировании суда с участием судебных заседателей, даже в случае нарушений при осуществлении данного вида правосудия.

Закон о суде с участием судебных заседателей предусматривает обязанность правительства через три года после вступления в силу данного акта дать оценку его исполнению и принять меры по устранению выявленных недостатков²³⁷.

Имеющийся опыт реформ в Казахстане убеждает, что недопустимо использование зарубежных правовых институтов, какими бы привлекательными на первый взгляд они ни являлись, их механическое перенесение в казахстанскую правовую среду в силу определенных объективных причин. Эти причины являются своего рода барьерами, не дающими возможность их, образно говоря, перепрыгнуть и создать структуры по образцу зарубежных государств в силу специфических социально-экономических возможностей республики, национальных

²³⁷Интервью профессора Университета Канагава Акио Коморида на конференции «Участие граждан в отправлении уголовного правосудия: новые опыты, достижения и проблемы»: 16 ноября 2012 г. международная научно-практическая конференция с участием экспертов из Кореи, России, Казахстана. Конференция организована Институтом правовых исследований Университета Канагава и Институтом правовых исследований Университета Сэншу.

особенностей человеческих ресурсов – социальный уклад, религиозность, степень правосознания и правовой культуры, традиционности менталитета и его социо-культурных характеристик²³⁸.

При имеющей место дискуссии по вопросу определения модели судопроизводства с участием присяжных заседателей нередко на раннем этапе одним из доводов против той или иной модели либо вообще против введения суда с участием присяжных заседателей в Казахстане был и остается аргумент о ментальности народа Казахстана. Этот аргумент часто сводился к тому, что менталитет населения не позволяет вводить суд присяжных, что это вообще не свойственно народу, населяющему Казахстан. В связи с этим требуется сделать небольшое отступление и сказать о том, что менталитет действительно имеет большое значение, так как имеются исторически сложившиеся культуры народов.

Сделаем небольшое отступление и не используя имеющиеся место точки зрения и научные споры, обратимся к выдержкам Ю.И.Аверьянова, который пишет, что для характеристики национальных особенностей народа, его культуры употребляется понятие национальный менталитет) от лат. *mentalis* – умственный, духовный), хотя ясного представления по поводу этого понятия пока нет (зачастую его заменяют понятием «национальный характер»). Национальный менталитет обычно определяют как образ мышления, духовную настроенность, свойственную данной конкретной этнической общности.

Национальный менталитет проявляется в совокупности взглядов, оценок, идеалов, интересов, норм, принципов и привычек, нашедших отражение в устойчивых коллективных чертах характера, отличающих данную этническую общность от других. Эти черты связаны с многовековой культурой народа и действуют зачастую неосознанно, самопроизвольно (спонтанно). Этнологи подчеркивают, что национальный менталитет служит отражением исторических судеб страны, закрепившихся в народном сознании, в культуре, в устойчивых образцах поведения. Национальный менталитет – своего рода память о прошлом, обуславливающая поведение людей и помогающая им оставаться верными своим исторически сложившимся ценностям, традициям.

Национальный менталитет – явление хотя и устойчивое, но не застывшее. При сохранении глубинных ценностей он, безусловно, отражает изменения, которые происходят со страной на каждом конкретном отрезке ее истории. Наука призывает общество и правящую элиту бережно относиться к особенностям национального менталитета, учитывать его при проведении реформ.

На характер ментальности огромное воздействие оказывают национальные традиции и ценности. Традиции – это элементы культуры, которые передаются из поколения в поколение. Они имеют двуединую

²³⁸Сулейменова Г.Ж. Введение суда с участием присяжных заседателей в Казахстане: идеи и суждения // Предупреждение преступности: Криминологический журнал. – 2003. – №1. – С. 57.

природу. С одной стороны, это явление психики (могут, как осознаваться, так и не осознаваться); с другой – явления практические, проявляющиеся в действиях или вещах, символах и одежде и даже еде. Большинство традиционных правил поведения усваиваются подсознательно, на уровне подражания. Изначально они внедряются людьми в повседневную практику сознательно. Однако последующие поколения утрачивают представления о том, зачем и почему принималось то или иное правило. Остается только малоосознанное, но привычное действие²³⁹.

Анализируя признаки суда присяжных, А.А. Демичев обращает внимание, что «нельзя сказать, какая из форм суда (классический суд шэффенов и суд присяжных) лучше и эффективней – многое зависит от их правильной организации, а также правовых традиций и менталитета». Для стран англосаксонской правовой семьи традиционным является суд присяжных, для стран континентальной семьи, куда относится и Россия, – суд шэффенов. Сказанное не означает, что в названных правовых семьях отсутствуют юридические заимствования²⁴⁰.

В связи с этим требует внимания точка зрения А.А. Матюхина, что в качестве одного из наиболее важных элементов интерпретации естественного права выделяется правопонимание, отдающее должное как глобализации (в форме международно-правовых стандартов), так и регионализации (в форме признания и уважения особенностей региона и образующих его государств)²⁴¹.

Вот в этом, на наш взгляд, и заключаются противоречия, разрешение которых носит концептуальный характер, так как интересы реформирования судебной системы, обеспечения подлинного правосудия требуют расширения демократических начал в судопроизводстве. В то же время общество находится в состоянии, когда в одном случае оно относится к этому индифферентно, в другом случае не готово разделить судебную власть с судьей, что подразумевает и разделение ответственности за вынесенные решения. Такое опасение сдерживает иногда самые смелые начинания. Это опасение и явилось определяющим в выборе модели судопроизводства с участием присяжных заседателей в Казахстане, в котором преобладает профессиональное начало судебной деятельности. Председатель ВС РК считал, что на опыте судов с участием присяжных заседателей европейских государств можно создать не громоздкую модель суда с участием присяжных, а компетентный, профессиональный суд с участием присяжных заседателей, где присяжные заседатели совместно с профессиональными судьями принимают решение по вопросу о виновности или невиновности

²³⁹ Обществознание. 11 класс : учеб. для общеобразоват. учреждений : профил. уровень / [Л.Н.Боголюбов, А.Ю.Лазебникова, А.Т.Кинкулькин и др.]; под ред. Л.Н.Боголюбова [и др.]; Рос. акад. наук, Рос. акад. образования, изд-во «Просвещение». – М.: Просвещение, 2009. – С. 79-80.

²⁴⁰ Демичев А.А. История суда присяжных в дореволюционной России (1864-1917 гг.). – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2007. – С. 5.

²⁴¹ Матюхин А.А. Становление правовой культуры и геополитическое самоопределение казахстанской государственности (постановка проблемы) // Проблемы развития сравнительного правоведения в системе юридического образования: мат-лы междунар. конф. – Алматы, 1999. – С. 34.

подсудимого и о назначении меры наказания. С одной стороны, представители общественности принимают участие в осуществлении правосудия и контроле над деятельностью суда, с другой – все вопросы правосудия решаются с участием профессиональных судей, то есть суд остается профессиональным²⁴².

При введении в уголовное судопроизводство Казахстана смешанной формы института присяжных заседателей учитывался факт, что судопроизводство Казахстана базировалось на европейской (континентальной) модели, предусматривающей проведение расследования органами уголовного преследования под судебным контролем с некоторыми элементами состязательности, а судебного разбирательства – независимым судом с обеспечением реальной состязательности и равноправия сторон, разделения функций обвинения, защиты и рассмотрения дела по существу. По содержанию реформированное судопроизводство принадлежит охранительному. Суд на всех стадиях процесса лишен обвинительной функции. Эти положения во многом сыграли определяющее значение при определении выбора между двумя моделями судопроизводства с участием присяжных заседателей – англо-саксонской или континентальной.

17 марта 2005 года ВС РК, Уполномоченный по правам человека Республики Казахстан, Союз адвокатов, БДИПЧ/ОБСЕ и Центр ОБСЕ вновь провели «круглый стол», посвященный реформированию уголовного судопроизводства в Казахстане – возвращению к народному участию в отправлении правосудия. Был представлен правительственный пакет законопроектов, предусматривающих учреждение смешанного суда с участием народного представительства, которые совместно решают как вопросы факта, так и права, подготовленный ВС РК, и законопроект, подготовленный рабочей группой Национальной комиссии по вопросам демократии и гражданского общества при Президенте РК, в котором предполагалось рассмотрение уголовного дела профессиональным судьей совместно с коллегией присяжных, которая и решает вопрос о виновности или невиновности подсудимого.

Результатом работы «круглого стола» явилась резолюция, согласно которой участники «круглого стола», рекомендуют:

1. Довести до сведения членов Национальной комиссии по вопросам демократии и гражданского общества итоги состоявшейся дискуссии по вопросу выбора казахстанской модели суда с участием народных представителей и предоставить материалы настоящего «Круглого стола».

2. Признать возможным использование в рамках единой системы уголовного процесса одновременно с классическим судом присяжных континентального суда с народным представительством.

3. Предусмотреть такой порядок отбора присяжных, который обеспечивал бы объективность, беспристрастность, компетентность коллегии

²⁴²Мами К.А. Ведение судопроизводства с участием присяжных заседателей в Казахстане // Вестник КазНУ. Серия юридическая. – 2002. – №1 (26). – С. 47.

заседателей, а также гарантировал каждому гражданину Республики Казахстан, удовлетворяющему требованиям, предъявляемым законом, возможность участия в отправлении правосудия в качестве присяжного.

4. Предусмотреть открытость и состязательность процесса формирования коллегии присяжных.

5. Признать исполнение обязанностей присяжного почетным долгом каждого гражданина, предусмотрев возможность освобождения от него только в установленных законом случаях.

6. Признать наиболее репрезентативным состав коллегии присяжных, состоящий из 9-12 заседателей.

7. Создать эффективные механизмы обеспечения процессуальной самостоятельности присяжных заседателей, их безопасности, независимости.

8. Рекомендовать международным организациям содействовать в осуществлении ознакомительной поездки представителей законодательной власти, заинтересованных ведомств и разработчиков законопроектов в РФ и другие страны для изучения практики функционирования суда присяжных²⁴³.

Принятие данных рекомендаций в изложенном содержании таким представительным составом явилось шагом по обеспечению введения в Казахстане института присяжных заседателей и должно было снять накопленные ранее противоречия. Однако научные споры не утихали до тех пор, пока позиция Главы государства не положила конец дискуссиям.

1 сентября 2005 года на второй сессии Парламента третьего созыва Глава государства раскрывая вопросы расширения общественной дискуссии и реализации Общенациональной программы демократических преобразований, указал, что в целях совершенствования системы защиты прав и свобод граждан Казахстана уже в ближайшие три года необходимо внедрить в практику уголовного судопроизводства институт суда присяжных заседателей и принять соответствующие законы²⁴⁴.

Результатом стало введение в УПК РК нового раздела 13 «Производство по делам с участием присяжных заседателей» и принятие Закона РК «О присяжных заседателях». Выполнение этих организационных мероприятий позволило создать правовые основы института присяжных заседателей, способствующие соблюдению конституционных принципов в сфере уголовного судопроизводства, в том числе в деятельности присяжных заседателей. В соответствии с положениями статьи 569 УПК РК, вопросы факта и права, а также вопросы квалификации и наказания рассматриваются коллегиально: совместно профессиональными судьями и присяжными заседателями. Из этого следует то, что в Казахстане действует не классический вариант суда с участием присяжных заседателей, а номинальный (смешанный), как это имеет место во Франции и в Германии.

Предпочтительность континентальной модели для Казахстана

²⁴³Введение суда присяжных в Республике Казахстан: вопросы теории и практики: мат-лы круглого стола. – Алматы, 2005. – С. 114-115.

²⁴⁴Назарбаев Н.А. Казахстанский путь: стабильность, модернизация и процветание // Каз. правда. 2005. – 2 сентября.

объясняется тем, что вердикт присяжных в классической модели не мотивирован, и причины принятия его остаются невыясненными, и это вызывает еще больше вопросов у участников судебного разбирательства. Жан-Пьер Федо, член кассационного суда Французской Республики, рассматривая перспективы и возможные изменения судебной системы Франции, обращает внимание на необходимость объяснения выносимых решений, которая является одной из гарантий против произвола судьи, согласно Европейскому суду по правам человека. Эта ситуация может показаться неудовлетворительной, тем более что с появлением возможности обжалования судья, рассматривающий апелляцию, не может знать, по каким конкретным причинам было принято то или иное решение на первом процессе. Обязательство мотивировать решения суда присяжных было предусмотрено проектом реформы 1996 года, но оно не было включено в закон 2000 года²⁴⁵. Это в совокупности позволяет согласиться с тем, что сформирована казахстанская модель судопроизводства, основанная на смешанной форме народного участия в правосудии, которая представляет собой оригинальное комплексное решение, основанное на осмыслении отечественного и международного опыта и соответствующее социально-правовой ситуации, которая исторически сложилась в Казахстане»²⁴⁶.

Учитывая реальное состояние гражданского общества, принимая во внимание все сложности переходного периода, исходя из ранее сложившихся исторических условий и национальных особенностей, а также с учетом опыта функционирования суда присяжных в международном сообществе, Казахстан отказался от длительного подготовительного периода и воспринял смешанную модель судопроизводства, олицетворяющую состояние общества и строя на современном этапе, в которой двое профессиональных судей наряду с девятью присяжными заседателями (с 1 января 2010 г. 1 профессиональный судья и 10 присяжных заседателей) совместно исследуют материалы уголовного дела, принимают решение о виновности или невиновности подсудимого, результатом которого является вынесение вердикта присяжных заседателей, на основании которого постановляется приговор.

²⁴⁵Жан-Пьер Федо. Основные этапы становления суда присяжных во Франции // Законодательные основы введения института присяжных заседателей в Республике Казахстан: Сб. мат-лов междунар. науч.-практ. конф. – Астана, 2007. – С. 29.

²⁴⁶Абыкаев Н.А. Вступительное слово // Законодательные основы введения института присяжных заседателей в Республике Казахстан: сб. мат-лов междунар. науч.-практ. конф. – Астана, 2007. – С. 6.

Глава 2. Концептуальные основы формирования суда с участием присяжных заседателей в Казахстане

§ 1. Судебная власть в Казахстане и участие граждан в осуществлении правосудия

Особенностью континентальной системы права, к представителям которой относится и Республика Казахстан, является строгая кодификация всей законодательной базы, профессиональное начало любой правовой деятельности, приоритет публичных интересов по сравнению с любыми другими интересами. Поэтому рассматриваемая в настоящем исследовании проблема вытекает из необходимости обеспечения стабильного кодифицированного законодательства. Принципиально важным достижением в создании правового государства является закрепление в Конституции Республики Казахстан демократического принципа разделения властей. Пункт 4 статьи 3 Конституции гласит: «...государственная власть в Республике едина, осуществляется на основе Конституции и законов в соответствии с принципом ее разделения на законодательную, исполнительную и судебную ветви и взаимодействия их между собой с использованием системы сдержек и противовесов».

Обозначение в качестве ветвей власти законодательной, исполнительной и судебной исторически продиктовано нежелательным, ведущим к необратимым последствиям сосредоточением в одном органе, у одного должностного лица полномочий по изданию законов, их исполнению и применению судебных санкций за неисполнение либо ненадлежащее исполнение²⁴⁷. Поскольку сильная и независимая судебная власть является важнейшей гарантией формирования правового государства и гражданского общества, особо следует отметить усиление судебной ветви власти, которая обрела реальные очертания с принятием Конституции и получила свое дальнейшее развитие в Государственной программе правовой реформы (основные направления) от 12 февраля 1994 года, создавшей предпосылки обеспечения подлинной независимости правосудия, повышения профессионализма и углубления специализации. В частности, в ней были закреплены принципы несменяемости судей, назначаемости их Главой государства, тем самым были заложены правила формирования судейского корпуса с участием представителей всех трех ветвей власти. Принятые законодательные акты о судебной системе, в том числе и Закон РК «О присяжных заседателях», в значительной мере способствовали перестройке в деятельности судебных органов, ориентации их в сторону защиты прав и свобод личности, искоренению многих устойчивых стереотипов, негативно отражающихся на отправлении правосудия.

Однако анализ научной литературы показал, что в науке уголовного процесса нет единого подхода к определению судебной власти, хотя во всем

²⁴⁷Барнашев А.М. Теория разделения властей: становление, развитие, применение. – Томск, 1988. – С. 5.

многообразии взглядов и подходов к этой проблеме, по мнению А.А. Касимова, четко просматриваются два основных направления. Автор полагает, что при отправлении правосудия по уголовным делам судебная власть проявляется в статусном и функционально-правовом аспектах деятельности судьи и суда. При этом функционально-правовой аспект характеризует прикладную реализацию норм общего свойства на судебных стадиях уголовного судопроизводства при условии, что независимость судьи, как носителя судебной власти, должна быть сбалансирована эффективным механизмом правового и иного контроля над его деятельностью, обеспечивающим равенство судей перед законом и судом, неотвратимость юридической ответственности²⁴⁸.

Судебная власть рассматривается с точки зрения структурного и функционального построения. В зависимости от этого разделились и мнения ученых. Полагаем, что для понимания в новых исторических условиях проблем осуществления судебной власти и ее служения исключительно интересам права необходимо рассмотреть исторические корни происхождения указанных выше направлений определения судебной власти.

Представители первой группы ученых определяют судебную власть через систему судебных органов государства, осуществляющих правосудие. Родоначальником этого направления выступал известный русский процессуалист проф. И.Я. Фойницкий. По его определению, судебная власть «образует систему подчиненных закону органов, призванных к применению закона в порядке судебного производства»²⁴⁹. Такой подход к понятию судебной власти характерен и для советского периода²⁵⁰. В Российской Федерации представители указанного направления определяют судебную власть как «систему государственных и муниципальных органов, обладающих предусмотренными законом властными полномочиями, направленными на установление истины, восстановление справедливости и наказание виновных, решения которых обязательны к исполнению всеми лицами, которых они касаются»²⁵¹. Представляется, что подобный взгляд на судебную власть как на систему судебных органов закономерно приводит к необоснованному отождествлению функций и форм деятельности судебных органов с функциями и формами реализации судебной власти. Полагаем, что отнесенные некоторыми исследователями к формам осуществления судебной власти судебное управление и надзор вышестоящих судов за деятельностью нижестоящих²⁵² являются формами деятельности некоторых из звеньев судебной системы, но никак не могут рассматриваться в качестве форм осуществления самой судебной власти. Судебная власть – это правомочие

²⁴⁸Касимов А.А. Судебная власть: уголовно-процессуальное исследование: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Караганда, 2001. – С. 7-8.

²⁴⁹Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. В 2-х т. – СПб.: Изд-во Альфа, 1996. – Т. 1. – С. 158.

²⁵⁰Советский энциклопедический словарь. – М.: Советская энциклопедия, 1981. – С. 1295.

²⁵¹Дмитриев Ю.А., Черемных Г.Г. Судебная власть в механизме разделения властей и защите прав и свобод человека // Государство и право. – 1997. – №8. – С. 48.

²⁵²Ржевский В.А., Чепурнова Н.М. Судебная власть в Российской Федерации: Конституционные основы организации и деятельности. – М., 1998. – С. 96.

государственных органов, направленное на преобразование общества. В связи с этим неправомерно относить ни к функциям, ни к формам судебной власти те полномочия судебных органов или отдельных звеньев судебной системы, которые не направлены на урегулирование тех или иных общественных отношений или связаны с ними косвенно. Поэтому говорить о судебной власти в связи с осуществляемой судами деятельностью по обобщению судебной практики, руководству судебной деятельностью, контролю за организацией работы судебных органов и т.п. представляется некорректным, поскольку она не направлена на разрешение социальных конфликтов и не выражает существа судебной власти и её роли в обществе.

Второй подход к определению судебной власти – функциональный, исходящий из её понимания как деятельности по рассмотрению судебных дел. Известный русский ученый С.В. Познышев в преддверии принятия Судебных Уставов 1864 года писал: «власть судебная, т.е. рассмотрение уголовных дел и постановление приговоров, принадлежит судам, без всякого участия властей административных». По его мнению, это ветвь власти государственной, осуществляемой «отдельными органами, не несущими функций административных или законодательных», призванная «осуществлять закон, утверждать его господство в жизни, бороться с произволом и насилием, всесторонне рассматривать дело»²⁵³. После конституционного закрепления принципа разделения властей судебную власть стали определять через формы её осуществления, как «представленные специальным органам государства – судам – полномочия по разрешению отнесенных к их компетенции вопросов, возникающих при применении права и реализации этих полномочий путем конституционного, гражданского, уголовного, административного, арбитражного судопроизводства с соблюдением процессуальных норм», как специфическую независимую ветвь государственной власти, осуществляемую путем рассмотрения и разрешения в судебных заседаниях споров о праве»²⁵⁴.

Анализ указанных точек зрения показал, что в понятии судебной власти, представленном сторонниками обеих концепций, выделяются два ключевых момента, образующих неразрывное единство. Первый, содержательный, состоит в том, что судебная власть – это полномочия по разрешению возникающих в обществе конфликтов с использованием специальной процедуры. Второй, организационный, или функциональный, суть которого состоит в исключительной принадлежности права осуществлять правосудие только суду. Акцентирование одного или второго моментов в определении судебной власти не меняет существа рассматриваемого понятия. По мнению В.П. Божьева, функцией судебной власти является правосудие, а судебный контроль, формирование судейского корпуса, руководство судебной практикой являются полномочиями судебной власти, видами её

²⁵³Познышев С.В. Элементарный учебник русского уголовного процесса. – М., 1913. – С. 87-88.

²⁵⁴Общая теория государства и права / Под ред. В.В. Лазарева. – М., 1994. – С. 284.

реализации²⁵⁵. Поэтому определение судебной власти только как особого полномочия по разрешению уголовных или гражданских дел или только как систему судебных органов (органов, осуществляющих правосудие) либо поставить одно выше другого – невозможно. Не может существовать полномочие по разрешению социальных конфликтов вне системы органов, которым эти полномочия предоставлены, как невозможно представить судебное учреждение, не наделенное такими полномочиями. Суд, правосудие и судебная власть – понятия взаимосвязанные, и поэтому мы полностью поддерживаем формулировку судебной власти, приведенную выше А.А. Касимовым, рассматривающего данный термин как единство структурного и функционального начал. Именно так, исходя из современных представлений о правосудии как о разрешении социально-политических конфликтов в обществе и о суде, как органе, осуществляющем в специфической процессуальной форме функцию социально-политического арбитража, ведущие российские процессуалисты определяют судебную власть, как исключительное полномочие суда по разрешению социальных конфликтов правового характера, подчеркивая обязательность соблюдения процессуальных гарантий и принципа равенства прав конфликтующих сторон²⁵⁶.

Провозгласив высшей социальной ценностью человека, его права и свободы, Конституция РК возложила на государство обязанность их признавать, соблюдать и защищать, поскольку защита прав и свобод своих граждан является функцией, наличие которой и позволяет характеризовать его как демократическое и правовое²⁵⁷. Разделение государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную, провозглашение самостоятельности органов каждой из ветвей власти означает распределение между ними и государственных функций. На судебную власть возложено осуществление правосудия как исключительного полномочия суда.

Судебная власть в Республике Казахстан выполняет государственную функцию защиты прав и свобод человека. В этой связи перед судебной системой нашего государства стоит задача огромной важности – заставить государственные органы уважать права человека, превратить абстрактные правовые нормы в реальные права и обязанности, обеспечить выполнение государством его обязанностей перед человеком²⁵⁸. «Государственная задача

²⁵⁵Правоохранительные органы РФ / Под ред. В.П. Божьева. – М., 1996. – С.42.

²⁵⁶Чиркин В.Е. Разделение властей: социальные и юридические аспекты // Советское государство и право. – 1990. – № 8. – С. 9., Кобликов А.С. Судебная реформа и новые проблемы правосудия // Сов. юстиция. – 1990. – №6. – С. 6., Шейфер С.А. Понятие и взаимоотношения судебной, прокурорской и следственной властей // В кн.: Уголовная ответственность: основания и порядок реализации. – Самара, 1991. – С. 59., Кобликов А. Судебная власть и процессуальные гарантии // Вестник Верховного Суда СССР. - 1991. - №8. - С.26., Шейфер С.А. Взаимоотношения судебной и обвинительной властей // Вестник Верховного Суда СССР. – 1991. – №8. – С. 30.

²⁵⁷Общая теория государства и права / Под ред. В.В. Лазарева. – М., 1994. – С. 239., Хропанюк В.Н. Теория государства и права. – М., 1996. – С. 156., Байтин М.И. Понятие и классификация функций государства // Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. – М., 1997. – С. 61.

²⁵⁸Петрухин И.Л. Судебные гарантии прав личности (в уголовном процессе) // Актуальные вопросы борьбы с преступностью за рубежом. Вып.8. – М., 1992. – С. 7.

судебной власти – ограждение прав, законом дарованных, против всех нарушителей их. Суд ограждает права государственные, общественные и личные. Но в основании всех прав личности лежит её свобода. Поэтому естественно, что одной из важнейших функций судебной власти признается ограждение свободы личности, на стражу которой становится суд для устранения посягательств, направленных против неё как преступными действиями частных лиц, так и распоряжениями властей посторонних. Самостоятельной и независимой в отношении внешнем судебная власть может быть признана только там, где она в состоянии доставить действительную безопасность личной свободе против посягательств всякого рода», – отмечал И.Я. Фойницкий²⁵⁹.

Аналогичное мнение высказывалось и другими процессуалистами, Н.Н. Полянский писал: «Судебная власть должна быть снабжена полномочиями, достаточными для того, чтобы она была в состоянии доставить действительную безопасность личной свободе против посягательств на неё не только со стороны частных лиц, но и со стороны лиц должностных»²⁶⁰.

На схожих позициях стоял профессор К.Х. Халиков, который определял судебную власть как особую деятельность государства по защите прав, свобод и законных интересов граждан, всех органов, организаций; по обеспечению исполнения Конституции РК, законов, иных нормативных правовых актов, международных договоров на основе принципов демократии, социальной справедливости, гуманизма, патриотизма и законности²⁶¹. Исходя из этого определения, можно констатировать, что соотношение интересов личности и публичных (официальных) интересов в уголовном судопроизводстве означает соотношение интересов личности, общества и государства. До недавнего времени в теории уголовного процесса преобладала мысль о приоритете публичных интересов перед интересами личными. Подлежащими защите признавались лишь такие интересы личности, которые совпадали с задачами уголовного процесса²⁶², а «под общественными интересами на самом деле подразумевались государственные»²⁶³.

Между тем, по справедливому замечанию В.И. Каминской, «с точки зрения интересов общества гораздо важнее обеспечить прочную правовую охрану всем честным гражданам от необоснованного привлечения их к ответственности и осуждению, от необоснованного применения к ним мер процессуального принуждения. Для достижения этой цели, являющейся неотъемлемым элементом демократии, можно, по нашему мнению, мириться с возможностью единичных случаев, когда преступник уйдет от

²⁵⁹Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. – СПб., 1999. – Т. 2. – С. 183-184.

²⁶⁰Полянский Н.Н. Уголовный процесс. Уголовный суд, его устройство и деятельность: Лекции. – М., 1911. – С. 86.

²⁶¹Халиков К.Х. Проблемы судебной власти в Республике Казахстан (теоретическое и уголовно-процессуальное исследование): дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.11. – Алматы, 1998. – С. 22-23.

²⁶²Коврига З.Ф. Уголовно-процессуальная ответственность. – Воронеж, 1984. – С. 167.

²⁶³Шадрин В.С. Обеспечение прав личности при расследовании преступлений. – Волгоград, 1999. – С. 10-11.

заслуженного наказания»²⁶⁴. Мы также придерживаемся указанной позиции, поскольку прямо вытекающий из Конституции РК приоритет прав и свобод человека и гражданина позволяет прийти к выводу о том, что защита прав и свобод личности не только не противоречит публичному интересу, но и является высшим его проявлением. Подобное положение обусловлено демократическими процессами, происходящими в нашем обществе, наблюдается постепенное изменение общественного сознания к тому, что государство сильно только тогда, когда оно способно защитить права и свободы каждой отдельной личности.

Провозглашение прав и свобод личности как высшей ценности, охраняемой и защищаемой государством, свидетельствует, на наш взгляд, не просто о пересмотре приоритетов, но о признании отсутствия у государства какого-либо интереса, отличного от охраняемых законом интересов личности. Именно эти идеи, как представляется, и определили принципиальную новизну многих конституционных положений, в том числе о праве личности на судебную защиту и на доступ к правосудию, одним из проявлений которого является привлечение присяжных заседателей к разрешению вопросов уголовного судопроизводства.

Законодательную регламентацию деятельности присяжных заседателей получила с момента принятия Закона «О присяжных заседателях» 16 января 2006 года. Настоящий Закон регулирует общественные отношения, связанные с участием присяжных заседателей в уголовном судопроизводстве, определяет правовой статус, гарантии независимости, правовые, экономические и организационные основы обеспечения деятельности присяжных заседателей. В нем определены права и обязанности граждан в части предъявления требований к кандидатам в присяжные заседатели. Права и обязанности присяжного заседателя и ограничения в действиях, связанные с рассмотрением дела. Порядок и сроки исполнения гражданином обязанностей присяжного заседателя. Гарантии присяжных заседателей в трудовых отношениях.

Однако, на наш взгляд, действующая редакция закона нуждается в совершенствовании на основе глубокого теоретического изучения. В частности, следует пересмотреть ряд процедурных моментов, которые не оправдали себя в практической деятельности судов с участием присяжных заседателей, нуждается в совершенствовании законодательная техника, необходимо расширенное толкование некоторых терминов, используемых в законе и многое другое, о чем более подробно будет изложено в последующих главах.

Так, изучение Закона Республики Казахстан «О присяжных заседателях» позволяет отметить отсутствие положений структурного характера, а именно:

1) Отсутствие вводной части, раскрывающей сущность, предназначение и цель Закона. В этой связи мы полагаем, что вводную часть Закона,

²⁶⁴Каминская В.И. Охрана прав и законных интересов граждан в уголовно-процессуальном праве // Советское государство и право. – 1968. – №10. – С. 34-35.

носящую характер преамбулы, необходимо изложить в следующей редакции: «Закон предусматривает основания и порядок участия присяжных заседателей при осуществлении уголовного судопроизводства в случаях, предусмотренных законом, а также права и обязанности граждан, включенных в списки присяжных заседателей и участвующих при рассмотрении дел в суде. Настоящий Закон направлен на обеспечение деятельности судов с участием присяжных заседателей, а также на защиту прав, законных интересов и обеспечение безопасности присяжных заседателей в период исполнения ими своих обязанностей. Данный Закон имеет целью урегулирование судопроизводства с участием присяжных заседателей».

2) В статье первой изложены девять основных понятий, используемых в настоящем Законе. Следует полнее раскрыть некоторые из указанных формулировок и расширить их перечень в Законе, что позволит гражданам хорошо знать их и ориентироваться в уголовном судопроизводстве, без обращения к нормативным актам, где раскрывается их значение.

Например: суд с участием присяжных заседателей – участие граждан в отправлении правосудия наряду с государственными профессиональными судьями; коллегия присяжных заседателей – десять комплектных присяжных заседателей (образующих состав коллегии присяжных заседателей) и двух запасных, отобранных из числа приглашенных путем жеребьевки; судья – носитель судебной власти: профессиональный судья, назначенный на эту должность в установленном законом порядке (председатель суда, председатель судебной коллегии, член суда или другой судья соответствующего суда); председательствующий – судья, председательствующий при коллегиальном рассмотрении уголовного дела либо рассматривающий дело единолично.

Перечень основных понятий, используемых в Законе, следует расширить следующими понятиями: язык уголовного судопроизводства, недееспособность, ограниченная дееспособность, судимость, подозреваемый, обвиняемый, подсудимый, осужденный, потерпевший, вердикт, приговор и др. Подобный подход обусловлен необходимостью точного уяснения всеми гражданами нашего государства (а не только профессиональными юристами) смысла и содержания указанных понятий, что, в свою очередь, позволит им глубже проникнуть в существо принятых законодательных новелл и уяснить все грани указанной судебной деятельности.

3) В части 1 статьи 4 Закона «Списки кандидатов в присяжные заседатели» говорится: «В целях обеспечения участия граждан Республики Казахстан в процессе отбора присяжных заседателей местными исполнительными органами ежегодно к 1 декабря, предшествующего году, в котором будет производиться отбор кандидатов в присяжные заседатели, составляются первичные, единые и запасной списки кандидатов в присяжные заседатели». Однако в цитируемом Законе отсутствует норма, предусматривающая критерии отбора кандидатов в присяжные заседатели, за исключением статьи 10, предусматривающей требования, предъявляемые к

кандидатам в присяжные заседатели. Полагаем, что подобное дополнение позволит улучшить качество отбираемых кандидатов, что, в свою очередь, приведет к повышению эффективности всего последующего уголовного процесса. Для определения критериев отбора кандидатов в присяжные заседатели в условиях нашей современности следует обратиться к историческим аспектам избрания присяжных заседателей.

Принятые в РК законы, регламентирующие осуществление судопроизводства с участием присяжных заседателей, в основе своей имеют положения Федерального закона РФ «О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в РФ» от 20 августа 2004 г. №111 – ФЗ, и в этой связи оправдано будет начинать исследование с Устава уголовного судопроизводства 1864 года. Согласно УУС присяжные берутся из всех классов народа, действуют совместно с коронными судьями. Закон требовал от них постоянного места жительства не менее двух лет в том уезде, где производится избрание в присяжные заседатели. Оговаривая это условие, законодатель желал, чтобы «присяжные заседатели для оценки по совести степени вины подсудимых были хорошо знакомы с нравами, обычаями и общественной жизнью известной местности, а также с потребностью в ограждении общества от особенно распространяющихся там противозаконных деяний какого-либо рода». Первоначально в Уставе ставился вопрос об образовательном цензе для присяжных, но затем был отклонен, по известным мотивам, чтобы не создавать преград для доступа к суду присяжных сельского населения. Вместе с тем Устав ввел критерии служебного и имущественного ценза. Подробно об этом писал И.Я. Фойницкий: «Закон желал привлечь к участию в составе присяжных лучших представителей крестьянского населения, стоявших во главе сельского управления. Имущественный ценз для присяжных ниже по цифре и шире по объему, чем для мировых судей. Право быть присяжным дает: 1) недвижимая собственность, именно поземельная в количестве не менее 1/20 части десятин, определенная для выбора в гласные, или иное недвижимое имущество ценой в столицах не менее 2000 р., в городах с населением свыше 100 тыс. человек – не менее 1000 р., а в прочих местах не менее 500 р.; 2) доход с капитала, занятия, ремесла или промысла, а также жалованье или пенсия в размере: в столицах не менее – 1000 р., в городах с населением свыше 100 тыс. человек – не менее 600 р.; а в прочих местах – не менее 400 р. в год. Кроме того, закон 1887 года вводит общим образом положение, по которому все впавшие в крайнюю бедность не подлежат внесению в списки присяжных»²⁶⁵. Суд присяжных, по замечанию составителей судебных уставов, может принести действительную пользу только тогда, когда он образуется из людей добрых, безукоризненной нравственности и заслуживающих полное и безусловное доверие общества. Потому-то присяжными они желали видеть людей, которые могли бы считаться представителями большинства благонамеренных граждан. М. Немытина по

²⁶⁵Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. В 2-х т. – СПб.: Изд-во Альфа, 1996. – Т. 1. – С. 396.

этому поводу пишет: «Согласно статистике, большинство присяжных заседателей в России составили крестьяне, которые в период выполнения своей гражданской обязанности вынуждены были оставлять хозяйство, отправляясь в уездный или губернский город. При этом им не предоставлялось ни жилье, ни денежное пособие. Для своего пропитания и найма помещения в городе они вынуждены были закладывать носильное платье, наниматься на поденную работу, даже просить подавание на улицах. Несмотря на эти тяготы и лишения, крестьяне к исполнению своих обязанностей относились добросовестно»²⁶⁶. Следует отметить интересную особенность: как первые присяжные заседатели – бывшие крепостные, так и народные заседатели в Казахстане были бедными и неграмотными, но стремление участвовать в осуществлении правосудия было у них одинаково. М.С. Сапаргалиев в своем исследовании по аналогии с М. Немытиной свидетельствует, «значительную работу проводили нарзаседатели, являвшиеся в своем большинстве рабочими, батраками, бедняками. Они активно участвовали в работе народных судов, честно и добросовестно выполняли свои обязанности. Народные заседатели проявляют большой интерес к своей работе, говорится в отчете правительства Казахстана за 1924-1925 гг. – наблюдаются случаи, когда при отсутствии средств на подводы народные заседатели приходят в суд пешком даже из самых отдаленных местностей»²⁶⁷.

В период 1878-1889 гг. произошло изменение социального и образовательного состава присяжных заседателей. Российский суд присяжных приобрел новые качественные характеристики. В этот период был значительно улучшен состав заседателей. Во-первых, все присяжные из-за введения требования умения читать по-русски стали избираться только из числа грамотных людей. Во-вторых, на 8-10 процентов сократилось количество крестьян, являвшихся наиболее бедными и необразованными среди присяжных заседателей. В то же время крестьяне по-прежнему, особенно в негубернских уездах, составляли более половины заседателей. В-третьих, были приняты меры по привлечению к участию в судопроизводстве достаточно состоятельных людей и исключению из состава присяжных заседателей лиц малоимущих и недостаточно самостоятельных в своих суждениях²⁶⁸.

Составители устава предусматривали возможность вознаграждения присяжных, но Сенат отменил распоряжения казанского собрания, внесшего в сметы расходов пособие неимущим присяжным заседателям²⁶⁹. Позже, 26 ноября 1913 года, был издан закон «О назначении присяжным заседателям от казны суточных и путевых денег», по которому каждый присяжный

²⁶⁶Немытина М. Суд присяжных в России // Сов. юстиция. – 1992. – №21/22. – С. 21.

²⁶⁷Сапаргалиев М.С. История народных судов Казахстана (1917-1965). – Алма-Ата: Изд-во «Казахстан», 1966. – С. 184.

²⁶⁸Демичев А.А. Периодизация истории суда присяжных в России // Журнал российского права. – 2001. – №7 (июль). – С. 16.

²⁶⁹Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. В 2-х т. – СПб.: Изд-во Альфа, 1996. – Т. 1. – С. 396.

заседатель, проживающий постоянно вне места заседания суда, мог, предъявив требования, получить из казны суточные деньги за каждый день отлучки из места жительства, а также средства на оплату проезда до города, где проходило заседание суда²⁷⁰. Вместе с тем преобладание в составе присяжных крестьян не подтвердило опасения о том, что присяжные заседатели преимущественно из крестьян не смогут правильно и справедливо решать по сложным уголовным делам вопросы о фактической стороне дела и виновности²⁷¹. По сведениям А.Л. Ривлина, в списки присяжных заседателей могли включаться лица, занимавшие в течение не менее трех лет должности волостных старшин или сельских старост²⁷².

Один из исследователей суда присяжных подчеркивает, «если посмотреть на историю вопроса, общественное мнение в форме суда присяжных возможно лишь в условиях неразвитости государства и его правовых институтов, когда ошибки отдельных чиновников могут быть нейтрализованы авторитетом доверенных лиц»²⁷³. Под доверенными лицами мы понимаем присяжных заседателей. В Российской империи для отбора этих лиц были предусмотрены цензы, такой цели призваны были служить годовые списки, разделяющиеся на список очередных и запасных заседателей, контролировала эти вопросы особая уездная комиссия. Общие списки подвергались непосредственному контролю общества и губернатора и высшему контролю 1-го департамента Сената²⁷⁴. Аналогичный подход сохранился и в Российской Федерации, где высший исполнительный орган государственной власти субъекта Российской Федерации также каждые четыре года составляет общий и запасной списки кандидатов в присяжные заседатели, с учетом требований, предъявляемых в статье 3 Федерального Закона.

Каковы же критерии отбора кандидатов в присяжные заседатели в нашем государстве? Р.Н. Юрченко считает, что необходимо уделить вопрос критериям формирования списка граждан, из числа которых будут отбираться присяжные. Формирование этих списков акимами административно-территориальных образований может создать благоприятные условия для лоббирования через них принятия для местных властей угодных судебных решений. Утверждения о том, что суды на местах зависимы от местных властей, еще больше укрепятся, если не станут полной реальностью²⁷⁵. Отсутствие каких-либо критериев может привести и к другим уже имевшим место в обществе требованиям, что необходимо воспользоваться сложившимися позитивными тенденциями и вопросы

²⁷⁰ Демичев А.А. Периодизация истории суда присяжных в России // Журнал российского права. – 2001. – №7 (июль). – С. 16.

²⁷¹ Мельник В.В. Искусство защиты в суде присяжных: учебно-практ. пос. – М., 2003. – С. 41.

²⁷² Ривлин А.Л. Организация суда и прокуратуры в СССР. – Харьков, 1968. – С. 225.

²⁷³ Садыков Ф.Л. Я – против суда присяжных // Российская юстиция. – 1997. – № 1 – январь. – С. 7.

²⁷⁴ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. В 2-х т. – СПб.: Изд-во Альфа, 1996. – Т. 1. – С. 396.

²⁷⁵ Бекназаров Б.А. Проблемные вопросы, возникающие при введении суда с участием присяжных заседателей // Судопроизводство с участием присяжных заседателей и перспективы его введения в Республике Казахстан: мат-лы круглого стола. – Алматы, 2005. – С. 158.

выдвижения людей в списки присяжных заседателей передать самому обществу, трудовым коллективам и учебным заведениям²⁷⁶. Фактически предлагается старая система выдвижения кандидатур в народные заседатели. Автор этого предложения опирается на опыт Америки, где не так давно в ряде штатов присяжных избирали из числа хорошо известных представителей местного населения. Эта так называемая система «ключевых фигур», в каком-то смысле аналогичная бывшей советской системе отбора народных заседателей из достойных членов рабочих коллективов и общественных организаций, в США постепенно отмирает²⁷⁷. Синтия Алкон, советник по верховенству закона БДИП/ОБСЕ, отмечает, что в США существует общий подход, направленный на то, чтобы коллегия присяжных представляла собой срез общества, т.е. присяжные должны иметь различную этническую и расовую принадлежность. Должен соблюдаться гендерный и социоэкономический баланс. В ее адвокатской практике по уголовным делам в государственной адвокатуре округа Лос-Анджелес встречались присяжные – профессора университетов, врачи, секретари, рабочие заводов, водители грузовиков и студенты вузов. В большинстве штатов юристы также могут входить в состав суда присяжных, однако прокурор не может выступать в качестве присяжного по делу, производство по которому ведет его прокуратура (для предотвращения конфликта интересов)²⁷⁸.

В приведенном примере речь идет о соблюдении принципа справедливого (пропорционального) общественного представительства присяжных заседателей, соблюдение которого рассматривается в качестве обязательного требования формирования беспристрастного суда присяжных в США, гарантированного Шестой поправкой к федеральной конституции, предусматривающей, что «по всем уголовным обвинениям обвиняемому должно быть предоставлено право на скорый и публичный процесс с участием присяжных заседателей штата и округа, в котором преступление было совершено, округа, который был установлен законом, а также он должен быть осведомлен о характере и причинах обвинения; право на очную ставку со свидетелями, свидетельствующими против него; должна быть обеспечена процедура принудительного привода свидетелей, которые могут свидетельствовать в его пользу, а также услуги адвоката для его защиты».

Стандарты и принципы, выработанные в странах с устоявшимися традициями суда присяжных, требуют, чтобы списки кандидатов в присяжные заседатели, а также коллегия отражали количество и состав всего населения, проживающего на территории судебного округа. Принципы «О присяжных и суде присяжных», разработанные Американской Ассоциацией Юристов, гласят, что списки кандидатов должны включать представителей

²⁷⁶ Бекназаров Б.А. Там же. С. 158.

²⁷⁷ Лукин В.П. Проблемы совершенствования деятельности суда присяжных в современной России: Специальный доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации. – М.: ИД «Юриспруденция», 2004. – С. 20.

²⁷⁸ Синтия Алкон. Суд присяжных: Американская модель // Вопросы и пути реализации создания института суда присяжных в Республике Казахстан: мат.-лы междунар. науч.-практ. конф. г. Алматы, 25-26 ноября 2002 г. // Предупреждение преступности: криминологический журнал. – 2003. – №1. – С. 14.

различных групп населения в пропорциях, примерно соответствующих социальному составу населения юрисдикции суда. Закон ФРГ «Об организации судов» также требует, чтобы списки кандидатов в народные заседатели надлежащим образом учитывали все группы населения на основе пола, возраста и социального статуса.

В нашей стране указанные рекомендации при отборе кандидатов в присяжные заседатели не всегда выдерживаются. Например, в 2007 году в Казахстане социальные и демографические характеристики коллегий присяжных были различными, однако в большинстве своем коллегии состояли из представительниц женского пола. В Восточно-Казахстанском областном суде на процессе по делу гр-на Д. в состав коллегии вошли одни женщины, средний возраст которых был 40-45 лет. В Акмолинском областном суде по делу гр-на Б. и гр-на Т. в коллегию присяжных также вошли исключительно женщины, в возрасте 30-40 лет, в основном педагоги.

По делу гр-на А. рассмотренному в Актюбинском областном суде, делу гр-на Х. рассмотренному в Алматинском областном суде, Восточно-Казахстанском областном суде по делу гр-н М., Е., Б., Б., в Западно-Казахстанском областном суде по делу гр-н С., И. и А. коллегии состояли из восьми женщин и одного мужчины.

В Северо-Казахстанском областном суде по делу гр-на К. коллегия была сформирована из семи женщин и двух мужчин, все были в возрасте от 40 до 55 лет. В Южно-Казахстанском областном суде по делу гр-на К., в Северо-Казахстанском областном суде по делу гр-на С., в Алматинском городском суде по делу подсудимых гр-н А., А. и К., в Жамбылском областном суде по делу гр-н Ю., Х. и Д. в состав коллегии входили шесть женщин и трое мужчин. Средний возраст присяжных был от 28 до 65 лет. В ходе восьми процессов коллегии были относительно равно сформированы из представителей обоих полов²⁷⁹. Между тем суд присяжных должен объективно отражать национальный, возрастной, половой и классовый состав населения. Нельзя допускать тенденциозности состава коллегии присяжных заседателей, чтобы представители одной этнической группы не рассматривали дело подсудимого другой этнической группы. Необходимо учитывать возрастной состав, имущественное положение, наличие работы либо это пенсионеры и др. факторы²⁸⁰.

С другой стороны, нельзя не учитывать и то, что современный Казахстан – молодое, независимое, суверенное государство, имеющее богатую историю, с огромной территорией. На момент введения суда присяжных в Казахстане на 1 января 2006 года, численность населения Республики Казахстан составляла 15 млн. 565,6 тыс. человек, в том числе городского населения – 8 230,3 тыс. (52,9%), сельского – 7 335,3 тыс. (47,1%) В

²⁷⁹ Отчет по результатам мониторинга судопроизводства с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан в 2007 г. БДИПЧ ОБСЕ. – Алматы, 2008. – С. 39.

²⁸⁰ Ковалев Н.П. В поисках независимого и беспристрастного суда присяжных для Казахстана // Судопроизводство с участием присяжных заседателей и перспективы его введения в Республике Казахстан: мат-лы круглого стола. – Алматы, 2005. – С. 189.

республике проживало более 120 национальностей (этносов и этнических групп). Наибольший удельный вес в общей численности населения республики занимали казахи – 58,6% и русские – 26,1%. На долю других этносов и этнических групп приходилось 15,3% населения республики. Таким образом, численность казахов составляла 8 млн. 913,3 тыс. человек, русских – 3 млн. 979,3 тыс., украинцев – 448,6 тыс., узбеков – 428,9 тыс., уйгур – 229,8 тыс., татар – 229,6 тыс., немцев – 222,7 тыс., корейцев – 101,7 тыс. человек²⁸¹.

По данным Департамента по экономическим и социальным вопросам ООН: отдел народонаселения, в Казахстане численность населения страны на 1 января 2019 года составила 18 млн. 395,7 тыс. человек и, по сравнению с 1 январем 2018 года, увеличилась на 238,6 тыс. человек, или на 1,3%. Численность мужского населения 8 995 848 (48,0 %), численность женского населения 9 732 818 (52,0 %).

В абсолютных цифрах: 4 012 460 человек младше 15 лет (мужчин: 2 049 866 / женщин: 1 962 594); 13 220 482 человека старше 14 и младше 65 лет (мужчин: 6 441 931 / женщин: 6 778 551); 1 375 137 человек старше 64 лет (мужчин: 470 784 / женщин: 904 353).

Грамотность населения: в Казахстане около 14 565 068 человек старше 15 лет могут читать и писать на каком - либо языке. Это составляет 99.79% от общего числа взрослого населения. Под взрослым населением в данном случае подразумеваются все люди старше 15 лет. Соответственно, около 30 551 человек все ещё остаются безграмотными. Уровень грамотности среди мужского взрослого населения составляет 99.81% (6 899 373 человека). 13 342 человека - безграмотны. Уровень грамотности среди женского взрослого населения составляет 99.78% (7 665 694 человека). 17 210 человек - безграмотны. Уровень грамотности среди молодёжи 99.81% и 99.87% для мужчин и женщин соответственно. Общий уровень грамотности среди молодёжи составляет 99.84%. Понятие молодёжи в данном случае покрывает население в возрасте от 15 до 24 лет включительно.

Религия в Казахстане: ислам - количество последователей 13 184 592, процент от общей численности населения 70,4%; христианство соответственно 4 644 572 или 24,8%; нерелигиозные атеисты 786581 или 4,2%; народные верования 56184 или 0,3%; буддизм 37456 или 0,2%; другие 18728 или 0,1%²⁸².

Согласно данным на начало 2019 года, этнос казахи составляет большинство населения (67,98 %). Следующие, русские (19,32 %), узбеки (3,21 %) украинцы (1,47 %), уйгуры (1,47 %), татары (1,10 %) и другие²⁸³.

Казахстан является полиэтническим государством с большим составом этносов. Особенностью нашей республики является и ее многоконфессиональность. За время независимости Казахстана число

²⁸¹ Данные Агентства РК по статистике от 1 января 2006 года // Каз. Правда. – 2006. – 1 января.

²⁸² <https://countrymeters.info/ru/Kazakhstan>

²⁸³ Агентство Республики Казахстан по статистике

религиозных общин увеличилось шестикратно (с 671 до 4001), в том числе мусульманских – в 50 раз (с 46 до 2337), православных – в 22 раза (с 62 до 281).

По мнению Н.П. Ковалева, реализация принципа справедливого, общественного представительства в суде присяжных в Казахстане возможна посредством закрепления определенных квот для различных национальных групп, в том числе для национальных меньшинств в общих, запасных, а также предварительных списках кандидатов в присяжные заседатели. Так, например, в зависимости от процентного представительства отдельных этносов в численности населения конкретной области или другой территориальной единицы необходимо предоставить соответствующую квоту (число кандидатов в общей численности в списках) для казахов, русских, украинцев, узбеков, немцев, татар и других этносов²⁸⁴.

Почему акцентируется внимание на этом вопросе в условиях демократического, светского, правового государства? Ответ кроется в истоках его происхождения. А.А. Демичев, раскрывая организационные, правовые и социально-психологические аспекты становления суда присяжных в России в период с 1864 по 1917 годы, подробно останавливаясь на социальном составе присяжных заседателей, обращает внимание, что к проблеме социального состава заседателей примыкает вопрос об их национальной и религиозной принадлежности. Ни в одном документе национальность присяжных не указывалась, но ее можно определить по вероисповеданию. Временные комиссии обязаны были указывать, кто из заседателей исповедует православную веру. На практике же в большинстве случаев указывалась, наоборот, религиозная принадлежность неправославных лиц. Кстати, последних в Московском округе оказывалось немного.

Подавляющее большинство присяжных заседателей Московского судебного округа были русскими – они исповедовали православие или являлись старообрядцами. В 1883 г. православными было в Московском уезде 88,2% заседателей, в прочих уездах – 99,9 %, во Владимирском уезде – 99,25, в прочих уездах – 98,9 %, в Нижегородском уезде – 99,2 %, в остальных – 94,5%. Таким образом, везде, кроме Москвы, православных присяжных было более 90%. 4-5% заседателей десяти уездов Нижегородской губернии составляли старообрядцы различных толков и течений.

Заседателей других христианских исповеданий (католиков и протестантов) в Московском уезде было порядка 10 %. Во Владимирской, Костромской, Нижегородской губерниях, большинство уездов Московской губернии в 1866-1878 гг. в очередных списках оказалось всего по несколько десятков католиков, лютеран, униатов и т.п. за год. По национальности, как правило, католики и униаты являлись обрусевшими поляками, лютеране – немцами. По сословной принадлежности последние обычно оказывались

²⁸⁴Ковалев Н.П. Комментарии к законопроекту «О присяжных заседателях судов Республики Казахстан» в редакции от 13 января 2005 г. // Правовая реформа в Казахстане. – 2005. – №1 (27). – С. 84.

чиновниками, а католики – либо чиновниками, либо мещанами. Небольшое количество таковых лиц среди присяжных было обусловлено незначительной их долей в массе населения.

Несколько иная ситуация сложилась с мусульманами. Во многих губерниях Московского судебного округа их среди заседателей не оказалось вообще. Но в Нижегородской губернии мусульмане (все они по национальности были татарами) составляли около 3% от численности населения. По социальной принадлежности это были исключительно крестьяне²⁸⁵.

Исследуя национальный состав заседателей Казанской губернии, А.К. Афанасьев отмечает, что в отношении татар «царизм проводил и в этом вопросе явно дискриминационную политику»²⁸⁶. В подтверждение приводились данные о том, что в Мамадышском уезде присяжные из татар составляли всего 21,3%, а население Казанской губернии состояло в основном из татар²⁸⁷. Материалы Нижегородской губернии также говорят о некоторой дискриминации мусульман, правда, в значительно меньшей степени, чем в губернии Казанской. Таким образом, национальный состав заседателей в некоторых российских губерниях был менее демократичен, нежели состав социальный²⁸⁸.

Как уже отмечалось, астраханский губернский прокурор коллежский асессор Фукс высказывал опасения о невозможности введения суда присяжных на национальных окраинах России²⁸⁹. Коллежский асессор В. Соболев выражал обеспокоенность сословной разобщенностью членов суда присяжных²⁹⁰.

Но есть ли необходимость поднимать вопрос о национальном составе суда присяжных и ставить вопрос о квотах для отдельно взятых наций на современном этапе развития общества? И вообще, имеет ли место проблема национализма в рамках введения нового института судебного разбирательства в сложившихся условиях?

Проблема формирования коллегии присяжных в рамках баланса этнических групп является актуальной на фоне становления государственности бывших стран одного государства. Суд присяжных на современном этапе находится под влиянием ситуации, складывающейся в области этнических взаимоотношений в государстве. Это имеет отношение к любому многонациональному государству. По данным Всероссийского центра изучения общественного мнения (ВЦИОМ), доля людей, полностью или частично поддерживающих лозунг «Россия для русских», возросла с 45%

²⁸⁵ Демичев А.А. Периодизация истории суда присяжных в России // Журнал российского права. – 2001. – №7 (июль). – С. 139-140.

²⁸⁶ Афанасьев А.К. Состав суда присяжных в России // Вопросы истории. – 1978. – №6. – С. 201.

²⁸⁷ Афанасьев А.К. Состав суда присяжных в России // Вопросы истории. – 1978. – №6. – С. 201.

²⁸⁸ Демичев А.А. Периодизация истории суда присяжных в России // Журнал российского права. – 2001. – №7 (июль). – С. 140-141.

²⁸⁹ Замечания о развитии основных положений преобразования судебной части в России. – СПб., 1863. – Т. 2-3. – С. 173-174.

²⁹⁰ Замечания о развитии основных положений преобразования судебной части в России. – СПб., 1863. – Т. 2-3. – С. 79-88.

до 55% опрошенных. Большинство российских этносоциологов определяют рост этнической активности русских как ответ на рост негативного отношения к ним со стороны национальных движений других народов СССР и России, зачастую переносивших на этническое большинство грехи советского режима²⁹¹.

Если эти тенденции будут превалировать, то суд присяжных превратится в место реализации интересов определенных этнических групп, при сочетании национализма с религиозным фундаментализмом. В определенной мере это уже имеет место при вынесении оправдательных вердиктов в суде присяжных по делам, связанным с убийствами иностранных граждан как с дальнего, так ближнего зарубежья.

Что же необходимо предпринять в этой ситуации, чтобы исключить влияние обозначенных факторов на формирование коллегии присяжных заседателей? Проблема отбора кандидатов в присяжные заседатели очень емкая и реальная, эти вопросы были отражены в специальном докладе Уполномоченного по правам человека в РФ В.П. Лукина «О проблемах совершенствования деятельности суда присяжных в современной России», где говорилось, «Списки кандидатов в присяжные заседатели, по действующему закону, формируются на основе избирательных списков, а затем производится компьютерная выборка. Принцип, лежащий в основе процесса отбора кандидатов в присяжные, заключается в обеспечении случайного характера выбора и означает равную возможность для любого гражданина, отвечающего требованиям закона, войти в коллегию присяжных заседателей. Однако именно случайность выборки не гарантирована, а ее процедуры не являются прозрачными и, по существу, исключают общественный контроль». Система отбора присяжных должна быть построена таким образом, чтобы можно было исключить любую возможность произвольного либо предвзятого их отбора администрацией или судом и, как следствие, необъективного осуществления правосудия. Представляется необходимым создание специальных органов – Комиссий по составлению списков присяжных заседателей в каждом субъекте Федерации, тем более что в государстве накоплен исторический опыт их работы²⁹².

Международная практика гласит, что в ряде государств мира процессом составления списков кандидатов занимаются специальные служащие или учреждения. Законодательство этих стран подробно определяет правовой статус и ответственность должностных лиц или органов, формирующих списки кандидатов в присяжные. Например, в Республике Ирландия – это чиновник-регистратор графства, в Канаде – шериф. Во Франции ежегодный список народных заседателей составляется комиссией, в число которой входят председатель суда либо его представитель, три судьи, районный прокурор или его представитель, президент районной коллегии адвокатов

²⁹¹Пшеничная С. Национализм: быть или не быть // Республика – деловое обозрение. – 2007. – 31 августа.

²⁹²Лукин В.П. Проблемы совершенствования деятельности суда присяжных в современной России: Специальный доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации. – М.: ИД «Юриспруденция», 2004. – С. 20-24.

либо его представитель, а также пять представителей районного совета.

Безусловно, законодательное закрепление ответственного органа за составление списков присяжных заседателей с обозначенными функциями, как представляется, позволит минимизировать негативные проявления в деятельности суда присяжных, в частности, существенно снизить давление на присяжных и более эффективно, чем сейчас, обеспечить их беспристрастность и независимость²⁹³. Иначе в действительности мы будем иметь не отбор, а подбор присяжных заседателей, угодных власти. Либо уродливые проявления, примером которых служит отбор присяжных по делу З. Мужахоевой, описанный в газете «Известия» от 25 марта 2004 года. Присяжных отобрали из 40 москвичей, явившихся в Мосгорсуд по повестке. Адвокат Мужахоевой не комментировала состав присяжных. Она только посетовала, что среди кандидатов много пенсионеров. Представитель обвинения, участвовавший в отборе, свои критерии изложил так, главное, чтобы присяжный был хорошим человеком. Однако журналист делает вывод, что присяжных выбирали по одежде. Все отобранные в жюри москвичи были одеты в строгие костюмы. Остальные, одетые менее формально, в жюри не вошли²⁹⁴. По делу Мужахоевой общественная критика была направлена на вердикт присяжных в связи с тем, что они не нашли оснований для снисхождения в отношении лица, хотя и участвовавшего в подготовке террористического акта, но отказавшегося от его проведения и активно сотрудничавшего со следствием²⁹⁵. Наиболее сложным представляется отсеять наркозависимых и алкоголиков. Становится актуальным вопрос о целесообразности, по примеру США, формирования банка данных о населении для государственных органов.

Опыт работы судов присяжных в Челябинской области в первые три года показал, что вызываемые для формирования коллегии присяжных заседателей граждане являются в суд добросовестно, практически изъявляют свою готовность участвовать в отправлении правосудия. Вместе с тем, чаще всего избираются безработные, пенсионеры, которые изъявляют желание участвовать в качестве присяжных заседателей в целях получения заработной платы, не обладают юридическими познаниями, зачастую им непонятно, что такое покушение на совершение преступления, что такое событие преступления и т.д. Поэтому присяжные заседатели занимают пассивную позицию при рассмотрении дела, в чем убедились представители прокуратуры Костанайской области в ходе визита делегации, во время которого находились на судебном процессе с участием присяжных заседателей. Ни один из присяжных заседателей не воспользовался своим правом задавать вопросы участникам процесса.

²⁹³Лукин В.П. Проблемы совершенствования деятельности суда присяжных в современной России: Специальный доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации. – М.: ИД «Юриспруденция», 2004. – С. 25.

²⁹⁴Речкалов В. Эта девушка в клетке производит хорошее впечатление // Известия. – 2004. – 25 марта.

²⁹⁵Лукин В.П. Проблемы совершенствования деятельности суда присяжных в современной России: Специальный доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации. – М.: ИД «Юриспруденция», 2004. – С. 6-7.

В период с 2003 по 2005 годы, Челябинским областным судом с участием коллегии присяжных рассмотрено 51 уголовное дело в отношении 110 лиц, которые зачастую рассматриваются более 3-х месяцев. В результате за время участия в коллегии присяжных некоторые из ее членов трудоустраиваются или по состоянию здоровья отказываются от дальнейшего участия, поскольку 60-70% из них составляют пенсионеры, либо просто устают из-за длительности рассмотрения дела. В связи с этим, государственный обвинитель вынужден в целях обеспечения быстрого рассмотрения дела идти на уговоры присяжных заседателей продолжить их участие в судебном заседании и не допустить расформирование коллегии присяжных. Судебная практика судов Челябинской области показывает: не редки случаи, когда отменялись приговоры судов ввиду того, что они вынесены ненадлежащим составом присяжных заседателей. К примеру, в предварительный список присяжных была включена в качестве кандидата, а затем и вошла в состав коллегии Кузнецова Л.С. Вместе с тем, в общем списке присяжных заседателей, такого кандидата в заседатели не оказалось. При формировании коллегии присяжных заседателей кандидаты обязаны правдиво отвечать на задаваемые вопросы и предоставлять необходимую информацию о себе и об отношениях с другими участниками процесса. Однако судебная практика показывает, что не все кандидаты добросовестно выполняют эту обязанность. Уже после постановления приговоров выяснялось, что у кандидатов в присяжные заседатели либо родственники были судимы, либо сами они ранее имели дело с судом, правоохранительными органами в качестве потерпевших, истцов или ответчиков, или привлекались к административной ответственности и т.д.²⁹⁶.

Приведенные примеры отбора кандидатов в присяжные заседатели показали, что указанный порядок требует законодательного изменения и в Законе РК «О присяжных заседателях». В результате мы повторили ошибки российского законодателя, где в настоящее время во всех субъектах Российской Федерации отмечается низкое качество составления списков кандидатов в присяжные заседатели, их несоответствие требованиям закона. Судебная практика фиксирует факты повторного включения в списки одних и тех же граждан, а также умерших, выбывших с места жительства и лиц, которые не соответствуют требованию закона (таких в списках около 30 процентов)²⁹⁷.

В Казахстане ситуация с отбором присяжных за три с небольшим года с момента вступления в законную силу соответствующего закона по состоянию на 2010 год практически не отличается от аналогичной ситуации в России. Судебная практика показывает, что во многом неявка кандидатов связана с неточностями списков кандидатов в присяжные заседатели в

²⁹⁶ Дембаев Б.Б. выступление на семинаре-совещании // Рассмотрение уголовных дел судом с участием присяжных заседателей: семинар-совещание судей Костанайского и Северо-Казахстанского областных судов, работников прокуратуры, адвокатуры. 8-9 июня 2006 г. – г. Костанай. 2006 г.

²⁹⁷ Лукин В.П. Проблемы совершенствования деятельности суда присяжных в современной России: Специальный доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации. – М.: ИД «Юриспруденция», 2004. – С. 26.

местных исполнительных органах. В связи с ненадлежащей проверкой в предварительные первичные и предварительные запасные списки кандидатов в присяжные заседатели попадают граждане, не проживающие по указанным адресам, умершие или прописанные в уже снесенных домах, что влечет трудности в работе судов.

Анализ проведенных первых судебных процессов с участием присяжных заседателей также выявил аналогичные недостатки. В Алматинском городском суде по уголовному делу в отношении гр-н К., А., А. при комплектовании коллегии присяжных заседателей из девяноста кандидатов в присяжные заседатели двадцать восемь не проживали по адресам, указанным в списках составленных акиматом. Один кандидат работал в полиции в г. Астане, другой сам заявил об исключении его из списка в связи с сомнением в психическом здоровье. В Алматинском областном суде по уголовному делу в отношении гр-н Т. и К. из 100 кандидатов в присяжные заседатели лишь адреса 67 лиц были указаны правильно. В Мангистауском областном суде при подготовке дела к рассмотрению выяснилось, что в единый список кандидатов включены люди, выехавшие за пределы области и страны, не проживающие по указанным адресам, сотрудники правоохранительных органов и даже умершие²⁹⁸.

В Алматинском городском суде судебными приставами было установлено, что большинство лиц, вошедших в единый список кандидатов в присяжные заседатели, составленный акиматом г. Алматы, не проживали по указанным адресам. Аналогичная ситуация имела место в Западно-Казахстанской области. При проверке списков кандидатов судом г. Астаны выявилось дублирование кандидатов и недостоверность их адресов²⁹⁹.

К сожалению, ситуация не имеет тенденции к улучшению, более того, она становится еще хуже. Проверка, осуществленная Генеральной прокуратурой РК, показала, что местные исполнительные органы не используют возможности, предоставляемые им Законом РК «О присяжных заседателях», для проверки соответствия граждан требованиям к кандидатам в присяжные заседатели. Например, акиматом г. Уральска в список была внесена некая гр-ка У., не достигшая 25 лет, гр-н С., числящийся без вести пропавшим, и даже отбывающий наказание гр-н Р.

Один из самых вопиющих фактов выявлен в г. Алматы, где городской прокуратурой из первоначальных списков исключены 1066 граждан, поскольку 574 из них имели судимость, 335 – состояли на учете в наркологическом, 84 – психоневрологическом диспансерах. Еще 40 кандидатов оказались госслужащими, а 117 – гражданами других государств. Сотрудники акимата г. Тараза включили в список кандидатов прокурора Меркенского района Жамбылской области. Акимат Астаны включил 34 лица в списки дважды³⁰⁰.

²⁹⁸Мами К.А. Вердикт с участием населения – важнейший фактор доверия к суду // Каз. правда. – 2008. – 15 января.

²⁹⁹Отчет по результатам мониторинга судопроизводства с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан в 2007 г. БДИПЧ ОБСЕ. – Алматы, 2008. – С. 75-76.

³⁰⁰Вегель А. Я б в присяжные пошел ... только пусть пролетят // Каз. правда. – 2009. – 13 марта.

Случайный отбор кандидатов в присяжные заседатели имеет много положительных моментов, он обеспечивает равное представительство всех слоев общества и независимость от политических партий, что имело место в старой системе отбора присяжных заседателей в США, в странах советского блока при отборе народных заседателей под контролем коммунистической партии и системы «проверки» кандидатов с преобладанием членов партии, которая существует в Германии и других европейских странах. По новой системе в Венесуэле заседателей отбирают путем случайной выборки из списков избирателей, подобным образом это происходит и для смешанных судов во Франции³⁰¹.

Во всех областных судах Казахстана для отбора присяжных внедрена компьютерная программа «Случайный отбор», в которую внесены списки кандидатов, подготовленные акиматами. Но положительные результаты такой выбор дает только при составлении качественных избирательных списков, при исключении недостатков, имевших место и описанных выше, при условии ежегодного составления избирательных списков, на основе которых будут ежегодно составляться списки кандидатов в присяжные заседатели.

Случайная выборка направлена на обеспечение возможности каждому гражданину использовать свое конституционное право стать присяжным заседателем. Однако это право может быть не реализовано, в связи с недостоверностью списков избирателей. В связи с постоянной миграцией населения, органы, осуществляющие учет населения, не всегда могут отследить правильность и достоверность сведений. Для того, чтобы обеспечить достоверность данных, нельзя полагаться только на списки избирателей, надо использовать опыт стран, в которых действует суд присяжных. Органы, уполномоченные формировать списки кандидатов в присяжные заседатели, используют право доступа к другим источникам информации, в том числе к компьютерным базам данных населения, проживающего на территории судебного округа. Помимо избирательных списков используются также: списки владельцев недвижимостью, списки застрахованных лиц в программе государственного медицинского страхования, списки лиц, которым выдано водительское удостоверение. Такие меры принимаются для того, чтобы восполнить пробелы в списках избирателей, информация в которых может устаревать в период между выборами. Надо учитывать, что не все граждане регистрируются в качестве избирателей, в связи с чем списки кандидатов в присяжные могут быть неполными.

Первые судебные процессы с участием присяжных заседателей и мониторинг судебных процессов с участием присяжных заседателей в 2007 году, проведенный под эгидой БДИПЧ ОБСЕ в Казахстане показали, что судами не применяется единая унифицированная методика проведения случайной выборки кандидатов в предварительный состав коллегии.

³⁰¹Стивен К. Тейман. Анализ проекта закона Кыргызской Республики «О внесении изменений и дополнений в УПК КР» в свете международного права о правах Человека и сравнительного уголовно-процессуального права. ОБСЕ БДИПЧ. – Варшава, 2004. – С. 29-30.

Мониторинг выявил отсутствие транспарентности при производстве выборки, не оговорены условия и параметры случайной выборки, не описаны формы контроля со стороны гражданского общества за ее осуществлением, не определены должностные лица, ответственные за эту работу. При проведении отбора присяжных отмечена низкая явка граждан, приглашенных в суд. Иногда эта проблема возникала не по вине органов правосудия, а в связи с неточностью списков, составляемых акиматами, или несознательностью самих граждан³⁰².

Поэтому оправдана инициатива по уточнению достоверности сведений, проведенная отдельными местными исполнительными органами власти. Например, Риддерский городской акимат, Актюбинский областной акимат использовали подворный обход с целью уточнения места жительства лиц, попавших в предварительный первичный список кандидатов в присяжные заседатели³⁰³.

В ходе мониторинга было установлено, что случайная выборка в некоторых случаях проводилась с помощью компьютерных программ, которые в каждом случае были отличные одна от другой. В г. Актобе случайная выборка осуществлялась с помощью компьютерной программы, которая отбирала из предварительного первичного списка каждого 50 гражданина. В г. Костанайе выборка была проведена с помощью программы «Microsoft Access», где предусмотрена функция «случайных чисел». Каждой фамилии был присвоен определенный числовой код. Затем устанавливалось необходимое количество человек и осуществлялась случайная выборка. В г. Петропавловске первичный список был сформирован путем произвольной компьютерной выборки. В Западно-Казахстанской области случайная выборка проводилась с помощью компьютерной программы «Randest», в г. Риддере по программе учета физических лиц.

Во многих регионах использовали ручной способ проведения случайной выборки. В Карагандинской области сотрудники акимата использовали метод, применяемый в лотерее, в коробку помещали 500 записок с фамилиями и адресами кандидатов, из которых вручную наугад доставали 200 записок. Аналогичная ситуация имела место в Костанайской и Жамбылской областях.

Указанные обстоятельства усложняют проведение подготовительных процессуальных действий для проведения судебного процесса с участием присяжных заседателей, препятствуют своевременному формированию областными судами коллегий присяжных заседателей.

Компьютерная программа по случайной выборке кандидатов в присяжные заседатели должна давать возможность отбора в зависимости от места рассмотрения дела и проведения выездных судебных заседаний,

³⁰²Отчет по результатам мониторинга судопроизводства с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан в 2007 г. БДИПЧ ОБСЕ. – Алматы, 2008. – С. 90., Бредихина Т. Суд присяжных: первые итоги // Каз. правда. – 2008. – 20 июня.

³⁰³Отчет по результатам мониторинга судопроизводства с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан в 2007 г. БДИПЧ ОБСЕ. – Алматы, 2008. – С. 75.

исходя из сосредоточенности сторон, а также для обеспечения возможности вызова и допроса свидетелей, исследования других доказательств по месту совершения преступления.

Например, в Мангистауском областном суде по уголовному делу по обвинению гр-на О., потерпевший, защитник подсудимого, свыше 30 свидетелей проживали в Бейнеуском районе, наиболее удаленном от областного центра (минимум 10 часов езды железнодорожным транспортом), поэтому были определенные проблемы с их явкой в суд г. Актау. Аналогичная ситуация имела место в Алматинском областном суде, где зал заседаний для судебных процессов с участием присяжных заседателей находится в г. Талдыкоргане, присяжные заседатели проживали в г. Уштобе, Текели и также добирались на общественном транспорте. В Северо-Казахстанском областном суде при рассмотрении первого уголовного дела в истории суда присяжных в Казахстане также имели место аналогичные проблемы, присяжные заседатели проживали в отдаленных районах.

Н.П. Ковалев считает, что ежегодная периодичность составления списков кандидатов позволяет более эффективно работать со списками, в том числе своевременно исключать из них лиц, умерших, сменивших адрес, гражданство, место работы, а также включать лиц погасивших судимость. При пятилетнем цикле составления списков кандидатов в присяжные заседатели в Российской Федерации законодатель лишает многих потенциальных кандидатов возможности на равных условиях с другими гражданами, которые находятся в списках, быть отобранными в качестве присяжных заседателей³⁰⁴.

Проблемные аспекты, возникшие при составлении списков кандидатов в присяжные заседатели, можно проанализировать по отдельно взятой области. В настоящее время при отборе заседателей за основу берутся списки избирателей. Например, в Костанайской области они включают в себя 570602 человека. Вначале председатель областного суда, руководствуясь примерным количеством рассматриваемых дел, определяет и общее количество заседателей в первичный (основной) список, составляемый на один год. В Костанайской области остановились на цифре 4700. Затем это количество распределяется по городам и районам. После чего акиматы исключили тех, кто на день составления списков не достиг возраста 25 лет, имеет непогашенную или неснятую судимость, признан судом недееспособным или ограниченно дееспособным, а также работников правоохранительных органов, военнослужащих, государственных служащих и состоящих на учете в наркологическом или психоневрологическом диспансере. Например, в Костанайе после такого просеивания из 133000 осталось 108000 человек³⁰⁵. По состоянию на декабрь 2006 года, во всех областях Казахстана, списки кандидатов в присяжные были сформированы. В них в зависимости от количества населения и уголовных дел, поступающих на рассмотрение суда, в

³⁰⁴Ковалев Н.П. Комментарии к законопроекту «О присяжных заседателях судов Республики Казахстан» в редакции от 13 января 2005 г. // Правовая реформа в Казахстане. – 2005. – №1 (27). – С. 85.

³⁰⁵Шибаршин Е. Господа присяжные // Наша газета. – 2006. – 7 декабря.

разных областях включены от двух до пяти тысяч кандидатов в присяжные³⁰⁶.

На основании представления председателя Костанайского областного суда на имя акима области от 15 февраля 2006 года о формировании в соответствии с Законом Республики Казахстан от 16 января 2006 года № 121 «О присяжных заседателях» списков кандидатов в присяжные заседатели, в 3-дневный срок со дня поступления представления, акимат области принял постановление № 63 от 23 февраля 2006 года «О количестве кандидатов в присяжные заседатели от районов и городов области», где определено – 4700 кандидатов в присяжные заседатели от районов и городов области.

Указанное постановление направлено в акиматы городов и районов области для составления предварительных первичных списков кандидатов в присяжные заседатели.

Местные исполнительные органы при составлении и формировании предварительных первичных списков кандидатов в присяжные заседатели сталкиваются с определенными проблемами, которые требуют своего разрешения:

- согласование с КПСУ и СУ при Генеральной прокуратуре Республики Казахстан и региональными УПСУ и СУ областей порядка осуществления проверки лиц, имеющих непогашенную или неснятую судимость. При формировании предварительного первичного списка на предмет судимости должны быть проверены все кандидаты в присяжные заседатели из этого списка. К примеру, только в одном г. Костанайе общий список избирателей составляет 132 тыс. человек, не считая других городов областного подчинения и районов области. Проверка на судимость такого большого количества лиц вызывает определенную сложность, и ставит под сомнение реальность выполнения этой задачи;

- согласование с органами здравоохранения данных о лицах, состоящих на учете в наркологических диспансерах. Наркологические диспансеры мотивируют отказ в предоставлении данных тем, что диагнозы больных широкой огласке не подлежат и списки наркологических больных, находящихся под наблюдением (в отдельных областях до 14000 больных) постоянно в движении, одни снимаются с учета, другие ставятся;

- снятие статуса конфиденциальности данных о психически больных лицах, состоящих на учете в областных психоневрологических диспансерах;

- определение статуса лиц, состоящих под наблюдением у врачей - психиатров и наркологов в районных больницах, но не состоящих на учетах в нарко и психдиспансерах;

- учет лиц признанных районными и городскими судами недееспособными, по месту жительства, в то время как гражданин мог быть признан судом недееспособным в другом населенном пункте и позже переехать на территорию данного района (города);

- порядок представления списков сотрудников правоохранительных органов (прокуратуры, КНБ, МВД и военнослужащих), в рамках режима

³⁰⁶Жукенов А. Суд объективный, независимый и беспристрастный // Каз. правда. – 2006. – 30 декабря.

секретности, для исключения последних из предварительных первичных списков.

В соответствии с подпунктом 1 пункта 1 статьи 6 Закона «О присяжных заседателях» предварительный первичный список кандидатов в присяжные заседатели должен составляться «из числа постоянно проживающих в административно-территориальной единице граждан путем исключения из списков избирателей лиц, не соответствующих требованиям...». В то время как списки избирателей в соответствии с пунктом 3 статьи 24 Закона РК «О выборах в РК» составляются не по факту проживания в административно-территориальной единице, а по факту регистрации в органах юстиции. Таким образом, не все граждане, находящиеся в списках избирателей района, фактически проживают на его территории, и не каждого кандидата можно будет призвать к участию в рассмотрении судом уголовного дела³⁰⁷.

Мониторинг судопроизводства с участием присяжных заседателей в Казахстане в 2007 году показал, что действующее законодательство не оговаривает, каким образом председателям областных и приравненных к ним судов следует определять необходимое количество кандидатов в присяжные, за исключением указания на «прогнозируемое число граждан, устанавливаемое на основе среднегодового количества дел, подлежащих рассмотрению судами с участием присяжных заседателей», предусмотренного в п. 9 ст.1 Закона РК «О присяжных заседателях».

В рамках мониторинга была собрана информация о количестве граждан, включаемых в единые списки кандидатов в присяжные заседатели на основе представлений председателей областных и приравненных к ним судов.

Таблица 5 – количество граждан, включаемых в единые списки кандидатов в присяжные заседатели

Регион	Количество рассмотренных дел с участием присяжных заседателей	Количество кандидатов в едином списке на 2007 г.	Количество кандидатов в едином списке на 2008 г.
1	2	3	4
Акмолинская область	1	-	5000
Актюбинская область	1	1900	3000
Алматинская область	7	-	2000
г. Алматы	5	4000	8000
Атырауская область	7	1500	-
Восточно-Казахстанская область	4	5000	4000
Жамбылская область	2	-	1750

³⁰⁷Постовая А.Г. Выступление на семинаре-совещании // Рассмотрение уголовных дел судом с участием присяжных заседателей: мат-лы семинара-совещания судей Костанайского и Северо-Казахстанского областных судов, работников прокуратуры, адвокатуры. г. Костанай, 8-9 июня 2006 г. – г. Костанай. 2006 г.

Продолжение таблицы 5

1	2	3	4
Западно-Казахстанская область	2	2500	2060
Карагандинская область	-	5000	5000
Костанайская область	-	4700	10000
Мангистауская область	3	1480	-
Павлодарская область	-	5000	4500
Северо-Казахстанская область	3	4000	4000
Южно-Казахстанская область	1	1789	2300

Информация о количестве кандидатов в присяжные заседатели в единых списках на 2007 и 2008 гг. указывает на то, что председатели областных и приравненных к ним судов не имеют конкретных ориентиров при прогнозировании количества кандидатов в единые списки – например, в каких пропорциях количество граждан, включаемых в списки, должно соотноситься с ожидаемым среднегодовым количеством дел, подлежащих рассмотрению судами с участием присяжных заседателей. Количество граждан в разных регионах варьируется от 1200 до 10 000 кандидатов в присяжные заседатели.

Надо согласиться с выводами мониторинга, что для упрощения и рационализации процесса формирования списков кандидатов, а также их пропорционального представительства по области следует рассмотреть целесообразность законодательного закрепления конкретных количественных ориентиров – например, не менее 1% граждан, проживающих в данной области³⁰⁸.

Объективная реальность требует более детального нормативного регулирования порядка формирования и составления единого, запасного и дополнительного списков кандидатов в присяжные заседатели, что усложняется отсутствием единой компьютерной программы, которую необходимо создать для всех местных исполнительных органов, чтобы она носила простой и открытый характер. Необходимо определить подразделение в структуре органов местной исполнительной власти, ответственное за составление и формирование списков кандидатов в присяжные заседатели. Инго Риш, анализируя законодательство, регламентирующее производство в суде с участием присяжных заседателей в РК, в частности ст. 550 ч. УПК РК 1997 г., обращает внимание, что закон, называя единые и запасные списки кандидатов в присяжные заседатели, не дает правил по формированию таких списков. По его мнению, этот вопрос может рассматриваться вне рамок соответствующего Закона, но в него можно было внести соответствующую отсылку на регулирование в другом

³⁰⁸ Отчет по результатам мониторинга судопроизводства с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан в 2007 г. БДИПЧ ОБСЕ. – Алматы, 2008. – С. 64-67.

документе³⁰⁹.

Практика показывает, что имеющие место проблемы в ходе предварительной случайной выборки секретарем судебного заседания кандидатов в присяжные заседатели для участия в судебном разбирательстве, заключается в том, что представленные акиматом в суды данные не соответствуют действительности. И секретарем, который не осведомлен, выписывается повестка с приглашением кандидата в присяжные заседатели, который оказывается, выписан с административной территории либо числится умершим. Из-за таких случаев, потенциальный список сокращается до минимума и является следствием срыва отбора либо недобора кандидатов в присяжные.

Низкий уровень правового воспитания населения, не смотря на то, что даются разъяснения о гражданском долге, является основной причиной самоотводов при отборе в присяжные заседатели.

Причинами самоотводов кандидатов присяжные заседатели являются нахождение на иждивении больных родственников, занятость на работе, семейные обстоятельства, невозможность выезда в виду материальной необеспеченности.

На практике большинством судей при освобождении кандидатов от исполнения обязанностей присяжных заседателей спрашивается мнение участников процесса о возможности их освобождения. Вместе с тем, имеются случаи, когда председательствующий со ссылкой на ст. 552 УПК РК 1997 г. самостоятельно производит указанную процедуру. Самостоятельность судьи при решении данного вопроса затрагивает права участников процесса и возникает вопрос о целесообразности проведения указанной процедуры в присутствии сторон.

При вызове граждан в суд для участия в отборе большинство из них предъявляют претензии по ущемлению их прав на свободу выбора, указывая на то, что если они были проинформированы, то отказались от участия с указанием причин. Другие граждане с готовностью отзываются на участие в отборе. Некачественное формирование списков затягивает рассмотрение уголовных дел. Указанная проблема из обзоров и исследованных материалов при подготовке исполнения задания, является проблемой на всей территории республики.

В целях снижения затрат государства на отбор кандидатов в присяжные заседатели и исключения судебной волокиты рассмотрения уголовного дела предлагается увеличить количество кандидатов в присяжные заседатели из запасного списка.

Верховный Суд РК отмечает, что в судах республики внедрена система электронного документооборота – «Единая автоматизированная информационно-аналитическая система судебных органов» (ЕАИАС). В настоящее время во всех судах заявления, дела, жалобы распределяются

³⁰⁹Инго Риш. Участие присяжных заседателей в уголовном судопроизводстве Казахстана // Законодательные основы введения института присяжных заседателей в Республике Казахстан: Сб. мат-лов междунар. науч.-практ. конф. – Астана, 2007. – С. 125.

среди судей автоматизированным способом с помощью специально разработанной программы без вмешательства председателя суда или коллегии. При этом автоматически учитывается ряд параметров, включая общую нагрузку и специализацию судьи, язык судопроизводства. ЕАИАС используется при рассмотрении дел с участием присяжных заседателей, позволяет сформировать группу присяжных заседателей из числа лиц, включенных в списки, составленные местными исполнительными органами³¹⁰.

Казахстан одно из 15 государств мира запускающее комплексную программу «Цифровой Казахстан». С инновационным развитием страны и технологическим обновлением в судах и правоохранительных органах ведется работа по внедрению цифровых технологий. В судах республики создана система электронного правосудия, включающая информационные системы и сервисы, предоставляющие услуги населению по обращению в суды, более 90 процентов заявлений подаются в электронном формате, стал возможным доступ к судебным актам через интернет-ресурсы судов, запущена мобильная версия сервиса «Судебный кабинет», начал свою работу Ситуационный центр Верховного Суда. Генеральной прокуратурой разработаны IT-проекты в сфере уголовного процесса, административного дела, предпринимательства: «Е-Штрафы» и «Qamqor».

Комментируемые мероприятия находятся в прямой взаимосвязи с проблемами, рассматриваемыми нами в рамках отбора кандидатов в присяжные заседатели.

В статье 4 Закона, предусматривающей порядок составления списков кандидатов в присяжные заседатели, кроме того, что местные исполнительные органы вправе запрашивать у государственных органов, организаций и граждан информацию, необходимую для проверки соответствия граждан требованиям к кандидатам в присяжные заседатели, установленным Законом, необходимо предусмотреть норму, предусматривающую получение письменного согласия от кандидатов в присяжные заседатели на то, что они согласны на проведение в отношении их проверочных мероприятий. Законно проведенные проверочные мероприятия позволят исключить из списка кандидатов в присяжные заседатели лиц, не соответствующих требованиям, предъявляемым к присяжным заседателям, указанным в части 1 статьи 10 Закона. Это также исключит вероятность попадания в коллегия присяжных заседателей граждан, не соответствующих психофизиологическим и морально-этическим характеристикам лица, способного беспристрастно осуществлять правосудие, и не допустит проникновения лиц, отрицательно настроенных к правоохранительным органам и правосудию. Надо признать, что проведение проверочных мероприятий без согласия граждан в какой-то мере нарушает их конституционные права, поскольку часть 1 статьи 18 Конституции РК предусматривает, что каждый имеет право на неприкосновенность частной

³¹⁰Шедин Г. Судью компьютер не заменит // Каз. правда. – 2009. – 29 сентября.

жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и достоинства. Частная жизнь – это область жизнедеятельности человека, которая относится к отдельному лицу, принадлежит и дорога только ему. Поэтому, по общим правилам, она не подлежит контролю со стороны общества и государства. Это сфера личных и неделовых отношений и забот. Личная и семейная тайна является частью частной жизни, сферой деликатных и интимных сторон существования личности, разглашение определенных сведений признается безнравственным³¹¹.

В этой связи проблемным может явиться выполнение требования, предусмотренного частью 1 и частью 2 статьи 10 Закона РК «О присяжных заседателях» о невключении в списки кандидатов в присяжные заседатели лиц, состоящих на учете в наркологическом или психоневрологическом диспансере или имеющих непогашенную либо неснятую судимость. По указанной категории граждан местные исполнительные органы, проверяя их на соответствие требованиям, предъявляемым к кандидатам в присяжные заседатели, обязаны проводить проверочные мероприятия через Комитеты по правовой статистике и специальным учетам Генеральной прокуратуры Республики Казахстан. Между тем запрос данной информации уже носит характер, затрагивающий достоинство человека, неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну. Согласно п. 1 ст. 95 Закона РК «О здоровье народа и системе здравоохранения» информация о факте обращения за медицинской помощью, состоянии здоровья гражданина, диагнозе его заболевания и иные сведения, полученные при его обследовании или лечении, относится к врачебной тайне³¹². В соответствии с п. 4 ст. 95 цитируемого Закона предоставление местным исполнительным органам сведений, составляющих врачебную тайну, без согласия гражданина или его законного представителя не допускается. Инструкция «О порядке сообщения сведений о психическом состоянии граждан» также не допускает выдачу сведений о психическом состоянии здоровья граждан либо обследовании их врачом-психиатром местным исполнительным органам³¹³.

В этой связи представляет интерес позиция С. Пашина, что в числе цензов, связанных с включением в списки потенциальных присяжных заседателей, целесообразно иметь также «медицинский» ценз: «отсутствие заболеваний, препятствующих участию в рассмотрении дел в качестве присяжного заседателя». Список противопоказаний должно утвердить Правительство РК. В любом случае, не стоит включать в списки потенциальных присяжных заседателей, состоящих на учете у нарколога или психиатра³¹⁴.

³¹¹Конституция Республики Казахстан от 30 августа 1995 г. (с изменениями и дополнениями) по состоянию на 23.03.2019 г.) // Казахстанская правда. – 2019. – 27 марта

³¹²О здоровье народа и системе здравоохранения. Закон Республики Казахстан от 18 сентября 2009 года № 193-IV ЗРК (с изм. и доп. по сост. на 21.04.2016 г.) // Казахстанская правда. – 2016. – 19 октября.

³¹³Инструкция о порядке сообщения сведений о психическом состоянии граждан: Приказ Комитета по здравоохранению Министерства здравоохранения РК №269 от 13 мая 1998 года // База данных «Юрист» Республиканского центра правовой информации Министерства юстиции РК.

³¹⁴Пашин С. Анализ проектов Закона РК «О присяжных заседателях» и дополнений в УПК РК о суде с

Проведенные исследования показали, что если бы в последние четыре-пять десятилетий уголовная политика оставалась неизменной, половина работоспособного населения европейских стран состояла бы из тех, кто сидит в тюрьме, и тех, кто занят регистрацией, расследованием, рассмотрением уголовных дел, исполнением наказаний и т.п. Ситуация в Казахстане на начало 90-х годов является ярким подтверждением пагубных последствий такой политики. Так, только за последние 25 лет в колониях побывал каждый 35-й гражданин, каждый 18-й в возрасте от 18 до 50 лет, каждый 9-й мужчина в одном поколении. Каждая 9-я семья имеет в своем составе ранее судимого³¹⁵. Такое положение дел характерно не только для Казахстана, но и для большинства стран СНГ. Для сведения к минимуму вторжение в частную жизнь граждан было бы правильным ограничить количество лиц, подвергающихся проверкам. Необходимо осуществлять проверку кандидатов не со всего первичного списка, а с граждан, прошедших случайную выборку. Предложение о проведении проверочных мероприятий на основе добровольности и письменного согласия граждан исключит нарушение конституционных прав граждан, не приведет к нежелательным последствиям, имеющим место в судебной практике в суде присяжных Казахстана и России.

Закон РК «О присяжных заседателях» способствует усилению авторитета судебной власти в нашем государстве, поскольку присутствие граждан при осуществлении правосудия является важной гарантией от предвзятости, корпоративности профессионального судейского состава и устранения обвинительного уклона в их деятельности. С другой стороны, практика его применения выявила существенные недостатки действующей редакции указанного закона, которые требуют тщательного научного исследования и выработки на основе полученных результатов, соответствующих научных предложений и рекомендаций, направленных на повышение эффективности судебных процедур с участием присяжных заседателей.

§ 2. Суд с участием присяжных заседателей в судебной системе Казахстана

Судебная система Казахстана устанавливается Конституцией РК и конституционным законом. Учреждение специальных и чрезвычайных судов под каким-либо названием не допускается. Это положение закреплено в статье 75 части 4 Конституции Республики Казахстан. Конституционный закон РК от 25 декабря 2000 года «О судебной системе и статусе судей РК»³¹⁶

участием присяжных заседателей // Правовая реформа в Казахстане. Специальный выпуск. – 2005. – С. 35.

³¹⁵Посмаков П.Н. Новые подходы к уголовной политике // Гуманизация уголовной политики Республики Казахстан: достижения и перспективы: мат.-лы междунар. науч.-практ. конф. г. Алматы, 29-30 апреля 2004 г. Раритет, 2004. – С. 64-65.

³¹⁶ Конституционный закон Республики Казахстан от 25 декабря 2000 года № 132-III «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 21.02.2019 г.) Опубликовано: Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2000 г., № 23, ст. 410.

в статье 3 «Судебная система» определяет:

1. Судебную систему Республики Казахстан составляют Верховный суд Республики Казахстан и местные суды, учреждаемые в соответствии с Конституцией Республики Казахстан и настоящим конституционным законом.

Учреждение специальных и чрезвычайных судов под каким-либо названием не допускается.

2. К местным судам относятся:

1) областные и приравненные к ним суды (городской суд столицы Республики, городские суды городов республиканского значения);

2) районные и приравненные к ним суды (городской суд, межрайонный суд).

3. В Республике Казахстан могут создаваться другие суды, в том числе специализированные суды (военные, финансовые, экономические, административные, по делам несовершеннолетних и другие).

Конституционный закон Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» в статье 1. «Судебная власть» утверждает, что судебная власть в Республике Казахстан принадлежит только судам в лице постоянных судей, а также присяжных заседателей, привлекаемых к уголовному судопроизводству в случаях и порядке, предусмотренных законом». Фактически это положение вытекает из Конституции Республики Казахстан гласящее, в части 2 статьи 75, что судебная власть осуществляется посредством гражданского, уголовного и иных установленных законом форм судопроизводства. В случаях, предусмотренных законом, уголовное судопроизводство осуществляется с участием присяжных заседателей.

Одновременно с этим государство создает гарантии независимости представителей судебных органов при осуществлении правосудия. В частности, статья 25 (п. 2) Конституционного закона Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей в Республике Казахстан» предусматривает положение о том, что «никто не вправе вмешиваться в осуществление правосудия и оказывать какое-либо воздействие на судью и присяжных заседателей. Такие действия преследуются по закону».

Однако эти положения еще не срабатывают в полной мере, т.к. сохранившиеся традиции инквизиционного процесса продолжают оказывать давление на сознание лиц осуществляющих правосудие, это объясняется и общей идеологией системы, которая именуется правоохранительными органами, в число которых также входит и суд³¹⁷.

Продолжающееся в Казахстане реформирование судебной власти предполагает решение проблем о месте и роли суда, расширения компетенции и функций судов, обеспечения разнообразия форм судопроизводства, предусматривающее расширение форм специализации

³¹⁷Ковалев Н. В поисках независимого и беспристрастного суда присяжных в Казахстане // Юрист. – 2005. – №2. – С. 32.

судебной деятельности в строгом соответствии с Конституцией Республики Казахстан. Серьезное внимание должно быть уделено специализации судей. Концепция правовой политики Республики Казахстан до 2020 года гласит, что основным вектором развития судебно-правовой системы является специализация судов и судей, в том числе развитие ювенальных судов, создание специализированных судов по рассмотрению уголовных дел, в перспективе возможно образование налоговых и других специализированных судов, что позволяет ставить вопрос о необходимости безотлагательного укрепления межрайонных специализированных судов по уголовным делам опытными судьями, в соответствии с условиями реформирования системы правосудия Законом Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Гражданский процессуальный кодексы Республики Казахстан по вопросам совершенствования судебной системы» от 10 декабря 2009 года.

Председатель ВС РК обращал внимание на ожидаемые новеллы в судопроизводстве по делам с участием присяжных заседателей, что начиная с 2010 года все особо тяжкие преступления будут рассматриваться с участием присяжных в создаваемых специализированных судах по уголовным делам, структура судебной системы преобразуется в трехзвенную систему. Все дела по первой инстанции будут разрешаться исключительно в районных судах. Областные суды займутся рассмотрением дел только в апелляционном и кассационном порядке, а Верховный суд в порядке надзора станет проверять законность судебных актов³¹⁸. Эти изменения нашли свое отражение в Законе Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Гражданский процессуальный кодексы Республики Казахстан по вопросам совершенствования судебной системы» от 10 декабря 2009 года, а именно: часть третья статьи 57 УПК РК 1997 г. дополнена абзацем пятым следующего содержания: «специализированные межрайонные суды по уголовным делам, специализированные межрайонные военные суды по уголовным делам, специализированные межрайонные суды по делам несовершеннолетних, военные суды гарнизонов»; новая редакция статьи 58 УПК РК, регламентирующая трехзвенную систему судов; УПК РК дополнен статьями 290-2 «Уголовные дела, подсудные специализированному межрайонному суду по уголовным делам» и 290-3 «Подсудность уголовных дел специализированным межрайонным военным судам по уголовным делам и военным судам гарнизонов».

Стратегический план развития Республики Казахстан до 2020 года предусматривает, что дальнейшее реформирование судебной системы будет проводиться на принципах подлинной независимости судов, эффективного общественного контроля гражданского общества за законностью отправления правосудия, профессионализма и беспристрастности судей, упрощения судопроизводства и исключения излишней регламентации. Будут

³¹⁸Алимбеков М. На страже законных интересов // Каз. правда. – 2009. – 12 декабря.

обеспечены организационно-правовые гарантии независимости судей при отправлении правосудия на всех уровнях и инстанциях судебной иерархии³¹⁹.

В этих целях целесообразно с целью подготовки местных судов (районных, городских) в исторически обозримой перспективе к проведению судебных разбирательств с участием присяжных заседателей регламентировать в УПК составы преступлений с правом обвиняемого на их рассмотрение с участием присяжных заседателей. Речь идет о категориях преступлений, не входящих в подсудность межрайонных специализированных судов по уголовным делам.

Полагаем, что выгода от предложенной процедуры налицо. Во-первых, поднимется авторитет суда с участием присяжных заседателей. Во-вторых, судьи, входящие в состав местных судов, получают первоначальный опыт проведения разбирательства с участием присяжных заседателей, что будет способствовать повышению их квалификации, дальнейшему профессиональному росту. В-третьих, появится возможность ротации судейского корпуса.

Безусловно, решить все проблемы, стоящие перед судебной системой, в один момент невозможно и делать этого, конечно, не надо. Судебная реформа должна носить радикальный, последовательный характер и в то же время без признаков поспешности, ориентированная на получение предполагаемого эффекта, с учетом возможных негативных последствий. Основная цель судебной реформы заключается в создании подлинно независимого суда, для чего необходимо разработать комплекс законодательных мер, обеспечивающих независимость суда в принятии решений, которое исключало бы какую-либо подконтрольность государственным и правоохранительным органам.

Как никогда актуально звучит сегодня мнение, высказанное в советский период времени В.П. Кашеповым, «суд как государственный орган встроен в систему местных органов власти и управления и не может действовать в отрыве от них. Наши задачи борьбы с преступностью и правонарушениями не могут не создавать зону общих интересов правоохранительных органов, их взаимную заинтересованность в общих положительных результатах этой работы. Однако взаимовлияние этих органов может носить как положительный, так и отрицательный характер. Помимо внешнего воздействия на суд, осуществляемого местными органами власти с целью противоправного вмешательства, значительную роль играет влияние ведомственных интересов других правоохранительных органов, включенных в систему уголовной юстиции. Это влияние осуществляется профессионально подготовленными должностными лицами и поэтому особенно опасно»³²⁰. Это не значит, что суды должны действовать, как абсолютно суверенная система внутри общества и государства и поэтому они

³¹⁹Стратегический план развития Республики Казахстан до 2020 года: Утвержден Указом Президента Республики Казахстан от 1 февраля 2010 года № 922 // Каз. правда. – 2010. – 12 февраля.

³²⁰Истина ... И только истина! Пять бесед о судебно-правовой реформе. Проблемы, дискуссии, предложения. – М.: Юрид. лит., 1990. - С. 156.

не должны выполнять те задачи, которые возлагает на них общество. Суды, как и все другие государственные образования, должны быть объективно правильно ориентированы на потребности общества. Соответственно, общество в целом, как среда, в которой действует судебная система, не может не оказывать определенное управляющее воздействие на судебную деятельность. Однако осуществление правосудия всегда связано с принятием судом решений по внутреннему убеждению. Оно, это убеждение, не может быть объектом воздействия со стороны: тогда воздействие превращается в давление на суд и лишает его самостоятельности и независимости.

Характер деятельности по осуществлению правосудия ставит определенные строгие рамки, ограничивающие формы социального управления в отношении судов. Оно может осуществляться лишь с помощью правового регулирования, путем оценки деятельности судов на основе показателей, стимулирующих высокое качество правосудия. Все эти формы социального управления одновременно должны исключать опасность подчинения суда любой власти, кроме власти закона. Исходя из имевшегося «опыта» взаимоотношений судов с местными органами власти и управления необходимо определить порядок взаимоотношений суда с местными органами управления и власти на основе настоящего разделения функций ветвей исполнительной и судебной власти. Нужны современные подходы в обеспечении политических и экономических мер, гарантирующих реальную независимость и неприкосновенность судей, большую защищенность судей от какого бы то ни было воздействия.

Законодательство, регламентирующее деятельность судей, в настоящее время предусматривает обеспечение принципов полной неприкосновенности, независимости судей. Независимость судей обеспечивается их неприкосновенностью, установленной Конституцией и конституционным законом Республики Казахстан, законодательно закрепленным порядком избрания, назначения на должность, прекращения и приостановления полномочий, распространения на них особого порядка возбуждения уголовного дела против них, привлечения к уголовной ответственности, привода, задержания и ареста, а также правом судьи на отставку. Работа судей является одной из самых высокооплачиваемых. Предоставление судьям материального и социального обеспечения, соответствующих их статусу, запрет на его ухудшение, гарантированная государством защита и обязанность соответствующих органов принимать своевременные и исчерпывающие меры к обеспечению безопасности судей и их семей также является гарантией обеспечения независимости судей.

Вместе с тем перечисленные меры являются почвой для обеспечения закрытости судебной системы, которая может замкнуться в своих узкопрофессиональных вопросах. И основания для таких опасений имеются. Проводимые регулярно общественными организациями мониторинги соблюдения законности при осуществлении правосудия свидетельствуют о еще имеющихся серьезных нарушениях. В отчете рабочей группы неправительственных организаций Республики Казахстан по мониторингу

соблюдения Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания и выполнения рекомендаций Комитета против пыток ООН, осуществленном в 2005 году, делается жесткий вывод о том, что «на сегодняшний день независимость судей является понятием исключительно декларативным: истинно независимого суда в Республике Казахстан нет. Суды, чаще всего, берут на себя функции стороны обвинения, не реагируя на нарушения, допущенные в ходе предварительного следствия, а виновные в этом не несут ответственности. При судебном рассмотрении дел систематически выявляются случаи нарушения прав и свобод граждан (в частности, применение пыток, несанкционированные обыски, необоснованные задержания и др.), также другие нарушения закона. Однако, частные постановления, как того требует закон, судьями при этом не всегда выносятся, а выявленные нарушения закона не препятствуют вынесению обвинительного приговора по делу. Отсутствие должного судебного контроля в рамках уголовного процесса подтверждается тем, что практически не работают такие статьи УК РК 1997 г.: «привлечение заведомо невиновного к уголовной ответственности» (статья 344 УК РК), «заведомо незаконное задержание, заключение под стражу или содержание под стражей» (статья 346 УК РК), «принуждение к даче показаний» (статья 347 УК РК), «фальсификация доказательств» (статья 348 УК РК), «вынесение заведомо неправосудных приговоров» (статья 350), и ряд других статей, предусматривающих уголовную ответственность за преступления против правосудия»³²¹.

23 февраля 2007 года в ВС РК был озвучен специальный доклад ОБСЕ о состоянии и ходе реформы уголовного правосудия в Казахстане. 25 судебных наблюдателей, обученных БДИПЧ ОБСЕ, осуществили мониторинг 730 судебных заседаний в течение года в восьми регионах страны и озвучили результаты. В докладе обращается внимание, что в Казахстане по-прежнему не соблюдаются такие важные условия судопроизводства, как гласность, состязательность сторон, презумпция невиновности. Советник по политическим вопросам делегации Евросоюза Аллесандро Лиамине обратил внимание, что местные судьи не всегда соблюдают кодекс этики. В некоторых случаях судьи грубили как стороне обвиняемой, так и прокурорам. С сожалением было отмечено наличие определенного количества пыток, и когда такие ситуации озвучиваются в суде, ни прокурор, ни судья обычно не принимают мер, чтобы дополнительно разобраться в таких заявлениях³²².

Уполномоченный по правам человека сообщает, что больше всего жалоб

³²¹Отчет рабочей группы неправительственных организаций Республики Казахстан по мониторингу соблюдения Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания и выполнения рекомендаций Комитета против пыток ООН. ОО «Комитет по мониторингу Уголовной реформы и правам человека». Казахстанское международное бюро по правам человека и соблюдению законности. 2005 г. – Алматы. – 193 с.

³²²Результаты мониторинга судебных разбирательств в Республике Казахстан 2005-2006 г.г.: отчет. – Алматы, 2007. – 151 с.

в этот институт поступает от жителей Казахстана, которые недовольны решением судей. По информации Верховного суда, в 2006 году в Казахстане было рассмотрено судами более миллиона дел, на этих процессах участвовали почти 2,5 млн. человек. Половина из них проиграла процессы. Представитель Евросоюза отмечает необходимость применения на процессах государственного и официального языка. Но почти все перечисленные недостатки не зависят от законов, как раз наоборот УПК страны дает возможность для справедливого правосудия. Все заключается в необходимости исполнения законов более четко со стороны судей и прокуроров³²³. По мнению К.А. Мами, «наша судебная система по многим позициям приблизилась к общепризнанным в демократическом сообществе стандартам правового урегулирования общественных отношений. В 2006 году, количество всех рассмотренных судами республики дел составило 1,3 миллиона. Это в два с половиной раза больше, чем, к примеру, три года назад. Стало больше дел, связанных с оспариванием решений и постановлений государственных органов и должностных лиц. Все это, говорит в пользу растущего доверия к судам, доступности правосудия для граждан»³²⁴. По данным Верховного суда Республики Казахстан в 2001 году в целом по республике было рассмотрено около 400 тысяч дел, в 2003 году – около одного миллиона. По нормативам на одного судью в месяц должно приходиться 24 дела, но сейчас эта цифра составляет в среднем 38-40 дел³²⁵.

В судебные органы страны в среднем в год обращаются примерно около одного миллиона человек. В 2013 году было около 1 200 000 обращений, в 2014 году 1 300 000 обращений, 750 000 исков в год рассматривается, около 1 500 000 человек оспаривают между собой вопросы. Не всегда обращения в суд удовлетворяют наших граждан, в основном из-за низкого качества судопроизводства. Эта тенденция будет нарастать. Требуется поиск новых подходов, способствующих модернизации судебной системы РК. В Казахстане должна действовать судебная система, дающая ответы на вопросы граждан, чтобы исключить обращение в другие суды.

По свидетельству председателя Северо-Казахстанского областного суда значительно возрастает нагрузка на судей за счет увеличения количества административных дел, но при этом ухудшается качество их разрешения. Согласно статистическим данным Северо-Казахстанского областного суда в 2002 году областным судом из обжалованных в апелляционном порядке постановлений было отменено и изменено почти две трети (60 процентов) постановлений по административным делам. Для сравнения, по гражданским делам отменялось и изменялось каждое третье решение, по уголовным – каждый шестой приговор из обжалованных во вторую инстанцию. В 2002 году среднемесячная нагрузка судей в республике составляла 64 дела, из которых добрую половину занимают административные дела³²⁶. На этом

³²³Бауыржан Шаяхмет. Зачем в суде клетка? // Наша газета. – 2007. – 1 марта.

³²⁴Мами К.А. Судебная власть защищает свободу // Каз. правда. 2007. – 21 июня.

³²⁵Мами К.А. Судья должен быть не только грамотным, но и честным // Каз. правда. – 2004. – 7 мая.

³²⁶Тургараев Б. Специализация: позитивный итог // Каз. правда. – 2003. – 15 марта.

фоне противоречивой является информация Верховного суда РК, что «из ста дел 98 сейчас остаются без изменений, что является нормальным показателем для мировой практики»³²⁷. По данным отдела судебного мониторинга Верховного суда РК, за девять месяцев 2009 года от общего числа оконченных дел обжаловано и опротестовано всего 5,3% судебных актов по гражданским делам, 20% – по уголовным и 2,3% – по административным делам, т.е. с подавляющим большинством вынесенных решений участники процесса согласны. Отменено лишь 1,4% судебных актов³²⁸.

Какие цифры в данной ситуации брать за основу? Статистические данные по конкретной области либо выведенные из среднестатистических по республике. Из 458 составов административных правонарушений, предусмотренных КРКоАП, 222 статьи, включающих 315 частей, рассматривают суды, остальные 236 составов относятся к подведомственности прочих 35 уполномоченных государственных органов. Что же происходит в других 35 уполномоченных государственных органах, если в судах республики низкое качество рассмотрения дел? Этим, наверное, и объясняется оценка, вынесенная комиссией Евросоюза.

Насколько эффективно осуществляется судебная реформа в Казахстане, которая является главным критерием оценки любых реформ. Результаты проведенной 28-29 апреля 2006 года в ВС РК международной научно-практической конференции «Судебная власть в Республике Казахстан: становление и развитие» свидетельствуют, что судебная система не отличается качественно от других членов общества и подтверждением тому являются высказывания участников конференции. И.И. Рогов заметил, «что в последнее время можно услышать обвинения в бюрократизме и коррупции судей, но надо иметь в виду: «суд не изолированная часть общества. Конечно, и судебная система страдает от бюрократизма, есть и элементы коррупции. Но то же самое можно сказать о других государственных структурах. Не может быть судебная система лучше общества, хотя в определенной степени общество вправе ожидать более качественного подбора кадров судебной власти. Общество имеет право на такие ожидания, потому что именно судьям дано право выступать арбитрами в любом споре, и в первую очередь в спорах, затрагивающих права и свободы граждан»³²⁹.

Приведенные мнения по одной проблеме не позволяют говорить о том, что не только судебная реформа, но и в целом правовая реформа в Казахстане завершена. Нельзя не отметить, что уровень доверия населения к судебной власти остается низким. На основе приведенных статистических данных можно сделать вывод, что в своем большинстве граждане Казахстана не верят в эффективность и объективность правосудия. Выход в сложившейся ситуации видится в обеспечении доверия общества к судебной власти, что в первую очередь определяется доступностью правосудия.

³²⁷Мами К.А. Судья должен быть не только грамотным, но и честным // Каз. правда. – 2004. – 7 мая.

³²⁸Курмантаева Л. Мало критиковать, нужны предметный анализ и оценка качества // Каз. правда. – 2009. – 30 октября.

³²⁹Утегенова М. Перспективы развития судебной системы // Юрид. газета. – 2006. – 3 мая.

Причинами, негативно влияющими на доступ граждан к правосудию, являются: нехватка квалифицированных специалистов в судебной системе; загруженность судей; нарушение сроков рассмотрения дел; сложность судебных процедур; неразвитость общественных институтов, обеспечивающих юридическую защиту различных групп населения; низкая правовая культура граждан. Следует отметить, что перечисленные причины являются для судебной системы характерными. В советский период при существовавшей служебной нагрузке средняя продолжительность рабочего дня у большинства судей составляла более 10 часов. Но даже при таком удлинённом рабочем дне судьи не имели возможности спокойно и тщательно рассматривать дела. Материалы уголовных дел предварительно не изучались, на рассмотрение уголовного дела с вынесением приговора тратилось 6 часов, менее часа – на разрешение большинства гражданских дел, тексты приговоров и определений писались уже в ходе судебных заседаний. Тем самым это приводило к ограничению исследования необходимых доказательств, осуществления процессуальных полномочий участников процесса. Почти 30% рабочего времени судьи уходило на выполнение функций, не связанных с рассмотрением дел и даже вообще не входящих в их служебные обязанности. В.П. Кашепов прямо указывал, что проблемы обеспечения независимости судей, обеспечения высокого качества кадров судейского корпуса прямо связаны с нормированием труда судей. Министерство юстиции СССР в 1976 году приказом сделало попытку своим решением установить эти нормативы. Было установлено, что при определении штатной численности судов следует исходить из средней нагрузки в 6 уголовных, 9 гражданских дел и 20 материалов об административных правонарушениях в месяц. Данные нормативы не получили своего практического претворения ввиду того, что они не были согласованы с Минфином СССР и Госкомтруда СССР. Кроме того, указанные нормы нагрузки судей не охватывали всего объема прделываемой судьями работы и не подкреплялись убедительным научным обоснованием³³⁰.

Огромное значение для повышения доверия общества к судам имеет степень гласности и открытости судопроизводства. Немало справедливых нареканий вызывает непрозрачность судопроизводства. Участники процесса нередко не имеют возможности получить достоверную информацию о судебных заседаниях и принятых на них решениях. Дефицит гласности правосудия порождает нарушения процессуальных прав участников судебного процесса, а в конечном итоге затрудняет реализацию конституционного права на судебную защиту. Представляется, что для устранения этих очевидных нарушений прав граждан необходимо ускорить процесс информатизации судов, который позволит гражданам оперативно получать достоверную информацию об осуществлении правосудия.

³³⁰Истина ... И только истина! Пять бесед о судебно-правовой реформе. Проблемы, дискуссии, предложения. – М.: Юрид. лит., 1990. - С. 234-235.

Например, положительный опыт действия федеральной целевой программы «Развитие судебной системы России» в Российской Федерации имеет приоритетным направлением реализацию мер по информатизации судебной деятельности.

В 2006 году в Бостандыкском районном суде г. Алматы был запущен пилотный проект SRS Femida при финансовой поддержке миссии ЮСАИД по внедрению системы видеозаписи всех рассматриваемых процессов. Система видеонаблюдения «SRS Femida» включает четыре видеокамеры и шесть микрофонов для видео- и аудиозаписи судебного заседания. Голосовые данные записываются на отдельный канал в специальное устройство, именуемое «микшер». Многоканальная система записи позволяет четко услышать голоса участвующих в судебном разбирательстве, а также прослушать записи речей отдельных участников. Участники процесса видели, слышали и наблюдали за процессом, апелляции снизились почти в три раза. 73 процента граждан, присутствовавших в зале суда, где проводилась запись судебного разбирательства, заявили, что их доверие к судам повысилось, 80 процентов казахстанцев выразили полную поддержку идеи повсеместного внедрения видеозаписи судебного разбирательства. По итогам проекта 18 июня 2008 года в Астане Агентство США по международному развитию (ЮСАИД) и Верховный суд РК начали совместный проект по внедрению видеозаписи судебного процесса в судах Казахстана. В рамках двухгодичного проекта в 27 судах страны будут установлены современные видео- и аудиосистемы для полной и точной записи судебного процесса³³¹. В унисон этому звучат положения Концепции правовой политики РК до 2020 года, в которой сказано, что общество заинтересовано в полном, объективном и беспристрастном освещении деятельности судебной власти. В этих целях необходимо повышать уровень открытости и прозрачности судебной системы, в частности путем предоставления более широкого доступа населения к информации о деятельности судов. Внедрение современных средств фиксации судебной информации будет способствовать реализации принципа состязательности в судопроизводстве. Планомерная информатизация судебной системы позволит обеспечить оперативную информационно-правовую поддержку процессу отправления правосудия, сокращение сроков рассмотрения дел, повышение эффективности исполнения решения суда³³².

Введение обязательной фиксации судебного разбирательства с участием присяжных заседателей на дополнительные средства фиксации информации (видеозапись) позволит снять проблему непрерывности судебного разбирательства в случае непредвиденного выбытия судей или присяжных заседателей, влекущего назначения судебного разбирательства заново. В этой связи нами предлагается следующая процедура, содержание которой следует законодательно закрепить в диспозиции ч. 3 ст. 645 УПК РК 2014 г., изложив

³³¹Бредихина Т. Видео в зале суда // Каз. правда. – 2008. – 19 июня.

³³²Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года: утверждена Указом Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года №858 // Каз. правда. – 2009. – 27 августа

ее в следующей редакции:

«...3. Судебное разбирательство с участием присяжных заседателей в обязательном порядке отображается на дополнительных средствах фиксации информации (видеозапись). Если в ходе судебного разбирательства, но до удаления присяжных заседателей и судьи в совещательную комнату для вынесения вердикта, выяснится, что кто-либо из присяжных заседателей не может продолжать участвовать в судебном заседании или отстраняется председательствующим от участия в судебном заседании, то он заменяется запасным присяжным заседателем в том порядке, в каком билеты с указанием фамилий запасных присяжных заседателей были извлечены из урны. В случае, если возможности замены выбывших присяжных заседателей запасными исчерпаны, председательствующий объявляет перерыв и возвращает судебное разбирательство к этапу предварительной выборки кандидатов в присяжные заседатели в соответствии со статьей 638 настоящего Кодекса.

Вновь избранным присяжным заседателям предоставляется достаточный срок для ознакомления с произведенной видеозаписью состоявшегося судебного разбирательства. Если у нового состава присяжных заседателей не возникло каких-либо ходатайств, препятствующих дальнейшему ведению судебного разбирательства, то оно продолжается с момента его приостановления, о чем делается запись в протоколе судебного заседания».

Новым направлением обеспечения информированности населения о принятых судебных решениях было бы размещение всех принятых судебных решений в Интернете, что позволило бы исключить возможность принятия решений задним числом и внесения в них каких-либо поправок. Инго Риш – руководитель проекта «немецкое общество по техническому содействию» (GTZ) «Правовые реформы в Центральной Азии» считает, что в целях развития и совершенствования судебной системы, подготовки судебных кадров, достижения реальной независимости судей, улучшения качества отправления правосудия нужно постоянно повышать квалификацию юристов, судьи должны улучшать свои знания до конца своей жизни. Можно и нужно перенять немецкий опыт по компьютерному распределению дел в двух вариантах. Первый – когда дела распределяются автоматизированным способом по входящим порядковым номерам. Второй вариант – это алфавитное распределение. Каждая из этих моделей имеет свои преимущества³³³. Компьютерная система распределения уголовных дел принимается в Казахстане. В одном из районных судов г. Алматы в качестве эксперимента в 2003 году впервые эта система вводилась. На этом нельзя останавливаться, необходимо освободить судей от выполнения несвойственных им функций, вводить в судах должности работников, осуществляющих организационно-оперативную, справочно-информационную, аналитическую деятельность.

Другим эффективным направлением улучшения работы судебной

³³³Бредихина Т. Видео в зале суда // Каз. правда. – 2008. – 19 июня.

системы является морально-этическое, связанное с вовлечением в судопроизводство широких слоев населения заинтересованных в осуществлении этой работы, что потребует создания системы морального и материального стимулирования. В советское время система народных заседателей была предназначена для осуществления этих целей. В законодательстве, регламентирующем деятельность присяжных заседателей, предусмотрено только материальное стимулирование затраченного времени. О моральном стимулировании речи не идет. К примеру, уголовное судопроизводство Австрийской Республики предусматривает, что присяжные заседатели и шеффены, являющиеся в соответствии с действующим законодательством непрофессиональными судьями, по закону не обязаны иметь юридического образования и призваны осуществлять неоплачиваемую общественную работу (по Закону о праве на вознаграждение 1965 года они имеют право только на компенсацию)³³⁴.

Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации отмечает, что эффективность правосудия состоит в вынесении законных и обоснованных, справедливых судебных решений. Разумеется, справедливость не поддается нормативному регулированию, это категория морально-этическая. И все же одним из критериев справедливости судебного решения следует, очевидно, признать его понятность, как всем участникам судебного процесса, так и всему обществу³³⁵. Идея существования суда присяжных и заключается в обеспечении справедливости и понятности вынесенного вердикта. Но всегда ли это получается? Германия не имеет подлинного суда присяжных, заменив его на суд с участием шеффенов, который постоянно подвергается критике, вместе с тем там сформировалась дифференцированная система участия непрофессиональных судей на различных видах процесса, которая пытается сохранить позитивные элементы и освободиться от негативных. Суд присяжных в чистом виде не нужен ни в Германии, ни во Франции, потому что там судебная система выполняет свои функции.

Надо отбросить стереотип, что судебное разбирательство – это лишь процесс рассмотрения того материала, который собран следователем. Необходимо выработать отношение – что судебное разбирательство – это самостоятельное, активное, во многих случаях действительно творческое исследование всех обстоятельств дела, которое приводит к совершенно иным выводам, нежели изложенным в обвинительном заключении. Нельзя забывать, что только суд вправе признать человека виновным и назначить ему уголовное наказание, что приговор суда может быть основан только на доказательствах, рассмотренных в судебном заседании. Если мы будем следовать изложенным положениям, то как и у нас в Казахстане, так и в России не будет ситуаций, когда вся судебная система, а не только суд

³³⁴Бутов В.Н. Уголовное судопроизводство Австрийской Республики: опыт и проблемы организации и деятельности. – Екатеринбург: Изд-во Урал. гос. экон. ун-та, 1999. – С. 51.

³³⁵Доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации за 2005 год. – М.: ИД «Юриспруденция», 2006. – С. 50.

присяжных будут подвергаться сомнению, по результатам вынесенных решений.

Трудно не согласиться с мнением профессора Королевского колледжа Лондонского университета Рейна Мюллерсона, который, в отличие от наших ученых, считает, что судебная власть может и должна быть несколько лучше, чем общество в целом. Идеальная модель общества на практике никогда не достигается, но к ней нужно стремиться, и поэтому общество вправе ожидать, что правовая система страны, судебная власть и судьи будут отвечать более высоким требованиям, чем другие члены общества³³⁶.

Реально ли осуществление сказанного в судебной системе какого-нибудь отдельного взятого государства? Какая страна в мире может с уверенностью сказать, что ее судебная система соответствует предъявляемым требованиям? Директор центра азиатского правового обучения, профессор факультета права Нагойского университета Сугиура заявляет, «я не могу сказать, что на 100% у нас нет коррупции вообще, но внутри судебной системы нет. Это я могу подтвердить на 100%». В подтверждение своих слов он приводит пример, «на данный момент известно четыре случая, когда суд устанавливал виновного в первой инстанции, но после того как он подавал апелляцию, суд второй инстанции виновным его не признавал». По его мнению, этого уже достаточно, чтобы поставить под сомнение объективность судейского корпуса, способность его дать точную оценку тому или иному действию, исходя из этого, правильно оценить и выдать единственно правильное решение³³⁷.

В рамках реформирования судебной системы и укрепления судопроизводства с участием присяжных заседателей судья, в том числе и непрофессиональный (присяжный заседатель) рассматривается не только как государственный, но и как общественный деятель, обязанный понимать социальную функцию государства и права, которой он сознательно себя подчиняет. Судья несет моральную ответственность перед обществом и за формально правильное применение законов и стандартов, судебной практики, если эти законы и стандарты выражают ошибочные тенденции в уголовной политике. Ошибки в законах, которые применяет судья, должны рассматриваться им как свои собственные ошибки, ибо они не могут быть допущены иначе как через судебную практику, через приговоры и иные решения судов. Это является определяющим в роли и месте суда с участием присяжных заседателей в судебной системе Республики Казахстан.

В качестве вывода можно сделать небольшое обобщение взглядов и воззрений ученых и практиков, которые имеют место по указанному вопросу. Перед судебной системой страны стоит задача способствовать развитию доступа к правосудию, через предоставление достаточной возможности субъектам правоотношений защищать легальным способом свои права и законные интересы.

³³⁶ Утегенова М. Перспективы развития судебной системы // Юрид. газета. – 2006. – 3 мая.

³³⁷ Интервью с директором Центра азиатского правового обучения, профессором факультета права Нагойского университета г-ном Сугиура (Япония) // Юрист. – 2007. – №6 (72). – С. 8-9.

Желание сделать «прозрачное правосудие», ставит вопрос о проведении полноценной модернизации, понимаемой, прежде всего, как модернизация социально-нормативная, политическая и правовая, поскольку без них невозможна модернизация и технологическая, и экономическая. Именно социально-нормативную трансформацию и правовую реформу следует рассматривать, как необходимые стартовые условия эффективного модернизационного процесса.

Требуют рассмотрения следующие задачи: определить понятие и раскрыть задачи модернизации судебной системы в Казахстане; раскрыть недостатки в судебно-правовой реформе, связанные с функционированием судебной системы на примере одной из областей Казахстана; определить роль судебной практики с учетом решения проблем:

1. Проблема судейского усмотрения;
2. Проблема оценочных признаков;
3. Выборность судей народом как источника власти;
4. Процессуальные аспекты судейской реформы можно свести к методологии и методике достижения задач судопроизводства;
5. Материальные аспекты следует решать в методологии и методике, как определения, так и достижения задач и целей материального права;
6. Философские аспекты судебных проблем, которые следует свести к расширению осознания судей о взаимосвязанности всего и всех в этом мире. Необходимо сформировать интерес у судей, законодателей и правоприменителей к реформе всей судебной системе;
7. раскрыть возможности использования в перспективе судебного прецедента в отечественной теории и практике, показать, как судебный прецедент может способствовать улучшению судебной практики. Вопрос о судебном прецеденте в Казахстане возникнет, потому что ВС РК, обращает внимание что судебные решения по уголовным делам подвергаются комплексному анализу, что позволит выявить элементы прецедента. Такая же работа будет проводиться по гражданским делам;
8. Раскрыть значение судебного правотворчества как источника прецедентного права в теории права и роль судебной практики в формировании судебного прецедента в судебной системе.

Проблемы, требующие своего рассмотрения, от которых зависит модернизация судебной системы:

1. В Казахстане наступил момент не продолжения реформирования судебной системы, а создания своей модели судебной системы. Отказаться от тех структур, которые преобладали, в системе, которые постоянно совершенствуются. Совершенствование не приводит к улучшению. Требуется модернизации судебной системы, как процесс социально-нормативной трансформации, введение новых институтов судебной власти, направленный на улучшение доступа к правосудию, создание эффективного судебного производства для обеспечения реальной независимости судебной системы.

2. Модернизация судебной власти, в частности, ее основных сегментов - судоустройства и судопроизводства, построение оптимальной модели, основанной на использовании современных технологий в подготовке судей,

информатизации и широком освещении в СМИ, в сети интернет-судопроизводства.

Правовая модернизация должна происходить в трех направлениях:

1) социально-нормативная и правовая модернизация общества; 2) модернизация системы права; 3) правовая модернизация государства.

Обозначенные направления требуют решения следующих задач: организационно-технические задачи, связанные с устройством судебной власти и судопроизводства; нормативно-правовые задачи, направленные на создание правовых условий для функционирования судебной системы с учетом интеграции евразийского и международного законодательства; политические задачи, направленные на изменение условий, связанных с антикоррупционной деятельностью.

3. В 2020 году завершает свое действие Концепция правовой политики Республики Казахстан. В настоящее время нет проекта, предложений по структуре, в котором вопросы модернизации, создания модели судебной системы найдут отражение.

§ 3. Концептуальные основы законодательства, регламентирующего доступ граждан к осуществлению правосудия в судах с участием присяжных заседателей

Присяжный заседатель – это гражданин Республики Казахстан, призванный к участию в рассмотрении судом уголовного дела в порядке, установленном законом, и принявший присягу. Присяжный заседатель наделен полномочиями по участию в осуществлении правосудия по уголовному делу в порядке, установленном УПК РК.

Анализ процессуального статуса присяжного заседателя позволяет прийти к выводу о том, что его процессуальное положение в ходе судебного разбирательства равноценно статусу профессионального судьи. Об этом свидетельствует то, что присяжный заседатель в соответствии с полномочиями, предоставленными ему ч. 2 ст. 647 УПК РК 2014 г., вправе:

1) участвовать в исследовании рассматриваемых в суде доказательств с тем, чтобы получить возможность самостоятельно по своему внутреннему убеждению оценить обстоятельства дела и дать ответы на вопросы, которые будут поставлены перед коллегией присяжных заседателей;

2) задавать через председательствующего вопросы участникам процесса;

3) участвовать в осмотре вещественных доказательств, документов, в производстве осмотров местности и помещения, во всех других действиях в судебном следствии;

4) обращаться к председательствующему за разъяснениями норм законодательства, а также содержания оглашенных в судебном заседании документов и по другим непонятным для него вопросам, относящимся к делу;

5) делать письменные заметки во время судебного заседания.

Кроме того, присяжные выслушивают прения сторон (ст. 651 УПК РК) и на основе собственных выводов путем голосования в совещательной комнате решают вопрос о виновности либо невиновности подсудимого (подсудимых). При этом голоса присяжных и судей равны (ст. 656 УПК РК).

Независимость судей и присяжных заседателей содержит определенные административные гарантии ограждения их от произвола со стороны любых органов и их должностных лиц при привлечении к уголовной или административной ответственности. В части 2 статьи 550 УПК РК предусмотрено, что судья не может быть задержан, подвергнут содержанию под стражей, домашнему аресту, приводу, привлечен к уголовной ответственности без согласия Президента Республики Казахстан, основанного на заключении Высшего Судебного Совета Республики Казахстан, либо в случае, предусмотренном подпунктом 3) статьи 55 Конституции Республики Казахстан, - без согласия Сената Парламента Республики Казахстан на лишение неприкосновенности, кроме случаев задержания на месте преступления либо совершения тяжких или особо тяжких преступлений.

В соответствии с частью 1 статьи 550 УПК РК после регистрации повода к началу досудебного расследования в Едином реестре досудебное расследование в отношении судьи может быть продолжено только с согласия Генерального Прокурора Республики Казахстан. Производство предварительного следствия по делам в отношении судьи обязательно.

В соответствии со статьей 17 Закона РК «О присяжных заседателях», регламентирующей «Гарантии независимости присяжного заседателя», все перечисленные гарантии судьи при отправлении правосудия распространяются на присяжного заседателя. Вместе с тем, независимость судей – это в значительной мере проблема нравственно-психологическая. Решающее значение в сложных ситуациях имеют личные качества судьи или присяжного заседателя, понимание ими высокого гражданского и профессионального долга, умение противостоять незаконным воздействиям и соблазнам, с которыми связана власть над людьми, тем более судебная. Непонимание этого приводит к последствиям, некоторые из которых становятся необратимыми. Более того, дискредитируют идею привлечения членов общества к отправлению правосудия. Фактически присяжный заседатель – это общественный судья. Поэтому столь требовательно надо относиться к нравственным качествам кандидата на должность судьи и в присяжные заседатели, к их профессиональной подготовке и культуре.

В этих вопросах судебная система Казахстана должна руководствоваться Основными принципами, касающимися независимости судебных органов, принятыми седьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, который состоялся в Милане с 26 августа по 6 сентября 1985 года, и одобренными резолюциями Генеральной Ассамблеи ООН 40/32 от 29 ноября 1985 года и 40/146 от 13 декабря 1985 года. Принципы сформулированы главным образом для профессиональных судей, однако при необходимости они в равной степени применимы и к

непрофессиональным судьям, если таковые имеются в наличии. В приложении к основным принципам независимости судебных органов предусмотрены следующие разделы: независимость судебных органов; свобода слова и ассоциаций; квалификация, подбор и подготовка; условия службы и срок полномочий; профессиональная тайна и иммунитет; наказание, отстранение от должности и увольнение. Все принципы нет необходимости перечислять, но основные из них, актуальные для судебной системы Казахстана на современном этапе следует обозначить:

1. Независимость судебных органов гарантируется государством и закрепляется в конституции или законах страны. Все государственные органы и другие учреждения обязаны уважать и соблюдать независимость судебных органов.

2. Судебные органы решают переданные им дела беспристрастно, на основе фактов и в соответствии с законом, без каких-либо ограничений, неправомерного влияния, побуждения, давления, угроз или вмешательства, прямого или косвенного, с чьей бы то ни было стороны и по каким бы то ни было причинам.

3. Не должно иметь места неправомерное или несанкционированное вмешательство в процесс правосудия; судебные решения, вынесенные судами, не подлежат пересмотру. Этот принцип не препятствует осуществляемому в соответствии с законом судебному пересмотру или смягчению приговоров, вынесенных судебными органами.

4. Принцип независимости судебных органов дает судебным органам право и требует от них обеспечения справедливого ведения судебного разбирательства и соблюдения прав сторон.

5. Каждое государство-член обязано предоставлять соответствующие средства, позволяющие судебным органам, надлежащим образом выполнять свои функции.

6. Лица, отобранные на судебные должности, должны иметь высокие моральные качества и способности, а также соответствующую подготовку и квалификацию в области права. Любой метод подбора судей должен гарантировать от назначения судей по неправомерным мотивам. При подборе судей не должно быть дискриминации в отношении данного лица по признакам расы, цвета кожи, пола, религии, политических и иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного, сословного или иного положения; однако требование о том, чтобы кандидат на юридическую должность был гражданином соответствующей страны, не должно рассматриваться в качестве дискриминационного.

7. Судьи обязаны хранить профессиональную тайну в отношении своей работы и конфиденциальной информации, полученной в ходе выполнения ими своих обязанностей, за исключением случаев открытого судебного разбирательства, и не должны принуждаться к даче показаний по таким вопросам.

Соблюдение изложенных принципов будет способствовать обеспечению

конституционного права граждан на судебную защиту, что во многом зависит от эффективности деятельности судов, от гарантий доступа к правосудию лиц, чьи права нарушены или оспорены.

Главной институциональной гарантией справедливого суда является то, что решения принимаются не политическими органами, а компетентным, независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона. Право личности на судебное разбирательство с гарантиями для обвиняемых является краеугольным камнем надлежащего правового процесса. Статья 10 Всеобщей декларации прав человека, статья 14 (1) МПГПП предусматривают, что «каждый человек, ожидающий уголовного процесса или слушания иска в суде, имеет право быть судимым компетентным, независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона». Право быть судимым независимым и беспристрастным судом имеет такую важность, что Комитет по правам человека заявил, что это/оно является «абсолютным правом и не подлежит исключениям»³³⁸. Руководство Международной Амнистии по справедливому судопроизводству так комментирует статью 10 Всеобщей декларации и статью 14 (1) МПГПП. Право на слушание дела компетентным судом требует, чтобы суд имел юрисдикцию для слушания, данного дела. Независимость суда является наиважнейшим условием для справедливого судебного разбирательства. Это означает, что люди, принимающие решение по данному делу, свободны делать это беспристрастно, только на основе фактов и в соответствии с законом, без вмешательства, давления или неправомерного влияния любых правительственных или иных органов. Это также означает, что лица, назначаемые судьями, должны предварительно отбираться на основании своих правовых знаний. Принцип 6 Основных принципов независимости судебной власти гласит: «Судебная власть должна следить за тем, чтобы разбирательства проводились справедливо, а права обеих сторон соблюдались». Принцип 2 гласит: «Решения по делу должны приниматься исключительно на основе свидетельских показаний, а имеющиеся факты должны оцениваться в соответствии с законами. Не должно быть никакого вмешательства, ограничений, подкупов, давления или угроз от кого бы то ни было». Принцип 8 гласит: «Судьи должны вести себя так, чтобы поддерживать беспристрастность и независимость судебной власти, а также достоинство своей должности»³³⁹. Комитет по правам человека ООН заявил, что беспристрастность означает: «судьи не должны иметь предубеждений относительно рассматриваемого дела и должны действовать таким образом, чтобы не способствовать интересам одной из сторон»³⁴⁰. Европейский суд постановил, что судьи не должны иметь «предвзятого мнения относительно существа дела»³⁴¹.

³³⁸ Гонсалес дель Рио против Перу: доклад Комиссии по правам человека. 28 октября 1992 года. – Т. 2. – С. 20.

³³⁹ Международная амнистия. Руководство по справедливому судопроизводству. – М.: Изд-во «Права человека», 2003. – С. 80-86.

³⁴⁰ Карттунен против Финляндии: доклад КПЧ. 23 октября 1992 года. Пар. 7.2. 1993. – Т. 2. – С. 120.

³⁴¹ Фей против Австрии. 24 февраля 1993 года. Пар. 34.

Влияние внешнего фактора на независимость судебной системы Казахстана ощущается как никогда. Общественный фонд политико-правовых исследований «Интерлигал» в Казахстане провел опросы общественного мнения в 8 областях Казахстана, которые показали, что половина служащих Фемиды сталкивается с нарушениями принципов независимости – вмешательством в деятельность судов со стороны представителей госорганов и СМИ. Экономическая независимость судов и судей, по мнению экспертов, значительно повысит качество судопроизводства. Невысокая зарплата судей среднего звена может быть благодатной почвой для взяток, отмечено в анкетах. Опрос показал, что больше половины респондентов доверяют судам, а такое явление, как коррупция среди судей – это результат ошибок при подборе кадров³⁴².

Изложенные проблемы позволяют сделать вывод, что необходимо обеспечить наличие факторов, влияющих на независимость судебной власти, к которым относятся разделение властей, защищающее судебную власть от недопустимого вмешательства или влияния извне, и такие практические гарантии независимости, как формально-юридическая правомочность и неприкосновенность должности судьи. Судебная система в целом и каждый судья в отдельности должны быть свободны от вмешательства, как государства, так и частных лиц. Независимость судебной власти должна быть гарантирована государством, записана в законе и уважаема всеми органами управления. Государства должны обеспечивать структурные и функциональные гарантии против политического и другого вмешательства в отправление правосудия. Суд должен быть беспристрастным. Принцип беспристрастности, применимый к каждому отдельному делу, требует, чтобы каждый из принимающих решение, будь они профессиональными или непрофессиональными судьями или присяжными, был беспристрастен. Подлинная беспристрастность и ее внешние проявления имеют главенствующее значение для сохранения уважения к процессу отправления правосудия. Право на беспристрастный суд требует, чтобы судьи и присяжные не были заинтересованы, в том числе и материально, в исходе конкретного дела и не имели предвзятого отношения к нему.

Предпринимаемые меры, к недопущению подобного положения, должны быть адекватны предпринимаемым попыткам воздействия на итоговое решение присяжных заседателей по результатам судебного разбирательства. Наша позиция находит понимание у 78% судей и сотрудников правоохранительных органов, которые, согласно данным опроса, также считают: если действительно установлено, что на вынесение присяжными заседателями решения оказано воздействие путем подкупа, присяжный должен быть привлечен к ответственности. Необходимость обращения к этому вопросу вытекает из имеющей место судебной практики. Один из наиболее вопиющих случаев подкупа присяжных произошел в феврале 2006

³⁴²Утегенова М. Перспективы развития судебной системы // Юрид. газета. – 2006. – 3 мая.

года в Московском городском суде. Девятью голосами против трех присяжные оправдали двух бизнесменов Игоря Поддубного и Евгения Бабкова, обвиняемых в контрабанде и хищении в 1999 году сигарет на сумму в 2 млн. долларов. Первая коллегия присяжных была распущена за день до вынесения вердикта, когда прокуратуре стало известно о неизбежности его оправдательного характера. Второй состав присяжных в феврале 2005 года оправдал бизнесменов и отправился вместе с ними отмечать исход дела в ресторан. Съёмки теплой встречи были использованы прокуратурой для отмены вердикта. Однако и третий состав присяжных встал на сторону обвиняемых.

Проблема коррупции в суде присяжных имеет место. А.А. Демичев в рамках исследования выделяет проблему «Теневое право и суд присяжных. Проблема коррупции присяжных заседателей». Автор обосновывает положение, что суд присяжных в РФ оказался своеобразным проводником такого негативного явления действительности, как «теневое право». В первую очередь таких его проявлений, как проникновение в государственное учреждение (суд) ненаказуемой ненормативной лексики, коррумпированность присяжных заседателей или вынесение последними, вердикта под давлением заинтересованной, часто криминализированной стороны, широкое использование «правовой демагогии полуправды», особенно со стороны защиты. Одной из сложных проблем, связанных с функционированием суда присяжных, является проблема коррупции присяжных заседателей и оказания на них незаконного воздействия. Для повышения эффективности деятельности суда присяжных и безопасности «общественных судей» автор предлагает принять ряд практических мер.

Во-первых, для отстранения лиц, неспособных или недостойных исполнять обязанности присяжных заседателей, комиссии по составлению списков присяжных заседателей на стадии формирования списков кандидатов целесообразно использовать инструмент, аналогичный «цензу благонадежности», существовавшему в дореволюционной России. Альтернативой цензу благонадежности может быть введение имущественного ценза, приравненного к прожиточному минимуму в соответствующем регионе.

Во-вторых, за разглашение тайны совещания присяжных, если оно повлекло тяжкие последствия для присяжного заседателя или членов его семьи, установить не административную, а уголовную ответственность.

В-третьих, в ст. 290 УК РФ включить положение о наказании присяжных заседателей за получение лично или через посредника взятки³⁴³. А.А. Клишин также считает, что существующий сегодня принцип включения в региональные списки кандидатов в присяжные «всех без разбору» не в полной мере отвечает интересам отправления судопроизводства России. Практика показывает, что в большинстве случаев такой принцип

³⁴³ Демичев А.А. Сравнительно-правовое исследование суда присяжных в России: история и современность: автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук: 12.00.01. – Нижний Новгород, 2003. – С. 49-50.

формирования кандидатов в присяжные заседатели не отвечает интересам самого общества, поскольку зачастую не отражает его социальный и демографический состав. Автор поддерживал инициативу депутата Государственной думы А.Хинштейна о формировании коллегии присяжных заседателей на принципиально иной основе. Избирать кандидатов в присяжные заседатели, из которых в дальнейшем в субъектах РФ будут составляться соответствующие, направляемые в суды для дальнейшего их отбора участниками процесса в коллегии присяжных по конкретным уголовным делам³⁴⁴.

Объективно складывающаяся ситуация вокруг суда присяжных в России и Казахстане, возникающая в результате политизации этой формы судопроизводства, требует пересмотра порядка отбора кандидатов в присяжные заседатели, в целях исключения зависимых, внешне грамотных, но в правовом отношении абсолютно не имеющих представления о праве граждан, которые в случае избрания присяжными заседателями окажутся потенциально неспособными к отправлению правосудия, и хуже того, будут представлять опасность для правосудия.

Нами уже обращалось внимание, что объективная реальность требует выработать существенные критерии отбора кандидатов в присяжные заседатели, учитывая накопившийся исторический опыт России и Казахстана. Следует рассмотреть возможность введения и у нас цензов: образовательных, служебных и имущественных³⁴⁵.

С.А. Пашин на основе критического анализа порядка формирования скамьи присяжных в России обращает внимание на другую проблему. По его мнению, механизм случайной выборки присяжных в России не действует по трем причинам. Во-первых, экономия средств, в результате чего присяжные в основном из губернского города, а фермеров присяжных мало. Автор выдвигает подозрение, что в программе кое-что подкручено, и некоторые фамилии просто купированы, они никогда не выпадают. Во-вторых, по причине большой территории государства. В Якутии невозможно сформировать суд присяжных по правилам, которые установлены законом. Поэтому там формируется суд присяжных по правилам, установленным областным судом. Например, берут сельский район, где есть хотя бы 20 присяжных, куда вылетает вертолет, и там отбирают присяжных, чтобы половина была русских, половина якутов. Третья причина заключается в оперативном сопровождении процесса специальными органами. Это ситуация, когда некоторые граждане внедряются в состав присяжных, чтобы в случае оправдательного вердикта сказать, что в составе присяжных имеется оперуполномоченный. Это будет основанием для отмены оправдательного

³⁴⁴Клишин А.А. К вопросу о судах присяжных в Российской Федерации // Законодательные основы введения института присяжных заседателей в Республике Казахстан: Сб. мат-лов междунар. науч.-практ. конф. – Астана, 2007. – С. 24.

³⁴⁵Шнарбаев Б.К. Судопроизводство с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан: монография. – Костанай: ТОО «Центр.-Азиатское кн. изд-во», 2007. – С. 126.

вердикта³⁴⁶.

С.А.Пашин на основе анализа определения Кассационной палаты Верховного суда РФ от 12 апреля 1995 г.; определения Военной коллегии Верховного суда РФ от 19 августа 2004 г.; 26 августа 2004 г.; 11 ноября 2004 г.; определения Судебной коллегии по уголовным делам Верховного суда РФ от 15 ноября 2005 г., делает вывод, что особую остроту и опасность приобрели две негативных тенденции в правовом регулировании и практике деятельности суда с участием присяжных заседателей: сокращение круга дел, подсудных этому суду; манипуляция присяжными заседателями.

Сокращение компетенции суда присяжных началось в 2008 году, когда Федеральным законом от 30 декабря 2008 года № 321-ФЗ под предлогом ограждения присяжных на Северном Кавказе от давления родственников подсудимых из ведения этого суда изъяли уголовные дела, в исходе которых заинтересованы Федеральная служба безопасности и другие силовики. В итоге дела о терроре, захвате заложников, массовых беспорядках, измене, шпионаже, мятеже, диверсиях и другие слушаются коллегией из трех судей.

Новые волны сокращения компетенции суда присяжных связаны с уменьшением круга дел, подсудных областным судам, и, соответственно, облегчением работы Верховного суда РФ, куда должны поступать жалобы на приговоры данных судов. Федеральным законом от 29 декабря 2010 года № 433 в ведение районных судов были переданы уголовные дела о преступлениях против правосудия, о транспортных преступлениях, о взятке; так обвиняемые в совершении этих деяний утратили возможность предстать перед судом присяжных, поскольку в районных судах заседают лишь единоличные судьи. Федеральный закон от 23 июля 2013 года № 217-ФЗ изъял из компетенции областных судов очередную порцию уголовных дел, в частности, дела несовершеннолетних, дела о покушении на убийство.

Органы уголовного преследования выработали тактику, позволяющую избегать направления дел в суд присяжных. Обвиняемых, заявивших соответствующие ходатайства, запугивают, уговаривают и, наконец, изменяют квалификацию инкриминированных им деяний таким образом, чтобы дело вышло из подсудности областного суда и попало в юрисдикцию нижестоящего районного суда.

Манипуляция присяжными заседателями, связана прежде всего с так называемым «оперативным сопровождением процессов» и искусственным подбором присяжных заседателей вплоть до включения в состав коллегии лиц, не фигурирующих в списках присяжных³⁴⁷.

Для исключения подобных ситуаций в части 1 статьи 10 Закона Республики Казахстан «О присяжных заседателях» предусмотрены требования, предъявляемые к кандидатам в присяжные заседатели. В пункте 1 возрастной ценз присяжных заседателей ограничен возрастом 25 лет. К

³⁴⁶Пашин С.А. Опыт работы суда присяжных в России // Юрист. – 2008. – №2. – С. 91-92.

³⁴⁷ Определение Кассационной палаты Верховного суда РФ от 12 апреля 1995 г.; определения Военной коллегии Верховного суда РФ от 19 августа 2004 г.; 26 августа 2004 г.; 11 ноября 2004 г.; определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного суда РФ от 15 ноября 2005 г.

примеру, в США, как и в большинстве стран мира, возраст присяжных составляет 18 лет, в Германии не моложе 25 лет и не старше 65 лет, во Франции от 23 лет и старше, в Австрии 25 лет, на Мальте 21 год, в Бельгии 30 лет, в Гонконге 21 год. По законодательству Российской Федерации присяжными заседателями могут быть граждане, обладающие активным избирательным правом, дееспособные, не имеющие судимости, достигшие 25-летнего возраста. Этот возраст в законодательстве РФ является универсальным и минимальным возрастом для занятия должностей судей районного и мирового звена, прокурора районного звена. Аналогичное требование по возрасту предъявляется и к арбитражным заседателям арбитражных судов³⁴⁸. Следует отметить, что Положение о выборах народных судов 1948, 1951, 1954 годов в РСФСР определяло, что народным судьей и народным заседателем мог быть избран гражданин СССР, пользующийся избирательным правом и достигший ко дню выборов 23 лет. Возрастной ценз был установлен Указом Президиума Верховного Совета СССР от 16 сентября 1948 года³⁴⁹.

Объясняется это тем, что присяжные заседатели в Казахстане приравниваются по своему статусу к постоянным судьям, возраст которых по Конституции Казахстана (ч. 3 ст. 79) определен в 25 лет. Это, наверное, и стало критерием возрастного ценза для кандидатов в присяжные заседатели по законодательству Казахстана. Между тем при смешанной форме судопроизводства с участием присяжных заседателей возраст присяжного заседателя в Казахстане можно было установить 23 года по аналогии с судом ассизов во Франции. Такое предложение вытекает из объективной численности взрослого населения Казахстана, соответствующего требованиям, указанным в статье 10 Закона Республики Казахстан «О присяжных заседателях». Полагаем, что проблему привлечения необходимого количества кандидатов в присяжные заседатели можно снять путем снижения возрастного ценза до 23-х лет.

Жизнедеятельность суда с участием присяжных заседателей во многом зависит не только от правильной организации его деятельности, но и, конечно, от отношения к нему населения, которое является основным звеном, обеспечивающим продуктивную работу новой формы судопроизводства. От явки населения для исполнения своего конституционного права быть присяжным заседателем зависит главное – состоится или нет судебное разбирательство.

Проведенный мониторинг судопроизводства с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан в 2007 году показал, что проблемы с явкой кандидатов в присяжные заседатели в Казахстане аналогичны тем, что имеют место в Российской Федерации. В Атырауском областном суде по делу подсудимого Ж. для участия в отборе из 150 вызванных кандидатов в

³⁴⁸Об арбитражных заседателях арбитражных судов субъектов Российской Федерации: Федеральный закон от 30 мая 2001 года №70-ФЗ. – Москва. 2001 г. – Ст. 2.

³⁴⁹Кожевников М.В. История Советского суда 1917-1956. – М., 1957. – С. 357.

присяжные явилось 34, в том же суде по делу К., М., К., И. явилось 25 кандидатов из 150. По делу А.А., А.Ж. и К.М. в Алматинский городской суд из 90 вызванных кандидатов явилось 28. В Мангистауском областном суде по делу К., Л., Г. для участия в отборе из 61 вызванного явился 31 человек. В суд г. Астаны по делу А. из 60 приглашенных явилось 35 человек. В Северо-Казахстанский областной суд по делу С. и М. для участия в отборе из 70 приглашенных явилось 42 человека. По делу Д. из 45 кандидатов, вызванных в Восточно-Казахстанский областной суд, явилось 35 человек. В Северо-Казахстанском областном суде по делу С. из 40 вызванных явилось 37 человек. В ходе мониторинга было зафиксировано три случая, когда в суд для участия в отборе кандидатов в присяжные заседатели прибыло менее 25 человек. 8 августа 2007 года в Алматинском областном суде не состоялся отбор кандидатов по делу С. и Б., т.к. явилось только 17 вызванных граждан. 6 ноября 2007 года для участия в отборе кандидатов в присяжные заседатели по делу Ю., Х. и Д. в Жамбылский областной суд явилось только 11 граждан. 10 мая 2007 года в Атырауском областном суде по делу Ж. для участия в отборе явилось 11 кандидатов. Допускаются ошибки секретарями судов при заполнении билетов на кандидатов, которые опускаются в урну, в результате чего при наличии требуемого количества кандидатов не могут быть сформированы коллегии присяжных заседателей³⁵⁰.

Во многих научных работах часто акцентируется внимание на плохой явке кандидатов в присяжные заседатели, но очень редко о том, какие мероприятия проводятся для того, чтобы обеспечить явку. Следует обратиться к историческому опыту и посмотреть, как эти вопросы решались в XIX веке, при отсутствии технических средств и компьютерных программ. Например, Судебный Устав 1864 года детализировал процедуру извещения и обеспечения кандидата в присяжные заседатели в судебное заседание. Избранные по жребию заседатели извещались о том повестками. В повестке указывалось, «кто вызывается в суд, когда и куда он должен явиться, для чего вызывается и какому он подлежит взысканию в случае неявки. Повестка составлялась в двух экземплярах – один давался в руки вызываемому с указанием времени выдачи, на другом ставилась подпись получателя. Отказаться от получения повестки было достаточно сложно – при попытке отказа от нее вызывались два свидетеля, и вместо подписи получателя на обороте указывались причины, почему повестка не выдана на руки; неграмотному содержание повестки объявлялось при двух свидетелях; при отсутствии требуемого лица по месту жительства повестка вручалась под расписку либо родственникам, либо дворнику, либо местному полицейскому служителю или сельскому начальнику. В этих случаях один экземпляр повестки прибывался в городе к дому полицейского управления, а в деревне – к дому сельского старосты. Таким образом, процедура вручения повестки была достаточно продумана и способствовала, при надлежащем ее

³⁵⁰Отчет по результатам мониторинга судопроизводства с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан в 2007 г. БДИПЧ ОБСЕ. – Алматы, 2008. – С. 29-30.

исполнении, высокому проценту явки заседателей в суд³⁵¹.

Устав уголовного судопроизводства предусматривал законные причины неявки или увольнения от участия в суде (ст. 388, 650): 1) командировки или особенные поручения по службе; 2) несвоевременное получение повестки (позже, чем за неделю до открытия заседания); 3) внезапное разорение или ситуация, когда отсутствие хозяина может привести к неизбежному разорению; 4) необходимость присутствовать в качестве гласных в губернских или уездных дворянских собраниях во время их заседаний; 5) лишение свободы; 6) прекращение сообщений во время эпидемий, нашествия неприятеля, сильных паводков и т.п.; 7) тяжелая болезнь; 8) смерть родственников или их тяжелая болезнь, грозящая смертью³⁵².

За неявку в суд без уважительных причин (ст. 651) присяжный заседатель мог быть подвергнут штрафу от 10 до 100 руб. в первый раз и от 20 до 200 руб. – во второй³⁵³. По мнению М.В. Немытиной, размер штрафа (верхняя граница) был довольно значителен и являлся сопоставимым с требованиями имущественного ценза – получение жалования или дохода от занятия, капитала, промысла в губернских и уездных городах не менее 200 руб. в год³⁵⁴. При наличии такого комплекса обеспечительных мероприятий по деятельности суда присяжных в нашем современном законодательстве можно вести речь об ответственности за явку присяжных заседателей, да и не только их. Проблема имеет место вообще в рамках судебной системы, и к сожалению, она не имеет разрешения в силу несовершенства или ограниченности отдельных норм уголовно-процессуального законодательства, в отличие от дореволюционного законодательства, которое детально регламентировало все обстоятельства.

Даже не в рамках суда с участием присяжных заседателей, а в случае единоличного рассмотрения дел судьи обращают внимание на проблемы явки в суд. Анализ судебной практики свидетельствует о том, что не каждое главное судебное разбирательство удается начать и закончить в день его назначения. Имеют место случаи неявки подсудимых, потерпевших, свидетелей ввиду невозможности вручения им либо совершеннолетним членам семьи под расписку повестки о вызове в судебное заседание. Имеют место случаи, когда указанные лица выезжают за пределы места проживания, умышленно не открывают дверь судебным курьерам с целью уклонения от явки в суд, изменяют место жительства либо вообще не проживают по адресу, указанному в обвинительных заключениях. Порядок вызова указанных лиц по уголовным делам по правилам ст. 208 УПК РК осуществляется повесткой, которая вручается им под расписку, а в случае их отсутствия – кому-нибудь из совершеннолетних членов семьи, соседей,

³⁵¹Устав уголовного судопроизводства 1864 года., СПб. – Ст. 550., Фармаковский В. Книжка для присяжных заседателей о суде присяжных. 2-е изд. – Вятка, 1876. – С. 15-16., Воронин А.В. Реализация института присяжных заседателей в России: 1864 -1917 гг.: дис. канд. юрид. наук: 12.00.01. – Саратов, 2004. – С. 64-67.

³⁵²Устав уголовного судопроизводства 1864 года., СПб. – Ст. 550.

³⁵³Устав уголовного судопроизводства 1864 года., СПб. – Ст. 550.

³⁵⁴Немытина М.В. Российский суд присяжных. – М., 1995. – С. 29.

представителей местного исполнительного органа или через администрацию их места работы или учебы. В случае невозможности вручения повестки судебные курьеры либо приставы составляют рапорт по данному случаю с указанием о данном факте. Практически ни один из способов уведомления (за исключением случая, когда повестка вручается непосредственно вызываемому лицу) не отвечает той процессуальной «нагрузке», которую на них возложил УПК и ГПК РК. Это обусловлено тем, что проблема надлежащего уведомления двуедина, она содержит в себе две взаимосвязанные и в то же время обособленные задачи. Во-первых, необходимо, чтобы лицо было действительно уведомлено непосредственно и лично, т.е. уведомление состоялось, а во-вторых, чтобы орган, ведущий уголовный процесс, имел возможность документально и процессуально законно зафиксировать данный факт (вне зависимости от результата)³⁵⁵.

Можно констатировать, что складывающаяся ситуация с обеспечением участия граждан при отправлении правосудия возникла не в результате одномоментного ввода института суда с участием присяжных заседателей в Казахстане и нетрадиционности его для нас, а впоследствии разрушительного воздействия на правосознание граждан.

Поэтому, несмотря на законодательную регламентацию деятельности судов с участием присяжных заседателей, остаются спорные моменты, требующие дополнительного теоретического обоснования. В частности, это вопрос о количественном составе присяжных заседателей. В этой связи требует проработки мнение, что учитывая малочисленность некоторых областей республики, предлагаемое число присяжных является слишком высоким, (9 присяжных заседателей) так как это может вызвать трудности при их отборе. Присяжный может участвовать в уголовном судопроизводстве не более одного раза в год. При этом уменьшение их числа, к примеру, до 5-7 человек, не повлияет на полноту судебного процесса и объективность принимаемых решений³⁵⁶.

При определении количества присяжных при рассмотрении дел в суде присяжных заседателей был учтен опыт немецких присяжных (шеффенов), которые состоят в настоящее время из трех судей-профессионалов и двух судей-непрофессионалов, и прошлый опыт судебной системы Казахстана, когда при рассмотрении преступлений, за совершение которых были предусмотрены смертная казнь либо лишение свободы на срок свыше 10 лет, допускалось участие народных заседателей до 4 человек. Не последнюю роль имело значение качественного подбора кандидатов в присяжные заседатели и организация их деятельности, вплоть до вызова в судебное заседание. Был учтен опыт Российской Федерации по поэтапному вводу суда присяжных в

³⁵⁵Аширбеков А.И., Сыздыков Б.К. Особенности уголовного судопроизводства // Современные проблемы и тенденции развития уголовного права, криминологии и уголовно-исполнительного права Республики Казахстан: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. В 2-х т. – Караганда: КарЮИ МВД РК им. Б.Бейсенова, 2009. – Т. 1. – С. 77.

³⁵⁶Бахтыбаев И.Ж. Роль суда присяжных в Республике Казахстан в усилении принципа состязательности в уголовном процессе // Судопроизводство с участием присяжных заседателей и перспективы его введения в Республике Казахстан: мат-лы круглого стола. – Алматы, 2005. – С. 41.

регионах, временной отрезок которого составил более десяти лет.

В настоящее время суд с участием присяжных заседателей состоит из одного профессионального судьи, десяти основных и двух запасных присяжных заседателей. Возникает вопрос, почему в состав суда входят десять присяжных заседателей, а не двенадцать, как это предполагалось ранее? Ведь очевидно: чем больше присяжных, тем больше их решение по конкретному уголовному делу будет вызывать доверие. Если количество присяжных уменьшить, например, до восьми, уровень доверия к судебному решению будет значительно ниже, что может дискредитировать саму идею суда с участием присяжных заседателей. Но если следовать этой логике, то при увеличении количества присяжных, скажем, до 40 человек, уровень доверия к истинности и справедливости судебного решения будет абсолютен³⁵⁷. С другой стороны, «с увеличением группы, ее эффективность возрастает, но лишь до соответствующего уровня: при достижении некоторого «критического значения», величина группы перестает влиять на эффективность ее деятельности, а затем – при большем увеличении – эффективность снижается. Слишком большая численность группы приводит к тому, что люди начинают мешать друг другу»³⁵⁸.

Представляется, что ответ на вопрос находится в другой плоскости и может быть дан, если использовать положения теории вероятности к закону больших чисел. Между тем, если в отношении участия 12 присяжных заседателей имеются хоть какие-либо аргументы, то в отношении 9 присяжных каких-либо исследований не проводилось. М.Ч. Когамов отмечает: чаще всего респонденты считают, что так сложилось исторически либо потому что суд апостолов тоже состоял из 12 человек³⁵⁹. Современные социально-психологические исследования также свидетельствуют о том, что оптимальным количественным составом коллегии присяжных заседателей для выработки качественного согласованного коллективного решения по вопросам о виновности является тот, который сложился исторически – 12 присяжных заседателей, поскольку при таком количестве формируются наиболее благоприятные для этого социально-психологические условия: нейтрализуется или уменьшается влияние отрицательных социально-психологических факторов групповой деятельности (конформизм, внушаемость, негативизм); активизируется влияние положительных социально-психологических факторов групповой деятельности (значительно уменьшается влияние некоторых предубеждений присяжных, их внимание переключается с собственных предубеждений на обстоятельства дела; группа припоминает информацию о судебном процессе лучше, чем индивиды, присяжные наиболее активно обмениваются информацией, тем самым углубляя друг у друга понимание проблемы)³⁶⁰. Аналогичное мнение

³⁵⁷Шедин Г. Справедливость, доверие и компетентность: интервью М.Ч. Когамова // Каз. правда. – 2005. – 19 января.

³⁵⁸Гибш Г., Форверг М. Введение в марксистскую социальную психологию. – М., 1972. – С. 292.

³⁵⁹Когамов М.Ч. Суд присяжных: оптимальное решение // Каз. правда. – 2005. – 4 ноября.

³⁶⁰Майерс Д. Социальная психология. – СПб., 1997. – С. 427.

высказывает Л.М. Карнозова, которая считает, что группа из 12 человек более репрезентативно представляет общество. По данным ее социально-психологических исследований, в такой группе в большей степени представлены разные мнения, чем в группе из 5-6 человек, вероятнее появление двух полюсов лидерства. Небольшие по размеру коллегии чаще склонны к обвинению, что объясняется тем, что там меньше вероятность появления позиции меньшинства³⁶¹. Если обратиться к истории суда присяжных, то французский математик XIX века Буассоме в своей работе «О вероятности ошибок в судебных вердиктах» подсчитал, что при единогласном голосовании 12 присяжных заседателей один невиновный приходился бы только на 167 миллионов осужденных³⁶².

Таким образом, большинство склоняется к числу 12. Почему казахстанский законодатель определил 9, а затем уже 10 присяжных заседателей – остается загадкой, если, конечно, не связывать это с так называемой «процессуальной экономией». С другой стороны, процедура принятия решений смешанной коллегией судей даже с увеличенным числом заседателей, на наш взгляд, не повлияет на предрешенность итогового решения, т.к. оно независимо от числа заседателей, будет полностью отражать индивидуальное мнение председательствующего судьи-профессионала. Превалирующее большинство опрошенных нами судей и сотрудников правоохранительных органов, а также кандидатов в присяжные заседатели также придерживаются мнения, что количество присяжных заседателей не влияет на полноту судебного процесса и объективность принимаемого решения.

Председатель коллегии земельного суда Германии, судья ООН в отставке Инго Риш пишет, что практика покажет, оправдает ли себя такое большое количество присяжных заседателей и неизбежно связанная с этим громоздкость большого состава суда в Казахстане. Раньше в Германии тоже считали, что только большое количество присяжных заседателей может соответствовать особому значению дел, рассматриваемых таким судом, и что большой состав суда может привести к сокращению источников ошибок. Понятно, что солидное количество судей впечатляет и – вольно или невольно – вызывает эффект устрашения, однако и ставит вопрос о практичности и эффективности³⁶³. Автор предполагает, что при установлении количества присяжных заседателей казахстанский законодатель руководствовался, вероятно, тем соображением, что только коллегия судей-непрофессионалов, значительно превосходящая по численности судей-профессионалов, может отстаивать свою позицию в споре с юристами.

В то же время, роль заседателей нивелируется, если они не чувствуют

³⁶¹Карнозова Л.М. Психолого-правовые проблемы суда присяжных // Проблемы обеспечения прав участников процесса по новому Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации: мат-лы межрег. науч.-практ. конф. 18-19 декабря 2002. – Самара, 2003. – С. 69.

³⁶²Петрухин И.Л. Правосудие: время реформ. – М., 1991. – С. 24.

³⁶³Инго Риш. Участие присяжных заседателей в уголовном судопроизводстве Казахстана // Законодательные основы введения института присяжных заседателей в Республике Казахстан: Сб. мат-лов междунар. науч.-практ. конф. – Астана, 2007. – С. 125.

ответственности за столь важную для общества и государства деятельность, как отправление правосудия³⁶⁴.

Часть 5 статьи 647 УПК РК предусматривает определенные гарантии правосудия, предусматривающие наступление ответственности, установленной законом Республики Казахстан, а также возможность отстранения присяжного заседателя председательствующим от дальнейшего участия в рассмотрении дела в случаях невыполнения присяжным заседателем обязанностей, а также несоблюдения ограничений, предусмотренных указанной нормой закона. Однако надо признать, что граждане неохотно стремятся к исполнению своего долга. В этом случае законодатель вынужден принимать административные меры для обеспечения работы государственного органа. В этих целях законодатель предусмотрел новации в законодательстве, ранее не применявшиеся в судебной практике. Их сущность состояла в принятии Закона РК от 16 января 2006 года «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13.07.1999 года (с последующими изменениями) и в Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях от 30 января 2001 года (с последующими изменениями) – в связи с введением суда с участием присяжных заседателей».

С учетом своеобразия, регулируемых правовых отношений в сфере организации судопроизводства с участием присяжных заседателей, одной из дополнительных гарантий обеспечения принципа участия народа в отправлении правосудия является введение в ГПК РК отдельной самостоятельной главы 25-1, которая регулирует производство по заявлениям об оспаривании решений, действий (бездействия) местных исполнительных органов, нарушающих права граждан на участие в уголовном судопроизводстве в качестве присяжного заседателя. В соответствии с Законом РК «О присяжных заседателях» от 16.01.2006 года, в статьях 7 ч. 1 п. 2 и ст. 12 предусмотрено обжалование решений местных исполнительных органов по не включению, незаконному включению или исключению из списков кандидатов в присяжные заседатели. Данная законодательная норма находит практическую реализацию в указанных изменениях, внесенных в ГПК РК. В частности, согласно статье 274-1 ГПК РК, регулирующей порядок подачи заявления в суд, гражданин, считающий, что решением, действием (бездействием) местного исполнительного органа нарушается право гражданина на участие в процедуре отбора для участия в уголовном судопроизводстве в качестве присяжного заседателя, вправе обратиться с заявлением в суд по подсудности, установленной главой 3 настоящего Кодекса. Заявление может быть подано в суд в течение семидневного срока с момента окончания срока ознакомления граждан в соответствии с законодательством Республики Казахстан о присяжных заседателях с предварительными списками кандидатов в присяжные заседатели.

³⁶⁴Радутная Н.В. Зачем нам нужен суд присяжных. – М.: Российская Правовая Академия, 1994. – С. 34-35.

Статьей 274-2 ГПК РК регулируется порядок и сроки рассмотрения таких заявлений граждан. Согласно п. 1 указанной статьи ГПК, заявление, поступившее в сроки, установленные статьей 274-1 настоящего Кодекса, должно быть рассмотрено в двухдневный срок, а поступившее в день окончания этого срока, – немедленно. Согласно п. 2 ст. 274-1 ГПК РК, заявление рассматривается судом с участием заявителя, представителя соответствующего местного исполнительного органа. Неявка в суд указанных лиц, надлежащим образом извещенных о времени и месте судебного заседания, не является препятствием для рассмотрения и разрешения дела. Помимо этого, в соответствии со статьей 274-3 ГПК РК, решение суда, которым установлено нарушение права гражданина на участие в процедуре отбора для участия в уголовном судопроизводстве в качестве присяжного заседателя, является основанием для внесения исправлений в предварительные списки кандидатов в присяжные заседатели. Решение суда направляется в соответствующий местный исполнительный орган. Должностные лица, виновные в неисполнении решения суда, несут ответственность, установленную законом.

С вышеуказанными изменениями в ГПК, корреспондировались внесенные тем же Законом Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам введения уголовного судопроизводства с участием присяжных заседателей» от 16 января 2006 года изменения, дополнения в кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях от 30.01.2001 года, дополненный статьями 514-1, 514-2, 514-3, 514-4, действие которых распространяется на вышеуказанные правоотношения, регулируемые ГПК РК, так и на порядок рассмотрения уголовных дел с участием присяжных заседателей, предусмотренный разделом 13 УПК РК.

Статья 514-1. Неявка в суд для исполнения обязанностей присяжного заседателя. Неявка гражданина без уважительной причины по вызову в суд для исполнения обязанностей присяжного заседателя – влечет предупреждение или штраф на граждан в размере до десяти месячных расчетных показателей. Статья 514-2. Непредоставление информации для составления списков присяжных заседателей. Непредоставление информации, необходимой местным исполнительным органам для составления списков присяжных заседателей, а равно предоставление неверной информации – влекут предупреждение или штраф на физических лиц в размере до десяти месячных расчетных показателей, на должностных лиц в размере от десяти до пятнадцати месячных расчетных показателей. Статья 514-3. Препятствование гражданину исполнять обязанности присяжного заседателя. Препятствование должностным лицом гражданину исполнять обязанности присяжного заседателя – влечет предупреждение или штраф на должностных лиц в размере от двадцати до тридцати месячных расчетных показателей.

В Кодексе Республики Казахстан об административных правонарушениях (с изменениями и дополнениями по состоянию на

02.08.2015 г.) указанные меры регламентированы следующими нормами: статья 655. Неявка в суд для исполнения обязанностей присяжного заседателя; статья 656. Непредоставление информации для составления списков кандидатов в присяжные заседатели.

В иных случаях, согласно ст. 17 ч. 3 Закона РК «О присяжных заседателях», орган, ведущий уголовный процесс, обязан принять меры по обеспечению безопасности присяжных заседателей, членов его семьи, сохранности принадлежащего ему имущества, если от присяжного заседателя, исполняющего обязанности в суде, поступит соответствующее заявление, а также в случаях, когда будут обнаружены другие свидетельства угрозы безопасности указанных лиц или сохранности их имущества.

Статьей 514-4 КРКАП была предусмотрена административная ответственность присяжных заседателей за несоблюдение ограничений в действиях присяжного заседателя, связанных с рассмотрением дела в судебном разбирательстве, которая гласит:

1. Несоблюдение ограничений в действиях присяжного заседателя, связанных с рассмотрением дела в судебном разбирательстве, установленных законами Республики Казахстан, – влечет штраф на граждан в размере до двадцати месячных расчетных показателей.

2. Те же действия, повлекшие отстранение присяжного заседателя от дальнейшего участия в рассмотрении дела, – влекут штраф на граждан в размере до двухсот месячных расчетных показателей.

В Кодексе Республики Казахстан об административных правонарушениях (с изменениями и дополнениями по состоянию на 02.08.2015 г.) указанные меры регламентированы ст. 657. Невыполнение присяжным заседателем обязанностей, а также несоблюдение ограничений, связанных с рассмотрением дела в судебном разбирательстве.

Часть первая статьи 636 КРК об АП, регламентирующая категории должностных лиц, имеющих право составлять протоколы об административных правонарушениях, была дополнена законодателем пунктом 4) следующего содержания: «4) должностные лица, уполномоченные акимами областей (города республиканского значения, столицы) (статья 514-2)», то есть предусматривается обязанность акимов областей (городов республиканского значения, столицы) назначать должностных лиц, ответственных за организацию работы по формированию списков присяжных заседателей, в обязанности которых будет вменена и узко специальная функция исключительно по составлению протоколов об административных правонарушениях, предусмотренных ст. 514-2 КРКАП по фактам непредоставления информации, необходимой местным исполнительным органам для составления списков присяжных заседателей, а равно предоставление неверной информации.

В Кодексе Республики Казахстан об административных правонарушениях (с изменениями и дополнениями по состоянию на 02.08.2015 г.) указанные меры регламентированы положениями статьи 804. «Должностные лица, имеющие право составлять протоколы об административных

правонарушениях», где пункт 58) гласит «уполномоченные акимами областей (города республиканского значения, столицы)».

Внесенные в КРКАП статьи логически вытекали из положений Закона Республики Казахстан «О присяжных заседателях». Так, статья 11, регламентирующая «Права и обязанности граждан» предусматривает: в части третьей, что «Граждане обязаны предоставлять местным исполнительным органам по их запросу информацию, необходимую для составления списков кандидатов в присяжные заседатели», в части 4 «За непредоставление информации, необходимой для составления списков кандидатов в присяжные заседатели, а также за предоставление неверной информации граждане несут ответственность, установленную законом Республики Казахстан», в части 5 «Граждане, получившие извещение о месте и времени начала судебного заседания, обязаны явиться в суд для участия в процедуре отбора присяжных заседателей. Неявка гражданина без уважительных причин влечет ответственность, установленную законом Республики Казахстан». Статья 18 предусматривает ответственность лиц, препятствующих присяжному заседателю в исполнении его обязанностей.

Внесение дополнительных статей 514-1; 514-2 в Кодекс РК об административных правонарушениях являлся обоснованным. Законодательные санкции указанных норм ограничены административным взысканием в виде штрафа, как в ранее действовавшем, так и в новом КРКоАП. Следует согласиться с такой конструкцией статей, так как первоначальный вариант законопроекта о внесении дополнений и изменений в кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях предусматривал применение административной меры к кандидату в присяжные заседатели в виде предупреждения и привода.

Надо согласиться с мнением о целесообразности привлечения лица к участию в качестве присяжного заседателя, если он был подвергнут приводу. Можно ли рассчитывать на его активное и добросовестное участие в процессе, в таком случае? Наверное, нет. Но поскольку по вине присяжного заседателя в таких случаях государство несет дополнительные материальные затраты, связанные с формированием списка присяжных заседателей, откладыванием слушания дела в суде с вытекающими последствиями, административная ответственность присяжного, безусловно, не должна исключаться³⁶⁵.

Например, в кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрены аналогичные меры, направленные на обеспечение явки кандидатов в присяжные заседатели. Статья 17.6. «Непредставление информации для составления списков присяжных заседателей». Непредставление информации, необходимой районной, городской, краевой или областной администрации для составления списков присяжных заседателей, а равно представление заведомо неверной

³⁶⁵Сулейменова Г.Ж. Казахстанский суд с участием присяжных заседателей // Юрист. – 2005. – №2. – С. 25.

информации лицом, на которое возложена обязанность представлять такую информацию. Статья 17.5. «Воспрепятствование явке в суд народного или присяжного заседателя». Воспрепятствование работодателем или лицом, его представляющим, явке в суд народного или присяжного заседателя для участия в судебном разбирательстве.

В статье 11 части 5 Закона Республики Казахстан «О присяжных заседателях» говорится, что «Граждане, получившие извещение о месте и времени начала судебного заседания, обязаны явиться в суд для участия в процедуре отбора присяжных заседателей. Неявка гражданина без уважительных причин влечет ответственность, установленную законом Республики Казахстан». К сожалению, в законе не оговорено, является ли участие в судебном разбирательстве в качестве присяжного заседателя правом или обязанностью гражданина. Из этого и вытекают вопросы и проблемы, связанные с явкой и проведением судебных разбирательств. Более правильно этот вопрос разрешен российским законодателем. Быть присяжным в Российской Федерации – одновременно и право и гражданский долг. Федеральный закон «О присяжных заседателях Федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации» от 30 августа 2004 года в части 2 статьи 2 «Участие граждан Российской Федерации в осуществлении правосудия в качестве присяжных заседателей» предусматривает: «участие в осуществлении правосудия в качестве присяжных заседателей граждан, включенных в списки кандидатов в присяжные заседатели, является их гражданским долгом». Законодатель может ужесточить административную ответственность за отказ, уклонение и неявку в судебное заседание кандидатов в присяжные заседатели путем внесения дополнительных норм в Уголовный кодекс и Кодекс об административных правонарушениях, путем введения ответственности за повторное или злостное невыполнение обязанностей присяжного заседателя, но это возможно, если гражданин будет знать, о том, что он включен в списки кандидатов в присяжные заседатели, не имеет ограничений для этого и, более того, желает ли он участвовать в этом.

Полагаем, что для восполнения пробелов в вопросах обеспечения участия граждан в качестве присяжных заседателей нужно использовать исторический опыт Российской империи. Так, законом от 12 июня 1884 года число граждан, вносимых в очередные списки присяжных, ставилось в зависимость от количества сессий, назначаемых на год в каждом уезде, что ощутимо сократило количество очередных заседателей; было ужесточено наказание за многократное игнорирование исполнения обязанностей заседателя со стороны состоятельных граждан: за неявку в суд в третий раз, кроме уплаты штрафа, правонарушитель лишался права избирать и быть избранным на должности, требующие общественного доверия, – это привело к тому, что явка присяжных в суд (например, в Нижегородском окружном суде) в 1890-е годы была настолько высокой, что часто не возникало

потребности в запасных заседателях³⁶⁶.

Следует согласиться и с мнением В.П. Лукина, что «законодательное урегулирование проблем, связанных с вызовом в судебное заседание лиц, которые по причинам объективного или субъективного характера не могут или не хотят участвовать в рассмотрении уголовного дела в качестве присяжных заседателей, позволит упростить формирование коллегии присяжных заседателей во время судебного заседания, а также позволит существенно сократить бюджетные расходы»³⁶⁷. Для решения указанных задач, по его мнению, представляется необходимым создание специальных органов – Комиссий по составлению списков присяжных заседателей в каждом субъекте Федерации, тем более что в государстве накоплен исторический опыт их работы. Может быть полезна и практика зарубежных стран, в частности Канады (провинция Онтарио). В обязанности действующего в этой провинции Комитета по составлению списков присяжных заседателей входит: компьютерный отбор присяжных заседателей; вручение им повесток с указанием примерного срока вызова; направление им анкет; обработка информации и передача ее суду.

В своей работе по обеспечению явки присяжных заседателей указанный провинциальный Комитет использует помощь шерифов. Суд проводит отбор присяжных заседателей только для конкретных дел в ходе предварительного слушания. Ответственность за составление списков присяжных заседателей, проверка на соответствие кандидатов в присяжные закону и личному статусу, регулярное внесение в списки соответствующих изменений, опубликование списков присяжных заседателей, рассмотрение заявлений о недостоверной информации, имеющейся в списках, контроль за явкой присяжных заседателей в суд, установление причин неявки присяжных заседателей, подготовка соответствующих материалов об ответственности виновных за неявку присяжного заседателя ложится на указанный Комитет. Работа подобных комитетов (комиссий) имеет большое значение, поскольку благодаря ей суды освобождаются от несвойственных функций: фактической проверки списков присяжных и розыска лиц, включенных в них³⁶⁸.

В этих же целях, как своеобразная гарантия обеспечения указанных выше принципов при вынесении вердикта, закон предусматривает процедуру принятия присяги присяжными заседателями следующего содержания: «Приступая к исполнению обязанностей присяжного заседателя, торжественно клянусь исполнять свои обязанности честно и беспристрастно, принимать во внимание все рассмотренные в суде доказательства, доводы,

³⁶⁶ Демичев А.А. Периодизация истории суда присяжных в России // Журнал российского права. – 2001. – №7 (июль). – С. 16.

³⁶⁷ Лукин В.П. Проблемы совершенствования деятельности суда присяжных в современной России: Специальный доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации. – М.: ИД «Юриспруденция», 2004. – С. 28.

³⁶⁸ Лукин В.П. Проблемы совершенствования деятельности суда присяжных в современной России: Специальный доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации. – М.: ИД «Юриспруденция», 2004. – С. 25-26.

обстоятельства дела, разрешать дело по своему внутреннему убеждению и совести, как подобает свободному гражданину и справедливому человеку». В основе присяги присяжного заседателя лежит текст присяги лица, впервые избранного или назначенного на должность судьи, который изложен в статье 32 «Присяга судьи» Конституционного закона РК от 25 декабря 2005 года «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» следующего содержания: «Торжественно клянусь честно и добросовестно исполнять свои обязанности, осуществлять правосудие, подчиняясь только Конституции и законам Республики Казахстан, быть беспристрастным и справедливым, как велит мне долг судьи». Присяга присяжного заседателя требует дополнения следующими словами: «В случае нарушения данной мною присяги буду нести ответственность по законам Республики Казахстан». Это будет способствовать осознанию ответственности гражданами выполняемой миссии. Данное дополнение вытекает из статуса присяжного заседателя. Согласно части 2 статьи 3 Закона Республики Казахстан «О присяжных заседателях» «Присяжный заседатель наделен полномочиями по участию в осуществлении правосудия по уголовному делу в порядке, установленном Уголовно-процессуальным кодексом РК». Статья 17 Закона РК предусматривает гарантии независимости присяжного заседателя, а часть 1 конкретизирует, что «на присяжного заседателя в период осуществления им обязанностей в суде распространяются гарантии независимости судей, установленные законами, что сравнимо с обладанием привилегиями и иммунитетом от уголовного преследования». Следовательно, ответственность присяжных заседателей должна быть соответствующей их статусу. Текст присяги должен индивидуально читаться вслух каждым присяжным заседателем, а не зачитываться председательствующим. Надо признать, что текст присяги присяжного заседателя в Законе Республики Казахстан носит официальный и сухой характер, используются отработанные обороты, например, «торжественно клянусь».

Между тем текст присяги не отражает национальной самобытности Казахстана. В этом случае можно было взять элементы присяги из Судебника кипчаков XVI века «Төре – бітігі». Свидетели, так и обвиняемые в доказательство своих слов давали клятву, которая называлась аңт ішу (буквальный перевод – пить клятву). Человеку, который давал клятву в том, что он будет говорить чистую, как вода, правду, наливалась на ладонь вода, которую он выпивал. Приводящий кого-нибудь к присяге по суду трижды наполняет его руки чистой водой. Таким образом, ни поведение төрелер – судей, ни их отношение к участникам процесса не должно вызывать подозрения в предвзятости³⁶⁹. Обратите внимание, как процедура принесения клятвы в «Төре-бітігі» – Судебнике XVI-го века кипчаков напоминает более позднюю процедуру принесения присяги - клятвы в Уставе уголовного судопроизводства 1864 года.

³⁶⁹Шимырбаева Г. Судья не должен судить один...: интервью с Сапарғалиевым Г.С. // Каз. правда. – 2004. – 15 мая.

Существует богатая мировая история происхождения присяги, клятвы в суде присяжных, которая отражает национальный колорит существующих форм и моделей судопроизводства с участием присяжных, который, к сожалению, не был использован при написании текста присяги в казахстанском законодательстве.

Н. Ковалев в своем исследовании приводит тексты присяги, существующие в законодательстве зарубежных государств. В англо-американском институте жюри, слово «жюри» (jury), означает коллегия присяжных заседателей, латинского происхождения от слова jurare – «приносить присягу, клясться». Наличие латинских слов в юридическом английском неудивительно, так как это является результатом нормандского влияния. Во Франции в уголовном процессе приносят присягу присяжные заседатели, свидетели, переводчики, народные заседатели, а также мировые судьи в странах общего права. Практика приведения к присяге свидетелей основана на концепции *judicium dei* «божьего суда» и была закреплена в римской юриспруденции в четвертом веке нашей эры, когда император Константин, веруя в то, что он следует христианской практике, потребовал, чтобы свидетельские показания давались под присягой. Позднее это положение было инкорпорировано в кодексе Юстиниана и впоследствии перенесено во все европейские правовые системы.

Мировые судьи в Англии, которые не являются юристами-профессионалами, перед тем как приступить к своим обязанностям, приносят следующую присягу: «Клянусь Всемогущим Господом, что буду по добру и справедливости служить нашей госпоже Королеве Елизавете Второй в качестве мирового судьи и буду поступать справедливо по отношению ко всем людям в соответствии с законами и обычаями этого государства без страха и предпочтения, привязанности или враждебности».

Немецкие шеффены дают клятву следующего содержания: «Я клянусь исполнять обязанности почетного судьи в соответствии с Конституцией и законами ФРГ, осуществлять правосудие по своему знанию и вере, не проводя различий между людьми, и служить только правде и правосудию. Да поможет мне Бог».

Текст клятвы присяжного в Англии гласит: «Клянусь Всемогущим Господом (в исламском варианте – Аллахом), что буду судить подсудимого по справедливости и вынесу справедливый вердикт в соответствии с доказательствами». Аналогичный текст присяги можно встретить в США, Канаде, Австралии, Норвегии и других странах. В штате Индиана председательствующий приводит присяжных заседателей к присяге, спрашивая их: «Клянется или обещает ли каждый из вас то, что по справедливости рассудит спор между сторонами и вынесет правдивый вердикт в соответствии с законом и доказательствами?». На что присяжные должны дать согласие. Подобный вопрос задается присяжным заседателям в штате Северная Дакота: «Клянётесь ли вы в том, что рассмотрите все доказательства, представленные в данном процессе, будете следовать напутственному слову судьи, совещаться честно и беспристрастно и

вынесете справедливый вердикт?»).

Во Франции, текст присяги зачитывается председательствующим судьей: «Вы клянетесь и обещаете исследовать с самым пристальным вниманием обвинение, предъявленное (имя и фамилия подсудимого); не предавать ни интересов подсудимого, ни интересов общества, обвиняющего его, ни интересов потерпевшего; воздержаться от общения с кем бы то ни было до тех пор, пока не примете решения; не руководствоваться ни ненавистью, ни злобой, ни страхом, ни привязанностью; помнить о том, что подсудимый считается невиновным, и что сомнения в его виновности толкуются в его пользу; решить на основе обвинения и аргументов защиты, следуя велению своей совести и внутреннему убеждению, с объективностью и твердостью, подобающими чести свободного человека, а также хранить тайну совещания даже после окончания вашей службы». Затем каждый присяжный поднимает руку и говорит фразу: «Клянусь в этом»³⁷⁰.

В Австрийской Республике текст присяги шеффенов, который произносится председательствующим, гласит: «Дайте присягу и обещание перед Богом самым добросовестным образом исследовать и проверить доказательства, которые выдвинуты «за» и «против» подсудимого, не оставлять без обдумывания ничего, что может послужить на пользу или во вред подсудимому; точно соблюдать закон, авторитету которого вы служите; не вести разговоров о вашем решении ни с кем, кроме членов суд; отдать свой голос не по симпатии или антипатии, страха или в назидание, но с беспристрастностью и твердостью только после сопоставления доказательственных средств, исследованных в судебном заседании, «за» и «против» подсудимого, и вынести такое решение в отношении подсудимого на основе вашего глубокого убеждения, как подсказывает вам Бог и Ваша Совесть». После этого председательствующий вызывает каждого шеффена в отдельности и тот отвечает: «Клянусь, и да поможет мне Бог».

Надо признать, что в так называемый «застойный период» социалистического права предпринимались попытки ученых-юристов предложить ввести подобие присяги народного заседателя. М.С. Строгович писал: «Важно было бы в законе установить такое правило: каждому народному заседателю перед началом сессии разъясняются его полномочия и обязанности, причем это разъяснение производится в определенной, законом установленной, форме; народный заседатель своей распиской удостоверяет, что ему разъяснены его права и обязанности и он дает обязательство действовать так, как этого требует закон»³⁷¹. В.М. Савицкий по этому поводу писал: «В целях повышения ответственности судей за исполнение служебного долга, беззаветного служения закону и справедливости целесообразно ввести для судей и народных заседателей присягу, которую они приносили бы публично после избрания. Большая нравственная сила и

³⁷⁰Ковалев Н. В поисках независимого и беспристрастного суда присяжных в Казахстане // Юрист. – 2005. – №2. – С. 30.

³⁷¹Демократические основы советского социалистического правосудия / Под ред. члена-корреспондента АН СССР М.С. Строговича. – М.: Изд-во «Наука», 1965. – С. 19.

святость присяги служили бы повышению эффективности и воспитательного воздействия правосудия»³⁷².

Дополнительной гарантией участия присяжных заседателей в судебном разбирательстве выступает положение об оплате труда присяжного заседателя (статья 16 Закона). Согласно этой норме, присяжному заседателю уполномоченным государственным органом, осуществляющим материально-техническое и иное обеспечение деятельности областного и приравненного к нему суда, выплачивается по окончании рассмотрения конкретного дела, а в случае, если рассмотрение затягивается, ежемесячно за счет бюджетных средств вознаграждение в размере половины должностного оклада судьи областного и приравненного к нему суда, но не менее среднего заработка присяжного заседателя по месту его основной работы пропорционально времени (количеству рабочих дней) присутствия в суде.

Вместе с тем, хорошо изложенные положения нормы в практической деятельности оказались декларативными, т.к. механизм обеспечения материального обеспечения абсолютно не адекватен в конкретных ситуациях. Например, при рассмотрении первого уголовного дела в суде с участием присяжных заседателей в Северо-Казахстанском областном суде в феврале 2007 года имели место определенные трудности именно организационного характера. Председатель коллегии по уголовным делам областного суда Д. Амиров комментировал их так, «всех присяжных, а это 40 человек, надо было привезти в областной центр. Были люди, которым не на что было доехать. Дело было назначено на 12 февраля 2007 г. на 10 часов утра, а кандидат в присяжные заседатели живет за 450–500 километров в Уалихановском или Айыртауском районе. Значит, 11-го числа он должен приехать в Петропавловск. А где и на что он будет жить. Если человек не стал участвовать в судебном заседании, так и остался кандидатом, он должен уехать домой. Возникает вопрос, как получить ему деньги. Есть определенный порядок выплат командировочных. В судах действует безналичный расчет. Суд столкнулся с тем, что далеко не у всех есть пластиковые карточки, нет даже РНН, СИК, так как многие не работают, особенно это характерно для сельчан. А без этих документов по действующей инструкции деньги им давать нельзя. Областной суд пошел навстречу таким гражданам, найдя выход из положения. Однако в дальнейшем этот вопрос обязательно должен быть продуман. В связи с этим целый пакет вопросов с перечислением разных возникших проблем (и не только по оплате, были недочеты и в процессуальных моментах) был передан в Верховный суд»³⁷³.

Проблемы, возникшие при проведении первого процесса с участием присяжных заседателей, прогнозируемы были ранее, на периоде обсуждения Концепции участия присяжных заседателей в уголовном судопроизводстве Республики Казахстан. В ноябре 2002 года К.Х. Халиков отмечал, что

³⁷²Основы правосудия в СССР / Под ред. В.М. Савицкого. – М.: Изд-во «Наука», 1981. – С. 148.

³⁷³Бондаренко Г. Первый блин – не комом: интервью с председателем коллегии по уголовным делам Северо-Казахстанского областного суда Д. Амировым // Республика – деловое обозрение. – 2007. – 9 марта.

необходимо обратить внимание на специфику особенностей нашего правосудия. Восемьдесят процентов дел по особо тяжким преступлениям судьями рассматривается на выездных заседаниях, Это категория дел, которая подсудна суду с участием присяжных заседателей. Выездные заседания – это выезды в глубинку, в районные центры, которые отдалены от областного центра на 500-700 км, где отсутствуют гостиницы, где судьям приходится располагаться в домах работающих там районных судей. Речь идет о том, что невозможно обеспечить присутствие, явку потерпевших и свидетелей в судебные заседания, поскольку с некоторых пор, в связи с неурегулированием этого вопроса в законодательстве, расходы на транспортировку подобного рода участников процесса не компенсируются. Насколько реально выезжать присяжным и суду в отдаленные места, поскольку невозможно беспрепятственно доставлять потерпевших и свидетелей на судебные заседания в областной центр? Этот вопрос требует своего разрешения на экономической и законодательной основе, путем создания определенных гарантий всем участникам процесса³⁷⁴.

Перечисленные недостатки вытекают из общих организационных моментов, имеющих на первоначальном этапе, когда в первую очередь оборудуются имеющиеся помещения в городских или областных судах, для проведения судебных процессов в суде с участием присяжных заседателей. Более того, суммы, запланированные на организационные моменты, предусмотрены только для областных центров. Но практика еще раз подтверждает, что в каждом районном суде должен быть оборудован зал судебных заседаний для таких процессов, более того, должны быть продуманы вопросы проживания, проезда, оплаты, питания и другие. Это мнение обусловлено положениями, обозначенными в проекте авторской Концепции дальнейшего развития уголовного судопроизводства Республики Казахстан. Одним из направлений ее предусматривается регламентировать компетенцию «суда по делу», а также «суда над судом» в судебной системе. Это предусматривает, что первая инстанция (суд по делу) должна быть исключительно в компетенции районного и городского звеньев судебной системы. За областными и приравненными к ним судами следует сохранить права апелляционного, кассационного, надзорного суда и по вновь открывшимся обстоятельствам, за исключением рассмотрения уголовного дела по существу, т.е. по первой инстанции, как это есть сейчас. Верховный суд должен оставаться исключительно судом надзорной инстанции и по вновь открывшимся обстоятельствам, без права разрешения дела по существу, а также пересмотра судебного решения нижестоящего суда в апелляционном порядке, как это и есть сейчас в его полномочиях³⁷⁵.

В вопросах оплаты следует обратиться к опыту США, где присяжным не

³⁷⁴Халиков К.Х. Выступление на международной научно-практической конференции «Вопросы и пути реализации создания института суда присяжных в Республике Казахстан». г. Алматы, 25-26 ноября 2002 г. // Предупреждение преступности: криминологический журнал. – 2003. – №1. – С. 47.

³⁷⁵Когамов М.Ч. Проект Концепции дальнейшего развития уголовного судопроизводства Республики Казахстан (основные направления). – Астана, 2007. – 35 с.

выплачивается вознаграждение за исполнение своих обязанностей. Все государственные служащие могут выступать в качестве присяжного в рабочее время, и это время им оплачивается (по обычной ставке заработной платы). Частные компании с минимальным штатом обязаны выплатить своим работникам заработную плату за не менее чем десятидневный период исполнения обязанностей присяжных³⁷⁶. Приведенный пример больше является не опытом, а отражением того, что также имело место в практике привлечения граждан при отправлении судопроизводства в качестве народных заседателей.

В этой связи в Законе Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам введения уголовного судопроизводства с участием присяжных заседателей» статью 647 УПК РК «Права, обязанности присяжного заседателя и ограничения в действиях, связанные с рассмотрением уголовного дела» необходимо дополнить следующими словами: «в период отправления ими правосудия». Это вытекает из положения части 2 статьи 3 Закона Республики Казахстан «О присяжных заседателях», что «присяжный заседатель наделен полномочиями по участию в осуществлении правосудия по уголовному делу в порядке, установленном УПК РК». В статье 647 УПК РК необходимо предусмотреть ответственность присяжного заседателя за умышленные действия, направленные на нарушение порядка отправления правосудия, предусмотренные законодательством Республики Казахстан. Фактически присяжные заседатели участвуют в осуществлении правосудия и по своему процессуальному положению приравнены к профессиональным судьям, однако никакой ответственности присяжные за вынесенные заведомо неправосудные оправдательные приговоры, связанные с их подкупом, они не несут.

Полагаем, что в вопросах ответственности присяжных заседателей за невыполнение или недобросовестное исполнение возложенных на них обязанностей можно использовать опыт ведущих зарубежных стран. Например, в США присяжные неподсудны за выносимые ими решения. Это означает, что если подсудимый не согласен с решением присяжных, он не сможет подать в суд на отдельных членов коллегии присяжных за вынесенное решение. Иммунитет присяжных действителен только в период исполнения ими своих обязанностей, т.е. присяжные могут быть привлечены к ответственности за неправомерное поведение. Если будет установлено, что на вынесение присяжными решения оказано воздействие путем подкупа, присяжные будут привлечены к ответственности по суду³⁷⁷.

Полномочия председателя в суде с участием присяжных заседателей во

³⁷⁶Синтия Алкон. Суд присяжных: Американская модель // Вопросы и пути реализации создания института суда присяжных в Республике Казахстан: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. г. Алматы, 25-26 ноября 2002 г. // Предупреждение преступности: криминологический журнал. – 2003. – №1. – С. 14.

³⁷⁷Синтия Алкон. Суд присяжных: Американская модель // Вопросы и пути реализации создания института суда присяжных в Республике Казахстан: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. г. Алматы, 25-26 ноября 2002 г. // Предупреждение преступности: криминологический журнал. – 2003. – №1. – С. 14.

Франции предусматривают, что особое внимание председатель уделяет соблюдению присяжными своих обязательств. Присяжные заседатели имеют четыре вида обязательств, уклонение от любого из которых может повлечь обжалование приговора, вынесенного судом присяжных, и уголовную ответственность заседателя, нарушившего одно из них: обязанность быть внимательным; обязанность быть беспристрастным и не афишировать свое личное мнение; запрещение сообщать сведения (то есть, обязательство не говорить о деле ни с кем, кроме присяжных и судей суда присяжных); неразглашение содержания обсуждений на закрытом совещании, в том числе и после принятия решения (нарушение этого обязательства карается тюремным заключением или высоким штрафом).

Председатель очень внимательно следит за соблюдением присяжными своих обязательств, так как несоблюдение их может привести к объявлению решения незаконным и к последующему его обжалованию³⁷⁸.

В Германии проблема подкупа присяжных вообще не дискутируется, потому что это не укладывается в сознании. Вынесение в Германии непрофессиональными судьями заведомо мягкого или легкого приговора рассматривается как предрассудок³⁷⁹.

В Российской Федерации, при рассмотрении в суде присяжных уголовного дела по обвинению Френкель, в совершении убийства Козлова, являвшегося заместителем председателя Центрального банка России, выявился факт совершения подкупа одним из присяжных своих коллег по коллегии присяжных. По данному факту возбуждено уголовное дело по обвинению в воспрепятствовании осуществлению правосудия. О таких фактах известно очень мало. Статистика не ведется, в исключительных случаях это становится достоянием общественности, когда рассматривается дело, вызывающее повышенный интерес и внимание общества и государственных структур. Причины и мотивы, побудившие лиц к совершению подкупа, а лиц, согласившихся на это, не выясняются. Превентивные меры к недопущению подобного не принимаются. Идет обыкновенное констатирование ситуации. В отличие от нынешней ситуации, в Российской империи на это обращалось особое внимание. А.А. Демичев пишет, «низкий уровень благосостояния большой массы крестьян – присяжных приводил к тому, что делались многочисленные (и часто небезуспешные) попытки их подкупа». Автор приводит данные исследователя, который, защищая суд присяжных, пытался выставить случаи коррумпированности присяжных в качестве единичных: «за 15 лет с 1879 по 1892 гг., в течение которых присяжными решено было 208 000 дел, т.е. фигурировало 208 000 составов присяжных, было осуждено судебными

³⁷⁸Дюмулэ. Суд присяжных во Франции // Вопросы и пути реализации создания института суда присяжных в Республике Казахстан. Материалы международной научно-практической конференции. г. Алматы, 25-26 ноября 2002 г. // Предупреждение преступности: криминологический журнал. – 2003. – №1 (5). – С. 40.

³⁷⁹Рольф Книппер. Выступление на международной научно-практической конференции «Вопросы и пути реализации создания института суда присяжных в Республике Казахстан». г. Алматы, 25-26 ноября 2002 г. // Предупреждение преступности: Криминологический журнал. – 2003. – №1 (5). – С. 21.

палатами за «мздоимство» 29 присяжных, т.е. 0,0012% всего их количества, выступавшего за это время»³⁸⁰. Не ставя под сомнение расчеты известного ученого, А.А. Демичев констатирует, что проблема заключалась в том, что подавляющее большинство дел о «мздоимстве» прекращались на разных стадиях расследования и не доходили до суда. Кроме того, по многим эпизодам уголовные дела просто не возбуждались, так как процесс доказывания вины присяжных – взяточников был очень сложным, да и вообще, огласка таких случаев подрывала уважение к судебной власти³⁸¹. Исследования свидетельствуют, что факты подкупа присяжных были достаточно распространенным явлением, они имели место во многих окружных судах (например, Вятском, Вологодском, Калужском и др.) Обычно взятка состояла в бесплатной кормежке заседателей или выдаче им небольшого денежного вознаграждения. Средний размер взятки присяжным составлял всего 5–7 рублей, а иногда он был просто мизерным – всего 50 копеек³⁸². Но это была не просто констатация фактов, как в нашем случае при подкупе присяжных в современной России, когда вообще неизвестно, чем закончилось расследование факта подкупа. В Российской империи предпринимали меры для исключения причин подкупа. В «Отчете по государственному совету за 1887 год» было высказано вполне справедливое утверждение о том, что «лица, не связанные с местностью обладанием недвижимостью и материально скудно обеспеченные, представляют собою в составе присяжных заседателей элемент малонадежный и недостаточно серьезно относящийся к возлагаемым на них обязанностям».

Судебным Уставом 1864 года был определен фиксированный имущественный ценз для присяжных, который оказался несостоятельным. Законом 28 апреля 1887 года требования имущественного ценза были изменены. Само повышение ценза преследовало две цели: 1) освободить от обязанностей присяжных малосостоятельных лиц, для которых это тяжелая повинность, и 2) повысить количество людей с более или менее независимым положением в обществе³⁸³.

Исходя из высокого статуса присяжного заседателя, принимающего наравне с профессиональными судьями участие в решении вопросов о виновности или невиновности подсудимых, необходимо не только выработать четкие критерии отбора кандидатов в присяжные заседатели, но и на законодательном уровне решить проблему усиления юридической ответственности этих субъектов за отказ, невыполнение или ненадлежащее исполнение возложенных на них полномочий.

Практика проведения с 2007 года судебных процессов с участием

³⁸⁰Розин Н.Н. О суде присяжных. – Томск, 1901. – С. 22.

³⁸¹Демичев А.А. Периодизация истории суда присяжных в России // Журнал российского права. – 2001. – №7 (июль). – С. 186.

³⁸²Буйских О.В. Судебная реформа в Вятской губернии (60-80-е гг.): дис. ... канд. ист. наук: 12.00.01. – Киров, 1999. – С. 72., Попова А.Д. Реализация судебной реформы 1864 года (по материалам округа Московской судебной палаты, 1864-1881 гг.): дис. ... канд. ист. наук: 12.00.01. – М., 1999. – С. 205-207.

³⁸³Демичев А.А. Периодизация истории суда присяжных в России // Журнал российского права. – 2001. – №7 (июль). – С. 184-185.

присяжных в Казахстане обозначила еще один проблемный вопрос, связанный с количеством профессиональных судей. Существовало мнение, что необходимо оставить лишь одного профессионального судью, а состав присяжных заседателей, наоборот, увеличить до десяти, потому что процессуальные вопросы при рассмотрении дела, как оказалось, в основном выполняет председательствующий судья, и участие второго судьи особой роли не играет³⁸⁴. Проведенный в 2007 году в РК мониторинг судопроизводства с участием присяжных заседателей показал, что в ходе 14 из 28 процессов (50%) вторые судьи активно участвовали в рассмотрении дел: они задавали вопросы участникам процесса, оглашали материалы дела, снимали наводящие вопросы. Иногда активность второго судьи распространялась на права и обязанности председательствующего. Но в отдельных случаях вторые судьи не демонстрировали заинтересованности в происходящем. В этих ситуациях председательствующий единолично вел процесс и вполне справлялся со своими обязанностями, не нуждаясь в помощи второго судьи. Поэтому и возник вопрос о целесообразности участия второго судьи с точки зрения рационального использования судебных ресурсов³⁸⁵.

Сторонники исключения участия второго судьи в главном судебном разбирательстве апеллировали к тому, что два профессиональных судьи в целях вынесения нужного им вердикта, путем внушений и наставлений легче могут оказать давление на юридически неграмотных присяжных. Так, Кристоф Ренних, исследовавший факторы, воздействующие на непрофессиональных судей, отмечал, что если в суде есть только один профессиональный судья, юридические аргументы, используемые им или ею, всегда выглядят последовательными с точки зрения непрофессиональных судей, поскольку нет эксперта, который будет возражать, и поэтому последовательность юридического аргумента не ставится под сомнение. Но многие дела не являются достаточно четкими и ясными в плане юридических вопросов, и если имеется только один профессиональный судья, непрофессиональные судьи будут всегда слышать только одно юридическое мнение. Если имеется несколько профессиональных судей, есть более высокая вероятность того, что будут высказаны разные юридические точки зрения на данное дело³⁸⁶. Иными словами, при наличии одного профессионального судьи отсутствуют разногласия в точках зрения среди профессиональных судей. Более того, многие непрофессиональные судьи (присяжные) стремятся к консенсусу с профессиональным судьей. Поэтому они могут сближать свои взгляды с мнением профессиональных судей по

³⁸⁴Мами К.А. Вердикт с участием населения – важнейший фактор доверия к суду // Каз. правда. – 2008. – 15 января.

³⁸⁵Отчет по результатам мониторинга судопроизводства с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан в 2007 г. БДИПЧ ОБСЕ. – Алматы, 2008. – С. 47.

³⁸⁶Кристоф Ренних. Участие граждан в уголовном судопроизводстве: опыт Германии // Судопроизводство с участием присяжных заседателей и перспективы его введения в Республике Казахстан: мат-лы круглого стола. – Алматы, 2005. – С. 93.

мере того, как длится совещание. Поскольку председательствующий судья является единственным человеком, который определяет, когда будет проводиться окончательное голосование, у него имеются рычаги воздействия на мнение присяжных заседателей, в том числе и право наложения вето на их вердикт. Письменный приговор суда составляется и подписывается только профессиональными судьями. Непрофессиональным судьям не запрещается читать проект заключения, но это не практикуется. По апелляции только по вопросам права приговор тщательно изучается апелляционным судом. Ошибки в приговоре могут способствовать успешному пересмотру дела. Таким образом, профессиональный судья, который уступил в голосовании непрофессиональным судьям, при желании имеет в своем распоряжении средства, позволяющие добиться успешного обжалования приговора суда.

Обобщив внешние факторы, К. Ренних делает вывод о том, что существует три разных общих подхода, определяющих желаемый состав смешанных уголовных судов. Во-первых, можно сделать так, чтобы решения суда принимались непрофессиональными судьями, и ограничить роль профессионального судьи контролем за законностью и составлением проекта судебного решения. В этом случае один или два профессиональных судьи должны заседать вместе с большим количеством непрофессиональных судей. Во-вторых, можно попытаться дать возможность профессиональным и непрофессиональным судьям оказывать одинаковое влияние на решение суда. В стремлении достичь реального равенства недостаток фактического влияния непрофессиональных судей должен быть компенсирован увеличением их количества. Следовательно, у непрофессиональных судей должно быть, по крайней мере, большинство в две трети голосов. Профессиональных судей должно быть больше одного, для того, чтобы сломать потенциально монолитный «юридический» блок. Следовательно, смешанный суд, предоставляющий одинаковое влияние профессиональным и непрофессиональным судьям, должен, например, состоять из трех профессиональных судей и шести заседателей. В-третьих, роль непрофессионального судьи может быть ограничена простым контролем за внешней правильностью решения, в то время как решение суда будет приниматься профессиональным судьей. Поскольку профессиональные судьи на практике могут оказать лишь небольшое влияние, они в большинстве случаев не могут сделать более, чем проконтролировать внешнюю правильность судебного решения, даже если они задействованы в работе смешанного суда типа Schoeffengericht (один профессиональный и два непрофессиональных судьи) или заседают вместе с равным количеством судей. Немецкая система смешанных уголовных судов намерена создавать возможности для непрофессиональных судей и профессиональных судей оказывать одинаковое влияние³⁸⁷.

Аналогичной точки зрения придерживается А.А. Тарасов,

³⁸⁷Кристоф Ренних. Участие граждан в уголовном судопроизводстве: опыт Германии // Судопроизводство с участием присяжных заседателей и перспективы его введения в Республике Казахстан: мат-лы круглого стола. – Алматы, 2005. – С. 93-105.

исследовавший проблемы народного участия в отправлении правосудия. Он отмечает, что «среди юристов-профессионалов представители общества в правосудии воспринимаются по-разному: от легкой иронии до резкого неприятия. Данные социально-психологической науки, социологические исследования, да и просто здравый смысл дают основания предположить негативное отношение любого профессионала к попыткам непрофессионального вмешательства в его работу.

Опрос судей, следователей и прокуроров позволяет выявить три наиболее характерных варианта такого отношения:

1) категоричное отрицание необходимости участия «общественности» в правосудии: юридическая материя сложна даже для профессионалов, зачем же допускать к ней непосвященных, тем более, что это требует больших организационных и финансовых затрат (32% опрошенных, ответивших на этот вопрос);

2) от народного представительства в суде одни проблемы (организационные и финансовые), но это определенная законом данность, с которой придется смириться, поскольку закон надо исполнять (54%);

3) народные представители в суде нужны, поскольку они иногда (или часто) помогают профессиональному судье разобраться в деле и правильно его разрешить, но для этого необходима специальная юридическая подготовка непрофессионального судьи (11%).

В результате автор приходит к выводу, что все три варианта при том, что они отражают разные позиции, основаны на непонимании истинного смысла участия непрофессионала в отправлении правосудия. Думается, можно констатировать, что в целом профессиональному судье непрофессионал в соседнем судейском кресле, в принципе, не нужен. Даже третья позиция общей картины не меняет: за непрофессионалом не признается собственной, самостоятельной роли в правосудии, отличной от роли судьи-юриста»³⁸⁸.

Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Гражданский процессуальный кодексы Республики Казахстан по вопросам совершенствования судебной системы» от 10 декабря 2009 года статью 544 УПК РК 1997 г. «Состав суда с участием присяжных заседателей» изложил в следующей редакции: «Суд с участием присяжных заседателей в межрайонном специализированном суде по уголовным делам действует в составе одного судьи и десяти присяжных заседателей». Таким образом, законодатель на основе трехлетнего опыта функционирования суда с участием присяжных заседателей в РК решил, что участие второго судьи нецелесообразно. На наш взгляд, это решение носило преждевременный характер и не снимает имеющих место проблем, которые обозначены ниже. Вместе с тем оставление одного судьи может являться

³⁸⁸Гарасов А.А. Современные проблемы народного участия в правосудии // Проблемы обеспечения прав участников процесса по новому Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации: мат-лы межрег. науч.-практ. конф. г. Самара, 18-19 декабря 2002 г. – Самара: Изд-во «Самарский университет», 2003. – С. 56-57.

основанием для изменения модели судопроизводства с переходом постепенно на классическую англосаксонскую модель.

В этой связи представляет практический интерес позиция М.Ч. Когамова, который предложил скорректировать принятую сейчас модель следующим образом. В рамках главного судебного разбирательства, в том числе с участием присяжных заседателей, разрешается дело по существу, т.е. делается вывод о виновности либо невиновности обвиняемого в совершении преступления. Раз это так, то выбор порядка принятия судебного решения в совещательной комнате должен быть исключительным правом подсудимого. В этой связи он предлагает регламентировать в Уголовно-процессуальном кодексе две процедуры принятия судебных решений в совещательной комнате: коллегией присяжных с участием профессионального судьи или без его участия – только присяжными заседателями. Однако такой порядок принятия судебных решений в совещательной комнате должен зависеть от желания обвиняемого, подсудимого, то есть быть его правом. В целом предлагаемое решение не затрагивает основ традиционного главного судебного разбирательства с участием присяжных. Сохраняются подготовительная часть, судебное следствие, судебные прения сторон, последнее слово подсудимого. Разве что кардинально меняется взгляд на порядок принятия судебного решения в совещательной комнате, он будет зависеть от желания обвиняемого, подсудимого. Это право, в числе других прав, ему необходимо будет разъяснить по окончании расследования при подготовке дела к слушанию судьей, в подготовительной части главного судебного разбирательства, а также перед тем, как он выступит с последним словом. Возможно, кого-то из подследственных больше устраивает вариант, когда окончательное судебное решение по делу будет выносить в совещательной комнате коллегия в составе судьи и присяжных, для других же приемлемо вынесение судебного решения в совещательной комнате присяжными без участия судьи³⁸⁹.

Предложенная процедура сочетает две традиционные модели судопроизводства с участием присяжных заседателей. Однако такой подход не снимает проблем, связанных с количественным составом судейского корпуса и качеством принимаемых решений присяжными заседателями.

В этой связи нами на том этапе сформулирована была собственная концептуальная модель усложненной процедуры судебного разбирательства с участием присяжных заседателей. Суть предлагаемых нововведений сводилась к необходимости внесения изменений и дополнений в некоторые статьи раздела 13 УПК РК.

Статью 544 УПК РК 1997 г. предлагалось изложить в следующей редакции: «Суд с участием присяжных заседателей в межрайонном специализированном суде по уголовным делам действует в составе трех судей (председательствующий, запасной и судья-консультант) и десяти

³⁸⁹Когамов М.Ч. Суд присяжных: какая модель предпочтительнее? // Юрид. газета. – 2005. – 3 ноября.

присяжных заседателей.

Председательствующий и запасной судья до принятия вердикта находятся в зале судебного разбирательства, а судья-консультант в совещательной комнате. После оглашения вердикта председательствующий разъясняет присяжным заседателям его правовые последствия и объявляет перерыв для принятия в соответствии со ст. 570 решения по делу и разрешения вопросов, предусмотренных пунктами 9)-13) и 15)-18) части первой статьи 371 УПК РК, а также назначает время для оглашения окончательного приговора».

В пользу такого подхода нами выдвигались следующие аргументы: судебное разбирательство ведется единолично председательствующим судьей с участием присяжных заседателей, и тем самым усиливается контроль за его действиями со стороны присяжных; второй судья выступает в качестве запасного, участвует на протяжении всего судебного разбирательства и, в случае непредвиденного выбытия председательствующего, заменяет последнего (этим обеспечивается непрерывность процесса); третий судья выступает в качестве консультанта и на протяжении всего судебного разбирательства находится в совещательной комнате. Его участие ограничивается только руководством и оказанием консультативной помощи присяжным заседателям при формулировке вердикта присяжных, которое происходит в совещательной комнате в отсутствие председательствующего и запасного судьи (этим обеспечивается профессиональное начало и непредвзятость при принятии решения присяжными заседателями). Порядок проведения совещания и голосования в совещательной комнате проводится в соответствии со ст. 569 УПК РК.

Конечно, могут иметь место возражения, что надобность в третьем судье-консультанте отсутствует, поскольку законодатель предусмотрел процедуру напутственного слова председательствующего перед удалением присяжных заседателей в совещательную комнату. В нем он приводит содержание обвинения; сообщает содержание уголовного закона, предусматривающего ответственность за совершение деяния, в котором обвиняется подсудимый; напоминает об исследованных в суде доказательствах как уличающих подсудимого, так и оправдывающих его. Не выражая при этом своего отношения к этим доказательствам и не делая каких-либо выводов, он излагает позиции государственного обвинителя и защиты; разъясняет присяжным заседателям основные правила оценки доказательств в их совокупности; обращает внимание присяжных заседателей на то, что отказ подсудимого от дачи показаний или его молчание в суде не имеют юридического значения и не могут быть истолкованы как свидетельство виновности подсудимого; разъясняет порядок совещания, заполнения бюллетеней по основным вопросам, порядок общего голосования по вопросам вынесения приговора.

Безусловно, обращение председательствующего к присяжным имеет определенное значение, особенно при классической модели суда присяжных, когда от напутственного слова судьи зависит, как присяжные заседатели

воспримут итоги судебного заседания и вынесут окончательный вердикт. Резюме в англосаксонской модели суда присяжных направлено на то, чтобы донести до присяжных основные правила о доказательствах, при этом не выражая своего отношения и заинтересованности к результатам дела.

Иная ситуация складывается в Казахстане, где воспринята модель судопроизводства со смешанной коллегией. Для чего произносить напутственное слово, если председательствующий после своего обращения к присяжным заседателям вместе с ними последует в совещательную комнату? По мнению Н. Ковалева, «напутственное слово председательствующего в смешанной коллегии является бесполезной и бессмысленной процедурой и вводит фальшивую гласность в судопроизводство, за которой может скрываться произвол профессиональных судей в совещательной комнате»³⁹⁰.

Есть три пути разрешения указанной проблемы.

Первый заключается в исключении из закона процедуры обращения председательствующего с напутственным словом к присяжным заседателям, т.к. она не способствует публичному подведению итогов и не олицетворяет собой гласности судебного заседания. В существующей редакции эта процедура ставит под сомнение весь судебный процесс и создает мнение, что профессиональные судьи заранее готовят оправдание предполагаемому решению по уголовному делу. Могут иметь место случаи, когда разъяснение в обращении председательствующего к присяжным заседателям содержания уголовного закона, предусматривающего ответственность за совершение деяния, в котором обвиняется подсудимый, будет противоречить принципам судопроизводства с участием присяжных заседателей, т.к. присяжным заседателям нельзя сообщать о наличии судимостей у подсудимых, если по инкриминируемому деянию имеют место такие квалифицирующие признаки, как «неоднократно», «ранее судимый», «совершение преступления лицом, ранее два и более раз судимым».

Второй – воспринять процедуру классической модели суда присяжных и возложить на присяжных самостоятельное принятие решения без участия судьи-профессионала.

Однако, на наш взгляд, первые два способа не снимут саму проблему, связанную с возникновением сомнений в компетентности присяжных заседателей в решении такого важного вопроса, как виновность подсудимого, поскольку отсутствие юридического образования у большинства (если не у всех) присяжных заседателей порождает необходимость в дополнительных консультациях по правовым и иным вопросам в пределах совещательной комнаты.

При действующем порядке судопроизводства исключение подобных ситуаций в судебных процессах возможно лишь третьим путем: разделением смешанной коллегии на «судей факта» и «судей права», когда, как и предлагается нами, председательствующий обращается с напутственным

³⁹⁰Ковалев Н. Вердикт Верховного Суда РК «по делу о присяжных заседателях» // Юрист. – 2005. - № 8. – С. 36-43.

словом перед уходом присяжных заседателей в совещательную комнату, где они уже под руководством судьи-консультанта, не принимавшего участия в процессе, выполняют возложенные на них функции.

В целях упрочения своей аргументации нами при опросе судей и сотрудников правоохранительных органов в блоке были поставлены вопросы об участии второго судьи, о введении в состав суда третьего профессионального судьи, выполняющего функции судьи-консультанта. Опрошенные респонденты в большинстве склонны считать, что это предложение требует изучения и проработки. Следует согласиться, что предлагаемая процедура вносит изменения в существующую практику работы суда с участием присяжных заседателей и при небольшой судебной практике требует анализа и проработки.

Полагаем, что принятие подобной процедуры позволило бы получить отличную от других казахстанскую модель суда присяжных, совмещающую лучшие стороны континентальной и классической моделей. Преимущества такого подхода очевидны, поскольку остаются неизменными основы традиционного главного судебного разбирательства с участием присяжных: подготовительная часть, судебное следствие, судебные прения сторон, последнее слово подсудимого. Меняется только концептуальный порядок постановки вердикта в совещательной комнате и порядок принятия решений, принимаемых судом с участием присяжных заседателей с элементами классической модели «судей факта» и «судей права». Подобная процедура сняла бы все имеющиеся противоречия и критику в адрес принятой на сегодняшний день альтернативной модели судопроизводства, поскольку разумная правовая политика, отличающаяся прагматичностью, ответственностью, предсказуемостью и оптимальный режим реализации принятых Законов о новом институте судопроизводства должны опираться на постоянные исследования, диагностику, социологический мониторинг, включая изменения в общественной жизни, международном праве.

§ 4. Согласительные процедуры и сокращенные формы судебного разбирательства, их влияние на суд с участием присяжных заседателей

Традиционно сложившиеся модели отправления правосудия с участием присяжных заседателей находятся под воздействием двух тенденций, складывающихся в уголовно-процессуальном праве современного периода, влияющие на институт присяжных заседателей. С одной стороны, наблюдается явная тенденция укрепления принципа состязательности, а с другой – введение сокращенных, согласительных и ускоренных форм судопроизводства. Громоздкое и длительное предварительное следствие, свойственное для инквизиционного процесса континентально-европейского типа, постепенно исчезает, так как усиливается тенденция к упразднению громоздкого судебного разбирательства в суде присяжных в США. Обе формы уступают сокращенным, или ускоренным формам судопроизводства, или сделкам о признании вины.

Анализируя складывающуюся в мире ситуацию, И.Л. Петрухин отмечает, «в США около 90% уголовных дел завершаются сделками о признании вины, что свидетельствует о широте и распространенности института договорного признания вины»³⁹¹, этим и объясняется столь низкий процент рассматриваемых уголовных дел в суде присяжных указанных стран.

На это обстоятельство указывают и авторы Концепции участия присяжных заседателей в уголовном судопроизводстве Республики Казахстан. В ней говорится, что «разделение единого процесса установления истины по делу на фактическую и юридическую стороны не всегда способствует объективной оценке совершенного деяния. Эти обстоятельства, а также громоздкость и финансовые затраты такого процесса ставят под сомнение будущее этой классической модели суда присяжных даже в Великобритании и США, где они впервые были созданы и длительное время действуют»³⁹². Аналогичного мнения придерживаются и зарубежные ученые. Так, Франк Левидж, рассматривая особенности английского суда присяжных и его развитие на современном этапе, дает следующее разъяснение сложившейся ситуации с судами присяжных в Англии. Он пишет: «...недавно некоторые аспекты нашей системы были подвергнуты сомнению, что было сделано не по общим политическим причинам и не по причинам, связанным с гражданскими правами человека, и тем более не потому, что суд присяжных как-либо дискредитировал себя или показал неэффективность. За этими инициативами, которые время от времени у нас возникали в прошлом, стояли лоббистские группы, добивающиеся «экономии» в отправлении правосудия, которые были близки к действующей исполнительной власти в лице лейбористов. В настоящее время обвиняемый по делу, которое может рассматриваться либо судом присяжных, либо мировым судьей (магистратом), имеет право выбрать форму судебного разбирательства. Дела, которые подсудны обоим составам суда, охватывают много составов преступлений, включая кражи и грабежи. Было предложено лишить обвиняемых такого выбора и дать возможность решать, кому подсудно уголовное дело суду магистратов, как суду низшей инстанции. Почти 95% уголовных дел рассматриваются в Англии мировыми судьями (магистратами), по сути, народными представителями, которые являются судьями по совместительству.

Вопрос был связан не с сокращением применения суда присяжных, а с тем, чтобы более четко прописать подсудность по таким делам. Однако такая инициатива не нашла широкой поддержки. Принятие ее могло привести к тому, что многие судебные процессы, которые в настоящее время ведутся судами присяжных, велись бы судами магистратов, требующими меньших расходов. Многие барристеры и судьи считают, что эти предложения

³⁹¹Петрухин И.Л. Сделки о признании вины чужды российскому менталитету // Российская юстиция. – 2001. – № 5. – С. 35-37.

³⁹²Концепция участия присяжных заседателей в уголовном судопроизводстве Республики Казахстан // Предупреждение преступности: Криминологический журнал. – 2003. – №1 (5). – С. 3.

подрывают ключевое право, которое действительно существует издавна, вне зависимости от того, было ли оно введено Великой хартией вольностей. К счастью, эти предложения не были приняты парламентом»³⁹³. Тем самым он в определенной мере раскрывает объективные причины возможного сокращения подсудности уголовных дел суду присяжных, вытекающие из объективно складывающихся экономических причин.

Анализ уголовного судопроизводства зарубежных государств свидетельствует, что сокращенные формы судопроизводства имеют место в большинстве из них. В английском суде короны, при рассмотрении дел о преступлениях, преследуемых по обвинительному акту, если обвиняемый при выяснении позиции обвиняемого по делу, не признал вину, то это свидетельствует о наличии спора и приводит к необходимости продвижения дела. Если обвиняемый признал вину, то суд признает его виновным и без проверки доказательств назначает наказание, не проводя рассмотрение дела по существу. Современная политика английских судов всячески поощряет признание вины, что ускоряет уголовный процесс и делает его более дешевым. Признание вины является смягчающим обстоятельством, что приводит к переговорам сторон о заключении соглашения, согласно которому обвинение идет на уступки в обмен на признание вины, следовательно, обвинение освобождается от бремени доказывания, а обвиняемый получает менее тяжкое наказание.

Этот институт был заимствован из судебной практики США. Сущность сделки о признании вины заключается в том, что обвинитель идет на некоторые уступки стороне защиты в обмен на признание обвиняемым своей вины, на основе которого выносится приговор. Уступка стороне защиты может заключаться в уменьшении объема обвинения и смягчении наказания. Главная же цель сделки о признании вины в американском уголовном процессе заключается в желании избежать проведения громоздкого судебного следствия перед судом присяжных.

Чтобы получить объективное представление о его процедуре, обратимся к исследованиям, проведенным У. Бернэмом. Он пишет, что «с точки зрения уголовного права состязательная система имеет свои собственные, несвойственные некоторым другим системам достоинства, которые в определенной степени увеличивают ее общую эффективность. При расследовании истинного характера спора в рамках уголовного правосудия, в центре которого находится судья, интересы сторон ставятся в зависимость от интересов государства. Поэтому, если одна из сторон хочет обойтись без такого расследования, это вовсе не означает, что вопрос исчерпан. Таким образом, невозможно избежать судебного процесса путем признания своей виновности и отказа от прав на судебное рассмотрение дела.

В рамках состязательной системы, если обвиняемый признает себя виновным и отказывается от права на судебное рассмотрение своего дела,

³⁹³ Франк Левидж. Участие присяжных в уголовном судопроизводстве: опыт Англии // Правовая реформа в Казахстане. – 2005. – №1 (27). – С. 43.

необходимость в дальнейшем судебном разбирательстве отпадает. Необходимо только, чтобы обвиняемые понимали, что они отказываются от такого права и чтобы они обосновали признание собственной виновности путем краткого изложения своей роли в преступлении³⁹⁴.

В США сделка о признании вины представляет собой соглашение стороны обвинения со стороной защиты, по которому обвиняемый признает себя виновным по всему или части предъявленного обвинения в обмен на уменьшение возможного наказания. Уменьшить возможное наказание обвинитель может следующими способами: переквалификацией на менее тяжкое преступление, исключением отдельных пунктов из обвинения, изменением формы соучастия, исключением ссылок на отягчающие вину обстоятельства, заявлением суду рекомендации о более мягком наказании. Данное соглашение не всегда является результатом действительных переговоров, иногда таковые лишь предполагаются. По различным данным, от 75 до 90% всех дел в США разрешаются путем сделок о признании вины. Если в английском процессе переговоры обвинителя и защитника о признании обвиняемого считаются недостойными профессионального юриста и не афишируются, то в США, напротив, они охраняются официальными правилами. В уголовном процессе Израиля также действует институт соглашения (сделки) о признании вины. До 80% лиц, осужденных к лишению свободы, использовали возможности этого института, дающего право на снисходительное отношение суда, а суду предоставляющий возможность «свернуть» исследование доказательств. Как правило, сделка осуществляется по предварительной договоренности между защитником обвиняемого и прокурором, поддерживающим обвинение³⁹⁵.

Сущность сокращенного судебного разбирательства исследовали не только западные ученые, еще в двадцатом веке на нее обращали в своих трудах русские ученые. И.Я. Фойницкий писал: «Совершенно бесцельно было бы загромождать дело обстоятельствами, исследование которых излишне вследствие их установленности. Предметом разбирательства на суде всегда бывает какой-либо спор. Если данное обстоятельство бесспорно, доказывать его незачем»³⁹⁶.

Следует отметить, что отношение к институту сделки о признании вины среди ученых и практических работников органов юстиции неоднозначно, и данный институт имеет как своих сторонников, так и противников.

В качестве недостатков сделки о признании вины, прежде всего, отмечается возможность самоговора обвиняемого, вытекающая из стремления органов и должностных лиц, ведущих уголовный процесс, добиться «любой ценой» признания. Следовательно, ложное признание при заключении сделки повлечет не только осуждение невиновного, но и оставляет безнаказанным виновное лицо. Отмечаются и другие недостатки,

³⁹⁴Бернэм У. Суд присяжных заседателей. – М.: «Московский независимый институт международного права», 1995. – С. 120.

³⁹⁵Ткачева Н.В. Уголовное судопроизводство зарубежных государств. – Челябинск, 2006. – С. 31, 46, 58, 67, 70.

³⁹⁶Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. – СПб., 1915. – Т. 2. – С. 251.

такие как предъявление обвинения за преступления, которые не были совершены обвиняемым, подрыв статуса официального расследования и др. Так, по мнению П. Михайлова, идея введения сделки в уголовный процесс противоречит основным правам и свободам граждан и не соответствует общим принципам права в нашем обществе³⁹⁷.

И. Петрухин отмечает, что в США институт сделки о признании вины выглядит разумным и соответствует их национальным традициям, т.к. он упрощает процесс, разгружает судебную систему и основывается на уважении к позиции психически здорового человека, имеющего право считать себя невиновным полностью или частично³⁹⁸.

На стороне института сделки о признании вины выступают и представители судебной ветви власти, которые считают, что назрела необходимость упрощения судебных процедур и наиболее перспективной представляется идея введения процедуры сделок о признании вины, согласно которой обвиняемый (подсудимый) и обвинитель по уголовному делу разрабатывают взаимоприемлемое решение по делу. При этом суд не принимает участия в переговорах, ведущих к соглашению, но это решение подлежит утверждению судом³⁹⁹.

В мировой практике существуют разновидности сделки признания вины. Классическим примером служат plea-bargaining (плибарген) американского уголовного процесса. Плибарген заключается в том, что обвиняемый через своего адвоката договаривается с прокурором о приемлемых для обеих сторон условиях приговора, который они потом представляют на утверждение судьи. В этом случае подсудимый добровольно признает себя виновным, но только в меньшем преступлении, чем то, в котором его обвиняют, в обмен на более легкое наказание.

Другой разновидностью сделки о признании вины являются целерантные сделки, т.е. сделки об упрощении процедуры судопроизводства.

Главное отличие между плибаргеном и целерантной сделкой заключается в том, что если плибарген формально связан с представлением об истинности судебного решения, т.к. презюмируется, что признание обвиняемым своей вины достоверно, то при целерантной сделке объектом исследования является не сама виновность, а формальное согласие обвиняемого с обвинительным заключением.

Целерантная сделка о признании вины на сегодня присуща таким европейским странам, как Испания, где сделка о признании вины известна как «конформидад» (статья 689.2 УПК Испании), Италия – «паттаджаменто» (статьи 444 - 448 УПК Италии). Обвиняемый, вступая в такую сделку, может и не признавать себя виновным. В обмен на эти действия, как утверждают

³⁹⁷Михайлов П. Сделки о признании вины – не в интересах потерпевших // Российская юстиция. – 2001. – № 5. – С. 37-38.

³⁹⁸Петрухин И.Л. Сделки о признании вины чужды российскому менталитету // Российская юстиция. – 2001. – № 5. – С. 35-37., 280 Судебная власть / Под ред. И.Л. Петрухина. – М.: ООО «ТК Велби», 2003. – С. 190.

³⁹⁹Ищанов Г.С. Сделки о признании вины – важный шаг, направленный на упрощение судебных процедур и защиту прав граждан // Режим доступа: <http://sudreforma.samal.kz>.

А. Смирнов, К. Калиновский, законом предусмотрено ограничение меры наказания (не более 6 лет лишения свободы в Испании) либо определенная скидка (снижение срока лишения свободы на 1/3 в Италии)⁴⁰⁰.

Во всех вышеприведенных государствах заключение сделки о признании вины ведет к немедленному окончанию судебного разбирательства и вынесению обвинительного приговора.

Уголовный процесс Франции предусматривает производство в упрощенном порядке. Упрощенную процессуальную форму имеет разбирательство дел по деликтам и уголовным проступкам. По ним, как правило, не производится предварительное следствие. Деликты рассматриваются в исправительных трибуналах в менее сложном процессуальном порядке, чем преступления в суде присяжных.

Характерной чертой уголовного процесса Германии является развитое производство в упрощенном порядке, именуемое «приказом о наказании» и распространяющееся на 70% дел от их общего количества. Оно осуществляется участковым судьей по малозначительным преступлениям (уголовным правонарушениям), наказание за которые не превышает трех месяцев лишения свободы. Отмечается три достоинства приказа о наказании: 1) обвиняемому в незначительном деянии более выгодно подчиниться по месту своего жительства требованию о легком взыскании, чем подвергаться тяготам судебного разбирательства; 2) значительная дешевизна и быстрота производства; 3) экономия судебных ресурсов для более важных и сложных уголовных дел⁴⁰¹.

Складывающаяся мировая практика свидетельствовала, что казахстанское уголовное судопроизводство необходимо готовить к переходу на сложившиеся в мировой практике сокращенные формы судопроизводства. В случаях, когда лицо признает вину, необходимо проводить сокращенное судебное разбирательство без проведения судебного следствия, в тех случаях, когда лицо не признает вину в совершенном преступлении, проводить судебное разбирательство в зависимости от его волеизъявления обычным судом либо с участием присяжных заседателей.

В.П. Даневский писал: «...большинство дел должны на досудебном этапе полностью исследоваться органами дознания и направляться прямо в суд, минуя следователя. Предварительное следствие должно производиться лишь по делам, подсудным суду присяжных, в результате рассмотрения которых к лицу могут быть применены самые значительные уголовные наказания, связанные с лишением свободы. Медлительность производства по уголовным делам во многом обусловлена и неудовлетворительным состоянием использования упрощенных процедур, например, такой как призыв обвиняемого в суд, когда нетяжкое преступление совершено в условиях очевидности, имеются явные доказательства вины обвиняемого,

⁴⁰⁰Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Уголовный процесс: учебник для вузов / Под общ. ред. А.В. Смирнова. – СПб.: Питер, 2004. – 697 с.

⁴⁰¹Ткачева Н.В. Уголовное судопроизводство зарубежных государств. – Челябинск, 2006. – С. 31, 46, 58, 67, 70.

последний не возражает против упрощенной формы рассмотрения его дела и имеются гарантии соблюдения прав личности»⁴⁰².

Законом Республики Казахстан от 3 декабря 2009 года были внесены изменения и дополнения в Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан по вопросам упрощенного досудебного производства. Суть этих изменений заключалась в введении упрощенного досудебного производства как процессуальной формы досудебной деятельности органа дознания, дознавателя, следователя в пределах полномочий, установленных УПК РК, по преступлениям небольшой и средней тяжести. В УПК РК 1997 г. введена была глава 23-1. «Упрощенное досудебное производство», Статья 190-1. «Основания упрощенного досудебного производства» гласит:

1. Упрощенное досудебное производство по делам о преступлениях небольшой и средней тяжести осуществляется в случаях, если собранными доказательствами установлены факт преступления и совершившее его лицо, которое признает свою вину, не оспаривает доказательства, характер и размер причиненного вреда, согласно на применение упрощенного порядка досудебного производства, по общим правилам настоящего Кодекса за изъятиями, установленными статьями настоящей главы.

2. Упрощенный порядок досудебного производства не применяется: в отношении совокупности преступлений, когда хотя бы одно из них является тяжким или особо тяжким; в отношении несовершеннолетних и лиц, которые в силу физических или психических недостатков не могут сами осуществлять свое право на защиту; в отношении лиц, не владеющих языком, на котором ведется судопроизводство; в отношении лиц, обладающих привилегиями и иммунитетом от уголовного преследования; в случае непризнания своей вины хотя бы одним из соучастников; при невозможности в установленные частью первой статьи 190-2 настоящего Кодекса сроки обеспечить всесторонность и полноту исследования всех обстоятельств дела; при необходимости задержания подозреваемого на основании статьи 132 настоящего Кодекса или применения меры пресечения.

3. При наличии обстоятельств, указанных в части второй настоящей статьи, производится предварительное следствие или дознание⁴⁰³.

А.Н. Ахпанов, рассматривая проблемы ускорения и упрощения на досудебных стадиях процесса, приводит анализ уголовного законодательства, согласно которому под действие упрощенного досудебного производства подпадают 369 составов преступлений, из которых 154 – небольшой тяжести и 215 – средней тяжести. В структуре преступности они составляют 75%. Из всех преступлений – 70% преступлений подследственны ОВД. По предварительной экспертной оценке, из подпадающих под действие комментируемого закона преступлений около

⁴⁰²Даневский В.П. Наше предварительное следствие: его недостатки и реформа. – К.:Семенко Сергей, 2003. С. - 17.

⁴⁰³О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан по вопросам упрощенного досудебного производства: Закон Республики Казахстан от 3 декабря 2009 года №213-IV ЗРК // Каз. правда. – 2009. – 12 декабря.

80% составляют деяния средней тяжести, около 20% – небольшой тяжести. Из них не более 50% совершаются в условиях очевидности⁴⁰⁴. Из представленного анализа логически можно сделать вывод, что из оставшихся 25% тяжких и особо тяжких преступлений сравнительно небольшой процент преступлений, подсудных суду с участием присяжных заседателей, может быть рассмотрен в сокращенном порядке, либо на него может быть распространен институт сделки о признании вины.

Эти вопросы как никогда актуальны для правоприменителей – т.к. результативность правосудия зависит от результативности досудебного расследования уголовных дел. Без реформирования органов предварительного расследования немислимо обеспечение перехода казахстанской судебной системы к сокращенным формам судопроизводства, а тем более внедрения института сделки о признании вины.

С.И. Гирько, рассматривая международные стандарты ускоренного досудебного производства, обращает внимание, что заключение сделки о признании вины в США возможно на любой стадии уголовного производства. Более раннее признание вины позволяет избежать многих процедур, например, предварительного слушания или расследования Большим жури. Сделка заключается между стороной обвинения и защиты. Во время переговоров о признании вины прокурор может скрывать от защиты тот факт, что у него нет достаточных доказательств и без признания вины обвиняемым ему придется прекратить дело. Такого рода «обман» возможен потому, что в США обвиняемый не имеет права полностью ознакомиться с материалами своего дела. Автор акцентирует, что главная цель сделок о признании вины – избежать проведения громоздкого судебного следствия в суде присяжных, а также экономия денежных средств судебной системы⁴⁰⁵.

По поводу внедрения института сделки в уголовное судопроизводство Республики Казахстан М.Ч. Когамов отмечает, что «казахстанскому менталитету чуждо само понятие «сделка о признании» в уголовном судопроизводстве. Разделяя идею об отказе от судебного следствия по определенным категориям преступлений или его сокращении при добровольном признании подсудимым своей вины и согласии сторон, следует весьма продуманно регламентировать в УПК так называемые «сделки о признании вины». В целом вопрос требует дополнительного исследования и изучения, а не слепого копирования чужого опыта. Важно, если мы последуем американскому опыту в этом вопросе, предусмотреть в УПК специальную главу, в которой необходимо регламентировать правовое

⁴⁰⁴Ахпанов А.Н. Суммарное производство по уголовным делам: проблемы ускорения и упрощения на досудебных стадиях процесса // Современные проблемы и тенденции развития уголовного права, криминологии и уголовно-исполнительного права Республики Казахстан: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. В 2-х т. – Караганда: КарЮИ МВД РК им. Б.Бейсенова, 2009. – Т. 1. – С. 73.

⁴⁰⁵Гирько С.И. Международные стандарты ускоренного досудебного производства как собирательный образ практики полицейского дознания // Современные проблемы и тенденции развития уголовного права, криминологии и уголовно-исполнительного права Республики Казахстан: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. В 2-х т. – Караганда: КарЮИ МВД РК им. Б.Бейсенова, 2009. – Т. 1. – С. 188-189.

положение участников соглашения о разрешении дела, условия и основания применения «сделки о признании вины», порядок оформления, права потерпевшего, степень участия судьи и т.д.»⁴⁰⁶.

По мнению Т.Е. Сарсенбаева, введение института «сделки о признании вины» в наше уголовное судопроизводство требует тщательной проработки и определения оптимальных правовых механизмов заключения такой сделки. Прежде всего, следует отметить, что объем предъявленного обвинения напрямую зависит от совершенного преступления. Орган, ведущий уголовный процесс, не может корректировать объем предъявленного обвинения. Обвинение предъявляется в строгом соответствии с совершенным преступлением. В противном случае мы столкнемся с фальсификацией факта совершенного преступления. Более того, предоставление обвиняемому права обсуждать объем предъявленного обвинения влечет за собой ничем не обоснованный торг. Торг с обвиняемым ради его сотрудничества с органом, ведущим уголовный процесс, на наш взгляд, в целом дискредитирует органы расследования. В этой связи полагаем, что мы можем вести речь только о согласии с предъявленным обвинением. Заключение сделки о согласии с предъявленным обвинением предполагает упрощение не только судебного разбирательства, но и предварительного расследования путем производства дознания в десятидневный срок. Между тем следует учесть, что проведение дознания в десятидневный срок по делам о преступлениях средней тяжести, а также тяжких и особо тяжких преступлений, если они не направлены против личности, объективно затруднено и практически невозможно. Очевидно, что подобное упрощение предварительного расследования отрицательно скажется на результатах расследования и на объективности полученных доказательств, а также ставит под сомнение добровольность сделанного обвиняемым заявления о согласии с предъявленным обвинением. При этом следует учесть, что за обвиняемым сохраняется право отказа от заключенной сделки. Очевидно, что в случае отказа обвиняемого от заключенной сделки судебное разбирательство будет проводиться по обычной процедуре⁴⁰⁷.

Вопрос об упрощении уголовно-процессуальных форм расследования и судебного разбирательства вытекает из сложившегося несоответствия между потребностями общества в обеспечении социальной справедливости средствами уголовного судопроизводства и возможностями правоохранительных органов и суда. Некоторые причины носят объективный характер – связанные с увеличением количества уголовных дел, поступающих в суды, нагрузкой по уголовным делам на одного судью. Вместе с тем упрощение и право обвиняемого на защиту – это две конкурирующие ценности уголовного процесса. Усиление права обвиняемого на защиту влечет замедление процесса, и, наоборот, ускорение судопроизводства связано с некоторым ослаблением защиты. Поэтому необходимо найти наиболее оптимальное сочетание двух этих начал, ибо

⁴⁰⁶Когамов М.Ч. Проект Концепции дальнейшего развития уголовного судопроизводства Республики Казахстан (основные направления). – Астана, 2007. – 35 с.

⁴⁰⁷Сарсенбаев Т.Е. Сделка о признании вины в уголовном процессе РК // Юрист. – 2004. – №10. – С. 45-48.

любой перекокс может привести к весьма негативным последствиям. При решении этого вопроса следует учитывать не только собственный исторический опыт, но и позитивный опыт западных государств, имеющих более развитые демократические традиции применения упрощенных форм судопроизводства, основными из которых являются сделки о признании вины в США и различного рода согласительные процедуры в странах континентальной Европы.

Профессиональные судьи обращают внимание на следующий аспект: почему, принимая решение о возможном проведении сокращенного порядка судебного разбирательства судом с участием сторон при проведении предварительного слушания, законодатель ограничивает возможности суда в период подготовки к судебному разбирательству дела по инициативе суда без участия сторон либо во время главного судебного разбирательства, где присутствуют все участники процесса. По мнению судей, это не противоречит задачам и принципам уголовно-процессуального законодательства и не ущемляет права участников процесса, поскольку этим высвобождает время судей и участников процесса при большом количестве рассматриваемых дел. В поддержку своих аргументов судьи приводят положения п. 1 Нормативного постановления Верховного суда «О рассмотрении судами уголовных дел в сокращенном порядке» от 26 ноября 2004 г., согласно которому рассмотрение уголовных дел в сокращенном порядке повышает оперативность отправления правосудия, уменьшает расходы, связанные с судопроизводством, сокращает судебные издержки, высвобождает время судей и участников процесса.

Более того, ими предлагается упростить составление обвинительного приговора по делам, рассмотренным в сокращенном порядке, исключив ссылку на доказательства, и ограничиться описанием преступного деяния, признанного судом доказанным, с указанием места, времени, способа его совершения, форм вины, мотивов и последствий преступления, показаниями потерпевшего и подсудимого⁴⁰⁸.

Упрощение процессуальной формы – это не слепое подражание западным судебным системам и во многом не имеет ничего общего с менталитетом, потому что многие формы упрощенного судопроизводства имели место в отечественном уголовном процессе. Это и прекращение уголовного дела и уголовного преследования с привлечением виновного к административной ответственности, а также с передачей материалов на рассмотрение товарищеского суда, в связи с деятельным раскаянием и примирением потерпевшего с обвиняемым. Эти процедуры происходили при условии признания обвиняемым своей вины. Одним из возможных направлений развития упрощенных форм судопроизводства будет

⁴⁰⁸ Аширбеков А.И., Сыздыков Б.К. Особенности уголовного судопроизводства // Современные проблемы и тенденции развития уголовного права, криминологии и уголовно-исполнительного права Республики Казахстан: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. В 2-х т. – Караганда: КарЮИ МВД РК им. Б.Бейсенова, 2009. – Т. 1. – С. 74-75.

сокращение судебного следствия в суде присяжных при признании подсудимым своей вины, с согласия обеих сторон, но с обязательным осуществлением допроса подсудимого и сохранением за судом права провести судебное следствие в полном объеме при наличии малейших сомнений в искренности подсудимого.

Одним из серьезных факторов, влияющих на легитимность института сделки о признании вины, является мнение потерпевшего. К сожалению, этот фактор не нашел своего отражения ни в исследуемом институте судопроизводства с участием присяжных заседателей, ни в институте сокращенного судебного следствия, предусмотренного статьей 363 УПК РК 1997 г.

Законодательство должно предусматривать определяющую роль потерпевшего на всех стадиях уголовного судопроизводства следующим образом: наряду с ходатайством обвиняемого о рассмотрении его уголовного дела судом с участием присяжных заседателей необходимо предусмотреть ходатайство потерпевшего при определении формы судопроизводства; при заключении сделки о признании вины между государственным обвинителем и защитником участие потерпевшего должно быть обязательным, с определением механизма возмещения причиненного ему преступлением любого вреда и в полном объеме.

Сложность введения упрощенной формы судопроизводства в суде присяжных при признании вины подсудимым заключается в том, что в законодательстве различных государств, в том числе и Казахстана, оговаривается только подсудность уголовных дел, но не оговаривается, при какой степени признания обвиняемым вины возможно рассмотрение его дела в суде с участием присяжных заседателей. А в законодательстве Российской Федерации, наоборот, независимо от признания или непризнания вины, уголовные дела, по ходатайству обвиняемых рассматриваются судом с участием присяжных заседателей.

Этот аспект С.М. Даровских связывает и с дороговизной суда присяжных, которая может быть преодолена путем снижения количества уголовных дел, рассматриваемых данными судами, но не за счет простого исключения из их подсудности определенных составов, а путем отнесения к подсудности суда присяжных только тех дел о преступлениях, за совершение которых законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше 5 лет, по которым подсудимый не признает свою вину. Свою позицию автор аргументирует тем, что во всех странах, где действуют суды присяжных, они могут рассматривать практически все уголовные дела, но при этом там также широко распространено суммарное производство и заключение сделок о признании вины. Если подсудимый признает свою вину, утрачивается необходимость рассмотрения дела с участием присяжных, предназначение которых – решать вопрос о виновности. В Англии, если подсудимый в судебном разбирательстве с участием присяжных признает себя виновным, «дело как бы изымается у присяжных (аналогичная процедура изъятия дела у присяжных при признании

подсудимым себя виновным существует и в США)⁴⁰⁹.

Как правило, в суде присяжных рассматриваются уголовные дела, где обвиняемые не признают своей вины, и примеров тому приведено достаточно. Если обвиняемый признает свою вину частично или полностью, он в последующем не имеет права на ходатайство о рассмотрении его дела судом присяжных, как это имело место с делом Колоева. Швейцарский суд отклонил ходатайство Колоева о рассмотрении его дела судом присяжных, т.к. на стадии расследования уголовного дела он частично признал свою вину в убийстве авиадиспетчера, по вине которого произошло столкновение самолетов, при котором погибла его семья. В этом случае мы усматриваем несовершенство законов, направленных на обеспечение отправления правосудия в суде с участием присяжных заседателей.

В законодательстве Республики Казахстан должно быть снято данное противоречие путем отнесения к подсудности суда с участием присяжных заседателей только тех уголовных дел, по которым подсудимый не признает себя виновным. Только после этого можно будет ставить вопрос о сокращенном судебном разбирательстве в суде с участием присяжных заседателей. Полагаем, что при таком подходе возникнет необходимость в изменении процедуры назначения главного судебного разбирательства. Отказ обвиняемого от рассмотрения дела судом с участием присяжных заседателей, с его согласия, является основанием для назначения упрощенного порядка судопроизводства с назначением наказания, предусматривающего элементы согласительных процедур о снижении его размера. Если по делу привлекается несколько обвиняемых, то отказ одного из них не влечет изменения процедуры судебного разбирательства с участием присяжных заседателей.

Опрошенные нами респонденты из числа судей и сотрудников правоохранительных органов вопрос о применении согласительных процедур между стороной защиты и обвинения о снижении размера наказания в суде с участием присяжных заседателей до постановления приговора отнесли к институту сделки и 73% посчитали, что он невозможен в суде с участием присяжных заседателей.

Введение особого порядка судебного разбирательства в уголовное судопроизводство России было неоднозначно воспринято в научной среде. Противники указанного порядка производства судебного разбирательства видят в нем опасность осуждения невиновных вследствие пренебрежения требованием достижения объективной истины в уголовном процессе. Подобная процедура рассматривается как несоответствующая основным идеям теории доказательств, в частности положению о том, что признание обвиняемым своей вины может быть положено в основу обвинения лишь при его подтверждении всей совокупностью собранных по делу доказательств. А также отсутствием отработанной процедуры и специальных правил для судьи

⁴⁰⁹ Даровских С.М. Принцип состязательности и равноправия сторон в уголовном процессе России: науч.-практ. пос. – Челябинск: НТЦ-НИИОГР, 2001. – С. 98-99.

при заключении соглашения о признании вины⁴¹⁰. Сторонники нововведений, предусмотренных гл. 40 УПК РФ, единодушно указывая на необходимость четкой законодательной регламентации процедуры проведения судебного разбирательства в особом порядке, в целом отмечают положительную тенденцию изменений законодательства. По их мнению, при надлежащем соблюдении всех предусмотренных законом условий постановление приговора без проведения судебного разбирательства не противоречит целям уголовного судопроизводства.

В постановлении Пленума Верховного суда РФ от 20.13.94. «О некоторых вопросах применения судами уголовно-процессуальных норм, регламентирующих производство в суде присяжных» обращалось внимание, что «если признание подсудимым своей вины не вызывает сомнения и не оспаривается ни одной из сторон, председательствующий с согласия всех участников процесса вправе ограничить разбирательство исследованием лишь тех доказательств, на которые укажут участники процесса, либо объявить судебное следствие оконченным и перейти к прениям сторон. Согласие на такое упрощение судебного следствия государственный обвинитель вправе дать в том случае, когда признание подсудимого полностью соответствует обстоятельствам дела и подтверждается всей совокупностью доказательств. Представляется, что по делам о преступлениях, совершенных в условиях неочевидности, когда обвинение помимо признания подсудимого основывается на косвенных доказательствах, прокурору не следует давать согласия на применение сокращенной процедуры судебного следствия, так как до исследования этих доказательств в суде вряд ли можно сделать вывод о достоверности показаний подсудимого»⁴¹¹.

Однако аргументы противников введения сделки о признании вины выглядят более убедительными и вытекают из объективно сложившейся ситуации. Федеральным законом РФ от 4 июля 2003 года «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс РФ» был расширен круг дел, судебное рассмотрение которых возможно в особом порядке, за счет отнесения к ним уголовных дел о преступлениях, наказание за которые не превышает 10 лет лишения свободы. По мнению противников сделки о признании вины, подобное решение законодателя следует признать поспешным. С.М. Даровских считает, что сокращенная форма судебного следствия при рассмотрении уголовных дел судом присяжных неприемлема

⁴¹⁰Петрухин И.Л. Сделки о признании вины чужды российскому менталитету // Российская юстиция. – 2001. – № 5. – С. 35-37., Володина Л.М. Новые проблемы Российского уголовного процесса // мат-лы междунар. науч.-практ. конф., посв. принятию нового Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. 4-6 февраля 2002 г. – М., 2002. – С. 188-190., Трубникова Т.В. Упрощенные судебные производства в УПК РФ // мат-лы междунар. науч.-практ. конф., посв. принятию нового Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. 4-6 февраля 2002 г. – М., 2002. – С. 191-192., Касаткина С.А. Об особом порядке судебного разбирательства по УПК РФ // Новый Уголовно-процессуальный кодекс России в действии: мат-лы круглого стола. 13 ноября 2003 г. – М., 2003. – С. 179-184.

⁴¹¹О некоторых вопросах применения судами уголовно-процессуальных норм, регламентирующих производство в суде присяжных: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20 декабря 1994 года // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 1995. – № 3. – С. 25.

по следующим основаниям. Во-первых, она возможна тогда, когда подсудимый признает себя виновным, но в этом случае состав суда должен быть иной (три судьи-профессионала, суд с участием народных заседателей); во-вторых, данный порядок нарушает принцип непосредственности судопроизводства, в этом случае фактические обстоятельства дела становятся известны присяжным только из показаний подсудимого и выступлений сторон. При этом сторона обосновывает свою конкретную процессуальную позицию, с вполне допустимыми искажениями и своей интерпретацией доказательств, для отстаивания собственных взглядов на обстоятельства дела. В третьих, требуется с большой степенью осторожности подходить к признательным показаниям подсудимых, не выделять их среди доказательств⁴¹². На наш взгляд, автор противоречит своей ранее выдвинутой позиции об отнесении к подсудности суда присяжных только тех дел, по которым они не признают своей вины, что позволит, в последующем при признании ими вины, отнести их к возможному рассмотрению соглашения о признании вины.

С.А. Пашин, руководствуясь вопросами защиты прав гражданина, выделяет два мотива введения упрощенных форм уголовного судопроизводства – это экономия средств, ресурсов и времени, второе – поощрение обвиняемых и подозреваемых в сотрудничестве со следствием. Но он выделяет и третий мотив, чрезвычайно опасный. Это мотив упрощения процедуры для заведомых врагов, заведомых противников режима. Автор, обращая внимание на пределы упрощения, наказание и обжалование при упрощении, проблемы с точки зрения соблюдения прав человека, делает вывод, что «упрощение форм – это дело неизбежное. Потому что мы при всем нашем желании не располагаем неограниченными ресурсами. Это правильно. Кроме того, для человека важно самостоятельное желание. Если он хочет себя губить, пусть губит. Но мы должны обеспечить минимум процессуальных гарантий, изложенных в международных документах. И мы должны быть уверены, что эти самые признания не исторгнуты пытками»⁴¹³.

По мнению А.В. Смирнова, сделки о признании есть проявление частного-искового правосознания, главная их цель утилитарна – это быстрее «снятие» конфликта ради процессуальной экономии, а также (со стороны обвиняемого) – смягчение наказания. И то и другое весьма далеко от интересов достижения истины. Сделки о признании рассматриваются фактически как «новая приватизация уголовного процесса», т.е. возврат уголовного процесса из публичного статуса в лоно частного-исковой формы. Описанная «приватизация» процесса делается в интересах отнюдь не частных лиц, как это имеет место в гражданском процессе, а фактически – государственных органов, которые вместо того, чтобы примириться с необходимостью «разделения решений» в современном уголовном

⁴¹²Даровских С.М. Принцип состязательности и равноправия сторон в уголовном процессе России: науч.-практ. пос. – Челябинск: НТЦ-НИИОГР, 2001. – С. 101.

⁴¹³Пашин С.А. Упрощенные уголовно-процессуальные формы и обеспечение прав человека в уголовном процессе // Юрист. – 2008. – № 1. – С. 78-82.

судопроизводстве, предпочитают подменять истину правосудия странными ссылками на формальное согласие обвиняемого с уголовной репрессией. Речь идет не о демократизации, а о бюрократизации юстиции. Итоги этой политики не столь обнадеживающие, как считают ее сторонники, указывающие обычно в качестве положительного результата на процессуальную экономию, достигаемую с помощью сделок. Никакая экономия не окупит нарушения прав человека – того, что вызревало веками и, в конце концов, сделало цивилизацию «западного» типа тем, что она есть сегодня. Но именно в этой, гуманитарной области практика сделок вызывает серьезные сомнения. В реалиях нынешней России принятие предложений о легализации сделок о признании вины по американскому образцу, вопреки благим намерениям, может обернуться целым «букетом» злоупотреблений: начиная с откровенного вымогательства и кончая манипуляциями с отчетностью о раскрываемости преступлений. Более перспективным представляется дальнейшее развитие и совершенствование института прекращения уголовного дела в связи с примирением с потерпевшим, который находится в русле медиационных представлений⁴¹⁴. Автор обращает внимание, что осознание негативных последствий сделок в уголовном судопроизводстве наблюдается в США, этот вывод основывается на основании исследований, проведенных Г. Додистел и Р. Холмс, согласно которым ряд американских судов избегают пользоваться сделками о признании вины. Национальная консультационная комиссия по стандартам и задачам уголовного судопроизводства в 1971 году предлагала полностью отказаться к 1978 году от этих сделок, ввиду их несправедливости. В 1975 году районные суды Эль-Пасо (Техас) прекратили практику сделок с участием суда. В результате возросло число дел, рассмотренных в судах с участием присяжных: на 6,4% – в 1975 г., на 9,9% – в 1976 г. и на 16,5% – в 1977 г.⁴¹⁵. Этим и объясняется столь низкий процент уголовных дел рассматриваемых судами присяжных в странах, где институт сделки о признании вины носит распространенный характер.

При подготовке к детальному рассмотрению возможности внедрения института сделки в уголовное судопроизводство Республики Казахстан нами обращалось внимание на необходимость критического рассмотрения доводов, приводимых сторонами в пользу и против данного института. Соразмерить степень влияния института сделки о признании вины на действие международных документов, регламентирующих права и основные свободы человека и гражданина. Обратиться к группе взаимосвязанных между собой современных концепций совершенствования предварительного расследования: оптимизации, эффективности, процессуальной экономии, ускорения, упрощения, систематизации, где имеют место отдельные элементы упрощения, ускорения и отказа от полного объема предварительного расследования по уголовному делу, при проявлении

⁴¹⁴Смирнов А.В. Состязательный процесс. – СПб., 2000. – С. 129-132.

⁴¹⁵Смирнов А.В. Состязательный процесс. – СПб., 2000. – С. 131.

желания к этому сторон и других участников уголовного процесса. Отдельные элементы этих концепций имеют место в структуре и деятельности органов предварительного следствия и при переходе к сокращенным формам судопроизводства легко могут быть трансформированы, т.к. Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года предусматривает в основных направлениях совершенствования уголовно-процессуального права упрощение и повышение эффективности уголовного процесса, в том числе упрощение порядка досудебного производства⁴¹⁶.

Повторим еще раз, что упрощение и право обвиняемого на защиту – это две конкурирующие ценности уголовного процесса, для которых необходимо обеспечить оптимальное сочетание, в противном случае это может привести к негативным последствиям. При решении этого вопроса следует учитывать не только собственный исторический опыт, но и позитивный опыт западных государств, имеющих более развитые демократические традиции применения упрощенных форм судопроизводства, основными из которых являются сделки о признании вины в США и различного рода согласительные процедуры в странах континентальной Европы. Упрощенные формы судопроизводства в суде могут иметь место в результате сокращения судебного следствия при признании подсудимым своей вины, с согласия обеих сторон, но с обязательным осуществлением допроса подсудимого и сохранением за судом права провести судебное следствие в полном объеме при наличии малейших сомнений в искренности подсудимого.

В УПК РК 2014 года имеется раздел 13. Производство по делам, по которым заключено процессуальное соглашение. Глава 63. Процессуальное соглашение, особый порядок его заключения. Статья 612. Досудебное расследование при заключении процессуального соглашения, регламентирует следующие его формы.

1. Расследование уголовных дел в рамках заключенного процессуального соглашения производится:

1) в форме сделки о признании вины - по преступлениям небольшой, средней тяжести либо тяжким преступлениям - в случае согласия подозреваемого, обвиняемого с подозрением, обвинением;

2) в форме соглашения о сотрудничестве - по всем категориям преступлений при способствовании раскрытию и расследованию преступлений, совершенных преступной группой, особо тяжких преступлений, совершенных иными лицами, а также экстремистских и террористических преступлений.

2. Процессуальное соглашение не может быть заключено с лицами, совершившими запрещенное уголовным законом деяние в состоянии невменяемости или заболевшими после совершения преступления

⁴¹⁶Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года: утверждена Указом Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года №858 // Каз. правда. – 2009. – 27 августа

психическим расстройством.

3. Заключение процессуального соглашения не является основанием для освобождения лица от гражданско-правовой ответственности перед лицами, признанными потерпевшими, и гражданским истцом.

Статья 613. Условия для заключения процессуального соглашения в форме сделки о признании вины, предусматривает ряд условий, наличие которых допускает его произвести.

1. Процессуальное соглашение в форме сделки о признании вины может быть заключено при наличии следующих условий:

1) добровольное изъявление подозреваемым, обвиняемым желания на заключение процессуального соглашения;

2) подозреваемый, обвиняемый не оспаривают подозрение, обвинение и имеющиеся по делу доказательства в совершении преступления, характер и размер причиненного ими вреда;

3) согласие потерпевшего на заключение процессуального соглашения.

2. Процессуальное соглашение в форме сделки о признании вины не может быть заключено:

1) в отношении совокупности преступлений, если хотя бы одно из них не соответствует требованиям, предусмотренным настоящей статьей и статьей 612 настоящего Кодекса;

2) если хотя бы один из потерпевших не согласен с заключением процессуального соглашения.

Последствия заключения процессуального соглашения в форме сделки о признании вины изложены в статье 614 УПК РК, которые заключаются в следующем:

1) досудебное производство, завершаемое в сроки, установленные статьей 192 настоящего Кодекса, с момента заключения процессуального соглашения;

2) судебное разбирательство дела в форме сделки о признании вины в соответствии с частью второй статьи 382 и главой 64 настоящего Кодекса, за исключением уголовных дел о преступлениях, совершенных в соучастии, по которым не со всеми подозреваемыми, обвиняемыми, преданными суду, либо подсудимыми заключено процессуальное соглашение о признании вины;

3) лишение потерпевшего, давшего согласие на заключение процессуального соглашения, права в дальнейшем изменять требование о размере возмещения ущерба.

2. Подозреваемый, обвиняемый имеют право отказаться от процессуального соглашения до удаления суда в совещательную комнату для принятия решения.

3. Процессуальное соглашение не лишает потерпевшего и гражданского истца права на предъявление гражданского иска в данном уголовном деле или в порядке гражданского судопроизводства.

4. Отказ сторон от заключения процессуального соглашения не препятствует заявлению ходатайства о его заключении повторно.

Порядок рассмотрения ходатайства о заключении процессуального соглашения в форме сделки о признании вины изложен в статье 615 УПК РК.

1. Подозреваемый, обвиняемый, подсудимый вправе заявить ходатайство о заключении процессуального соглашения в форме сделки о признании вины в любой момент производства по уголовному делу до удаления суда в совещательную комнату. Процессуальное соглашение может быть заключено по инициативе прокурора.

2. Орган, ведущий уголовный процесс, получив ходатайство от подозреваемого, обвиняемого либо защитника о заключении процессуального соглашения о производстве в форме сделки о признании вины, с учетом оснований, предусмотренных статьей 613 настоящего Кодекса, в течение трех суток направляет поступившее ходатайство вместе с материалами уголовного дела прокурору для решения вопроса о заключении процессуального соглашения.

Прокурор истребует дело из органа, осуществляющего расследование, выполняет действия, предусмотренные частью четвертой настоящей статьи, усмотрев в деле возможность заключения процессуального соглашения, предлагает стороне защиты обсудить вопрос о его заключении либо письменно сообщает об отказе в удовлетворении ходатайства.

3. Прокурор при рассмотрении вопроса о возможности заключения процессуального соглашения обязан проверить:

1) подпадает ли деяние, совершенное лицом под процессуальное соглашение о производстве в форме сделки о признании вины;

2) добровольность заявленного лицом ходатайства о заключении процессуального соглашения и осведомленность о последствиях его заключения;

3) лицо не оспаривает собранные доказательства и квалификацию деяния;

4) согласие лица с характером и размером причиненного им вреда и гражданским иском;

5) отсутствие в деле обстоятельств, влекущих прекращение уголовного преследования.

Для выяснения указанных обстоятельств, прокурор вызывает подозреваемого, обвиняемого (требует доставления содержащегося под стражей), его защитника и потерпевшего, у которых выясняет мнение о возможности заключения процессуального соглашения. Лицу, подавшему ходатайство, прокурор разъясняет последствия заключения процессуального соглашения, право отказаться от его заключения.

4. При несогласии потерпевшего процессуальное соглашение не заключается. Если потерпевший согласен, то с учетом его мнения по вопросу возмещения причиненного преступлением вреда прокурор и сторона защиты в разумный срок заключают процессуальное соглашение, которое излагается в письменном виде и подписывается участниками соглашения.

Отказ прокурора от заключения процессуального соглашения обжалованию не подлежит, однако это не препятствует заключению

процессуального соглашения в дальнейшем.

Как видно из положений статьи 615 УПК РК порядок составления процессуального соглашения носит открытый характер. Прокурор, приняв постановление об удовлетворении ходатайства о заключении процессуального соглашения, приглашает подозреваемого, защитника, потерпевшего и составляет процессуальное соглашение.

Процессуальное соглашение подписывается прокурором, подозреваемым, обвиняемым, его защитником. До подписания процессуального соглашения подозреваемый, обвиняемый имеют право наедине и конфиденциально обсудить его положения со своим защитником (ч. 2 ст. 616 УПК РК «Порядок составления процессуального соглашения в форме сделки о признании вины»). Защитник фактически свидетельствует в письменной форме, что процессуальное соглашение между прокурором и подозреваемым было заключено с его участием и, что предусмотренный настоящей статьей порядок заключения процессуального соглашения был соблюден, все условия выдержаны.

Практика судов по рассмотрению уголовных дел в согласительном производстве, в целях обеспечения единства судебной практики и правильного применения законодательства при заключении процессуального соглашения в форме сделки о признании вины и рассмотрении судами уголовных дел в согласительном производстве, получила свое обсуждение на пленарном заседании Верховного Суда Республики Казахстан, результатом которого стало Нормативное постановление Верховного суда Республики Казахстан от 7 июля 2016 года № 4 «О практике рассмотрения судами уголовных дел в согласительном производстве».

В практике судопроизводства с участием присяжных заседателей отсутствуют примеры проведения сокращенного судебного следствия. Возможна ли вообще подобная практика в будущем, трудно прогнозировать. Однако широкое внедрение института сделки о признании вины может повлечь изменение процедуры проведения судебного разбирательства в суде с участием присяжных заседателей.

Упрощение уголовно-процессуальных форм расследования и судебного разбирательства должно происходить в условиях обеспечения социальной справедливости средствами уголовного судопроизводства и возможностями правоохранительных органов и суда. Легитимность согласительных процедур и сокращенных форм судебного разбирательства в суде с участием присяжных заседателей будет усилена при определяющем мнении потерпевшего.

В законодательстве необходимо обозначить определяющую роль потерпевшего на всех стадиях уголовного судопроизводства следующим образом:

- наряду с ходатайством обвиняемого о рассмотрении его уголовного дела судом с участием присяжных заседателей необходимо предусмотреть ходатайство потерпевшего при определении формы судопроизводства;
- в процессе согласительных процедур и сокращенных форм судебного

разбирательства в суде с участием присяжных заседателей между государственным обвинителем и защитником, участие потерпевшего должно быть обязательным, с определением механизма возмещения причиненного ему преступлением любого вреда и в полном объеме.

§ 5. Институт возвращения уголовных дел для дополнительного расследования в призме суда с участием присяжных заседателей

Суд с участием присяжных заседателей требует существенного повышения качества предварительного расследования, государственного обвинения и защиты с точки зрения их всесторонности, объективности и полноты. Учитывая, что уровень следствия в настоящее время далеко не всегда отвечает необходимым требованиям, суд присяжных для правоохранительных органов должен стать определенным гарантом, способствующим повышению качества расследования, что является в настоящее время актуальной проблемой. Гарантии уголовного правосудия непосредственно связаны с деятельностью органов уголовного преследования по раскрытию преступлений, изобличению виновных, привлечению их к уголовной ответственности и суда – по признанию лица виновным в совершении преступления – и назначению ему соответствующего наказания. В качестве таких уголовно-процессуальных гарантий в действующем законодательстве РК выступают установленные законом средства и способы, содействующие успешному осуществлению уголовного судопроизводства, защите прав и законных интересов личности. К числу таких гарантий можно отнести и существующий в казахстанском уголовном процессе институт возвращения прокурором и судом уголовных дел для производства дополнительного расследования.

В порядке ст. 302 УПК РК 2014 г. предусматривающей, решение прокурора по уголовному делу, поступившему с обвинительным актом, по результатам изучения материалов уголовного дела прокурор производит одно из следующих действий, к которым относится п. 3 «направляет уголовное дело лицу, осуществляющему досудебное расследование, для производства дополнительного расследования».

В ст. 323 УПК РК 2014 г. предусматривающей, направление дела судом прокурору, говорится, что «при установлении существенных нарушений уголовно-процессуального законодательства, препятствующих назначению главного судебного разбирательства, а также их установление в главном судебном разбирательстве по делам ускоренного досудебного производства или с заключенным процессуальным соглашением суд возвращает дело прокурору для их устранения».

Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 8 декабря 2017 года № 10 «О некоторых вопросах применения судами норм уголовно-процессуального законодательства по поступившему уголовному делу» гласит, что в целях обеспечения единообразия судебной практики и правильного применения норм главы 41 УПК РК, регламентирующих

назначение главного судебного разбирательства и подготовительные действия к судебному заседанию, пленарное заседание Верховного Суда Республики Казахстан постановило дать следующие разъяснения, в частности п. 21. гласит: «Уголовное дело может быть возвращено прокурору на основании статьи 323 УПК, как по ходатайству сторон, так и по собственной инициативе суда. Ходатайство вправе заявить подсудимый, его защитник и законный представитель, государственный обвинитель, потерпевший и его представитель, гражданский истец и гражданский ответчик, их представители. Решение суда о направлении дела прокурору оформляется постановлением, в котором указывается основание и мотивы возврата дела прокурору, разрешается вопрос об оставлении, изменении, отмене либо продлении меры пресечения в отношении обвиняемого.

В п. 22. говорится «Обратить внимание судов на то, что в порядке статьи 323 УПК возврат дела прокурору с предварительного слушания, за исключением дел об уголовных проступках, допускается лишь при установлении существенных нарушений уголовно-процессуального законодательства, которые не могут быть устранены судом самостоятельно и лишают суд возможности организовать и подготовить назначение главного судебного разбирательства, а также определить его пределы в соответствии со статьей 340 УПК.

В п. 23. говорится, что «Существенными нарушениями уголовно-процессуального закона, препятствующими назначению главного судебного разбирательства, могут быть признаны случаи: по поступившему делу органом расследования не выполнены требования статей 294, 295, 296 и 297 УПК и не принято решение по заявленным ходатайствам сторон или прокурором не разрешена своевременно поданная жалоба стороны на отказ органа расследования в их удовлетворении; прокурор не выразил согласия с обвинительным актом либо данный акт не подписан лицом, его составившим; обвиняемый не предан суду; в постановлении о предании суду указаны не все лица, в отношении которых выдвинуто обвинение и составлен обвинительный акт, при отсутствии в деле в отношении них постановления о прекращении уголовного преследования; допущены ошибки при написании анкетных данных подозреваемого, обвиняемого в постановлении о квалификации деяния подозреваемого, обвинительном акте, постановлении о предании суду, а также если в этих процессуальных документах не указаны конкретная статья, часть и пункт статьи уголовного закона, по которому подозревается лицо; в деле отсутствует опись материалов дела либо список лиц, подлежащих вызову в суд с указанием адресов их проживания (кроме лиц, допрошенных под псевдонимом в порядке статьи 97 УПК и лиц без определенного места жительства); в деле отсутствует документ, удостоверяющий личность подозреваемого лица, содержащегося под стражей; материалы дела исполнены способом, исключающим возможность их полного прочтения и другие нарушения, которые не могут быть устранены судом.

В п. 24. сказано «По смыслу части первой статьи 340 главное судебное

разбирательство допускается только в отношении того подсудимого и в пределах того обвинения, по которому он предан суду. Дело подлежит возврату прокурору с предварительного слушания и в тех случаях, когда вопреки требованиям статей 204, 299 УПК в постановлении о квалификации деяния подозреваемого в обвинительном акте не изложены сведения о событии, времени, месте совершенного уголовного правонарушения, его способе, мотиве, последствиях, квалификации и иных обстоятельствах; обвинение, изложенное в обвинительном акте, не соответствует обвинению, изложенному в постановлении о квалификации деяния подозреваемого; в обвинительном акте не указана квалификация каждого уголовного правонарушения в отдельности при обвинении лица в совершении нескольких уголовных правонарушений, предусмотренных разными статьями, частями или пунктами уголовного закона либо не указана квалификация уголовного правонарушения в отношении каждого подозреваемого при обвинении нескольких лиц в совершении одного уголовного правонарушения».

Подробные разъяснения обусловлены тем, что возвращение уголовного дела органам предварительного следствия и дознания имеет значение для выяснения значимых для разрешения уголовного дела обстоятельств, а с другой – может иметь своей целью восстановление нарушенных прав и законных интересов лиц, вовлеченных в сферу уголовного судопроизводства. Это позволяет сделать вывод о том, что возвращение уголовных дел для дополнительного расследования – это важнейший механизм нейтрализации негативных последствий нарушений и ошибок, допущенных в ходе производства по делу, а также их исправления уполномоченными субъектами уголовного процесса, сущность которого заключается в обеспечении присущими суду и прокурору правовыми средствами строгого соблюдения действующего законодательства в целях обеспечения всестороннего, полного и объективного расследования и вынесения законного и обоснованного решения.

Между тем в теории уголовного процесса имеют место мнения, что институт возвращения уголовных дел для дополнительного расследования изжил себя и требует упразднения⁴¹⁷. Согласно мнения официальных лиц прокуратуры страны, «не меньшую актуальность имеет решение вопроса об упразднении института возвращения уголовных дел на дополнительное расследование с судебных стадий. Наличие такого института приводит к судебной волоките, теряется актуальность и значимость дела, что в конечном итоге нарушает права человека»⁴¹⁸.

Институт возвращения уголовных дел для дополнительного расследования имеет давнюю историю своего существования в уголовном процессе Казахстана. Получение уголовных дел для дополнительного

⁴¹⁷Абельдинов Н. По мировым стандартам // Юрид. газета. – 2005. – 2 сентября.

⁴¹⁸Тусупбеков Р.Т. Правозащитная роль прокуратуры на современном этапе // Правозащитное предназначение органов прокуратуры на современном этапе: мат-лы междунар. Науч.- практ. конф. Алматы, 23-24 ноября 2004 года – Алматы, 2005. – С. 11.

расследования являлось и продолжает быть одним из главных показателей работы органов предварительного расследования. По количеству полученных на дополнительное расследование уголовных дел определяют качество и результативность работы следователей, дознавателей и состояние прокурорского надзора за следствием и дознанием. Статистические данные свидетельствуют, что в среднем ежегодно для дополнительного расследования направляется 9-10 процентов от общего количества дел, поступающих в суды с обвинительным заключением⁴¹⁹. Специалисты, имеющие отношение к предварительному расследованию, знают, насколько неприятен факт вынесения судом постановления о возвращении уголовного дела для дополнительного расследования. Нет необходимости описывать, насколько это болезненный вопрос и сколько возникает вокруг него споров между сторонами уголовного процесса в судебных инстанциях.

Проблемы качества предварительного расследования, а в особенности возвращения уголовных дел для производства дополнительного расследования и вынесения оправдательных приговоров, были предметом пристального внимания практиков и ученых в советский период времени. Более того, возвращение уголовного дела на дополнительное расследование могло носить и характер незаконного. По этому поводу В.И. Илюхин писал, что «для следователя нет ничего обиднее, чем необъективная оценка его труда, и прежде всего необоснованное возвращение дел судами на дополнительное расследование. У каждой необоснованности свои причины. Это и поверхностный подход суда в оценке доказательств, и слабое знание материалов дела, а то и просто каприз, личные амбиции или злоупотребления судьи своим положением. Давления на суд, просьбы к его работникам не стало меньше, просто делается это тоньше. В 1987 году судами страны незаконно возвращено на доследование более 10 тысяч уголовных дел. Эта цифра могла бы быть еще больше, отнесись судьи в кассационных, надзорных инстанциях более объективно к прокурорским протестам»⁴²⁰. Данный вывод имеет под собой основу, по мнению С.И. Гусева, характеризующего советский период, влияние качества предварительного следствия на появление судебных ошибок имеет прямую зависимость. Но в то же время неправильно было бы считать, что судебные ошибки – это следствие лишь брака в работе органов предварительного следствия. Их причинами могут быть: невнимательность или недостаточная профессиональная подготовленность судей, слепое следование обвинительной версии, поспешность в принятии решений, слабое знание судебной практики и руководящих разъяснений Пленума Верховного суда и другие. Вместе с тем судами выявляются факты недобросовестного получения доказательств органами предварительного следствия. Суды в СССР возвращали ежегодно на доследование более 80 тыс. дел и выносили до 3 тыс. оправдательных приговоров⁴²¹. И.Л. Петрухин по этому поводу

⁴¹⁹Уголовный процесс: учебник / Под ред. Гуценко К.Ф. – М., 1997. – С. 278.

⁴²⁰Истина ... И только истина! Пять бесед о судебно-правовой реформе. Проблемы, дискуссии, предложения. – М.: Юрид. лит., 1990. - С. 304.

⁴²¹Истина ... И только истина! Пять бесед о судебно-правовой реформе. Проблемы, дискуссии,

писал: «Критическое отношение суда к материалам расследования, в частности к признанию обвиняемым своей вины – необходимое условие преодоления судебных ошибок»⁴²².

Порядок возвращения уголовного дела на дополнительное расследование в УПК РК 1997 г. был регламентирован в двух нормах УПК. В первом случае прокурор на стадии предания обвиняемого суду, согласно п. 4 статьи 282 УПК РК «Действия прокурора по делу, поступившему с обвинительным заключением», рассматривая поступившее от следователя дело с обвинительным заключением в срок не более десяти суток, производил по нему одно из следующих действий: возвращал дело следователю со своими письменными указаниями для производства дополнительного следствия или пересоставления обвинительного заключения. Статья 303 УПК РК 1997 г. «Возвращение уголовного дела для дополнительного расследования» предусматривала фактически 3 основания направления дела для дополнительного расследования по ходатайству сторон. Первые два основания, указанные в пунктах 1 и 2 ч. 1, предусматривали их производство в стадии судебного разбирательства. В ч. 2 статьи 303 УПК РК описывалось основание, возникающее в ходе предварительного слушания, когда главное судебное разбирательство не назначено.

Вопрос об основаниях возвращения уголовных дел для дополнительного расследования рассмотрен в Нормативном постановлении ВС РК от 13 декабря 2001 года № 19 «О возвращении судами уголовных дел для дополнительного расследования». Суть постановления кратко заключается в следующем: «имеют место и случаи необоснованного направления дел для дополнительного расследования. Несмотря на то, что законом определены исчерпывающие основания, суды возвращают дела для дополнительного расследования по основаниям, не указанным в законе, в том числе из-за неполноты предварительного следствия, при отсутствии ходатайств сторон по инициативе суда со стадии главного судебного разбирательства. Отдельные суды возвращают дела для дополнительного расследования при отсутствии существенных нарушений уголовно-процессуального закона, препятствующих назначению главного судебного разбирательства. Некоторые постановления судов не соответствуют требованиям уголовно-процессуального закона, предъявляемым к процессуальным документам. В постановлениях не всегда указывается, по чьим ходатайствам, по каким основаниям принято решение о необходимости дополнительного расследования дела, не приводятся данные, подтверждающие выводы суда и мотивы принятого решения».

В целях обеспечения права обвиняемых на рассмотрение дела судом с участием присяжных заседателей и правильной и единообразной практики применения норм законодательства, регулирующих производство по делам с

предложения. – М.: Юрид. лит., 1990. - С. 175.

⁴²² Истина ... И только истина! Пять бесед о судебно-правовой реформе. Проблемы, дискуссии, предложения. – М.: Юрид. лит., 1990. - С. 179.

участием присяжных заседателей, было принято нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан № 4 от 23 августа 2012 года «О практике применения судами законодательства, регламентирующего производство по уголовным делам с участием присяжных заседателей», в пункте 5 которого рассматриваемый аспект отражен следующим образом «В ходе предварительного слушания дела прокурор вправе изменить обвинение на менее тяжкое (часть 5 статьи 301 УПК РК 1997 г.). Если это произошло и повлекло изменение подсудности дела, то суд выносит постановление о направлении дела прокурору для пересоставления обвинительного заключения и направления дела в другой суд по подсудности. Таким образом, по итогам предварительного слушания дела суд сначала разрешает вопросы, влекущие: направление дела для дополнительного расследования; прекращение дела; приостановление производства по делу; направления дела по подсудности; направления дела прокурору для составления нового обвинительного заключения в соответствии с новой формулировкой обвинения. Если оснований для принятия вышеуказанных решений не установлено, суд разрешает ходатайство подсудимого о рассмотрении дела с участием присяжных заседателей или без их участия. Суд не вправе отказать обвиняемому в удовлетворении его ходатайства о рассмотрении дела с участием присяжных заседателей».

Т.К. Айтмухамбетов на основе изученных 46 постановлений, которыми отменены постановления судов о направлении дел для дополнительного расследования, констатирует, что суды направляют дела для дополнительного расследования выходя за пределы установленных законом полномочий, допускают оценку доказательств на стадии предварительного слушания дел, органам предварительного следствия предписывают производство действий, которые полномочны и обязаны осуществлять сами суды. Указанное свидетельствует о необходимости законодательного пересмотра содержания ст. 303 УПК РК⁴²³.

По этому поводу вполне справедливо С. Тейман отмечает, что суд, сам, иницируя продолжение следственной деятельности по обоснованию обвинения, по сути, выполняет не свойственную ему обвинительную функцию. Возвращение дела для дополнительного расследования в связи с указанными основаниями при отсутствии соответствующих ходатайств сторон, т.е. если ни обвинение, ни защита не настаивают на этом, может отражать только интересы обвинения, так как тем самым обеспечивается восполнение недостатков именно обвинительной деятельности в ситуации, когда ни прокурором, ни потерпевшим сомнения в доказанности обвинения не устраняются (в том числе в судебном заседании). С точки зрения интересов защиты возвращение дела для производства дополнительного расследования в таких случаях не является необходимым, поскольку при полной или частичной недоказанности, а также сомнительности обвинения

⁴²³ Айтмухамбетов Т.К. Проблемы теории и практики пересмотра приговоров и постановлений судов Республики Казахстан: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. – Алматы, 2004. – С. 37.

защита вправе рассчитывать на вынесение судом оправдательного приговора либо, соответственно, на признание подсудимого виновным в менее тяжком преступлении, чем ему вменяли органы расследования. Суд при этих обстоятельствах обязан следовать принципу презумпции невиновности⁴²⁴.

Каково же отношение к рассматриваемому институту в законодательстве других стран. Сравнительный анализ данной проблемы в уголовно-процессуальном законодательстве Российской Федерации показал, что в УПК РФ норма, предусматривающая возвращение уголовного дела для дополнительного расследования со стадии судебного разбирательства, отсутствует. Но на этапе предварительного слушания (ст. 236 УПК РФ) предусмотрено возвращение уголовного дела прокурору в трех случаях (ст. 237 УПК РФ) для устранения препятствий его рассмотрения судом. Все они связаны с процедурой составления, вручения обвинительного заключения или обвинительного акта, но не оговаривается производство дополнительного расследования. Вместе с тем ученые считают, что устранение указанного института преждевременно и что его следует вновь предусмотреть в уголовно-процессуальном законе, но только в усовершенствованном виде. Этот институт дает реальную возможность обеспечить защиту прав и интересов не только лиц, пострадавших от преступных посягательств, но и обвиняемых, подсудимых, осужденных и не противоречит нормам международного права и Конституции РФ. Это мнение построено на основе примеров из практики, анализа уголовно-процессуального закона, постановлений Конституционного и Верховного суда РФ⁴²⁵. В инквизиционной системе уголовного судопроизводства Голландии (признаваемой самой демократичной страной) дело может несколько раз передаваться из суда первой инстанции к следственному судье, как в старой советской системе. Судебные разбирательства никогда не заканчиваются одним судебным заседанием, а судьи первой инстанции подозрительно относятся к любым свидетелям, которые не были допрошены следственным судьей до суда. Во Франции, где также сохранен институт следственных судей, судья вправе в ходе разбирательства тяжкого преступления смешанным судом или разбирательства менее значительных правонарушений профессиональным судом вынести постановление о проведении новых следственных действий следственным судьей, полицией или членом суда. То же самое, по-видимому, все еще продолжается в Австрии, где еще не упразднен институт следственных судей, несмотря на то, что он подвергается резкой критике⁴²⁶.

⁴²⁴Стивен К. Тейман. Анализ проекта закона Кыргызской Республики «О внесении изменений и дополнений в УПК КР» в свете международного права о правах Человека и сравнительного уголовно-процессуального права. ОБСЕ БДИПЧ. – Варшава, 2004. – С. 59.

⁴²⁵Балакшин В.С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания (важнейшие проблемы в свете УПК Российской Федерации): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09 – Екатеринбург, 2005. – С. 15.

⁴²⁶Стивен К. Тейман. Анализ проекта закона Кыргызской Республики «О внесении изменений и дополнений в УПК КР» в свете международного права о правах Человека и сравнительного уголовно-процессуального права. ОБСЕ БДИПЧ. – Варшава, 2004. – С. 57-58.

Институт возвращения уголовных дел для производства дополнительного расследования сохранен и действует в Европе, несмотря на то, что он критиковался Советом Европы и, на взгляд С.К. Теймана, является серьезным шагом назад на пути к преодолению несправедливостей советского уголовного процесса, т.к. серьезно нарушает принципы состязательности процесса, презумпции невиновности, право на безотлагательное судебное разбирательство, а также право не быть осужденным дважды за одно и то же правонарушение⁴²⁷. Обеспокоенность С.К. Теймана объясняется тем, что этот институт применялся в нескольких делах с участием присяжных с целью недопущения вынесения присяжными оправдательного вердикта. Он приводит пример о деле с участием присяжных, на котором он присутствовал в Москве в 1994 году, которое закончилось осуждением после повторного разбирательства⁴²⁸. Это действительно недопустимо и прямо свидетельствует о том, что направление уголовного дела для дополнительного расследования направлено на сбор новых доказательств, чтобы любыми способами и средствами добиться вынесения обвинительного приговора.

В Соединенных Штатах принцип запрета дважды наказывать за одно и то же преступление прямо запрещает стороне обвинения прерывать судебное разбирательство после его начала для того, чтобы получить новую возможность для сбора подтверждающих вину доказательств или представления доказательств более сочувствующему судье или присяжным. После приведения присяжных к присяге для слушания дела разбирательство дела должно быть непрерывным. Тот же принцип действует после того, как первый свидетель был приведен к присяге в случае разбирательства дела профессиональным судьей. В данном случае приводится пример из дела Крайст против Бретца. Как отметил Верховный суд США: «основополагающая идея (защиты от повторного привлечения к уголовной ответственности за одно и то же преступление), которая глубоко пронизывает по крайней мере англо-американскую систему права, состоит в том, что государству со всеми его ресурсами и властью не должно быть позволено делать несколько попыток обвинить человека в предполагаемом правонарушении, тем самым подвергая его позору, затратам и тяжелым испытаниям, вынуждая его жить в состоянии постоянного возбуждения и неуверенности и увеличивая возможность того, что, будучи невиновным, он может быть признан виновным». Дело Грин против США⁴²⁹.

Таким образом, проблема, кажущаяся снятой в уголовном процессе РФ,

⁴²⁷ Стивен К. Тейман. Анализ проекта закона Кыргызской Республики «О внесении изменений и дополнений в УПК КР» в свете международного права о правах Человека и сравнительного уголовно-процессуального права. ОБСЕ БДИПЧ. – Варшава, 2004. – С. 57.

⁴²⁸ Стивен К. Тейман. Анализ проекта закона Кыргызской Республики «О внесении изменений и дополнений в УПК КР» в свете международного права о правах Человека и сравнительного уголовно-процессуального права. ОБСЕ БДИПЧ. – Варшава, 2004. – С. 58.

⁴²⁹ Стивен К. Тейман. Анализ проекта закона Кыргызской Республики «О внесении изменений и дополнений в УПК КР» в свете международного права о правах Человека и сравнительного уголовно-процессуального права. ОБСЕ БДИПЧ. – Варшава, 2004. – С. 61.

на самом деле преждевременно обострена законодателем, т.к. теперь он обязан реализовать решения Конституционного Суда, чтобы снять возникшие неопределенности в процессуальном законе.

Проблема возвращения уголовных дел для дополнительного расследования как никогда актуальна для уголовного процесса Казахстана. По мнению инициаторов международной научно-практической конференции «Обеспечение конституционных прав граждан в досудебной стадии уголовного процесса», направление судом уголовных дел на дополнительное расследование существенно нарушает права и свободы граждан, гарантированные Конституцией РК, в особенности – на своевременную судебную защиту. Действующий порядок нарушает принципы состязательности и презумпции невиновности, лишая суд позиции беспристрастного арбитра. Правомочие суда возвращать на доследование уголовные дела по собственной инициативе предполагает наличие у него публичных интересов в сфере уголовного преследования. Это воплощается в требовании суда восполнить недостатки предварительного следствия для осуществления качественного обвинения в ходе дальнейшего судебного разбирательства. Предполагается, что отмена института доследования будет происходить поэтапно⁴³⁰. Вместе с тем надо согласиться, что в ситуациях, когда суд в конкретном случае имеет сомнения в доказанности обвинения, которые не представляется возможным устранить, должен вынести оправдательный приговор. Суды, которые в этих случаях вместо вынесения оправдательного приговора направляют дело на дополнительное расследование, заведомо зная, что оно будет прекращено, или, еще хуже, выносят обвинительный приговор, грубо нарушают презумпцию невиновности, разрушают ее краеугольный камень – правило о толковании всех неустранимых сомнений в пользу обвиняемого. Вытекающие из презумпции невиновности положения о том, что обвинительный приговор может быть вынесен при условии несомненной доказанности обвинения и что недоказанность виновности юридически равнозначна доказанной невиновности, имеют абсолютный характер без каких-либо исключений.

Вот такие полярные мнения имеют место по данной проблеме. Приведенный пример поспешности в принятии решения российским законодателем требует взвешенного подхода в Казахстане. К сожалению, уже сегодня имеются сторонники принятия незамедлительного решения по этой проблеме, а тенденции, описываемые некоторыми авторами на страницах периодической печати, могут быть подхвачены и привести к необратимым последствиям. Например, представитель судейского корпуса пишет, что согласно статистике растет количество вынесенных оправдательных приговоров и эту тенденцию можно только приветствовать. Она свидетельствует о принципиальности судей при решении вопроса о виновности или невиновности, повышении требовательности к качеству следствия и дознания и исключении порочной практики направления дела

⁴³⁰Абельдинов Н. По мировым стандартам // Юрид. газета. – 2005. – 2 сентября.

для производства дополнительного расследования по надуманным основаниям. Институт доследования не отвечает велениям времени и должен быть отменен. Суды, исходя из собранных конкретных процессуальных документов, должны осудить или оправдать подсудимого. Это повысит ответственность лиц, отвечающих за предварительное следствие⁴³¹.

Если исходить из таких категоричных мнений, то мы перейдем в другую крайность, и будем приветствовать динамику роста оправдательных приговоров, которая, по мнению вышеуказанного автора, свидетельствует, что «суды постепенно становятся институтами реальной защиты конституционных прав граждан»⁴³². Оправдательный приговор станет критерием результативности деятельности судов различной инстанции, а некоторыми учеными он уже возведен в ранг основного показателя деятельности суда присяжных. И.Л. Петрухин, принимая участие в анализе УПК РФ 2001 года и отмечая его достоинства, пишет: «нельзя не отметить, что в нем удалось сохранить суд присяжных в его дореволюционном составе. Гуманистический характер этого суда видится уже в том, что присяжные выносят 15% оправдательных вердиктов, тогда как обычные суды оправдывают 0,7% подсудимых (до принятия нового УПК этот показатель составлял 0,4% оправданных). Всякое оправдание – это упрек следствию и, значит, требование повышения его качества»⁴³³. Однако при этом автор умалчивает, что Верховным судом РФ отменяется значительная часть оправдательных приговоров, вынесенных на основе вердиктов присяжных. Хуже того, это приводит к разного рода спекуляциям на почве обсуждения реальной независимости судебной власти.

Чтобы получить объективное представление о практике вынесения оправдательных приговоров в судах присяжных России, приведем динамику оправдательных приговоров в суде присяжных, приведенную разными авторами, и официальную статистику. По сведениям С. Пашина, в 1994 году оправдывали 18%. В 1997 году пик оправданий – 23%. В 2001 году спад – 15%. В 2002 году – 9,5%. Автор считает, что по мере развития суда присяжных прокуроры тренируются, следователи лучше собирают доказательства. И в итоге уровень обвинений повышается, а уровень оправданий падает. Но в 2003 году к 9 регионам присоединились остальные, где был введен суд присяжных. Эти новые суды еще не поняли, как работать с присяжными, чтобы они не оправдывали. Поэтому уровень оправданий снова растет. И в 2003 году уже оправдано 14,5%. Сейчас доля оправданий составляет 17%. Более 30% оправдательных вердиктов присяжных заседателей отменяется. Оправдательные вердикты отменяются в 5 раз чаще, чем обвинительные вердикты, из числа обжалованных⁴³⁴.

По данным В.В. Мельника, из 241 лица, судимого судом присяжных, в

⁴³¹ Пирогова Г. Суд – реальный защитник // Юрид. газета. – 2005. – 27 сентября.

⁴³² Пирогова Г. Суд – реальный защитник // Юрид. газета. – 2005. – 27 сентября.

⁴³³ Петрухин И.Л. Защита прав личности по УПК РФ // Новый Уголовно-процессуальный кодекс России в действии: мат-лы круглого стола. 13 ноября 2003 г. – М., 2004. – С. 15.

⁴³⁴ Пашин С. Опыт работы суда присяжных в России // Юрист. – 2008. – №2. – С. 90.

1994 году было осуждено 196 человек, а оправдано 45, тем самым показатель силы репрессии составил 81,3%. В 1995 году из 419 подсудимых присяжными было осуждено 338 человек (80,7%), а оправдан 81 (14,1%), в 1997 году из 880 обвиняемых присяжные осудили 680 лиц (77,3%), в 1998 году из 782 обвиняемых было осуждено 617 человек (78,9%), оправдано 165 (22,1%)⁴³⁵. По официальным данным, в 2000 году было оправдано 118 лиц, что составило 15,2% от общего количества обвиняемых (соответственно было осуждено 84,8%), в 2001 году присяжные оправдали 78 лиц, или 15,6% (осудили 84,3%)⁴³⁶.

С. Пашин обращает внимание на тенденцию многократности отмен оправдательных вердиктов, которые происходят при нарушениях законности⁴³⁷. Механизм многократности объясняется использованием положений ч. 3 статьи 386 УПК РФ, предусматривающих, что «приговор, постановленный на основании вердикта присяжных заседателей и противоречащий ему, подлежит отмене с передачей уголовного дела на новое рассмотрение в суд первой инстанции. В этом случае новое рассмотрение уголовного дела начинается с момента, следующего за провозглашением вердикта присяжных заседателей».

Н. Ковалев приводит цитату из «Индекса Судебной Реформы для Казахстана». «В Казахстане страх судьи за то, что власть с него «спросит», совершенно не сочетается с независимостью, которой обладают судьи во Франции или в Германии. Как и в былые времена, казахстанские судьи в наших городских и областных судах находятся в зависимости от вышестоящих чиновников в Верховном суде. Так, по словам одного из судей Алматинского городского суда, число оправдательных приговоров в данном суде составляет всего 2-3 приговора в год, и они всегда являются очень трудными решениями. Два из оправдательных приговоров, вынесенных этим судьей, были отменены Верховным судом РК, и он был вынужден обратиться в Верховный суд посредством надзорного производства для того, чтобы восстановить их прежнюю силу»⁴³⁸.

Приведенный пример носит голословный характер. С.С. Молдабаев, рассматривая основные направления концепции наказания в XXI веке, пишет, что в 2008 г. оправдано 323 лица (по вступившим в законную силу приговорам), или 0,9% от общего числа осужденных, в 2007 г. – 307 лиц, или 0,9% оправдательных приговоров. Автор считает данный процент очень низким в сравнении с большинством стран мира, где оправдательные приговоры составляют 20-40%⁴³⁹. Согласно статистическим данным

⁴³⁵Мельник В.В. Правозащитный потенциал суда присяжных в зеркале статистики // Уголовное право. – 2000. - № 1. – С. 57.

⁴³⁶Обзор судебной практики рассмотрения уголовных дел с участием присяжных заседателей // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 2002. – № 7. – С. 18-24.

⁴³⁷Пашин С. Опыт работы суда присяжных в России // Юрист. – 2008. – №2. – С. 90.

⁴³⁸Ковалев Н. В поисках независимого и беспристрастного суда присяжных в Казахстане // Юрист. – 2005. – №2. – С. 32.

⁴³⁹Молдабаев С.С. К вопросу о концепции наказания в XXI веке// Современные проблемы и тенденции развития уголовного права, криминологии и уголовно-исполнительного права Республики Казахстан: матлы междунар. науч.-практ. конф. В 2-х т. – Караганда: КарЮИ МВД РК им. Б. Бейсенова, 2009. – Т. 1. – С.

Комитета по правовой статистике и специальным учетам Генеральной Прокуратуры Республики Казахстан, с 1998 по 2003 годы прокурорами и судами возвращено для производства дополнительного расследования 19102 уголовных дела; судами оправдано 642 лица, из них 371 содержались под стражей; в ходе предварительного расследования незаконно привлечено к уголовной ответственности 539 лиц. Т.К. Айтмухамбетов анализируя судебную практику применения института возвращения уголовных дел для дополнительного расследования обращает внимание, что количество возвращаемых для дополнительного расследования дел в соотношении с общим числом рассмотренных судами дел является незначительным. Так, если в 1998 году (начало действия нового УПК РК) для дополнительного расследования возвращено 4761 дел, что составляло 6,5% рассмотренных дел, то в 2002 году оно сократилось до 1461 дела, т.е. более чем в 3,5 раза, а процент к общему числу рассмотренных дел снизился до 1,8 %, что свидетельствует о значительных сдвигах правоприменительной практики судов в освоении данного института⁴⁴⁰.

И эта тенденция появилась не вдруг и не сразу. В практике судов советского периода это уже имело место. С.И. Гусев по этому поводу писал: «сейчас суды смелее идут на вынесение оправдательных приговоров. Если раньше это было вообще редкостью, то в 1986 году таких приговоров было вынесено 1340, в 1987 году – 2206 и в 1988 году – 2395. Если в 1986 году отмена и изменение приговоров вышестоящими судами составляла 3,9% от числа вынесенных (49,8 тыс.), то в 1987 году она выросла до 5,8% (58,3 тыс.), а в 1988 году до 7,5% (56 тыс.). Прекращено по реабилитирующим основаниям в 1986 году 951 дело, в 1987 году – 2565 дел⁴⁴¹. И.Л. Петрухин также констатировал, что за 1986-1989 годы в два – три раза увеличилось число оправдательных приговоров. Это свидетельствует, что суды стали более смелыми и менее зависимыми от позиции органов расследования и прокуратуры. Но все же суды выносят лишь 0,3% оправдательных приговоров. Отмена оправдательного приговора в 80% случаев влечет вынесение обвинительного приговора, тогда как после отмены обвинительного приговора в 80% случаях вновь выносятся обвинительный приговор⁴⁴².

А.А. Демичев на основе сравнения осуществления правосудия по категориям преступлений в дореволюционной России и официальных данных в современный период выводит показатель репрессивности суда присяжных. В 70-е годы XIX века в среднем по России показатель репрессивности составлял порядка 60% для суда присяжных и порядка 80% для коронных судей. В годы кризиса (1878-1889) произошло серьезное

366.

⁴⁴⁰ Айтмухамбетов Т.К. Проблемы теории и практики пересмотра приговоров и постановлений судов Республики Казахстан: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. – Алматы, 2004. – С. 37.

⁴⁴¹ Истина ... И только истина! Пять бесед о судебной-правовой реформе. Проблемы, дискуссии, предложения. – М.: Юрид. лит., 1990. – С. 174.

⁴⁴² Истина ... И только истина! Пять бесед о судебной-правовой реформе. Проблемы, дискуссии, предложения. – М.: Юрид. лит., 1990. – С. 184.

сокращение компетенции и объема юрисдикции суда присяжных, однако на его репрессивности это практически не отразилось – в течение всей истории «суда общественной совести» в России этот показатель сохранялся примерно на одном уровне (только после 1905 года он составлял 55-56%). При этом практически по всем категориям преступлений присяжные подходили к подсудимым более мягко, чем профессиональные судьи. Тем не менее, количество оправданных подсудимых никогда в среднем по стране не превышало количества осужденных, что позволяет говорить о более-менее успешном функционировании суда присяжных в России во второй половине XIX – начале XX века. Автор делает вывод, что репрессивность современного суда присяжных оказалась ниже дореволюционного примерно на 15-20%, а разница в показателях репрессивности суда присяжных и суда из трех профессиональных судей (в 90-е годы ими выносилось от 98,2 до 100% обвинительных приговоров) превысила аналогичный дореволюционный показатель в 2-3 раза и составила в среднем 20%⁴⁴³.

Несмотря на очень небольшое количество уголовных дел, рассматриваемых судом с участием присяжных заседателей в Казахстане, уровень репрессивности его составляет 86%, процент оправдательных приговоров составляет 14%.

В Казахстане в 2007 году областными и приравненными к ним судами с участием присяжных заседателей рассмотрено 36 уголовных дел в отношении 61 лиц. По 33 делам в отношении 58 лиц были вынесены обвинительные приговоры, что составляет 91,6%. По 3 уголовным делам в отношении 3 лиц постановлены оправдательные приговора, что составляет 8,4% от общего количества приговоров.

В 2008 году рассмотрено 42 дела в отношении 78 лиц, По 37 делам в отношении 73 лиц были вынесены обвинительные приговоры, что составляет 88,1%. По 5 уголовным делам в отношении 5 лиц постановлены оправдательные приговоры, что составляет 11,9% от общего количества приговоров.

За 2009 год по состоянию на 1 сентября всего рассмотрено 35 уголовных дел в отношении 69 лиц. По 28 делам в отношении 60 лиц были вынесены обвинительные приговоры, что составляет 80%. По 7 делам в отношении 9 лиц постановлены оправдательные приговоры, что составляет 20% от общего количества приговоров.

Количественные показатели рассмотрения уголовных дел судами с участием присяжных заседателей за период с 2007 по 2012 годы, приведенные ВС РК свидетельствуют о том, что идет рост: рассмотренных дел, осужденных, оправданных⁴⁴⁴. В 2007 году количество дел 36, что составляет 0,6 % от общего количества всех дел, количество подсудимых 62, из которых осуждено - 57 (92%); оправдано - 5 (8%); 2008 г. соответственно

⁴⁴³ Демичев А.А. Сравнительно-правовое исследование суда присяжных в России: история и современность: автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук: 12.00.01. – Нижний Новгород, 2003. – С. 38-41.

⁴⁴⁴ http://supcourt.kz/rus/analitika_i_statistika/analiz/.

42 (0,8%), 78, из которых осуждено - 72 (92,3%), оправдано - 6 (7,7%); 2009 г. 59 (0,1%), 116, из которых осуждено - 101 (87,1%), оправдано - 15 (12,9%); 2010 г. 268 (0,5%), 374, из которых осуждено - 331 (88,5%), оправдано - 43 (11,5%).

В этой связи, определенный интерес вызывает анализ, проведенный в рамках проекта финансируемого Европейским Союзом, о соотношении статистических данных о стабильности приговоров, постановленных судами с участием присяжных заседателей и обычных судов.

Так, нарушения сроков рассмотрения уголовных дел специализированными межрайонными уголовными судами (СМУС) за 10 месяцев 2010 году не допущено. В 2009 году нарушений сроков, установленных процессуальным законом, в целом по стране не имелось. В 2008 году с нарушением сроков рассмотрены 3 дела (0,005%), в 2007 году - 1 дело (0,002%) и все они приходятся на обычные суды.

Возвращены для проведения дополнительного расследования судами первой инстанции: в 2007 году - 711 дел (1,3% от числа оконченных); в 2008 году - 601 дел (1,1% от числа оконченных); в 2009 году - 665 дел (1,2% от числа оконченных).

За 10 месяцев 2010 года СМУС направлено дел для дополнительного расследования 3 дела, что составляет 1,4%, т.е. особой разницы здесь нет.

Количество оправданных лиц (по вступившим в законную силу приговорам): за 2007 год - 307 лиц (0,8% от числа лиц, в отношении которых дела рассмотрены с вынесением приговоров); за 2008 год – 323 лиц (0,8%); за 2009 год – 396 лиц (1,0%).

За 10 месяцев 2010 года, с учетом вступления в законную силу оправдательных приговоров в отношении 22 лиц (было 33 лица, из них на 17 прокурорами принесены протесты и все они были удовлетворены в кассационном порядке, но затем в надзорном порядке в отношении 5 лиц постановления кассационной инстанции отменены и оправдательные приговоры оставлены в силе), данный показатель по СМУС составил 7,9%.

С учетом исключения отмен оправдательных приговоров из общего количества отмененных приговоров по делам СМУС, то отмен приговоров по делам с участием присяжных заседателей по итогам 10 месяцев 2010 года практически нет, тогда как по обычным судам, в 2007 году в апелляционном и надзорном порядках были отменены приговоры местных судов в отношении 325 лиц или 0,6%; в 2008 году – в отношении 297 лиц или 0,5%; в 2009 году – в отношении 249 лиц или 0,4%.

По итогам трех кварталов 2010 года данный показатель в деятельности обычных судов практически не изменился.

Основными причинами отмен оправдательных приговоров явились нарушения при составлении вопросов и незаконном оглашении отдельных сведений присяжным заседателям.

Статистические данные свидетельствуют о достаточно высоком качестве отправления правосудия с участием присяжных заседателей, а

также о стабильности приговоров по делам данной категории. В целом суд присяжных доказал свою состоятельность.

Введение суда присяжных потребовало иных стандартов оформления доказательств; следственные органы избегают суда присяжных, вплоть до уменьшения объема обвинения; уровень объективности у судьи в присутствии присяжных более высокий⁴⁴⁵.

Надо понять, что в уголовном процессе речь идет не только о том, чтобы решить вопрос осудить или оправдать. По поводу оправдательных приговоров С.И. Гусев писал: «Нельзя воспринимать все оправдательные приговоры как чрезвычайное происшествие. Если бы не было оправдательных приговоров, то не было и правосудия. Закон предусматривает этот вид приговора, стало быть, это обычное явление, которое в определенной мере объясняется и повышенной требовательностью судов к материалам следствия. Суды обязаны выносить такие приговоры, которые признавались бы справедливыми и законными не только сегодня, но и через десятки и более лет⁴⁴⁶.

Количество вынесенных оправдательных приговоров не является показателем деятельности суда, и не в этом заключается защита конституционных прав граждан и независимость судебной власти. Но когда речь идет о процессуальных нарушениях, которые порождают сомнения в достоверности полученных доказательств или связанных с нарушением конституционных прав человека, которые не могут быть восполнены, в этом случае позиция органа правосудия оправдана. Однако она представляется необоснованно жесткой, если речь идет о нарушениях, не связанных с достоверностью доказательств, либо таких, которые подлежат восстановлению. Закон обязывает суд строить свое решение не на предположениях, а на исследованных в судебном заседании доказательствах. Отказ подсудимого от своих прежних показаний, когда обвинение ничем другим не подкреплено, безусловно, должен толковаться в его пользу. Эта позиция согласуется с главным принципом отправления правосудия – презумпцией невиновности.

Вместе с тем эта позиция может рассматриваться как отвечающая интересам обвиняемого, но не согласуется с интересами потерпевшего, с положениями Конституции, Конвенции, Международного Пакта «О гражданских и политических правах», Декларации основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотреблений властью, Рекомендации НР (85) Кабинета Министров Совета Европы «О положении потерпевшего в рамках уголовного права и процесса», указывающих на то, чтобы судебные и административные процедуры в большей степени отвечали потребностям жертв преступлений без ущерба для обвинения. На

⁴⁴⁵Поддержка судебной и правовой реформы в Республике Казахстан. Деятельность 3.3.3 Суд присяжных. Отчет судопроизводства в Казахстане с участием присяжных заседателей. Подготовлен Фритцем Дигмайером и Есдаулетовой Галией. Проект финансируется Европейским Союзом. С. 17-18.

⁴⁴⁶ Истина ... И только истина! Пять бесед о судебно-правовой реформе. Проблемы, дискуссии, предложения. – М.: Юрид. лит., 1990. - С. 179.

наш взгляд, спорной является точка зрения А.Н. Ахпанова, считающего, что «при выборе модели судопроизводства мы должны исходить из иной посылки: суды присяжных более склонны к оправданию, чем к обвинению, в то же время как профессиональные судьи в силу ряда объективных факторов предрасположены к обвинительному уклону. Перед нами встает дилемма, но выбор той или иной модели привлечения граждан к отправлению правосудия должен быть обусловлен, прежде всего, интересами подсудимого. При незаконном и необоснованном осуждении профессиональным судом для гражданина могут наступить серьезные, порой необратимые последствия. Тогда как при незаконном оправдании судом присяжных можно повторно поставить вопрос о пересмотре приговора ввиду тех или иных процессуальных нарушений». В этой связи автор считает уместным напомнить известный вариант разрешения дилеммы: лучше оправдать десять виновных лиц, чем осудить одного невиновного⁴⁴⁷.

Судебная власть в этом случае имеет другую позицию, исходя из приведенных выше статистических данных по оправдательным приговорам, вынесенным судом с участием присяжных заседателей в Казахстане в 2007 году. Данные цифры председатель ВС РК комментирует следующим образом, «что касается соотношения количества оправдательных приговоров к общему числу рассмотренных судом присяжных, то, конечно, нас радует, что при вынесении оправдательных приговоров присяжные оказываются более решительными, в этом плане наши ожидания оправдались. Но, с другой стороны, этот факт и настораживает, поскольку, как уже отмечалось, предметом рассмотрения суда с участием присяжных являются особо тяжкие дела, по которым есть жертвы, иногда две и более. Поэтому любой оправдательный приговор заставляет всерьез задуматься о проблеме качества предварительного следствия, ведь речь идет не только о судьбе подсудимых, но и, что не менее важно, о правах потерпевших»⁴⁴⁸.

На том этапе развития уголовно-процессуального законодательства, вполне оправданными были позиции казахстанских ученых и практиков, которые сводились к следующим мнениям. М.Ч. Когамов считал целесообразным сохранение положений ст. 303 УПК РК 1997 г. на этапе предварительного слушания, что позволяло суду вернуть уголовное дело для дополнительного расследования. Изъятие у прокурора права на возвращение уголовного дела на дополнительное расследование позволяло повысить активность прокурорского надзора в ходе расследования и, собственно, качество расследования⁴⁴⁹.

И.Ж. Бахтыбаев также считает, что необходимо рассмотреть вопросы,

⁴⁴⁷Ахпанов А.Н. Необходимость реализации потенциала Конституции Республики Казахстан посредством введения классического суда присяжных // Введение суда присяжных в Республике Казахстан: вопросы теории и практики: мат-лы круглого стола. – Алматы, 2005. – С. 37.

⁴⁴⁸Мами К.А. Вердикт с участием населения – важнейший фактор доверия к суду // Каз. правда. – 2008. – 15 января.

⁴⁴⁹Когамов М.Ч. Возвращение уголовного дела на дополнительное расследование: проблемы повышения эффективности // Правовая культура теории и практики уголовного судопроизводства: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. – Караганда: КарЮИ МВД РК им. Б.Бейсенова, 2005. – С. 8-9.

связанные с упразднением института возвращения уголовных дел для производства дополнительного расследования со стадии главного судебного разбирательства. Необходимо законодательно закрепить норму в законе о возможности возвращения дела судом лишь со стадии предварительного слушания и только при наличии явных, существенных нарушений требований УПК, препятствующих назначению дела в главное судебное разбирательство. Прокуратура осознает, что это означает резкое повышение требовательности к качеству предварительного расследования уголовных дел и прокурорского надзора на досудебной стадии уголовного преследования⁴⁵⁰.

Необходимость разрешения рассматриваемой проблемы вытекала из объективно сложившейся ситуации в условиях судопроизводства с участием присяжных заседателей.

Согласно статистических сведений МВД РК в 2018 году приняты 930 решений о возвращении прокурорами 886 уголовных дел на дополнительное расследование (за 2017 г. — 867), снижение на 7,3%. Количество лиц, чьи конституционные права нарушены, составило — 530 (за 2017 год — 361), рост на 46,8%, из них число лиц, в отношении которых уголовные дела либо уголовное преследование прекращены по реабилитирующим основаниям — 384, по предварительным данным оправдано судом — 146 лиц.

Представленные статистические данные по нашему мнению достаточно хорошо характеризуют данный институт. Институт возвращения уголовных дел для дополнительного расследования, на этапе принятия решения прокурором по поступившему уголовному делу и предварительного слушания, реально позволяет выявить недостатки предварительного следствия и устранить их. Это является реальной защитой конституционных прав граждан, когда виновные будут наказаны, а невинные избегут незаслуженного наказания.

⁴⁵⁰Бахтыбаев И.Ж. Прокуратура в правовой системе Республики Казахстан // Правозащитное предназначение органов прокуратуры на современном этапе: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. г. Алматы, 23-24 ноября 2004 г. – Алматы, 2004. – С. 63.

Глава 3. Особенности производства в суде с участием присяжных заседателей

§ 1. Подсудность уголовных дел суду с участием присяжных заседателей

Правила о подсудности основаны на конституционном принципе равенства граждан перед законом и судом (ст. 14 ч. 1 Конституции РК). Уголовные дела рассматриваются только теми судами, которым они подсудны. Подсудность – это общее понятие, обеспечивающее четкое разграничение компетенции судов различных звеньев судебной системы и судов одного и того же звена. Строгое соблюдение правил подсудности обеспечивает правильное осуществление правосудия. Это правило обеспечено нормой закона, предусматривающей, что «всякое уголовное дело может быть рассмотрено только законным, независимым, компетентным и беспристрастным составом суда, что обеспечивает соблюдение установленных УПК РК правил: определение подсудности конкретных дел; формирование состава суда для рассмотрения конкретных уголовных дел (ч. 2 ст. 51, ст. 52 УПК РК 2014 г.).

Суд присяжных в Казахстане исходит из конституционного строя нашей страны и имеет свои отличительные особенности. На 3 съезде судей Казахстана 6 июня 2001 года Глава государства поставил приоритетную задачу, стоящую перед судебной системой: «Реализация на практике предусмотренного Конституцией принципа отправления правосудия с участием присяжных заседателей. Начать с тяжких преступлений, по которым предусматривается смертная казнь»⁴⁵¹.

На первом этапе указанная подсудность была вполне целесообразна, последующее ее расширение влечет необходимость образования судов с участием присяжных заседателей в районных судах, что вызовет большие затруднения, т.к. причиной этого является недостаток финансовых средств, отсутствие типовых помещений, а главное, неуккомплектованность квалифицированными судебными кадрами. Этот вопрос требует проработки, необходимости расчета возможности обеспечения будущей работы организационно, кадрами, материально-технически и, может быть, даже способности обеспечить отбор присяжных. Очень много дел областной подсудности рассматривалось не в областных центрах, а выездным составом суда. Поэтому и организационную работу требовалось проводить в судах республики, без разделения на первоочередность оснащения областных судов.

Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам

⁴⁵¹Дневник 3 съезда судей Республики Казахстан // Тураби. – 2001. – №3. – С. 2.

введения уголовного судопроизводства с участием присяжных заседателей» на первоначальном этапе введения судопроизводства с участием присяжных заседателей в РК определил его подсудность исходя из конституционных положений, что было вполне оправданно. В статье 543 УПК РК 1997 г. «Подсудность дел суду с участием присяжных заседателей в областном и приравненном к нему суде» в части 1 было определено: «Суд с участием присяжных заседателей рассматривает дела о преступлениях, указанных в части второй статьи 291 УПК РК, за исключением дел о применении принудительных мер медицинского характера к лицам, совершившим указанные в части второй статьи 291 УПК деяния в состоянии невменяемости либо заболевшим душевной болезнью после их совершения». Определение подсудности уголовных дел областному и приравненному к нему судам вытекало из предметного (родового) признака подсудности. В части 2 статьи 291 УПК РК приводился перечень 17 составов преступлений, подсудных областному и приравненному к нему суду по первой инстанции, санкция которых предусматривала смертную казнь за совершение этих преступлений. В момент введения судопроизводства с участием присяжных заседателей законодатель предусматривал подсудность уголовных дел, за совершение которых закон предусматривал исключительную меру наказания или пожизненное лишение свободы. Из указанных 17 преступлений за совершение 11 из них смертная казнь могла быть применена лишь в том случае, когда они совершены в военное время или в боевой обстановке. В мирное время в правоприменительной практике существовала возможность применения смертной казни только за совершение 7 преступлений: убийство при отягчающих обстоятельствах (ч. 2 ст. 96 УК); геноцид (ст. 160 УК); наемничество (ч. 4 ст. 162 УК); государственная измена (ст. 165 УК); посягательство на жизнь Президента Республики Казахстан (ст. 167 УК); диверсия (ст. 171 УК); посягательство на жизнь лица, осуществляющего правосудие или предварительное следствие (ст. 340 УК). По мнению судей, «согласно статистике, уголовных дел, по которым предусматривается наказание в виде смертной казни, рассматривается около 800 в год. В перспективе, горизонты такой подсудности могут быть расширены»⁴⁵².

Сотрудниками Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации был исследован вопрос, насколько районные суды подготовлены к работе с присяжными заседателями и насколько подготовлены к этому сами судьи. Судьи имели различный стаж работы и, следовательно, различный профессиональный опыт и уровень. Около половины из них (49%) проработали около 5 лет, треть (33%) имела стаж работы от 5 до 10 лет и только 18% работали более 10 лет. На вопрос, считают ли они себя достаточно подготовленными для рассмотрения дел с участием присяжных заседателей, только 12% судей ответили положительно, а 88% – отрицательно. Учитывая, что среди респондентов были в основном судьи первичного судебного звена, перед

⁴⁵²Абельдинов Н. Присяжные скоро вступят в права // Юрид. газета. – 2006. – 31 марта.

ними был поставлен вопрос о целесообразности введения суда присяжных в районных судах. Почти треть опрошенных (31%) посчитала это целесообразным. Среди судей со стажем работы до 5 лет их число составляет 30%, от 5 до 10 лет – 36%. У судей, проработавших более 10 лет, отношение к суду присяжных более осторожное. Только 30% из них считают оправданным введение суда присяжных в районных судах. Скорее положительно, чем отрицательно, восприняли эту идею 25% судей. 35% опрошенных к введению суда присяжных относятся отрицательно, 17% респондентов считают дальнейшее распространение этого института в Российской Федерации не нужным.

Более половины судей – 56% – считают оправданным распространение юрисдикции суда присяжных на другие регионы, в том числе и на районные суды. Опрос показал, что серьезным препятствием к введению суда присяжных является отсутствие соответствующих условий для работы (обеспечение помещением, организация питания, проживания). В этом отношении в первую очередь районные суды находятся на очень низком уровне. Это обстоятельство следует учитывать, решая вопрос о реальной возможности введения суда присяжных в более широких масштабах.

Последующие обследования показали, что и суды субъектов Федерации далеко не всегда располагают материальными возможностями для проведения заседаний суда присяжных, в связи с чем распространение суда присяжных на новые регионы России задерживается⁴⁵³. Перспектива рассмотрения уголовных дел судом с участием присяжных заседателей в районном и приравненном к нему суде была реальна, и к ней следовало подходить с позиций, которые были выявлены в ходе опросов судей, проведенных в Казахстане и России.

Например, в судебной системе Швеции районные суды играют ведущую роль и рассматривают все уголовные и гражданские дела независимо от степени тяжести уголовного преступления и суммы иска по гражданским делам. На уровне первой инстанции существует около ста районных (или сессионных) судов. Они различаются по численности судей, по числу судей, имеющих высшее юридическое образование, и количеству служащих. В шведской судебной системе суды первой инстанции играют ведущую роль. Формально, нет установленных ограничений для их юрисдикции по делам в различных областях права, и рассмотрение всех уголовных и гражданских дел начинается в суде первой инстанции, независимо от серьезности совершенного уголовного преступления или суммы претензий в гражданских делах. Большинство уголовных дел и дел в области семейного права рассматриваются в судах первой инстанции в составе одного председателя (судьи с высшим юридическим образованием) и трех или пяти присяжных заседателей («нэмндеман») в зависимости от серьезности совершенного

⁴⁵³Гравина А.А., Кашепов В.П., Сырых В.М. Эффективность законодательства о суде присяжных // Эффективность закона (методология и конкретные исследования). Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. М. 1996. – С. 101-102, 105-106.

преступления. Присяжные заседатели избираются из числа местных жителей, имеющих право быть избранными, сроком на три года местными советами уполномоченных. Большинство заседателей переизбираются повторно и со временем приобретают значительный опыт. Каждый присяжный заседатель занят в суде около десяти дней в году. Работа присяжных Швеции отличается от деятельности жюри присяжных в англо-американской и континентальной судебных системах. Шведские присяжные заседатели участвуют в вынесении приговора, разрешении определенных конкретных проблем и вопросов закона, обсуждают с судьей различные тонкости. Они могут отклонить приговор суда, высказать особое мнение при вынесении приговора⁴⁵⁴.

Схожая ситуация в судебной системе Финляндии. В качестве низшего звена судебной системы в Финляндии действуют окружные и городские суды. Они рассматривают по первой инстанции все гражданские и подсудные им уголовные дела. Около 150 окружных судов функционируют в сельской местности. Окружной суд состоит из профессионального судьи и 5-7 непрофессиональных судей (ассессоров). Городской суд обычно состоит из 3 профессиональных судей во главе с председателем⁴⁵⁵.

О. Боботов пишет, что согласно концепции судебной реформы в Российской Федерации, при районном федеральном суде будет действовать суд присяжных заседателей в составе двенадцати человек для рассмотрения дел о преступлениях, влекущих наказание от одного года до десяти лет, в тех случаях, когда подсудимый требует рассмотрения дела судом присяжных. Это положение концепции вызывает у него сомнение, в связи с тем, что оно расширяет подсудность судов присяжных. Автор считает, что на первом этапе можно ограничиться подсудностью судов с присяжными заседателями делами, по которым подсудимому грозит смертная казнь или лишение свободы на срок более десяти лет. Не нужно спешить, следует накопить опыт и в зависимости от этого решать вопрос о расширении подсудности судам присяжных⁴⁵⁶.

Вместе с тем проблема не только в готовности или наличии опыта рассмотрения уголовных дел в суде присяжных. Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации ставит вопрос о корректировке круга составов преступлений, подсудных суду присяжных заседателей, в связи с массовыми и грубыми нарушениями прав человека в рядах вооруженных сил. Исходя из этого он представляет необходимым рассмотрение коллегией присяжных заседателей уголовных дел, связанных с воинскими преступлениями, предусмотренными главой 33 УК Российской Федерации, подсудных гарнизонным военным судам. Это особенно касается рассмотрения таких составов, как самовольное оставление части или места службы (ст. 337 УК РФ), дезертирство (ст. 338 УК РФ), уклонение от

⁴⁵⁴Чекунов С.А. Юридическая система Швеции // Закон и право. – 2004. – №5. – С. 76-77.

⁴⁵⁵Ткачева Н.В. Уголовное судопроизводство зарубежных государств. – Челябинск, 2006. – С. 167-168.

⁴⁵⁶Боботов О.С. Суд присяжных в новой системе судебной организации Российской Федерации // Гражданин и право. – 2000. – №4 (октябрь). – С. 56.

исполнения обязанностей военной службы путем симуляции болезни или иными способами (ст. 339 УК РФ). Такой шаг послужит дополнительной гарантией для военнослужащих от предвзятости суждений и ведомственных интересов⁴⁵⁷.

Аналогичные составы преступлений, предусмотренных статьями 337, 338, 339 УК Российской Федерации, относятся к подсудности суда с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан – самовольное оставление части или места службы (ст. 441 УК РК 2014 г.), дезертирство (ст. 442 УК РК 2014 г.), уклонение или отказ от несения воинской службы (ст. 443 УК РК 2014 г.). За совершение двух последних преступлений предусмотрено наказание в виде смертной казни.

При всех положительных качествах института присяжных заседателей не следует исключать из внимания и другие мнения, имеющие место в отношении его. Л.Б. Алексеева считает, что в Америке и Англии складывается тенденция постепенного ограничения компетенции суда присяжных, чтобы изъять наиболее сложные дела, в которых они не могут разобраться. Эту тенденцию прошли все европейские страны⁴⁵⁸. Некоторые авторы приводят примеры из личного общения с иностранными представителями о положении суда присяжных в развитых странах. Е.П. Ищенко пишет, что ответственный сотрудник Министерства юстиции США на вопрос, как зарекомендовал себя в их судебной системе суд присяжных, объяснил, что этот институт у них применяется крайне редко ввиду его дороговизны, ненадежности, затянутости сроков рассмотрения. Представитель Верховного Суда США на встрече с коллегами в Москве выразился еще более определенно, пояснив, что суд присяжных навязан нам для того, чтобы сломать советскую тоталитарную судебную систему, в США же от него практически отказались. И, наконец, функционер департамента лорд-канцлера, ответственный за назначение высших судей Британского королевства, на вопрос о качестве работы суда присяжных в этой колыбели демократии ответил безапелляционно: «Это анахронизм». Далее автор делает вывод, что главу 42 из УПК РФ следует исключить, ибо введение суда присяжных может только ухудшить российскую судебную систему. С теми задачами, которые разработчики УПК ставили перед судом присяжных, гораздо лучше справится коллегия из трех судей федерального суда общей юрисдикции, предусмотренная ч. 3 ст. 30 УПК РФ»⁴⁵⁹.

На первоначальном этапе введения судопроизводства с участием присяжных заседателей законодатель критерием подсудности уголовных дел

⁴⁵⁷Лукин В.П. Проблемы совершенствования деятельности суда присяжных в современной России: Специальный доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации. – М.: ИД «Юриспруденция», 2004. – С. 28.

⁴⁵⁸Лукин В.П. Проблемы совершенствования деятельности суда присяжных в современной России: Специальный доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации. – М.: ИД «Юриспруденция», 2004. – С. 25.

⁴⁵⁹Ищенко Е.П. О суде присяжных // мат-лы междунар. науч.-практ. конф., посв. принятию нового Уголовно-процессуального кодекса РФ. 4-6 февраля 2002 г. – М., 2002. – С. 207.

суду с участием присяжных заседателей взял санкцию в виде смертной казни. Санкция остается основным критерием отнесения преступлений к той или иной категории и при определении подсудности уголовных дел. Предполагаемые прогнозы расширения подсудности суда с участием присяжных заседателей свидетельствуют, что она может быть расширена за счет других особо тяжких и тяжких преступлений.

В УК РК 2014 года преступлений небольшой тяжести 139, средней тяжести 206, тяжких 181, особо тяжких 65. В силу качественных и количественных характеристик указанных деяний, в целом определяющих их общественную опасность, возможно отнесение к подсудности суда с участием присяжных заседателей указанных 181 тяжких преступлений, к уже рассматриваемым особо тяжким преступлениям.

Общественная опасность – материальный признак преступления, раскрывающий его социальную сущность, закрепленный в законе и, следовательно, имеющий правовое значение. Это свойство по своему характеру объективно и неизменно, его наличие или отсутствие не зависит ни от воли законодателя, ни от воли органа, применяющего закон. Это положение не противоречит тому, что от законодателя зависит отнесение конкретных деяний к числу преступлений, а от органа, применяющего закон, – оценка совершенного деяния как общественно опасного. Законодатель и правоприменительный орган в своей оценке исходят из учета характера сложившихся в обществе отношений и того, в какой мере те или иные деяния противоречат этим отношениям⁴⁶⁰. Наши предположения о расширении подсудности уголовных дел суду с участием присяжных заседателей носят достоверный характер, т.к. указанная выше совокупность признаков, характеризующих эту категорию преступлений, строится именно на общественной опасности этих деяний. Эта точка зрения в настоящее время превалирует именно среди тех, кто осуществляет правосудие.

Институтом законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации было проведено исследование, задачей которого было изучение общественного мнения о создании и деятельности суда присяжных, мнения судей о возможности расширения сферы юрисдикции суда присяжных как по горизонтали (создание судов присяжных в новых регионах РФ на уровне субъектов Федерации), так и в иных звеньях судебной системы, а также возможности расширения объема подсудности суда присяжных и прав обвиняемых на выбор этой формы судопроизводства. При ответе на вопрос, какие социально-правовые факторы препятствуют успешному решению задач, поставленных перед судом присяжных, лишь 12% судей назвали незначительный круг дел, отнесенных на рассмотрение такого суда. Казалось бы, подавляющее большинство судей согласны с тем, как подсудность суда присяжных определена в Законе. Однако при вычленении этого вопроса в самостоятельный обнаруживается

⁴⁶⁰Жунусов Б.Ж. Уголовное право Республики Казахстан (Общая часть). – Алматы, 1997. – С. 47.

значительный разброс во мнении: 18% опрошенных полностью согласны с законодательной регламентацией; 27% полагают, что подсудность следует расширить, а 15% – что, наоборот, сократить. Таким образом, почти треть опрошенных судей считает целесообразным расширение подсудности суда присяжных и предлагает проводить его по нескольким критериям: по признаку суровости санкции уголовно-правовой нормы (39%), по степени общественной опасности преступления (38%). Передача на рассмотрение присяжных дел с учетом интереса населения к совершенному преступлению и ходу следствия не получила достаточной поддержки (12% всех опрошенных), как и предложение о сведении подсудности судов присяжных лишь к делам с возможным применением высшей меры наказания⁴⁶¹.

По мнению К.А. Мами, было бы неправильно передавать на рассмотрение суда с участием присяжных заседателей дела, подсудные областными судами, из-за того, что санкция закона предусматривает исключительную меру наказания – смертную казнь. Рассмотрение уголовного дела в суде с участием присяжных заседателей должно быть волеизъявлением обвиняемого, то есть основанием для рассмотрения уголовного дела судом с участием присяжных заседателей является только ходатайство обвиняемого об этом⁴⁶². С.З. Зиманов отмечал, что «первоначально присяжные должны участвовать в судебных заседаниях, на которых рассматриваются уголовные дела с возможным вынесением смертного приговора или пожизненного заключения. На втором этапе нужно расширить зону действия присяжных судов на все уголовное судопроизводство, в котором рассматриваются дела по тяжким преступлениям»⁴⁶³. Т.Е. Сарсенбаев, анализируя нормы законодательства, регламентирующего подсудность суду с участием присяжных заседателей, обращает внимание на упущение законодателя, который на первоначальном этапе отнес к подсудности суда с участием присяжных заседателей только преступления, санкция которых предусматривала смертную казнь. Автор аргументирует, что суду с участием присяжных заседателей, в зависимости от волеизъявления обвиняемого (подсудимого), должны быть подсудны все без исключения тяжкие и особо тяжкие преступления⁴⁶⁴.

Рассмотрим эти вопросы более обстоятельно. Фактически на первоначальном этапе подсудность уголовных дел определена. Вместе с тем с положениями статьи 75 ч. 2 Конституции Республики Казахстан, определяющими, что в случаях, предусмотренных законом, уголовное судопроизводство осуществляется с участием присяжных заседателей, тесно

⁴⁶¹Гравина А.А., Кашепов В.П., Сырых В.М. Эффективность законодательства о суде присяжных // Эффективность закона (методология и конкретные исследования). Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. М. 1996. – С. 92, 107.

⁴⁶²Мами К.А. Ведение судопроизводства с участием присяжных заседателей в Казахстане // Вестник КазНУ. Серия юридическая. – 2002. – №1 (26). – С. 47.

⁴⁶³Зиманов С.З. Используя научные подходы // Каз. правда. – 2003. – 30 апреля.

⁴⁶⁴Сарсенбаев Т.Е. Институт присяжных заседателей в Республике Казахстан // Законодательные основы введения института присяжных заседателей в Республике Казахстан: Сборник материалов международной научно-практической конференции. – Астана, 2007. – С. 92.

взаимосвязаны положения части 2 статьи 13 Конституции РК предусматривающие право каждого гражданина на судебную защиту своих прав и свобод. Эти положения, в свою очередь, являются определяющими для двух важных моментов: нет никаких оснований для ограничения права любого человека и гражданина на рассмотрение его уголовного дела с участием присяжных заседателей; в соответствии с пунктом 3 статьи 39 Конституции Республики Казахстан ни в каких случаях не подлежит ограничению право, предусмотренное статьей 13 Конституции РК⁴⁶⁵. Указанные положения являются основанием для того, чтобы подсудность уголовных дел суду с участием присяжных была расширена в соответствии с конституционными положениями. В связи с этим абсолютно верно Р.Н. Юрченко считает, что нельзя одним обвиняемым предоставлять право на рассмотрение дела с участием присяжных заседателей, а другим устанавливать запрет. Если целью введения судопроизводства с участием суда присяжных является необходимость укрепления гарантий прав личности, стремление оградить невиновного человека от необоснованного осуждения, то почему же тогда такое право должно предоставляться только тем, кто обвиняется в совершении тяжкого или особо тяжкого преступления? Тем более что в главе 4 УПК РК, регламентирующей порядок реабилитации и компенсации вреда, причиненного необоснованным привлечением к уголовной ответственности и осуждением, не делается различия между лицами, незаконно обвинявшимися в совершении преступлений различной тяжести. Этим как раз и подчеркивается принцип равенства каждого перед судом⁴⁶⁶. Далее автор предлагает подумать о том, чтобы с участием присяжных могли рассматриваться и те уголовные дела, по которым могут приниматься решения о помещении лиц в психиатрический стационар с целью применения принудительных мер медицинского характера, а также о признании лица невменяемым и применении к нему принудительных мер медицинского характера. Это предложение обосновывается тем, что признание лица невменяемым и применение к нему в связи с совершением общественно опасного деяния принудительных мер медицинского характера, по сути, исключает человека из сферы социальной и общественной жизни. Даже после прекращения применения принудительных мер медицинского характера такое лицо навсегда утрачивает доверие к его дееспособности⁴⁶⁷. Автор предлагал категорию дел, подсудных по первой инстанции Верховному Суду, предусматривающей рассмотрение дел о преступлениях высокопоставленных должностных лиц, передать в подсудность суда с участием присяжных. Это исключило бы ставшие модными утверждения о том, что их привлечение к уголовной ответственности и осуждение связано с

⁴⁶⁵Когамов М.Ч. Проект Концепции дальнейшего развития уголовного судопроизводства Республики Казахстан (основные направления). – Астана, 2007. – 35 с.

⁴⁶⁶Юрченко Р.Н. Приветственное выступление на конференции // Вопросы и пути реализации создания института суда присяжных в Республике Казахстан: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. г. Алматы, 25-26 ноября 2002 г. // Предупреждение преступности: криминологический журнал. – 2003. – № 1. – С. 28.

⁴⁶⁷Юрченко Р.Н. Там же. С. 28.

политической или общественной деятельностью, но не в связи с совершением уголовно наказуемых деяний⁴⁶⁸. Последнее предложение могло быть реализовано в тот период, когда Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный и Гражданский процессуальный кодексы Республики Казахстан по вопросам разграничения подсудности» от 30 декабря 2005 года предусматривал, что Верховный Суд Республики Казахстан действует в качестве суда апелляционной и надзорной инстанции (статья 292 УПК РК 1997 г.).

Положения статьи 546 УПК РК 1997 г. «Ходатайство о рассмотрении дела судом с участием присяжных заседателей» предусматривали, что «осуществление уголовного судопроизводства в соответствии с правилами, предусмотренными УПК, производилось по ходатайству обвиняемого о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей. При ознакомлении обвиняемого со всеми материалами дела по окончании предварительного следствия следователь обязан разъяснить ему право ходатайствовать о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей, а также правовые последствия удовлетворения такого ходатайства, включая особенности обжалования и рассмотрения жалоб на приговоры суда с участием присяжных заседателей. Обвиняемый имеет право заявлять указанное ходатайство только при объявлении ему об окончании предварительного следствия и предъявлении для ознакомления всех материалов дела. В дальнейшем ходатайство обвиняемого о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей не принимается. Обвиняемый вправе отказаться от заявленного ходатайства о рассмотрении его дела с участием присяжных заседателей до проведения предварительного слушания и в ходе предварительного слушания. Отказ обвиняемого от ходатайства о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей после его подтверждения в ходе предварительного слушания не принимается».

Из этого вытекает, что рассмотрение уголовного дела в суде с участием присяжных заседателей – это действительно конституционное право гражданина, предусмотренное ст. 77 ч. 3 п. 4 Конституции Республики Казахстан, гласящей, что «Никому не может быть без его согласия изменена подсудность, предусмотренная для него законом». Гражданин, совершивший преступление, перечисленное в ч. 2 ст. 291 УПК РК 1997 г., обязан быть судим областным и приравненным к нему судом в составе трех профессиональных судей (ч. 2 ст. 58 УПК РК 1997 г.). В этом случае действует предметный (родовой) признак подсудности.

С 1 января 2007 года положения статьи 546 УПК РК 1997 г. внесли существенные коррективы в определение подсудности, т.к. определяющим при определении суда первой инстанции по делам, которые могли быть рассмотрены в суде с участием присяжных заседателей, стало ходатайство

⁴⁶⁸ Юрченко Р.Н. Там же. С. 28.

обвиняемого о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей либо его отказ от этого права. Эти положения позволяли судить о том, что предметный признак подсудности уже не являлся основополагающим.

В данном случае речь идет о признаке подсудности, который вытекает из определяющего мнения граждан. В Уголовно-процессуальном праве существует ряд институтов, где законодателем предусмотрено, что мнение граждан должно быть определяющим, в целях ограничения вторжения государства в частную жизнь граждан. Предоставление гражданам возможности самим определять необходимость либо ненужность возбуждения уголовного преследования. Теперь это имеет место и в суде с участием присяжных заседателей. Считаю, что нужно говорить о признаке подсудности, который следует именовать добровольным.

Признак добровольной подсудности имел место после Октябрьской революции 1917 года в зависимости от влияния сторон на выбор того или иного суда. Ранее в дореволюционном праве добровольная подсудность также имела место⁴⁶⁹. Добровольная подсудность имела место в зависимости от усмотрения сторон (потерпевшего – в уголовном процессе). Однако стороны могли выбирать для рассмотрения своего дела лишь такой суд, который компетентен на рассмотрение данного круга дел, то есть без превышения предметной подсудности. Добровольная подсудность чаще всего применялась как разновидность территориальной подсудности для выбора надлежащего суда среди одноименных судов, но иногда допускалось ее применение и при выборе судов, относящихся к различным типам. Так, например, в первые годы существования Советской власти среди мусульманского населения большой популярностью пользовались нормы религиозного и обычного права шариата и адата, а также суды, проводившие в жизнь это право – суды казиев и биев. Ликвидировать эти суды в административном порядке было нецелесообразно, так как это могло породить недовольство мусульманского населения. Для разоблачения местных эксплуататоров и ликвидации недоверия к советскому народному суду нужна была особая политика, рассчитанная на учет местных условий, быта и нравов населения. С этой целью наряду с местными шариатскими, адатскими, аксакальскими судами Советское государство учредило советский народный суд, который в своих решениях руководствовался нормами законов Советского правительства и правосознанием судей, избранных из коренного трудящегося населения. Распределение дел между этими двумя, совершенно различными системами судов осуществлялось по принципу добровольной подсудности⁴⁷⁰.

В настоящий период времени признак добровольной подсудности отсутствует в уголовном процессе теоретически, однако в практике он имеет место. А.Шурыгин отмечает, «обвиняемые достаточно широко используют

⁴⁶⁹Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. – СПб, 1988. – Т.2. – С. 90.

⁴⁷⁰Любавин А.А. Подсудность в советском уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – М., 1953. – С. 109.

предоставленное им право на рассмотрение дел судом присяжных и, как свидетельствует судебная практика, число ходатайств обвиняемых в рассмотрении их дел по новой форме судопроизводства постоянно увеличивается. В 1994 году ходатайства о рассмотрении дел с участием присяжных были заявлены по 20,4% дел от всех поступивших дел в суды указанных в Законе девяти регионов России, в 1995 году – по 30,9%, в 1996 и в 1997 годах – примерно 37%, в 1998 году – 43%, в 1999 году – 44%. А в Ивановский, Московский и Ульяновский областные суды в 1999 году с ходатайствами о рассмотрении их дел судом присяжных в 1999 году обратились соответственно 82, 72 и 59% обвиняемых. В областные (краевые) суды, не входящие в зоны действия суда присяжных, в Верховный Суд РФ поступают многочисленные ходатайства обвиняемых о рассмотрении их дел судами присяжных»⁴⁷¹.

Этот вопрос был предметом рассмотрения Конституционного Суда Российской Федерации, который в своем постановлении от 2 февраля 1999 года постановил, что до введения в действие соответствующего федерального закона, обеспечивающего на всей территории Российской Федерации каждому обвиняемому в преступлении, за совершение которого федеральным законом в качестве исключительной меры наказания установлена смертная казнь, право на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей, наказание в виде смертной казни назначаться не может независимо от того, рассматривается ли дело судом с участием присяжных заседателей, коллегией в составе трех профессиональных судей или судом в составе судьи и двух народных заседателей.

П. Шемонаев выражает полную солидарность с мнением председателя Кассационной палаты Верховного Суда РФ А. Шурыгина, что суд присяжных должен действовать на всей территории России, акцентируя внимание на том, что в последнее время на рассмотрение суда присяжных Рязанской области поступают уголовные дела, если хотя бы одно из преступлений, перечисленных в статье 36 УПК РСФСР, совершено на территории Рязанской области⁴⁷². Эту точку зрения поддерживает и И.Л. Петрухин, что «все большее число граждан предпочитает суд присяжных другим формам судопроизводства. Растет количество ходатайств о рассмотрении дел судом присяжных: 1994 г. – 20,4%; 1995 г. – 30,9%; 1996 г. – 37,3%; 1997 г. – 36,8%; 1998 г. – 43,2%; 1999 г. – 44% от всех дел, подсудных суду присяжных. Увеличивается также количество дел, рассмотренных судом присяжных: 1994 г. – 241; 1995 г. – 544; 1996 г. – 618; 1997 г. – 825; 1998 г. – 800; 1999 г. – 867»⁴⁷³.

⁴⁷¹Шурыгин А. Суд присяжных должен действовать на всей территории России // Российская юстиция. – № 4 (апрель). – 2000. – 64 с.

⁴⁷²Шемонаев П. Подсудимые верят в справедливость суда присяжных // Российская юстиция. – 2000. – № 8 (август). – 64 с.

⁴⁷³Петрухин И.Л. Реформа уголовного судопроизводства: проблемы и перспективы // Законодательство. 2001. – № 3. (март)– С. 34.

По сведениям Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации, в 2003 году 2072 обвиняемых подали ходатайства о рассмотрении их дел судом с участием присяжных заседателей, но позднее 286 из них заявили отказ от этой процедуры. Количество рассмотренных с участием присяжных заседателей дел ежегодно возрастает: в 1994 году было рассмотрено 174 уголовных дел в отношении 241 человека, а в 1999 году – уже 418 уголовных дел в отношении 880 человек. В 2003 году окончено производством с участием суда присяжных 527 дел, из них с вынесением приговора – 496; осуждено (по первой инстанции) 827 человек; оправдано 139. По состоянию на первый квартал 2004 года окончено производством с участием суда присяжных 146 дел, из них с вынесением приговора – 138; осуждено (по первой инстанции) 233 человека, оправдано 66⁴⁷⁴.

В Казахстане в 2007 году, в первый год действия суда присяжных рассмотрено 36 дел в отношении 61 лица. Согласно статистике в период с 2008 года по 2011 год судами рассмотрено 759 дел с участием присяжных заседателей. По количеству лиц имеется тенденция к увеличению.

Тенденция к росту заявленных ходатайств о рассмотрении уголовных дел судами с участием присяжных заседателей имела место в период с 2010 по 2013 годы и связана была с расширением подсудности уголовных дел суду присяжных. В большинстве случаев суды с участием присяжных рассматривали дела по преступлениям, связанным с умышленным убийством, а также с незаконным изготовлением, приобретением, хранением, перевозкой и сбытом наркотических средств. При этом больше всего оправдано лиц, преданных суду за совершение преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств

В 2011 году из рассмотренных 329 дел с участием присяжных заседателей осуждено 461 лицо, 30 человек были оправданы присяжными за отсутствием состава и события преступления.

Согласно статистике в период с 2008 года по 2011 год судами рассмотрено 759 дел с участием присяжных заседателей. По результатам рассмотрения оправдано 94 лица⁴⁷⁵.

Верховный Суд РК разъяснил причины роста и снижения рассмотренных в суде присяжных уголовных дел. С момента образования суда присяжных количество рассмотренных дел в такой форме до 2010 года варьировалось от 36 до 59 дел. Кривая подсудности по данным Верховного суда, после отнесения суда присяжных к подсудности вновь образованных специализированных судов по уголовным делам, а также законодательное увеличение категорий дел, подсудных им, количество дел, рассмотренных с участием присяжных, резко увеличилось. В 2010 году рассмотрено 265 дел, в 2011 году – 339, в 2012 году – 276. Затем законом в 2013 году изменена подсудность суда присяжных и сокращена категория преступлений. Это

⁴⁷⁴ Лукин В.П. Проблемы совершенствования деятельности суда присяжных в современной России: Специальный доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации. – М.: ИД «Юриспруденция», 2004. – С. 15-16.

⁴⁷⁵ Отдел по взаимодействию с общественностью и СМИ ВС РК, 15 февраля 2012 г.

привело к тому, что уже в 2013 году было рассмотрено только 189 дел. К подсудности суда с участием присяжных заседателей были отнесены только дела о преступлениях, за совершение которых уголовным законом предусмотрены смертная казнь или пожизненное лишение свободы, за исключением дел об убийстве, совершённом организованной группой, сбыта наркотических средств или психотропных веществ, совершённого организованной группой, в организациях образования, в отношении заведомо несовершеннолетнего. Тогда как до принятия данного закона к подсудности относились все дела по особо тяжким преступлениям, за исключением некоторых дел. В связи с чем количество дел, рассмотренных с участием присяжных заседателей, резко сократилось: в 2014 году рассмотрено 64 дела, в 2015 году – 17. Предпринятые меры по дальнейшему расширению этой формы правосудия, в 2015 году расширили подсудность суда присяжных ещё четырьмя составами особо тяжких преступлений. Тем самым произошёл небольшой рост рассмотренных дел с участием присяжных заседателей, однако они не превысили показателей 2010-2012 годов. Так, в 2016 году с участием присяжных рассмотрено 47 дел, в 2017 году – 72 дела. В настоящее время судом присяжных заседателей подлежат рассмотрению дела только по 13 составам преступлений. Из них фактически действуют несколько. По многим преступлениям дела в суд не поступают⁴⁷⁶.

Введение в действие новой формы судопроизводства с участием присяжных заседателей приводит к возникновению нового признака подсудности в уголовно-процессуальном праве Казахстана – добровольного. Признаком добровольной подсудности должно выступать волеизъявление обвиняемого, который заявил ходатайство о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей либо заявил отказ от заявленного ходатайства до проведения предварительного слушания и в ходе его. Волеизъявление обвиняемого становится обязательным для принятия решения о том, какой суд и в каком составе будет рассматривать его дело в первой инстанции.

Наши доводы о появлении нового признака в связи с введением новой формы судопроизводства с участием присяжных заседателей нашли свое подтверждение в Нормативном постановлении Конституционного совета Республики Казахстан № 4 от 18 апреля 2007 года «Об официальном толковании пункта 2 статьи 12, пунктов 2 и 8 статьи 62, пункта 1 статьи 76, подпунктов 3) и 5) пункта 3 статьи 77 Конституции Республики Казахстан». В постановлении указывается, что «участие присяжных заседателей в уголовном судопроизводстве является самостоятельным признаком определения подсудности уголовных дел».

Председатель коллегии по уголовным делам Верховного суда РК А. Жукенов, акцентируя внимание что, «о праве обвиняемого на ходатайство о рассмотрении его дела судом присяжных, а также правовых последствиях удовлетворения такого ходатайства ему обязан сообщить следователь по

⁴⁷⁶ <https://abctv.kz/ru/news/sud-prisyazhnyh-ne-prizhivaetsya-v-kazahstane>

окончании предварительного следствия. То есть обвиняемый лишь один раз и именно на этой стадии осуществляет свой выбор», вполне обоснованно вносит предложение «поскольку этот процессуальный акт осуществляется следователем непублично, то эта важная стадия должна быть обеспечена надлежащим прокурорским надзором. Представляется, что Генеральной прокуратурой будет принят соответствующий нормативный акт. Кроме того, Верховный суд даст свои рекомендации по правильной документальной фиксации выбора обвиняемого на рассмотрение дела с участием присяжных заседателей»⁴⁷⁷.

Генеральный прокурор обозначил роль прокуратуры в обеспечении волеизъявления обвиняемого на рассмотрение его дела в суде с участием присяжных заседателей в приказе № 78 от 25 декабря 2006 года «Об организации прокурорского надзора за законностью исполнения законов о судопроизводстве с участием присяжных заседателей», в котором предусматривается «тщательная проверка исполнения органами уголовного преследования требований ст. 546 УПК РК о разъяснении обвиняемому права на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей, а также правовых последствий удовлетворения такого ходатайства, включая особенности обжалования и рассмотрения жалоб на приговоры названных судов. Присутствие защитника при составлении протокола о разъяснении обвиняемому положений ст. 546 УПК РК обязательно».

Данные положения, возможно, будут подвергнуты серьезной корректировке в связи с принятием цитированного выше Нормативного постановления Конституционного совета Республики Казахстан № 4 от 18 апреля 2007 года и внесением изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан.

В Конституционный совет Республики Казахстан 15 марта 2007 года поступило обращение группы депутатов Парламента Республики Казахстан об официальном толковании пункта 2 статьи 12, пунктов 2 и 8 статьи 62, пункта 1 статьи 76, подпунктов 3) и 5) пункта 3 статьи 77 Конституции Республики Казахстан. В ходе заседания установлено, что поводом для обращения в Конституционный совет послужило постановление Алматинского городского суда от 23 января 2007 года об отклонении ходатайства Едигеева А., обвиняемого в совершении преступлений, предусмотренных частью первой статьи 362, частью второй статьи 241, частью третьей статьи 234, пунктами «б», «в», «д» и «ж» части второй статьи 96 Уголовного кодекса Республики Казахстан, в связи с событиями в микрорайоне Шанырак г. Алматы летом 2006 года, о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей.

Как известно, законы «О присяжных заседателях» и «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам введения уголовного судопроизводства с участием

⁴⁷⁷Жукенов А. Суд объективный, независимый и беспристрастный // Каз. правда. – 2006. – 30 декабря.

присяжных заседателей, вступив в силу 16 января 2006 года, были введены в действие 1 января 2007 года. Из обращения следует, что Алматинский городской суд мотивировал свое решение тем, что ходатайство о рассмотрении дела судом с участием присяжных заседателей обвиняемый вправе заявлять только при объявлении ему об окончании предварительного следствия и предъявлении для ознакомления всех материалов дела (части 3 и 5 статьи 546 УПК РК), чего не было сделано в досудебном производстве по уголовному делу. По мнению субъекта обращения, данное постановление Алматинского городского суда «вызывает вопросы в части его соответствия как общепринятым международно-правовым стандартам, так и внутреннему законодательству Республики Казахстан, в том числе Конституции Республики Казахстан». Субъект обращения просит дать официальное толкование норм пункта 2 статьи 12, пунктов 2 и 8 статьи 62, пункт 1 статьи 76, подпунктов 3) и 5) пункта 3 статьи 77 Конституции Республики Казахстан, ответив при этом на следующие вопросы:

«1. Относится ли понятие подсудности, содержащееся в подпункте 3) п. 3 ст. 77 Конституции РК, не только к подсудности уголовных дел Верховному суду РК и местным судам, а также территориальной подсудности, но и к рассмотрению уголовных дел судами с участием присяжных заседателей, как самостоятельной формы судопроизводства?»

«2. Если понятие подсудности относится к судопроизводству с участием присяжных заседателей, то может ли конституционная норма, содержащаяся в подпункте 3) п. 3 ст. 77 Конституции РК, истолковываться в данном конкретном случае таким образом, что если на стадии предварительного расследования обвиняемый был лишен своего права ходатайствовать о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей по формальным причинам (Закон РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам введения уголовного судопроизводства с участием присяжных заседателей» вступил в силу, но не был введен в действие на тот момент времени), то судебное разбирательство может осуществляться по подсудности, с которой обвиняемый не согласен (с учетом того, что Закон уже вступил в действие)?»

«3. Каково соотношение конституционных норм, содержащихся в п. 2 и п.8 ст. 62 Конституции РК, в части обеспечения прав и свобод граждан?»

«4. В данном конкретном случае возлагал ли вступивший в силу, но не введенный в действие Закон обязанность на орган предварительного расследования ознакомить обвиняемого с его правом на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей, которым со всей очевидностью он будет обладать после введения этого Закона в действие и до начала судебного рассмотрения этого дела?»

«5. Закон, предоставляющий обвиняемому (подсудимому) дополнительные гарантии рассмотрения его дела беспристрастным и независимым судом (рассмотрение дела судом с участием присяжных заседателей), введен в действие к началу судебного рассмотрения. Однако обвиняемый не смог воспользоваться этим своим правом, поскольку для

этого он должен был заявить ходатайство по окончании предварительного расследования при ознакомлении с материалами уголовного дела. Такое ходатайство он заявить не смог из-за того, что к этому моменту Закон вступил в силу, но не был введен в действие, и поэтому следователь не сообщил обвиняемому об имеющемся у него праве заявить ходатайство о рассмотрении его дела судом с участием присяжных.

Мог ли в данном конкретном случае суд непосредственно применить нормы Конституции РК и, руководствуясь п. 2 ст. 12 и п. 1 ст. 76 Конституции РК, восстановить право обвиняемого на заявление ходатайства о рассмотрении его уголовного дела судом с участием присяжных заседателей?»

«6. Может ли конституционная норма, содержащаяся в подпункте 5) п. 3 ст. 77 Конституции Республики Казахстан, истолковываться таким образом, что она распространяется на обратную силу закона, иным образом улучшающего положение лица, совершившего преступление, в том числе предоставляющего ему дополнительные гарантии защиты его прав и свобод, или есть иная конституционная норма, касающаяся этого вопроса?»

Субъект обращения усматривает противоречия, обусловленные неправильным, по его мнению, толкованием и применением отдельных норм законодательных актов, регулирующих вопросы осуществления правосудия с участием присяжных заседателей, по конкретному уголовному делу. Однако толкование норм законов Республики Казахстан, а также оценка практики их применения в компетенцию Конституционного совета не входит. Поскольку полномочия Конституционного совета не должны выходить за пределы обращения, конституционность норм законов в настоящем конституционном производстве им также не проверялась. В результате толкования норм Основного закона Конституционный совет Республики Казахстан, из совокупности норм пункта 2 статьи 13, пункта 2 статьи 75, пункта 2 статьи 76 и подпункта 3) пункта 3 статьи 77 Конституции сделал вывод, что законодателю следовало бы предоставить возможность заявления обвиняемым (подсудимым) ходатайства о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей также и при производстве по уголовному делу в суде, что обусловлено следующими причинами:

– распространением судебной власти на все дела и споры, возникающие на основе Конституции, законов, иных нормативных правовых актов, международных договоров Казахстана (пункт 2 статьи 76 Основного закона);

– исключительной самостоятельностью стадии производства по уголовному делу судом. Основное назначение досудебного производства по уголовному делу «заключается в подготовке уголовного дела к судебному разбирательству. Поэтому проверка законности действий и решений органов, ведущих уголовный процесс, осуществляется, главным образом, при последующем рассмотрении дела в суде по существу» (постановление Конституционного совета Республики Казахстан от 24 января 2007 года № 1 «О проверке конституционности части первой статьи 109 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан по обращению Западно-

Казахстанского областного суда»). Это находит свое отражение и в части четвертой статьи 131 УПК, в соответствии с которой «постановление органа уголовного преследования не имеет для суда обязательной силы». Поскольку в рассматриваемом случае речь идет об определении самой формы судопроизводства, право на заявление ходатайства о рассмотрении дела судом с участием присяжных заседателей может быть предоставлено обвиняемому (подсудимому) законом до назначения главного судебного разбирательства.

Принимая во внимание необходимость совершенствования механизмов правового регулирования судопроизводства с участием присяжных заседателей в сторону более полной реализации норм Конституции, Конституционный совет полагает целесообразным законодательно закрепить право обвиняемого (подсудимого) на заявление ходатайства о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей не только при объявлении ему об окончании предварительного следствия и предъявлении для ознакомления всех материалов дела, но и при производстве по уголовному делу в суде с момента поступления дела в суд и до назначения главного судебного разбирательства.

На основании изложенного, руководствуясь подпунктом 4) пункта 1 статьи 72 Конституции Республики Казахстан, подпунктом 1) пункта 3 статьи 17, статьями 31–33, 37 и подпунктом 2) пункта 1 статьи 41 Конституционного закона Республики Казахстан от 29 декабря 1995 года № 2737 «О Конституционном совете Республики Казахстан», Конституционный совет Республики Казахстан постановляет:

1. Положение подпункта 3) пункта 3 статьи 77 Конституции Республики Казахстан «никому не может быть без его согласия изменена подсудность, предусмотренная для него законом» во взаимосвязи с нормой пункта 2 статьи 75 Конституции «в случаях, предусмотренных законом, уголовное судопроизводство осуществляется с участием присяжных заседателей» означает, что участие присяжных заседателей в уголовном судопроизводстве является самостоятельным признаком определения подсудности уголовных дел. В соответствии с действующим уголовно-процессуальным законом спецификой определения подсудности уголовных дел суду с участием присяжных заседателей является участие в ее определении самого обвиняемого путем заявления соответствующего ходатайства. Поэтому случаи отклонения органом, ведущим уголовный процесс, ходатайства обвиняемого, основанного на законе и заявленного в установленном законом порядке, следует признавать нарушением правил о подсудности, предусмотренных подпунктом 3) пункта 3 статьи 77 Основного закона. В случае же если такое ходатайство заявлено с нарушением требований закона, его отклонение не может быть признано нарушением указанной конституционной нормы.

4. Право обвиняемого (подсудимого) на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей относится к сфере защиты прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве. Вопросы придания

обратной силы закону, устанавливающему или расширяющему процессуальные права человека, подпунктом 5) пункта 3 статьи 77 Конституции не регулируются.

6. Из совокупности норм пункта 2 статьи 13, пункта 2 статьи 75, пункта 2 статьи 76 и подпункта 3) пункта 3 статьи 77 Конституции вытекает, что право обвиняемого (подсудимого) на заявление ходатайства о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей может быть предоставлено законом не только при объявлении обвиняемому об окончании предварительного следствия и предъявлении для ознакомления всех материалов дела, но и при производстве по уголовному делу в суде с момента поступления дела в суд и до назначения главного судебного разбирательства. В связи с этим, для обеспечения дополнительных гарантий защиты прав участников уголовного процесса, а также в целях более полной реализации потенциала суда с участием присяжных заседателей Конституционный совет рекомендует Правительству Республики Казахстан рассмотреть вопрос об инициировании внесения соответствующих изменений и дополнений в законодательные акты Республики Казахстан по вопросам судопроизводства с участием присяжных заседателей.

7. В соответствии с пунктом 3 статьи 74 Конституции Республики Казахстан постановление вступает в силу со дня его принятия, не подлежит обжалованию, является общеобязательным на всей территории Республики и окончательным с учетом случая, предусмотренного пунктом 4 статьи 73 Конституции Республики Казахстан⁴⁷⁸.

Мы полностью поддерживали указанную позицию, поскольку закрепленная в ст. 546 УПК РК 1997 г. процедура заявления ходатайства о рассмотрении уголовного дела судом с участием присяжных заседателей нуждалась в совершенствовании. Между тем, на наш взгляд, для окончательного снятия возникшей проблемы обвиняемого нельзя ограничивать строго определенными рамками проявления его волеизъявления. Его внесение должно быть на любом этапе, с момента предъявления обвинения вплоть до начала судебного следствия. Данное право должно было быть закреплено и в ч. 2 ст. 69 УПК РК 1997 г. и оформляться в ходе допроса одновременно с выяснением отношения к обвинению либо на момент окончания расследования вместе с установлением списка защиты.

Но кроме рассмотренного факта, имело место отклонение ходатайств о рассмотрении дел судом с участием присяжных заседателей еще в 3-х случаях. 6 февраля 2007 года в Атырауском областном суде при проведении предварительного слушания по рассмотрению ходатайства двух подсудимых М. и М. о рассмотрении их дела судом с участием присяжных заседателей председательствующий сообщил, что подсудимым было разъяснено, что их дело не может быть рассмотрено с участием присяжных, так как

⁴⁷⁸Об официальном толковании пункта 2 статьи 12, пунктов 2 и 8 статьи 62, пункта 1 статьи 76, подпунктов 3) и 5) пункта 3 статьи 77 Конституции Республики Казахстан: Нормативное постановление Конституционного совета Республики Казахстан от 18 апреля 2007 г. №4 // Каз. правда. – 2007. – 3 мая.

предварительное следствие по их делу закончилось в октябре 2006 года, поступило в суд и принято к рассмотрению в декабре 2006 года, когда изменения и дополнения в УПК РК относительно рассмотрения дела с участием присяжных еще не вступили в силу.

По уголовному делу в отношении подсудимых Г. и А. ходатайство о рассмотрении дела с участием присяжных заседателей поступило в Жамбылский областной суд после принятия уголовного дела в производство суда. В связи с чем, в удовлетворении ходатайства подсудимым было отказано.

В Мангистауском областном суде в 2007 году в ходе судебного заседания от подсудимых поступило ходатайство о рассмотрении дела с участием присяжных заседателей. Оно не было удовлетворено, т.к. поступило на ненадлежащей стадии процесса.

Вместе с тем, при отклонении четырех ходатайств о рассмотрении уголовного дела судом с участием присяжных заседателей, поступивших в указанные суды, первый в истории Казахстана процесс с участием присяжных заседателей прошел в феврале 2007 года в г. Петропавловске в отношении С., которого судили за убийство трех человек, совершенные на территории Казахстана в 90-х годах. Преступника экстрадировали в Казахстан из России, где он успел совершить другое преступление и отбыл там наказание. Тайным голосованием присяжные вынесли ему обвинительный вердикт – 15 лет лишения свободы. Приговор Верховным судом оставлен без изменения⁴⁷⁹.

В УПК РК 2014 года ситуация не изменилась статья 634 ч. 3 также регламентирует, что «подозреваемый, обвиняемый имеют право заявлять ходатайство о рассмотрении дела судом с участием присяжных заседателей при предъявлении для ознакомления всех материалов дела, а также и в последующий период, в том числе и на предварительном слушании дела в суде, но до назначения судом главного судебного разбирательства». Соответственно в ч. 5 ст. 65 УПК РК 2014 г. также требуется внести коррективы и закрепить это право обвиняемого.

Следующим немаловажным аспектом, повлиявшим на изменение подсудности, явился Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан»⁴⁸⁰ от 21 мая 2007 года. В Конституцию Республики Казахстан, принятую на республиканском референдуме 30 августа 1995 года, внесены следующие изменения и дополнения: пункт 2 статьи 15 излагается в следующей редакции: «2. Никто не вправе произвольно лишать человека жизни. Смертная казнь устанавливается законом как исключительная мера наказания за террористические преступления, сопряженные с гибелью людей, а также за

⁴⁷⁹Мами К.А. Вердикт с участием населения – важнейший фактор доверия к суду // Каз. правда. – 2008. – 15 января.

⁴⁸⁰О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан: Закон Республики Казахстан от 21 мая 2007 г. // Каз. правда. – 2007. – 22 мая.

особо тяжкие преступления, совершенные в военное время, с предоставлением права ходатайствовать о помиловании».

Де-юре произошло исключение смертной казни как вида наказания. Вместе с тем смертная казнь была критерием отнесения уголовных дел к подсудности суда с участием присяжных заседателей. Названные в ч. 2 ст. 291 УПК РК 1997 г. деяния, предусмотренные ч. 2 ст. 96, ст. 160, ст. 340 УК РК 1997 г., не относятся к террористическим преступлениям, сопряженным с гибелью людей, а также особо тяжким преступлениям, совершенным в военное время.

Указанные условия свидетельствовали о необходимости внесения изменений в уголовно-процессуальное законодательство, для разрешения возникшей коллизии по вопросу подсудности суду присяжных, т.к. вызывали сомнения о правомерности удовлетворения ходатайств подсудимых, преданных по ч. 2 ст. 96 УК РК 1997 г., о рассмотрении дела с участием присяжных заседателей, поданных после 22 мая 2007 года.

В Послании Конституционного совета Республики Казахстан «О состоянии конституционной законности в Республике Казахстан» отмечалось «новая редакция статьи 15 Основного закона, гарантирующая право на жизнь, фактически отменяет смертную казнь, поскольку, согласно ее нормам, данный вид наказания может предусматриваться законом лишь за особо тяжкие преступления, совершаемые в военное время и террористические преступления, сопряженные с гибелью людей. Это означает, что в Общей части Уголовного кодекса следует определить перечень террористических преступлений, а из санкций статей его Особенной части, предусматривающих исключительную меру наказания и не отвечающих новым конституционным требованиям, смертная казнь должна быть исключена. Принимая соответствующий закон, Парламент должен корреспондировать его нормы с положениями Концепции правовой политики Республики Казахстан, одобренной Указом Главы государства от 20 сентября 2002 года № 949, провозглашающий курс на постепенное сужение сферы применения этого наказания. Конституционный совет отмечает, что по прошествии более года с момента изменения статьи 15 Основного закона соответствующий законопроект, направленный на реализацию этой конституционной нормы, в Парламент страны не внесен⁴⁸¹.

Мы прогнозировали, что имевшие место критерии, определявшие подсудность дел суду присяжных, будут подвергнуты изменениям, что повлечет ее расширение, за счет тяжких и особо тяжких преступлений, санкция за которые предусматривает наказание до и свыше 12 лет лишения свободы. Перспективные направления Концепции участия присяжных заседателей в уголовном судопроизводстве Республики Казахстан сохранили свое значение, согласно третьему этапу ее применения, не ранее 2010 года, предполагалось решение вопроса о передаче в подсудность судов с участием

⁴⁸¹О состоянии конституционной законности в Республике Казахстан: Послание Конституционного совета Республики Казахстан от 23 июня 2008 г. №09-6/1 // Каз. правда. – 2008. – 28 июня.

присяжных заседателей всех уголовных дел об особо тяжких преступлениях и рассмотрение вопроса о возможности рассмотрения судами присяжных отдельных составов, отнесенных к категории тяжких⁴⁸².

Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Гражданский процессуальный кодексы Республики Казахстан по вопросам совершенствования судебной системы» от 10 декабря 2009 года в статье 543 УПК РК «Подсудность дел суду с участием присяжных заседателей в областном и приравненном к нему суде» части первую и вторую изложил в следующей редакции:

«1. Суд с участием присяжных заседателей рассматривает дела об особо тяжких преступлениях, за исключением дел о преступлениях, предусмотренных статьями 165, 166, 167, 168 (часть первой), 169, 233 (частями третьей и четвертой) УК РК, а также дел о применении принудительных мер медицинского характера к лицам, совершившим указанные деяния в состоянии невменяемости либо заболевшим душевной болезнью после их совершения.

2. Если лицо обвиняется в совершении преступлений, предусмотренных несколькими статьями УК РК, обвиняемый имеет право на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей, если в такую совокупность преступлений входит хотя бы одно особо тяжкое преступление, за исключением преступлений, предусмотренных статьями 165, 166, 167, 168 (часть первой), 169, 233 (частями третьей и четвертой) УК РК.

Внесенные изменения и дополнения в УПК РК сняли имеющие место коллизии, связанные с подсудностью суду с участием присяжных заседателей. Вместе с тем они требовали небольших разъяснений, которые позволили определить, насколько изменилась подсудность в количественном и качественном соотношении. Для этого необходимо обратиться к положениям уголовного законодательства РК.

Принципиальным направлением уголовной и уголовно-процессуальной политики является дифференциация ответственности, через создание дифференцированных форм судопроизводства в зависимости от категоризации преступлений в Уголовном кодексе Республики Казахстан. Одной из таких дифференцированных форм является институт судопроизводства с участием присяжных заседателей. Категоризация преступлений в его становлении играла основную роль. В Уголовном кодексе Республики Казахстан на момент его принятия в 1997 году распределение преступлений по категориям в Особой части выглядело следующим образом: преступления небольшой тяжести – 250 (39,6% от всех преступлений); преступления средней тяжести – 198 составов (31,3% от всех преступлений); тяжкие преступления – 139 преступлений (22% от всех преступлений); особо тяжкие преступления – 45 преступлений (7,1% от всех преступлений). Основываясь на классификации преступлений, содержащихся

⁴⁸²Шнарбаев Б.К. Судопроизводство с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан: монография. – Костанай: ТОО «Центр.-Азиатское кн. изд-во», 2007. – С. 294.

в статье 10 УК РК, можно сделать вывод, что доля преступлений, не являющихся тяжкими, составляла 70,9%, удельный вес тяжких и особо тяжких преступлений – только 29,1%. Двенадцатилетний период применения Уголовного кодекса свидетельствовал, что в нем произошли определенные изменения, связанные с декриминализацией и криминализацией определенных деяний. На момент окончания своего действия УК РК 1997 г. выглядел следующим образом. В 306 статьях предусмотрено 670 составов преступлений. Из них: небольшой тяжести 275 (41%), средней тяжести 202 (30,1%), тяжких 143 (21,3%), особо тяжких 47 (7,4%). Доля преступлений, не являющихся тяжкими, составляла 71,1%, удельный вес тяжких и особо тяжких преступлений – 28,9%.

Данные об изменениях в УК РК 1997 г. свидетельствовали, что удельный вес тяжких и особо тяжких преступлений остался неизменным.

В УК РК 1997 г. к категории особо тяжких преступлений отнесен ряд преступлений против личности, против семьи и несовершеннолетних, против мира и безопасности человечества, против основ конституционного строя и безопасности государства, против собственности. Они имелись в 10 из 16 глав Особенной части УК.

Среди особо тяжких преступлений 14 являются основными и 36 квалифицированными составами. К основным составам относятся: убийство (ч. 1 ст. 96); ведение агрессивной войны (ч. 2 ст. 156); применение оружия массового поражения, запрещенного международным договором Республики Казахстан (ч. 2 ст. 159); геноцид (ст. 160); экоцид (ст. 161); государственная измена (ст. 161); государственная измена (ст. 165); шпионаж (ст. 166); посягательство на жизнь государственного или общественного деятеля (ч. 1 ст. 167); насильственный захват власти или насильственное удержание власти (ст. 168); вооруженный мятеж (ст. 169); диверсия (ст. 171); бандитизм (ч. 1 ст. 237); посягательство на жизнь лица, осуществляющего правосудие или предварительное расследование (ст. 340); сдача или оставление противнику средств ведения войны (ст. 383). Основную роль в определении степени общественной опасности особо тяжких преступлений играют объективные признаки – наступление смерти человека или иные тяжкие последствия, способ совершения преступления. Субъективная сторона этих преступлений характеризуется умышленной формой вины, предусматривающей наличие прямого умысла, и целью преступления.

В части 2 статьи 291 УПК РК 1997 г. приводился перечень 17 составов преступлений, подсудных областному и приравненному к нему суду по первой инстанции, санкция которых предусматривала смертную казнь или пожизненное лишение свободы за совершение этих преступлений.

В количественном соотношении подсудность суду с участием присяжных заседателей выросла от 17 составов преступлений, предусматривающих наказание в виде смертной казни или пожизненного лишения свободы, до 50 составов преступлений, являющихся особо тяжкими. Следует сказать и об изъятиях, указанных в частях первой и второй статьи 543 УПК РК 1997 г., предусматривающих, что суду с участием присяжных

заседателей не подсудны преступления, предусмотренные статьями УК РК: государственная измена (ст. 165); шпионаж (ст. 166); посягательство на жизнь Президента Республики Казахстан (ст. 167); насильственный захват власти или насильственное удержание власти либо осуществление представителями иностранного государства или иностранной организации полномочий, входящих в компетенцию уполномоченных органов и должностных лиц Республики Казахстан (ч. 1 ст. 168); вооруженный мятеж (ст. 169); терроризм (ч. 3 и 4 ст. 233), а также дела о применении принудительных мер медицинского характера к лицам, совершившим указанные деяния в состоянии невменяемости либо заболевшим душевной болезнью после их совершения.

Таким образом, по УПК РК 1997 г., суды с участием присяжных рассматривали все уголовные дела по особо тяжким преступлениям, за исключением 7 составов преступлений, из которых 5 – это преступления против основ конституционного строя и безопасности государства, а 2 – по терроризму.

В УК РК 1997 г. предусмотрено было 669 составов преступлений, из которых особо тяжкими являлись 67 или 10,01%, а с учетом вышеуказанного исключения по 7 составам преступлений, то к подсудности суда с участием присяжных заседателей относились 60 составов преступлений или менее 10%.

Имели место мнения, что «казахстанский законодатель не включил в подсудность суда с участием присяжных заседателей многие серьезные политические преступления, хотя, они находятся в категории особо тяжких преступлений, наказуемых пожизненным заключением, например, государственная измена, шпионаж и терроризм. Так как власть может иметь значительный интерес в исходе дел политического характера, и поэтому может попытаться повлиять на суд, включение присяжных в состав суда по данным категориям - является важной гарантией справедливого судебного разбирательства⁴⁸³. Насколько правильная данная точка зрения трудно судить, но есть мнение, что «вызывает сомнение обоснованность и правомерность отнесения к подсудности суда с участием присяжных заседателей дел в отношении всех других особо тяжких преступлений. Здесь, как свидетельствуют реалии, по делам, связанным с распространением наркотиков, изнасилованиям и другим половым преступлениям, разжигании межнациональной розни и некоторым другим, негативно оцениваемым в обществе, объективности и беспристрастности присяжных заседателей мешают «агрессия улицы», эмоции и другие субъективные факторы. Следует, возможно, ограничить и не распространять подсудность судов с участием присяжных заседателей на дела о шпионаже и некоторых других преступлений этой категории, чтобы защитить государственные интересы и секреты. Вместе с тем, имеются дела, широко обсуждаемые в обществе, например, о коррупции высокопоставленных должностных лиц, которые в

⁴⁸³Отчет по прикладному исследованию «Совершенствование судопроизводства с участием присяжных заседателей в уголовном процессе Республики Казахстан». Алматы: Центр исследования правовой политики при содействии БДИПЧ ОБСЕ. 2012. С. 30.

целях транспарентности и исключения кривотолков, а также по другим причинам, можно было бы передать на рассмотрение судов с участием присяжных заседателей⁴⁸⁴.

Похожая ситуация имеет место в современном российском суде присяжных, но там ограничения подсудности суду присяжных касались преступлений, составляющих государственную тайну. По этому поводу Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации В.П. Лукин отмечал в своем докладе, что в последнее время в средствах массовой информации все чаще звучат заявления о необходимости ограничения конституционного права граждан на суд присяжных при наличии в уголовном деле сведений, составляющих государственную тайну. Такая тенденция, по его мнению, вызывает беспокойство⁴⁸⁵.

Изложенные вопросы требовали своего разрешения, потому что на функционирование суда присяжных действуют в совокупности социальные, экономические и политические факторы, от влияния которых зависит жизнеспособность и привлекательность его в глазах общества.

В УПК РК 2014 года статья 52 «Состав суда» изначально была изложена в следующей редакции.

1. Рассмотрение уголовных дел в судах первой инстанции осуществляется единолично судьей, а по делам о преступлениях, за совершение которых уголовным законом предусмотрены смертная казнь или пожизненное лишение свободы, по ходатайству обвиняемого в составе одного судьи и десяти присяжных заседателей, за исключением дел о воинских преступлениях, совершенных в военное время или боевой обстановке, и преступлениях, предусмотренных статьями 99 (пунктом 15) части второй), 170 (частью четвертой), 175, 177, 178, 184, 255 (частью четвертой), 263 (частью пятой), 286 (частью четвертой), 297 (частью четвертой), 298 (частью четвертой), 299 (частью четвертой) Уголовного кодекса Республики Казахстан.

2. Рассмотрение уголовных дел в апелляционном порядке осуществляется судьей единолично, а при рассмотрении жалоб, протестов на приговоры, постановления суда по делам об особо тяжких преступлениях, а также рассмотренных с участием присяжных заседателей - коллегиально в составе председателя и не менее двух судей коллегии.

При отсутствии председателя апелляционной коллегии в связи с нахождением в командировке, отпуске или по болезни при коллегиальном рассмотрении указанных дел председательствует судья коллегии, на которого председателем суда возложено исполнение обязанностей председателя апелляционной коллегии.

⁴⁸⁴ Поддержка судебной и правовой реформы в Республике Казахстан. Деятельность 3.3.3 Суд присяжных. Отчет судопроизводства в Казахстане с участием присяжных заседателей. Подготовлен Фритцем Дигмайером и Есдаулетовой Галией. Проект финансируется Европейским Союзом. С. 7.

⁴⁸⁵ Лукин В.П. Проблемы совершенствования деятельности суда присяжных в современной России: Специальный доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации. – М.: ИД «Юриспруденция», 2004. – С. 28-29.

Часть 3 изложена в редакции Закона РК от 07.11.14 г. № 248-V (см. стар. ред.)

3. Рассмотрение дел в кассационной инстанции осуществляется коллегиально в составе не менее трех судей под председательством председателя областного или приравненного к нему суда.

При нахождении председателя областного или приравненного к нему суда в командировке, отпуске или отсутствии по болезни при рассмотрении дела в кассационной инстанции председательствует судья кассационной коллегии, на которого председателем суда возложено исполнение указанной обязанности.

При удовлетворении отвода, заявленного председателю областного суда, по его поручению в заседании суда председательствует один из судей кассационной коллегии.

4. Рассмотрение дел в Верховном Суде Республики Казахстан осуществляется коллегиально в составе не менее трех судей.

Рассмотрение дел по представлению Председателя Верховного Суда Республики Казахстан и (или) протесту Генерального Прокурора Республики Казахстан осуществляется коллегиально в составе председателя надзорной судебной коллегии и не менее шести судей.

При отсутствии председателя коллегии председательствует судья, на которого Председателем Верховного Суда Республики Казахстан возложено исполнение обязанностей председателя коллегии.

5. Состав суда при рассмотрении дел по вновь открывшимся обстоятельствам определяется в соответствии с правилами, предусмотренными статьей 504 настоящего Кодекса.

6. Рассмотрение вопросов, возникающих при исполнении приговора и рассмотрении дел о применении принудительных мер медицинского характера к невменяемым, осуществляется единолично судьей соответствующего суда.

7. В случаях, когда в одной коллегии количество судей в связи с обстоятельствами, препятствующими им участвовать в рассмотрении дела, недостаточно для обеспечения коллегиального рассмотрения дела, председатели соответственно Верховного Суда Республики Казахстан, областного и приравненного к нему суда вправе привлекать к участию в рассмотрении дела судей другой коллегии.

В результате принятия Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования системы отправления правосудия от 31 октября 2015 года № 378-V ЗРК были внесены изменения в статью 52, которая была изложена в следующем виде «Состав суда». Часть 1 изложена в редакции Закона РК от 31.10.15 г. № 378-V (введен в действие с 1 января 2016 г.) (см. стар. ред.)

1. Рассмотрение уголовных дел в судах первой инстанции осуществляется единолично судьей, а по делам о преступлениях, за совершение которых уголовным законом предусмотрены смертная казнь или

пожизненное лишение свободы, а также по делам о преступлениях, предусмотренных статьями 125 (частью третьей), 128 (частью четвертой), 132 (частью пятой), 135 (частью четвертой), по ходатайству обвиняемого - в составе одного судьи и десяти присяжных заседателей, за исключением дел об убийствах, совершенных в условиях чрезвычайной ситуации и в ходе массовых беспорядков, о воинских преступлениях, совершенных в военное время или боевой обстановке, и преступлениях, предусмотренных статьями 170 (частью четвертой), 175, 177, 178, 184, 255 (частью четвертой), 263 (частью пятой), 286 (частью четвертой), 297 (частью четвертой), 298 (частью четвертой), 299 (частью четвертой) Уголовного кодекса Республики Казахстан.

Часть 2 изложена в редакции Закона РК от 31.10.15 г. № 378-V (введен в действие с 1 января 2016 г.) (см. стар. ред.); внесены изменения в соответствии с Законом РК от 11.07.17 г. № 91-VI (см. стар. ред.); Законом РК от 21.12.17 г. № 118-VI (см. стар. ред.)

2. Рассмотрение уголовных дел в апелляционном порядке осуществляется коллегиально в составе не менее трех судей коллегии, а при рассмотрении жалоб, ходатайств прокуроров на приговоры, постановления суда по делам, рассмотренным в сокращенном порядке или в порядке приказного производства, об уголовных проступках и преступлениях небольшой тяжести, по вопросам исполнения приговора, постановления следственного судьи - судьей единолично.

При отсутствии председателя апелляционной коллегии в связи с нахождением в командировке, отпуске или по болезни при коллегиальном рассмотрении указанных дел председательствует судья коллегии, на которого председателем суда возложено исполнение обязанностей председателя апелляционной коллегии.

Часть 3 изложена в редакции Закона РК от 07.11.14 г. № 248-V (см. стар. ред.); Закона РК от 31.10.15 г. № 378-V (введен в действие с 1 января 2016 г.) (см. стар. ред.)

3. Рассмотрение дел в суде кассационной инстанции производится коллегиальным составом суда в нечетном количестве (не менее трех) судей Верховного Суда Республики Казахстан под председательством председателя судебной коллегии либо одного из судей по его поручению.

Часть 4 изложена в редакции Закона РК от 31.10.15 г. № 378-V (введен в действие с 1 января 2016 г.) (см. стар. ред.)

4. Рассмотрение дел по основаниям, предусмотренным частью четвертой статьи 484 настоящего Кодекса, производится в коллегиальном составе в нечетном количестве (не менее семи) судей под председательством Председателя Верховного Суда Республики Казахстан или одного из судей по его поручению.

5. Состав суда при рассмотрении дел по вновь открывшимся обстоятельствам определяется в соответствии с правилами, предусмотренными статьей 504 настоящего Кодекса.

6. Рассмотрение вопросов, возникающих при исполнении приговора и

рассмотрении дел о применении принудительных мер медицинского характера к невменяемым, осуществляется единолично судьей соответствующего суда.

7. В случаях, когда в одной коллегии количество судей в связи с обстоятельствами, препятствующими им участвовать в рассмотрении дела, недостаточно для обеспечения коллегиального рассмотрения дела, председатели соответственно Верховного Суда Республики Казахстан, областного и приравненного к нему суда вправе привлекать к участию в рассмотрении дела судей другой коллегии.

Статья 631 УПК в редакции 2014 г. выглядела следующим образом «Подсудность дел суду с участием присяжных заседателей»

1. Суд с участием присяжных заседателей рассматривает дела о преступлениях, за совершение которых уголовным законом предусмотрены смертная казнь или пожизненное лишение свободы, за исключением дел о преступлениях, предусмотренных статьями 99 (пунктом 15) части второй), 170 (частью четвертой), 175, 177, 178, 184, 255 (частью четвертой), 263 (частью пятой), 286 (частью четвертой), 297 (частью четвертой), 298 (частью четвертой), 299 (частью четвертой) Уголовного кодекса Республики Казахстан, а также о воинских преступлениях, совершенных в военное время или боевой обстановке.

2. Если лицо обвиняется в совершении преступлений, предусмотренных несколькими статьями Уголовного кодекса Республики Казахстан, обвиняемый имеет право на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей, если в такую совокупность преступлений входит хотя бы одно преступление, за совершение которого уголовным законом предусмотрены смертная казнь или пожизненное лишение свободы, за исключением дел о преступлениях, предусмотренных статьями 99 (пунктом 15) части второй), 170 (частью четвертой), 175, 177, 178, 184, 255 (частью четвертой), 263 (частью пятой), 286 (частью четвертой), 297 (частью четвертой), 298 (частью четвертой), 299 (частью четвертой) Уголовного кодекса Республики Казахстан, а также о воинских преступлениях, совершенных в военное время или боевой обстановке».

3. Если по делу обвиняется несколько лиц, рассмотрение его судом с участием присяжных заседателей производится по правилам, предусмотренным настоящим разделом в отношении всех подсудимых, если хотя бы один из них заявляет ходатайство о рассмотрении уголовного дела с участием присяжных заседателей.

В результате внесенных изменений 31 октября 2015 года, действующая редакция носит следующий характер, статья 631 «Подсудность дел суду с участием присяжных заседателей».

Часть 1 изложена в редакции Закона РК от 31.10.15 г. № 378-V (введен в действие с 1 января 2016 г.) (см. стар. ред.)

1. Суд с участием присяжных заседателей рассматривает дела о преступлениях, за совершение которых уголовным законом предусмотрены смертная казнь или пожизненное лишение свободы, а также дела о

преступлениях, предусмотренных статьями 125 (частью третьей), 128 (частью четвертой), 132 (частью пятой), 135 (частью четвертой), за исключением дел о преступлениях, предусмотренных статьями 170 (частью четвертой), 175, 177, 178, 184, 255 (частью четвертой), 263 (частью пятой), 286 (частью четвертой), 297 (частью четвертой), 298 (частью четвертой), 299 (частью четвертой) Уголовного кодекса Республики Казахстан, а также об убийствах, совершенных в условиях чрезвычайной ситуации и в ходе массовых беспорядков, о воинских преступлениях, совершенных в военное время или боевой обстановке.

Часть 2 изложена в редакции Закона РК от 31.10.15 г. № 378-V (введен в действие с 1 января 2016 г.) (см. стар. ред.)

2. Если лицо обвиняется в совершении преступлений, предусмотренных несколькими статьями Уголовного кодекса Республики Казахстан, обвиняемый имеет право на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей, если в такую совокупность преступлений входит хотя бы одно преступление, за совершение которого уголовным законом предусмотрены смертная казнь или пожизненное лишение свободы, а также дела о преступлениях, предусмотренных статьями 125 (частью третьей), 128 (частью четвертой), 132 (частью пятой), 135 (частью четвертой), за исключением дел о преступлениях, предусмотренных статьями 170 (частью четвертой), 175, 177, 178, 184, 255 (частью четвертой), 263 (частью пятой), 286 (частью четвертой), 297 (частью четвертой), 298 (частью четвертой), 299 (частью четвертой) Уголовного кодекса Республики Казахстан, а также об убийствах, совершенных в условиях чрезвычайной ситуации и в ходе массовых беспорядков, о воинских преступлениях, совершенных в военное время или боевой обстановке.

3. Если по делу обвиняется несколько лиц, рассмотрение его судом с участием присяжных заседателей производится по правилам, предусмотренным настоящим разделом в отношении всех подсудимых, если хотя бы один из них заявляет ходатайство о рассмотрении уголовного дела с участием присяжных заседателей.

См.: Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 23 августа 2012 года № 4 «О практике применения судами законодательства, регламентирующего производство по уголовным делам с участием присяжных заседателей».

В соответствии с УПК РК 2014 года, суды с участием присяжных рассматривают все уголовные дела по особо тяжким преступлениям, за исключением 11 составов преступлений, из которых 1 - преступления против мира и безопасности человечества; 4 - уголовные правонарушения против основ конституционного строя и безопасности государства; 3 - уголовные правонарушения против общественной безопасности и общественного порядка; 3 - уголовные правонарушения против здоровья населения и нравственности, а также об убийствах, совершенных в условиях чрезвычайной ситуации и в ходе массовых беспорядков, о воинских преступлениях, совершенных в военное время или боевой обстановке.

§ 2. Порядок производства по уголовным делам, рассматриваемым судом с участием присяжных заседателей

Будет правильным рассмотреть порядок производства по уголовным делам, рассматриваемым судом с участием присяжных заседателей на основании положений определенных Законами РК от 16 января 2006 года № 121 «О присяжных заседателях» и № 122-3 «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам введения уголовного судопроизводства с участием присяжных заседателей», с использованием положений УПК 1997 года, с учетом внесенных в него изменений, использовать отдельные положения Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 23 августа 2012 года № 4 «О практике применения судами законодательства, регламентирующего производство по уголовным делам с участием присяжных заседателей».

Для более правильного и легкого усвоения, не нарушая последовательности в исследовании указанного вопроса, далее будет изложен порядок производства по положениям отечественного уголовно-процессуального законодательства 2014 года.

С учетом внесенных изменений и дополнений от 10 декабря 2009 года в законодательство о производстве в суде с участием присяжных заседателей, регламентирующих более широкие возможности обвиняемых по внесению ходатайств о рассмотрении уголовного дела судом с участием присяжных заседателей в том числе и на предварительном слушании, но, к сожалению не допускающих возможность внесения такого ходатайства на стадии судебного разбирательства, что вытекало из цитированного выше Нормативного постановления Конституционного совета Республики Казахстан № 4 от 18 апреля 2007 года «Об официальном толковании пункта 2 статьи 12, пунктов 2 и 8 статьи 62, пункта 1 статьи 76, подпунктов 3) и 5) пункта 3 статьи 77 Конституции Республики Казахстан», вопросы производства по уголовным делам судом с участием присяжных заседателей осуществлялись в порядке, предусмотренном разделом 13 УПК РК 1997 года.

Для рассмотрения уголовного дела по существу законодатель внес в УПК РК 1997 г. раздел 13 «Производство по делам с участием присяжных заседателей», состоящий из глав 57–60, регламентировавших порядок судебного разбирательства. Сложившаяся структура судебного разбирательства, состоящая из подготовительной части, судебного следствия, прений сторон, последнего слова подсудимого и вынесения приговора, в суде с участием присяжных заседателей была отдельными этапами. Это: образование коллегии присяжных заседателей, принятие присяжными заседателями присяги, постановка вопросов, подлежащих разрешению судом с участием присяжных заседателей, обращение председательствующего к присяжным заседателям, вынесение вердикта, решения, принимаемые судом с участием присяжных заседателей, по итогам вердикта. Подготовительная часть и прения сторон состоят из двух частей.

УПК РК 1997 г. предусматривал следующие этапы производства в суде с участием присяжных заседателей:

- первый этап подготовительной части (ст. 550-555 УПК РК);
- второй этап подготовительной части: образование коллегии присяжных заседателей путем проведения жеребьевки (ст. 556-558 УПК РК);
- судебное следствие в суде с участием присяжных заседателей (ст. 560, 345-349, 362 УПК РК);
- прения сторон, состоящие из двух частей (ст. 563 УПК РК);
- последнее слово подсудимого (ст. 564 УПК РК);
- постановка вопросов, подлежащих разрешению судом с участием присяжных заседателей (ст. 565-566 УПК РК);
- обращение председательствующего к присяжным заседателям (ст. 567 УПК РК);
- вынесение вердикта (ст. 569 УПК РК);
- решения, принимаемые судом с участием присяжных заседателей, по итогам вердикта (ст. 569-570 УПК РК);
- постановление приговора (ст. 571 УПК РК).

В первоначальной редакции ч. 3 ст. 546 УПК РК 1997 г. предусматривала, что обвиняемый имеет право заявлять ходатайство о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей только при объявлении ему об окончании предварительного следствия и предъявлении для ознакомления всех материалов уголовного дела. Следователь обязан согласие либо отказ зафиксировать в протоколе об объявлении обвиняемому, об окончании следственных действий и разъяснении прав. За обвиняемым остается право отказаться от заявленного им ходатайства о рассмотрении его дела с участием присяжных заседателей до проведения предварительного слушания или в ходе предварительного слушания.

Ограничение срока подачи ходатайства обвиняемого о рассмотрении его дела с участием присяжных заседателей только этапом ознакомления с материалами дела грубо нарушало его право на судебную защиту предоставленных ему прав и свобод. Поэтому обвиняемый вправе заявить такое ходатайство с момента предъявления обвинения вплоть до начала судебного следствия. Мы считаем, что отказ обвиняемого от указанной процедуры является основанием, с его согласия, для назначения упрощенного порядка судопроизводства с назначением наказания, предусматривающего элементы согласительных процедур о снижении его размера. Если по делу привлекается несколько обвиняемых, то отказ одного из них не влечет изменения процедуры судебного разбирательства с участием присяжных заседателей. Полагаем, что подобное нововведение будет способствовать повышению эффективности деятельности суда с участием присяжных заседателей.

Частично наши доводы нашли отражение в комментируемом Законе РК «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный, Гражданский процессуальный кодексы Республики Казахстан по вопросам совершенствования судебной системы», в котором ч.

3 ст. 546 УПК РК 1997 г. была изложена в следующей редакции: «3. Обвиняемый имеет право заявлять ходатайство о рассмотрении дела судом с участием присяжных заседателей при объявлении ему об окончании предварительного следствия и предъявлении для ознакомления всех материалов дела, а также в последующий период, в том числе и на предварительном слушании дела в суде, но до назначения главного судебного разбирательства». Бесспорно, данная редакция ч. 3 ст. 546 УПК РК расширяет права обвиняемого, подсудимого на судебную защиту.

При наличии ходатайства обвиняемого о рассмотрении дела судом с участием присяжных заседателей судья обязан провести предварительное слушание (статья 547 УПК РК 1997 г.). Если подсудимый подтвердил свое ходатайство о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей, то судья принимает решение об удовлетворении данного ходатайства. Постановление судьи о рассмотрении дела судом с участием присяжных заседателей является окончательным, и в дальнейшем не может быть пересмотрено по мотиву отказа подсудимого от рассмотрения дела судом с участием присяжных заседателей (статья 548 УПК РК 1997 г.). В этом же постановлении судья определяет количество кандидатов в присяжные заседатели, подлежащих вызову в данное судебное заседание, число которых должно быть не менее двадцати пяти (статья 549 УПК РК 1997 г.).

В соответствии со ст. 548 УПК РК 1997 г. предварительное слушание дела производится судьей единолично в закрытом судебном заседании с обязательным участием прокурора, подсудимого, заявившего ходатайство о рассмотрении дела судом с участием присяжных заседателей, и его защитника. Если по делу имелось ходатайство о рассмотрении дела судом с участием присяжных заседателей хотя бы одного из подсудимых, предварительное слушание производится с участием всех подсудимых по делу и их защитников. В начале судебного заседания судья объявляет, какое дело подлежит рассмотрению, представляется присутствующим на заседании лицам, сообщает, кто является государственным обвинителем, защитником, секретарем, выясняет личность подсудимого, разрешает заявленные отводы. Государственный обвинитель оглашает резолютивную часть обвинительного заключения. Судья выясняет, понятно ли подсудимому обвинение, в необходимых случаях разъясняет ему сущность обвинения и спрашивает, подтверждает ли он свое ходатайство о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей.

Судья должен выяснить у подсудимого, разъяснялись ли ему следователем юридические последствия такого ходатайства, и в необходимых случаях разъяснить эти последствия, включая особенности обжалования и рассмотрения жалоб на приговоры суда присяжных. Если подсудимый подтвердил свое ходатайство о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей, то судья принимает решение об удовлетворении данного ходатайства и переходит к рассмотрению других ходатайств, заявленных государственным обвинителем, потерпевшим,

подсудимым и его защитником. Если подсудимый не подтвердил свое ходатайство о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей, при отсутствии других оснований, предусмотренных частью первой статьи 301 Уголовно-процессуального кодекса, судья объявляет предварительное слушание окончанным. Дальнейшее производство по делу осуществляется по правилам, предусмотренным главой 40 Уголовно-процессуального кодекса, то есть в общем порядке.

Постановление судьи о рассмотрении дела судом с участием присяжных заседателей является окончательным. В дальнейшем постановление не может быть пересмотрено по мотиву отказа подсудимого от рассмотрения дела судом с участием присяжных заседателей. Отказ обвиняемого от ходатайства о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей после его подтверждения в ходе предварительного слушания не принимается (статья 546 УПК РК 1997 г.). В случае необходимости на предварительном слушании могут быть оглашены материалы дела для проверки их допустимости в качестве доказательств. По результатам предварительного слушания судья в соответствии со ст. 116 УПК 1997 г. исключает из материалов дела фактические данные, признанные недопустимыми в качестве доказательств. По итогам предварительного слушания судья принимает одно из решений, предусмотренных статьями 302-307 УПК РК 1997 г.: назначает главное судебное разбирательство; возвращает уголовное дело для дополнительного расследования; приостанавливает производство по делу; направляет дело по подсудности; прекращает производство по делу. Так, в случае изменения прокурором обвинения в ходе предварительного слушания, в результате которого изменяется подсудность, судья своим постановлением должен направить дело по подсудности в соответствии с требованиями ст. 306 УПК РК 1997 г.

Как нами уже отмечалось ранее, производство в суде с участием присяжных заседателей – это одна из форм обеспечения состязательности и равноправия сторон. Между тем в уголовно-процессуальном законе отсутствуют положения, закрепляющие порядок и условия для полного и всестороннего исследования обстоятельств дела судом с участием присяжных заседателей в предварительном слушании, судебном следствии, при прениях сторон на принципе состязательности и равноправия сторон. В отличие от УПК РК, Уголовно-процессуальное законодательство РФ закрепляет, что предварительное слушание и производство в суде присяжных основываются на принципе состязательности и равноправия сторон, для которых суд создает условия для полного и всестороннего исследования обстоятельств дела. Полагаем, что подобная формулировка приемлема и для отечественного законодательства.

После вынесения постановления о назначении дела к рассмотрению судом с участием присяжных заседателей судья дает распоряжение секретарю судебного заседания об обеспечении явки в данное судебное заседание кандидатов в присяжные заседатели, число которых указано в постановлении, для отбора их в присяжные заседатели. Кандидаты в

присяжные заседатели, включенные в предварительный список, получившие извещения с указанием даты и времени прибытия в суд, обязаны явиться в суд для участия в процедуре отбора присяжных заседателей (ст. 550 УПК РК 1997 г.). Секретарь судебного заседания по распоряжению председательствующего должен произвести предварительную случайную выборку кандидатов в присяжные заседатели из находящихся в суде единого и запасного (годовых) списков. По завершении выборки составляется предварительный список кандидатов в присяжные заседатели с указанием их фамилий, имен, отчеств и домашних адресов, который подписывается секретарем судебного заседания.

Однако процесс предварительной случайной выборки кандидатов в присяжные заседатели из находящихся в суде единого и запасного (годовых) списков законодательно не регламентирован. Об этом только есть упоминание в Законе РК «О присяжных заседателях» (ст. 1 п. 8), определяющее, что случайная выборка – это отбор граждан из предварительного списка кандидатов в присяжные заседатели с использованием технологий, позволяющих обеспечить случайность такого отбора. Какие технологии допустимы для выполнения вышеуказанных требований закона, ответа на эти вопросы нет. В связи с этим на практике необходимо определить порядок случайной выборки кандидатов в присяжные заседатели как при составлении списков исполнительными органами власти, так и в судах. Кроме того, при выполнении требований части 2 ст. 550 УПК РК 1997 г. о предварительной случайной выборке кандидатов в присяжные заседатели из находящихся в суде единого и запасного (годовых) списков следует учитывать требования статьи 1 Закона Республики Казахстан «О присяжных заседателях».

Так, в пункте 3 статьи 1 Закона Республики Казахстан «О присяжных заседателях» дано понятие запасного списка кандидатов в присяжные заседатели, согласно которому – это список кандидатов в присяжные заседатели от числа граждан, постоянно проживающих в областном центре, предназначенный для привлечения кандидатов в присяжные заседатели к процедуре отбора присяжных заседателей после использования ресурсов единого списка кандидатов в присяжные заседатели. Исходя из вышеуказанных норм закона, из запасного списка допускается производить отбор кандидатов в присяжные заседатели только после использования ресурсов единого списка кандидатов в присяжные заседатели.

Согласно закону, одно и то же лицо не может участвовать в судебных заседаниях в качестве присяжного заседателя более одного раза в год, и это обстоятельство должно учитываться при отборе кандидатов в присяжные заседатели. Представляется, что при проведении предварительной случайной выборки секретарь судебного заседания должен проверить наличие обстоятельств, препятствующих участию лица в качестве присяжного заседателя в рассмотрении уголовного дела, перечисленных в статье 10 Закона Республики Казахстан «О присяжных заседателях», иначе отбор кандидатов в присяжные заседатели может затянуться.

По завершении предварительной случайной выборки кандидатов в присяжные заседатели для участия в рассмотрении уголовного дела составляется предварительный список с указанием их фамилий, имен, отчеств и домашних адресов, который подписывается секретарем судебного заседания. В соответствии с частью 5 ст. 550 УПК РК 1997 г. кандидатам в присяжные заседатели, включенным в предварительный список, не позднее чем за семь суток до начала судебного разбирательства вручаются извещения с указанием даты и времени прибытия в суд. Граждане, получившие извещение, обязаны явиться в суд для участия в процедуре отбора присяжных заседателей. В соответствии с частью 8 статьи 551 УПК РК 1997 г., если в суд явилось менее 25 вызванных кандидатов в присяжные заседатели либо их осталось менее 17 после освобождения некоторых из них от участия в судебном разбирательстве или после удовлетворения председательствующим судьей самоотводов и отводов, председательствующий даёт распоряжение секретарю судебного заседания о пополнении состава кандидатов в присяжные заседатели недостающим числом из запасного списка. В этом случае в судебном заседании объявляется перерыв для вызова запасных кандидатов в присяжные заседатели.

Возникает вопрос, необходимо ли в данной ситуации выполнять требования части 5 ст. 550 УПК РК 1997 г. о том, что кандидату в присяжные заседатели не позднее, чем за семь суток до начала судебного разбирательства, вручаются извещения с указанием даты и времени прибытия в суд, или же в этом случае требования части 5 ст. 550 УПК РК 1997 г. неприменимы?

До начала процедуры формирования коллегии присяжных должна быть проверена личность каждого из кандидатов в присяжные заседатели. В случае установления несовпадения данных о личности кандидата в присяжные заседатели, указанных в списке, с паспортными данными или данными удостоверения личности кандидата в присяжные заседатели он не может быть допущен к процедуре формирования коллегии присяжных заседателей. Непосредственный отбор присяжных заседателей из числа кандидатов осуществляется в главном судебном разбирательстве, после проведения процедуры его подготовительной части (выполнения требований ст.ст. 331-344 УПК РК) (ст. 551 ч.1 УПК РК 1997 г.).

Председательствующий произносит перед кандидатами в присяжные заседатели краткое вступительное слово, в котором он: 1) представляется им; 2) представляет стороны; 3) сообщает, какое дело подлежит рассмотрению; 4) сообщает о задачах присяжных заседателей и порядке их участия в рассмотрении данного уголовного дела в соответствии с законом (ст. 551 ч. 3 УПК РК 1997 г.). Председательствующий разъясняет, что отбор присяжных заседателей из числа кандидатов осуществляется путем: 1) освобождения председательствующим кандидатов в присяжные заседатели от участия в рассмотрении дела; 2) разрешения вопросов о самоотводе; 3) разрешения вопросов об отводе; 4) немотивированного отвода кандидатов в присяжные заседатели (ст. 551 ч. 1 УПК РК 1997 г.). Информировует кандидатов в

присяжные заседатели, что они должны правдиво отвечать на вопросы председательствующего, задаваемые при отборе для участия в рассмотрении дела, а также предоставлять по его требованию иную необходимую информацию о себе и об отношениях с другими лицами, участвующими в деле (ст. 551 ч. 5 УПК РК 1997 г.). После чего председательствующий переходит к выяснению у кандидатов в присяжные заседатели наличия обстоятельств, препятствующих их участию в рассмотрении дела в качестве присяжных заседателей, и освобождению их от исполнения обязанностей присяжных заседателей.

В связи с тем, что единый и запасной списки кандидатов в присяжные заседатели формируются местными исполнительными органами не позднее чем в трехмесячный срок со дня получения представления председателя областного и приравненного к нему суда о количестве кандидатов в присяжные заседатели от области и действуют в течение года (ст. 8 Закона РК «О присяжных заседателях»), возникает необходимость проверки в судебном заседании кандидатов в присяжные заседатели на соответствие их требованиям, установленным ст. 10 ч. 1 вышеназванного Закона, так как эти обстоятельства, препятствующие их безусловному участию в рассмотрении дела в качестве присяжных заседателей, непосредственно в УПК РК не приведены и в силу логической последовательности все равно требуют своей проверки в судебном заседании (ст. 552 УПК РК 1997 г.). В связи с этим при освобождении кандидатов в присяжные заседатели от участия в рассмотрении дела в соответствии со ст. 552 УПК РК председательствующий должен выяснить у кандидатов в присяжные заседатели, соответствуют ли они требованиям, установленным в части 1 ст. 10 Закона РК «О присяжных заседателях», а именно:

1. Есть ли среди них лица, не достигшие 25-летнего возраста, лица, имеющие непогашенную либо неснятую судимость, признанные судом недееспособными или ограничено дееспособными, судьи, прокуроры, следователи, адвокаты, государственные служащие и военнослужащие, а также работники правоохранительных органов, состоящие на учете в наркологическом или психоневрологическом диспансере, а также лица, ранее уже участвовавшие в судебных заседаниях в качестве присяжного заседателя хоть раз в течение текущего года (ст. 550 ч. 3 УПК РК 1997 г.). При установлении таких лиц освободить их от исполнения обязанностей присяжных заседателей.

2. Затем председательствующий в соответствии с ч. 2 ст. 552 УПК РК 1997 г. переходит к установлению среди кандидатов в присяжные заседатели и освобождению их от исполнения обязанностей присяжных заседателей лиц, подозреваемых или обвиняемых в совершении преступлений; лиц, не владеющих языком, на котором ведется судопроизводство, при необеспеченности в суде синхронного перевода; немых, глухих, слепых и других лиц, являющихся инвалидами при отсутствии организационных либо технических возможностей по обеспечению их полноценного участия в судебном заседании.

3. Следующая категория кандидатов в присяжные заседатели, которые председательствующим судьей могут быть освобождены от исполнения обязанностей присяжных заседателей только лишь по их устному или письменному заявлению, это:

- 1) лица старше шестидесяти пяти лет;
- 2) женщины, имеющие детей в возрасте до трех лет;
- 3) лица, которые в силу своих религиозных убеждений считают для себя невозможным участие в осуществлении правосудия;
- 4) лица, отвлечение которых от исполнения служебных обязанностей может повлечь существенный вред общественным и государственным интересам (врачи, учителя, пилоты авиалиний и другие);
- 5) иные лица, имеющие уважительные причины для неучастия в судебном заседании (ст. 552 ч. 3 УПК РК 1997 г.).

4. В соответствии со ст. 552 ч. 4 УПК РК 1997 г. председательствующий обязан выяснить у кандидатов в присяжные заседатели их информированность об обстоятельствах дела, рассмотрение которого предстоит в суде. В случае выявления среди кандидатов в присяжные заседатели всякого кандидата в присяжные заседатели, чья объективность вызывает обоснованные сомнения вследствие оказанного на это лицо незаконного воздействия, наличия у него предвзятого мнения, знания им обстоятельств дела из непроцессуальных источников, а также по другим причинам, указывающим на возможную необъективность кандидата в присяжные заседатели при его участии в рассмотрении дела в качестве присяжного заседателя, освободить таких кандидатов в присяжные заседатели от исполнения обязанностей присяжного заседателя по делу (ст. 552 ч. 5 УПК РК 1997 г.).

Полагаем, что в комментарии к последнему пункту ст. 522 УПК РК 1997 г. следует дать разъяснение о том, что понимается под «обоснованными сомнениями в объективности», «наличие предвзятого мнения» и «причины, указывающие на возможную необъективность кандидата». На наш взгляд, указанные понятия означают следующее: участие в делах аналогичной категории в качестве пострадавшего либо чьи родственники или друзья выступали в данном качестве; имеющие аналогичную профессию с обвиняемым (исключение корпоративности), не занимающиеся какой-либо общественно-полезной деятельностью; имеющие какой-либо иной личный интерес (оплата труда присяжных).

Следующим критерием в отборе присяжных заседателей является выяснение у кандидатов в присяжные заседатели председательствующим судьей вопросов об их самоотводе в соответствии со ст. 553 УПК РК 1997 г.. При этом председательствующий спрашивает у кандидатов в присяжные заседатели о наличии предусмотренных законом причин для освобождения кого-либо из кандидатов в присяжные заседатели от участия в рассмотрении дела. Каждый из явившихся кандидатов в присяжные заседатели имеет право указать на уважительные причины, препятствующие ему исполнить обязанности присяжного заседателя, а также заявить самоотвод.

Например, в 2007 году при осуществлении правосудия Алматинским городским судом по уголовному делу в отношении К., А., А. один из кандидатов в присяжные заседатели по данному уголовному делу заявил об исключении его из списка, в связи с сомнением своего здоровья в психической полноценности. Это послужило основанием для освобождения его от обязанностей присяжного.

Право участия в формировании состава присяжных заседателей по делу последовательно предоставляется прокурору, потерпевшим, гражданским истцам, гражданским ответчикам и их представителям, подсудимым и их защитникам, которые каждому из кандидатов в присяжные заседатели обязаны заявить отвод в случаях, если у них появятся сомнения в объективности и непредвзятости будущих присяжных заседателей (ст. 554 УПК РК 1997 г.). В целях объективного решения вопроса об освобождении кандидата в присяжные заседатели от участия в рассмотрении дела, председательствующему при отборе присяжных заседателей предоставлено право задавать кандидатам вопросы, предложенные в письменной форме прокурором, потерпевшим, обвиняемым и его защитником, а также другие вопросы по своему усмотрению, имеющие значение для формирования коллегии присяжных заседателей. Однако вопросы, унижающие честь и достоинство кандидатов в присяжные заседатели, председательствующим не должны задаваться (ст. 551 ч. 4, ч. 6 УПК РК 1997 г.). Все вопросы, связанные с освобождением кандидата в присяжные заседатели от участия в рассмотрении дела, а также самоотводы и отводы, заявленные кандидатам в присяжные заседатели, разрешаются председательствующим единолично без удаления в совещательную комнату (ст. 551 ч.7 УПК РК 1997 г.). Уголовно-процессуальным законом установлено, что если в суд явилось менее двадцати пяти вызванных кандидатов в присяжные заседатели либо их осталось менее семнадцати, после освобождения некоторых из них от участия в судебном разбирательстве или после удовлетворения председательствующим судьей самоотводов и отводов председательствующий обязан дать распоряжение секретарю судебного заседания о пополнении состава кандидатов в присяжные заседатели недостающим числом из запасного списка. В этом случае в судебном заседании объявляется перерыв для вызова запасных кандидатов в присяжные заседатели (ст. 551 ч. 8 УПК РК 1997 г.).

После явки отобранных кандидатов в присяжные заседатели из запасного списка возобновляется судебное заседание и среди них проводится отбор присяжных заседателей в той же последовательности, как указано выше. Если же для участия в судебном заседании осталось более семнадцати кандидатов в присяжные заседатели, то председательствующий обязан объявить число оставшихся кандидатов в присяжные заседатели, после чего опустить в урну билеты с указанием их фамилий, перемешать билеты и извлечь из нее столько билетов, сколько необходимо, чтобы в урне их осталось семнадцать. И затем эти оставшиеся семнадцать билетов с указанием фамилий кандидатов в присяжные заседатели передать

государственному обвинителю, подсудимому (подсудимым) и (или) его защитнику (защитникам) для проведения государственным обвинителем, а также подсудимым и (или) его защитником немотивированного отвода, в результате которого должно остаться двенадцать кандидатов в присяжные заседатели (ст. 555 ч. 1, ч. 2 УПК РК 1997 г.).

Если в деле участвует один подсудимый, немотивированный отвод двух кандидатов в присяжные заседатели производится государственным обвинителем, а затем трех кандидатов в присяжные заседатели – подсудимым и (или) его защитником в указанной очередности. Если же в деле участвуют несколько подсудимых, государственный обвинитель имеет право отвести не более двух кандидатов в присяжные заседатели. При этом отвод кандидатов в присяжные заседатели производится по взаимному согласию подсудимых, а в случае отсутствия такого согласия – путем разделения между ними числа отводимых кандидатов в присяжные заседатели поровну, если это возможно (ст. 555 ч. 4, ч. 5 УПК РК 1997 г.). В случае невозможности отвода кандидатов в присяжные заседатели по взаимному согласию подсудимых или при отсутствии такого согласия – при разделении между ними числа отводимых кандидатов в присяжные заседатели поровну, дальнейший отвод кандидатов в присяжные заседатели несколькими подсудимыми производится путем жеребьевки с помещением в урну билетов с фамилиями всех подсудимых. Эта жеребьевка проводится в количестве, равном числу неотведенных кандидатов в присяжные заседатели. При этом подсудимый имеет право отвести столько кандидатов в присяжные заседатели, сколько раз билет с его фамилией был извлечен из урны председательствующим (ст. 555 ч. 6 УПК РК 1997 г.).

Однако отказ кого-либо из подсудимых от права на отвод кандидатов в присяжные заседатели не влечет ограничений прав других подсудимых отвести столько кандидатов в присяжные заседатели, чтобы их осталось не менее одиннадцати (ст. 555 ч. 7 УПК РК 1997 г.). Кандидатам в присяжные заседатели также может быть заявлен отвод государственным обвинителем, подсудимым или его защитником без указания мотивов отвода путем написания на билетах с указанием фамилий кандидатов в присяжные заседатели слова «отвод», скрепленного подписью (ст. 555 ч. 8 УПК РК 1997 г.).

Законодатель предусмотрел право подсудимого поручить своему защитнику осуществление права на отвод кандидатов в присяжные заседатели. Однако если подсудимый отказывается от своего права на отвод кандидатов в присяжные заседатели, то защитник без его согласия не вправе самостоятельно участвовать в отводе кандидатов в присяжные заседатели (ст. 555 ч. 9 УПК РК 1997 г.). В случае же отказа подсудимого или всех подсудимых, если в деле участвуют несколько подсудимых, от своего права на отвод кандидатов в присяжные заседатели дальнейший отвод кандидатов в присяжные заседатели производится путем жеребьевки, в ходе которой председательствующему либо секретарю судебного заседания из урны надлежит извлечению столько билетов с указанием фамилий неотведенных

кандидатов в присяжные заседатели, сколько их еще может быть отведено (ст. 555 ч. 10 УПК РК 1997 г.).

После проведенного отбора кандидатов в присяжные заседатели их число должно остаться не менее двенадцати. Из которых потом путем проведения жеребьевки образуется коллегия присяжных заседателей в составе десяти присяжных заседателей основного состава (образующих состав коллегии присяжных заседателей) и двух запасных (ст. 556 ч. 1 УПК РК 1997 г.).

Закон предусматривает особенности ведения судебного следствия по делу с участием коллегии присяжных заседателей. Главным на этих этапах является строжайшее соблюдение всех предписаний уголовно-процессуального закона, обеспечение подлинной состязательности сторон и исключения обстоятельств, которые могут сформировать у присяжных негативное мнение к личности обвиняемого, которая сложилась в результате его жизни до совершения преступления. Судебная практика рассмотрения уголовных дел с участием присяжных заседателей показала, что Законом Республики Казахстан «О присяжных заседателях» четко не отрегулирован вопрос о порядке разрешения ходатайств сторон (оглашение характеристик, допрос свидетелей и т.д.) в присутствии присяжных заседателей. Возникает вопрос, не относятся ли они к иным обстоятельствам, способным вызвать в отношении подсудимых предубеждение у присяжных заседателей, предусмотренное ч. 6 ст. 562 УПК 1997 г., или допускается их исследование как соблюдение принципа обеспечения прав на защиту подсудимых и потерпевших. Некоторые судьи полагают, что исследование вышеуказанных положительно характеризующих данных, в том числе допрос свидетелей по данному вопросу в присутствии присяжных заседателей, допустимо и не противоречит требованиям ч. 6 ст. 562 УПК 1997 г.⁴⁸⁶.

Требуют разрешения вопросы, связанные с отказом подсудимого или свидетеля от ранее данных показаний вследствие применения к нему недозволенных методов допроса. В соответствии с законом, если в ходе допроса подсудимого, свидетеля в зале судебного заседания последний заявляет о применении к нему недозволенных методов допроса, отказывается от своих показаний, данных в ходе предварительного следствия и положенных в основу предъявленного обвинения, суд без участия присяжных заседателей обязан проверить заявленные доводы.

В этом случае, каков должен быть порядок исследования ранее данных показаний, должны ли они исследоваться по ходатайству прокурора до удаления присяжных заседателей из зала либо без них и допустимо ли исследование прежних показаний по инициативе суда?

При рассмотрении первых уголовных дел в суде с участием присяжных заседателей в Казахстане в ситуациях отказа подсудимого или свидетеля

⁴⁸⁶Обзор отдела по обеспечению деятельности коллегии по уголовным делам Верховного Суда РК о результатах отправления правосудия областными и приравненными к ним судами с участием присяжных заседателей по итогам 2007 года. – Астана, 2007.

обвинения от первоначальных показаний по мотивам оказания в ходе предварительного следствия психологического, физического воздействия, если стороны заявляли о признании этих показаний недопустимыми доказательствами, суд исследовал обоснованность доводов допрашиваемого о применении к нему недозволённых методов допроса в отсутствие коллегии присяжных заседателей.

Такой порядок исследования доказательств вызывал двойственное отношение присяжных заседателей к решению судьи. Требовалось законодательно конкретизировать некоторые нормы закона, регулирующие механизм рассмотрения дела судом с участием присяжных заседателей. В частности, в ст. 560 УПК РК 1997 г. следовало изложить точный порядок исследования доказательств, по которым возникли вопросы об их допустимости или недопустимости⁴⁸⁷.

В целях исключения таких ситуаций в практике суда с участием присяжных заседателей, надо согласиться с доводами В.А. Сударикова, что исходя из принципа состязательности и учитывая специфику уголовного судопроизводства с участием присяжных заседателей, которых категорически запрещено знакомить с доказательствами, полученными с нарушением закона, с целью единообразного толкования и применения на практике действующего уголовно-процессуального законодательства законодателю надлежало бы все же предусмотреть и в законе норму о том, что в случае установления на стадии предварительного слушания судьей недопустимого доказательства он обязан (а не только вправе, как это предусмотрено ч. 4 ст. 88 УПК РФ) его исключить независимо от того, заявляла ли об этом ходатайство та или иная сторона.

Автор полагает, что заявления подсудимых о применении к ним в ходе предварительного расследования недозволённых методов ведения следствия должны быть предметом рассмотрения только на стадии предварительного слушания, в предусмотренном ч. 3 ст. 235 УПК РФ порядке, а не на этапах судебного разбирательства с участием присяжных заседателей, т.к. доведение до них подобного рода информации недопустимо и должно расцениваться как незаконное воздействие стороны защиты на присяжных.

Актуальность окончательного разрешения этих вопросов именно на стадии предварительного слушания обусловлена тем, что, как показывает практика, в подавляющем числе случаев из тактических соображений сторона защиты старается перенести рассмотрение заявления о применении к обвиняемому недозволённых методов ведения следствия на стадию судебного разбирательства, когда в присутствии присяжных практически невозможно пресечь заявление подсудимого о применении к нему недозволённых методов ведения следствия. Такого рода заявления, сделанные подсудимым в ходе рассмотрения дела в присутствии присяжных заседателей, не только осложняют ход процесса, но и негативно влияют на характер вынесенного присяжными вердикта.

⁴⁸⁷ Там же.

По твердому убеждению автора уже сам факт заявления подсудимым о применении к нему недозволенных методов следствия, даже прерванного председательствующим, в любом случае окажет определенное влияние на присяжных⁴⁸⁸. Исследования американских психологов показывают, что разъяснение судьи присяжным игнорировать такие показания способно привести и к тому, что у присяжных может возникнуть сопротивление данному указанию или произвольная фиксация на таких показаниях именно в силу того, что судьей на них обращено особое внимание⁴⁸⁹.

В целях исключения подобной практики в нормативном постановлении Верховного суда Республики Казахстан № 7 от 28 декабря 2009 года «О применении норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства по вопросам соблюдения личной свободы и неприкосновенности достоинства человека, противодействия пыткам, насилию, другим жестоким или унижающим человеческое достоинство видам обращения и наказания» в пункте 14 постановляется: «Судам при рассмотрении ходатайств сторон об исключении доказательств из числа допустимых по мотивам получения их с применением пыток или в результате иных незаконных действий следует исходить из того, что обязанность подтвердить законность полученных материалов дела возлагается на обвинителя.

Если подсудимый в судебном заседании заявляет, что показания были даны им при физическом или психическом насилии органов уголовного преследования, при этом он не был ознакомлен с правом пригласить защитника и не давать показания против самого себя, его допрос проводился без участия защитника, то оспариваемые показания должны признаваться недопустимыми в качестве доказательств.

Если в производстве процессуального действия участвовал адвокат, то о допущенных нарушениях закона он обязан заявить в протоколе при его подписании»⁴⁹⁰. Наличие такого разъяснения, по мнению председателя коллегии по уголовным делам Верховного суда РК, снимет многие вопросы, возникающие в судебной практике при оценке доказательств, дисциплинирует органы уголовного преследования по соблюдению норм УПК⁴⁹¹.

Стороны могут ходатайствовать об исследовании доказательств, исключенных ранее судьями из разбирательства дела, не излагая при этом их существа, без участия коллегии присяжных заседателей. При этом заслушивание мнений участников судебного разбирательства по делу в

⁴⁸⁸Судариков В.А. Роль председательствующего судьи при осуществлении правосудия судом с участием присяжных заседателей в Российском уголовном процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – М., 2004. – С. 18-19.

⁴⁸⁹Майерс Д. Социальная психология. – СПб., 1997. – С. 417.

⁴⁹⁰О применении норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства по вопросам соблюдения личной свободы и неприкосновенности достоинства человека, противодействия пыткам, насилию, другим жестоким или унижающим человеческое достоинство видам обращения и наказания: Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года №7 // Каз. правда. – 2010. – 19 января.

⁴⁹¹Шедин Г. «Фонарь» от оперуполномоченных // Каз. правда. – 2009. – 12 декабря.

связи с таким ходатайством производится только судьями (ст. 562 ч. 5 УПК РК 1997 г.). Такая практика также должна способствовать отходу суда от порочной практики, когда они по своей инициативе собирали и продолжают собирать дополнительные доказательства по делу, хотя Верховный суд Республики Казахстан в нормативном постановлении № 19 от 13 декабря 2001 года «О возвращении судами уголовных дел для дополнительного расследования», в пункте 7 конкретно указал, что требования ст. 24 УПК РК 1997 г. о принятии мер для всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств обязательны для суда в отношении тех доказательств, которые имеются в деле и представлены сторонами уголовного процесса.

Из этого разъяснения следует, что суд обязан исследовать только те доказательства, которые имеются в деле. Он не обязан отыскивать иные доказательства, да, по сути, и не имеет права этого делать, поскольку в соответствии с частью 3 ст. 23 УПК РК суд не является органом уголовного преследования, не выступает на стороне обвинения и защиты и не выражает каких бы то ни было интересов, помимо интересов права.

Суд с участием присяжных заседателей должен соответствовать критериям объективного и беспристрастного, одинаково относящегося как к стороне обвинения, так и к стороне защиты. Он не должен по собственной инициативе собирать по делу доказательства виновности или невиновности подсудимого, а обязан лишь оказывать в этом сторонам содействие, обеспечивая по их просьбе получение и исследование доказательств, имеющих значение для дела, т.к. в соответствии с требованиями закона председательствующий должен руководить судебным заседанием и принимать все предусмотренные УПК меры по обеспечению состязательности и равноправия сторон. За судом должны быть сохранены полномочия лишь по исследованию представленных сторонами доказательств, право по собственной инициативе проводить определенные следственные действия, связанные с проверкой допустимости и достоверности доказательств, представленных сторонами, а также по истребованию данных, характеризующих личность подсудимого и необходимых для правильной квалификации преступления и назначения наказания. Иное поведение председательствующего в ходе судебного разбирательства способно оказать негативное воздействие на присяжных заседателей, лишаящее их объективности⁴⁹².

Вместе с тем во многом особенности судебного следствия в суде с участием присяжных заседателей обусловлены правильным определением предмета и объема судебного следствия.

Предмет судебного следствия определен обвинительным заключением. Объем судебного следствия не может оставаться неизменным в ходе

⁴⁹²Судариков В.А. Роль председательствующего судьи при осуществлении правосудия судом с участием присяжных заседателей в Российском уголовном процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – М., 2004. – С. 18-19.

разбирательства, он может определяться во всех частях судебного разбирательства, а также на этапе самого судебного следствия. В ходе судебного следствия должен быть проверен и исследован весь доказательственный материал, представленный сторонами, который будет положен в основу приговора. Правильному решению вопроса об объеме судебного следствия способствует и правильное представление об относимости и допустимости доказательств (ч. 3-4 ст. 128 УПК РК 1997 г.). Вопрос который является первостепенным при исследовании доказательств в суде с участием присяжных заседателей. Пределы судебного следствия ограничиваются сведениями, на основе которых устанавливаются обстоятельства, входящие в предмет доказывания, и сведениями, имеющими значение для дела (ст. 117 УПК РК 1997 г.). Если такие сведения имеются, то допустить их для исследования является не только правом суда, но и обязанностью, ибо устранение доказательств от судебного исследования (ст. 127 УПК РК 1997 г.) будет препятствовать успешному установлению обстоятельств дела.

При отправлении правосудия по уголовному делу судом с участием присяжных заседателей председательствующий обязан принимать в целях обеспечения прав человека и гражданина меры к исследованию и проверке всех возможных и доступных для него доказательств. Судебное следствие может быть прекращено только по мотивам ясности дела. В суде присяжных председательствующий сам определяет необходимость окончания этапов судебного следствия. В соответствии с принципом свободной оценки доказательств суд не только вправе, но и обязан вести судебное следствие в таком объеме и до такого объема, пока у всего состава суда присяжных заседателей не сложится убеждение в виновности или невиновности подсудимого, в степени его ответственности.

На изменение объема судебного следствия могут влиять деятельность как сторон, так и председательствующего в судебном заседании. Осуществляя доказывание по делу, стороны вправе заявлять ходатайства или возбуждать таковые, уже рассмотренные судом по поводу дополнительного вызова новых свидетелей и экспертов, производства экспертизы в ходе судебного разбирательства, осмотра вещественных доказательств и места происшествия, истребования и приобщения вещественных доказательств. Эти вопросы они вправе поставить в любой момент, в том числе и во время прений, требуя возобновления судебного следствия, если для этого появились основания. Суд в любой момент судебного следствия может назначить судебную экспертизу, а также повторную или дополнительную (ч. 1 и 10 ст. 354 УПК РК 1997 г.), вызвать для допроса эксперта, давшего заключение (ст. 355 УПК РК 1997 г.).

УПК РК предоставляет суду возможность собирать доказательства путем производства судебных действий, подвергая их исследованию, которое включает в себя анализ полученного доказательства, его сопоставление с другими доказательствами, собирание дополнительных доказательств, проверку источников получения доказательств (ст. 125, 127 УПК РК 1997 г.).

В то же время присяжные заседатели не правомочны квалифицировать деяния по конкретной статье уголовного закона, т.к. анализ признаков состава и определение характера связи между деянием и этими признаками проводят судьи-профессионалы.

В случае если в судебных прениях или в последнем слове подсудимого, после окончания судебного следствия, появятся новые обстоятельства, имеющие значение для дела, суд по ходатайству сторон или по собственной инициативе возобновляет судебное следствие (ст. 366 УПК РК 1997 г.).

Только при выяснении всех обстоятельств по делу можно говорить, что вынесенный приговор является законным, обоснованным и справедливым, направленный на достижение объективной истины. Вместе с тем, чтобы установить истину, суд должен проявлять активность, что идет вразрез с положением суда, обеспечивающего равноправие сторон, находящегося в положении нейтрального органа к любой из сторон. Надо признать, что суду в состязательном уголовном процессе, особенно в суде с участием присяжных заседателей, сложно быть активным, но он должен обеспечивать активность сторон, тем самым создавая условия для установления истины. Возможно ли вообще активное участие суда в судебном процессе в рамках казахстанского законодательства?

Изложенное заставляет задуматься над высказыванием А.Я. Сухарева, что «в России законодатели «заикнулись» на безоглядном расширении прав и свобод, убрав из УПК стержневой принцип нормального правосудия – обеспечение истины по каждому делу, подменив его состязательностью и равенством сторон. Нигде подобного угодничества больше не найти»⁴⁹³. По этому поводу А.А. Тарасов пишет, «смена парадигмы российского уголовного судопроизводства, законодательное определение его назначения через универсальную категорию защиты прав и законных интересов лиц, вовлеченных в его сферу в силу совершенных ими или в отношении них преступлений (ст. 6 УПК РФ), по-новому поставили вопрос о цели доказывания в уголовном процессе. В условиях утверждения принципа состязательности уголовного процесса (ст. 15 УПК РФ) подвергнуты сомнению прежние, казавшиеся незыблемыми, постулаты советской теории доказательств о том, что целью доказывания, как для следствия, так и для суда неизменно является объективная истина».

Анализируя точки зрения ученых процессуалистов Шейфер С.А., Смирнова А.В., Lupинской П.А., Петрухина И.Л., Александрова А.С., по данной проблеме А.А. Тарасов приходит к выводу, «отказываясь от марксистско-ленинских идеологических догм, нельзя отказаться от проверенных мировой историей постулатов, изначально никак не связанных с марксистско-ленинской идеологией: истина – это цель доказывания в состязательном уголовном процессе, а объективным критерием истины выступает общественная историческая практика, в концентрированном виде

⁴⁹³Сухарев А.Я. Научные аспекты международно-правового сотрудничества органов прокуратуры в правозащитной деятельности // Правозащитное предназначение органов прокуратуры на современном этапе: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. г. Алматы, 23-24 ноября 2004 г. – Алматы, 2004. – С. 17.

выраженная в процессуальной форме. Соблюдение процессуальной формы, поддающееся внешнему объективному контролю на разных этапах производства по уголовному делу, обеспечивает всестороннее, полное и объективное исследование обстоятельств этого дела, законность и справедливость принимаемых по нему властных решений. Именно с таких позиций должен, оцениваться каждый институт уголовно-процессуального права»⁴⁹⁴.

Исследователи отмечают, что анализ особенностей исследования обстоятельств дела в суде присяжных с точки зрения возможности установления истины при рассмотрении дела с участием присяжных заседателей позволяет отметить, что суд присяжных, несмотря на то, что УПК РФ не содержит предписания об обязательном установлении истины по делу, должен стремиться познать истину и установить фактические обстоятельства дела с высокой степенью достоверности. Вопрос о том, как определить эту степень, видимо, только в теоретическом споре разрешен быть не может. Такие понятия вырабатываются в процессе длительной практической деятельности, на что особо обращают внимание современные исследователи М.К. Свиридов, В.А. Азаров, З.З. Зинатуллин⁴⁹⁵.

Прения сторон в суде с участием присяжных заседателей также имеют свои особенности. Во-первых, они состоят из двух частей (ст. 563 ч. 1 УПК РК 1997 г.). Первая часть прений состоит из речей государственного обвинителя, потерпевшего, защитника и подсудимого, которые излагают свои позиции по поводу доказанности или недоказанности вины подсудимого без упоминания его прежней судимости. При этом стороны не могут упоминать обстоятельства, не подлежащие рассмотрению судом с участием присяжных заседателей, и ссылаться на доказательства, не исследованные в судебном заседании. Председательствующий обязан прервать такие выступления и разъяснить присяжным заседателям, что они не должны учитывать данные обстоятельства при вынесении приговора (ст. 563 ч. 2, ч. 3 УПК РК 1997 г.). Вторая часть прений состоит из речей государственного обвинителя, а также потерпевшего, гражданского истца и ответчика или их представителей, защитника и подсудимого, в которых излагаются позиции по вопросам квалификации действий подсудимого, назначения наказания, гражданского иска. Эта часть прений проводится без участия присяжных заседателей (ст. 563 ч.4 УПК РК 1997 г.). Поэтому после проведения первой части прений присяжные заседатели подлежат удалению из зала судебного заседания и возвращаются в него только после проведения второй части судебных прений.

По этому поводу работники прокуратуры выражают свое несогласие с положениями УПК, регулирующими такой порядок проведения судебных

⁴⁹⁴Тарасов А.А. Еще раз об истине в уголовном судопроизводстве // Новый Уголовно-процессуальный кодекс России в действии: мат-лы круглого стола. 13 ноября 2003 г. – М., 2003. – С. 71-78.

⁴⁹⁵Кемпф Н.Г. Проблемные вопросы исследования фактических обстоятельств дела в суде с участием присяжных заседателей: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Барнаул, 2006. – С. 13.

прений в суде с участием присяжных заседателей. По мнению Х. Кушкалиева, проведение второй части судебных прений в той форме, в которой она закреплена в уголовно-процессуальном законодательстве РК, возможно лишь при классической модели суда присяжных, когда последние свидетельствуют только о факте. Наша же смешанная модель, в соответствии с частями 10, 12, 14 ст. 569 УПК РК 1997 г., предполагает решение присяжными вопроса и о назначении наказания. Как раз об этом, давая оценку общественной опасности совершенного преступления и личности подсудимого, совокупности смягчающих и отягчающих ответственность обстоятельств, мере наказания, применении закона, и говорит государственный обвинитель во второй части судебных прений. В таком случае, почему голос прокурора, выступающего от имени государства, должен остаться не услышанным присяжными заседателями?

Автор предлагает процедуру пребывания присяжных в совещательной комнате сделать двухэтапной: при первом совещании решается вопрос о виновности либо невиновности подсудимого, по результатам которого выносится вердикт. В случае вынесения обвинительного вердикта, когда решение уже ими принято и оглашено, присяжные присутствуют на втором этапе прений, выслушивая мнение сторон о квалификации действий и мере наказания. Автор обосновывает свою точку зрения тем, что поскольку вердикт уже вынесен, то присяжные должны знать характеризующий подсудимого материал, смягчающие и отягчающие уголовную ответственность обстоятельства, по закону влияющие и подлежащие принятию во внимание при назначении наказания. Кроме того, есть императивные нормы закона, ст.ст. 13, 56, 58, 59, 60, 64 УК РК 1997 г., которые должны учитываться при определении размера наказания, о чем может сказать только государственный обвинитель в своем втором выступлении.

По окончании второго этапа прений присяжные совместно с судьями повторно удаляются в совещательную комнату для обсуждения соответствующих вопросов. Вынесение же присяжными оправдательного вердикта само по себе исключает возможность их возвращения в зал совещаний⁴⁹⁶. Инго Риш считает, что исходная позиция казахстанского законодателя заслуживает безоговорочной поддержки, т.к. присяжный заседатель при решении вопроса о вине уже руководствуется соображениями относительно меры наказания. Действительно существует опасность, что юридически не подготовленная личность будет использовать в качестве аргумента преступления факт прежней судимости или, к примеру, склонность подсудимого к алкоголю, не проводя при этом строгого разграничения между виной и мерой наказания. Автор считает вполне продуманным двойное деление прений сторон. Только когда профессиональные судьи и присяжные заседатели согласно предписанному большинству положительно ответят на вопрос о вине, следует переходить ко

⁴⁹⁶Кушкалиев Х. Суд присяжных: плюсы и минусы // Закон и правосудие. – 2006. – 14 июня.

второй части прений сторон об обосновании меры наказания⁴⁹⁷. Следует согласиться с позицией законодателя и цитированного выше автора о разделении процедуры прений на две части, которая способствует объективному вынесению вердикта присяжными заседателями.

После произнесения речей всеми участниками прений в суде с участием присяжных заседателей стороны имеют право на реплику. Право сторон на реплику реализуется в той же последовательности, в какой они выступали в судебных прениях. Право последней реплики принадлежит защитнику (ст. 564 ч. 1 УПК РК 1997 г.). После проведения судебных прений и реализации сторонами права на судебную реплику председательствующий с участием второго судьи с учетом результатов судебного следствия, прений сторон обязан сформулировать в письменном виде вопросы, подлежащие разрешению судом с участием присяжных заседателей, зачитать их и передать сторонам. При этом стороны вправе высказать свои замечания по содержанию и формулировке вопросов и внести предложения о постановке новых вопросов (ст. 565 ч. 1, ч. 2 УПК РК 1997 г.). На время обсуждения и формулирования вопросов, подлежащих разрешению судом с участием присяжных заседателей, присяжные заседатели удаляются из зала судебного заседания (ст. 565 ч. 3 УПК РК). После высказывания сторонами своих замечаний по содержанию и формулировке вопросов и внесения предложений о постановке новых вопросов или отсутствия таковых председательствующий должен удалиться в совещательную комнату и уже в совещательной комнате окончательно обязан сформулировать вопросы, подлежащие разрешению судом с участием присяжных заседателей. После чего вносит их в вопросный лист и подписывает его (ст. 565 ч. 4 УПК РК 1997 г.). Затем председательствующий обязан вернуться в зал судебного заседания, возратить в него присяжных заседателей и в их присутствии и присутствии сторон огласить вопросный лист (ст. 565 ч. 5 УПК РК 1997 г.).

В-третьих, перед удалением судей и присяжных заседателей в совещательную комнату председательствующий обязан обратиться к присяжным заседателям. В своем обращении он: 1) приводит содержание обвинения; 2) сообщает содержание уголовного закона, предусматривающего ответственность за совершение деяния, в котором обвиняется подсудимый; 3) напоминает об исследованных в суде доказательствах как уличающих подсудимого, так и оправдывающих его, не выражая при этом своего отношения к этим доказательствам и не делая выводов из них; 4) излагает позиции государственного обвинителя и защиты; 5) разъясняет присяжным заседателям основные правила оценки доказательств в их совокупности; сущность принципа презумпции невиновности; положение о толковании неустранимых сомнений в пользу подсудимого; положение о том, что их выводы могут быть основаны лишь на тех доказательствах, которые

⁴⁹⁷Инго Риш. Участие присяжных заседателей в уголовном судопроизводстве Казахстана // Законодательные основы введения института присяжных заседателей в Республике Казахстан: Сб. мат-лов междунар. науч.-практ. конф. – Астана, 2007. – С. 125.

непосредственно исследованы в судебном заседании, никакие доказательства для них не имеют заранее установленной силы, их выводы не могут основываться на предположениях, а также на доказательствах, признанных судом недопустимыми; 6) обращает внимание присяжных заседателей на то, что отказ подсудимого от дачи показаний или его молчание в суде не имеют юридического значения и не могут быть истолкованы как свидетельство виновности подсудимого; 7) разъясняет порядок совещания, заполнения бюллетеней по основным вопросам, порядок общего голосования по вопросам вынесения приговора (ст. 567 ч. 3 УПК РК 1997 г.).

При обращении к присяжным заседателям председательствующему запрещено в какой-либо форме выразить свое мнение по вопросам, поставленным перед коллегией присяжных заседателей (ст. 567 ч. 2 УПК РК 1997 г.). Стороны вправе заявить в судебном заседании возражения в связи с содержанием обращения председательствующего по мотивам нарушения им принципа объективности, которые подлежат обязательному внесению в протокол судебного заседания (ст. 567 ч. 4 УПК РК 1997 г.). После чего подсудимому в соответствии со ст. 365 УПК РК предоставляется последнее слово (ст. 564 ч. 2 УПК РК 1997 г.).

Основной стадией судопроизводства с участием присяжных заседателей является процедура принятия решения по уголовному делу. По окончании прений судья и основные присяжные заседатели удаляются в совещательную комнату для вынесения приговора. Кроме судьи и присяжных заседателей, присутствие иных лиц в совещательной комнате не допускается (ст. 568 УПК РК 1997 г.). Постановление приговора в суде с участием присяжных заседателей также имеет свои особенности. Судья не вправе в какой-либо форме выразить свое мнение по вопросам, поставленным перед коллегией присяжных и судей. В совещательной комнате судья и присяжные сразу же приступают к решению вопроса о виновности или невиновности подсудимого путем голосования, которое осуществляется тайно. Судья и присяжные тайно друг от друга, не советуясь, не выражая своего мнения, не выясняя мнение судьи и присяжных заседателей, заполняют графу для ответов на вопросы о совершении деяния, доказанности его и виновности в нем подсудимого, после чего опускают бюллетень в урну для голосования.

Решение принимается большинством голосов. Если большинство (шесть и более присяжных заседателей) проголосовало за невиновность, то без всякого обсуждения выносится оправдательный приговор. Если по итогам голосования принят вердикт о виновности обвиняемого, то после квалификации судьями деяний обвиняемого по статьям УК судья и присяжные вместе путем открытого голосования определяют виновному меру наказания.

В приговоре председательствующим должны быть выдержаны требования:

- 1) во вводной части приговора не указываются фамилии присяжных заседателей;
- 2) в описательно-мотивировочной части оправдательного приговора

излагается существо обвинения, по поводу которого судом с участием 10 присяжных заседателей был вынесен оправдательный вердикт, и содержится ссылка на вердикт либо отказ государственного обвинителя от обвинения;

3) в описательно-мотивировочной части обвинительного приговора должны содержаться описание преступного деяния, в совершении которого подсудимый признан виновным, квалификация содеянного, мотивы назначения наказания и обоснование решения суда в отношении гражданского иска;

4) в резолютивной части приговора должны содержаться разъяснения о порядке обжалования и опротестования приговора в кассационную инстанцию.

После чего приговор подписывается председательствующим по делу (ст. 571 УПК РК 1997 г.) и по выходе из совещательной комнаты провозглашается в зале судебного заседания.

Если же в ходе разбирательства дела судом с участием присяжных заседателей выявлены обстоятельства, дающие основания считать, что подсудимый по своему психическому состоянию не мог быть привлечен к уголовной ответственности либо заболел душевной болезнью, лишаящей его возможности отдавать отчет своим действиям или руководить ими, что подтверждается соответствующим заключением судебно-психиатрической экспертизы, председательствующий выносит постановление о прекращении рассмотрения уголовного дела судом с участием присяжных заседателей и направляет его на рассмотрение суда в порядке, предусмотренном разделом 12, главой 54 УПК РУ 1997 г., регламентирующих порядок судопроизводства по делам о применении принудительных мер медицинского характера. Постановление председательствующего о прекращении рассмотрения дела судом с участием присяжных заседателей и направлении его для рассмотрения судом в общем порядке, предусмотренном Уголовно-процессуальным кодексом, является окончательным и обжалованию, опротестованию в кассационном порядке не подлежит.

Как было обусловлено, рассмотрим порядок производства по уголовным делам в суде с участием присяжных заседателей по УПК РК 2014 года, который регламентирован разделом 14 «Производство по делам с участием присяжных заседателей», главы 65-70.

Предусмотрены следующие этапы производства в суде с участием присяжных заседателей:

- первый этап подготовительной части (ст. 638-643 УПК РК);
- второй этап подготовительной части: образование коллегии присяжных заседателей путем проведения жеребьевки (ст. 644-646 УПК РК);
- судебное следствие в суде с участием присяжных заседателей (ст. 650, 364-381 УПК РК);
- прения сторон, состоящие из двух частей (ст. 651 УПК РК);
- последнее слово подсудимого (ст. 652 УПК РК);
- постановка вопросов, подлежащих разрешению судом с участием присяжных заседателей (ст. 653-654 УПК РК);

- вынесение вердикта (ст. 656 УПК РК);
- решения, принимаемые судом с участием присяжных заседателей, по итогам вердикта (ст. 656-657 УПК РК);
- постановление приговора (ст. 658 УПК РК).

Этапы производства по уголовному делу ничем ни отличаются от редакции в УПК РК 1997 года, исключен только этап обращения председательствующего с присяжным заседателям.

Ходатайство о рассмотрении дела судом с участием присяжных заседателей, предусмотренное ст. 634 УПК РК, осталось без изменений, редакция ч. 3 также предусматривает, что подозреваемый, обвиняемый имеют право заявлять ходатайство о рассмотрении дела судом с участием присяжных заседателей при предъявлении для ознакомления всех материалов дела, а также и в последующий период, в том числе и на предварительном слушании дела в суде, но до назначения судом главного судебного разбирательства.

Согласно ст. 635 УПК РК проведение предварительного слушания, по делам, указанным в части 1 ст. 631 УПК РК обязательно независимо от наличия или отсутствия ходатайства подозреваемого, обвиняемого о рассмотрении дела с участием присяжных заседателей. Остальные положения изменений не претерпели, ч. 6 также гласит, что «постановление судьи по вопросу о рассмотрении дела судом с участием присяжных заседателей является окончательным. В дальнейшем постановление не может быть пересмотрено ввиду изменения позиции подсудимым».

В этом же постановлении судья определяет количество кандидатов в присяжные заседатели, подлежащих вызову в данное судебное заседание, число которых также остается не менее двадцати пяти (ст. 637 УПК РК).

Также в случае необходимости на предварительном слушании могут быть оглашены материалы дела для проверки их допустимости в качестве доказательств. По результатам предварительного слушания судья в соответствии со ст. 112 УПК РК исключает из материалов дела фактически данные, признанные недопустимыми в качестве доказательств. По итогам предварительного слушания судья принимает одно из решений, предусмотренных статьями 322-327 УПК РК: назначает главное судебное разбирательство; При установлении существенных нарушений уголовно-процессуального законодательства возвращает дело прокурору для их устранения; приостанавливает производство по делу; направляет дело по подсудности; прекращает производство по делу.

По аналогии со ст. 550 УПК РК 1997 г. согласно положений ст. 638 УПК РК 2014 года производится предварительная случайная выборка кандидатов в присяжные заседатели для участия в судебном разбирательстве.

По аналогии со ст. 551 УПК РК 1997. отбор присяжных заседателей из числа кандидатов осуществляется после выполнения требований статей 350 - 363 УПК РК (ст. 639 ч.1 УПК РК).

Председательствующий выполняет функцию по освобождению кандидатов в присяжные заседатели от участия в рассмотрении дела в

соответствии со ст. 640 УПК РК, по аналогии со ст. 552 УПК РК 1997 г. на соответствие требованиям, установленным в части 1 ст. 10 Закона РК «О присяжных заседателях».

Разрешение вопросов о самоотводе кандидатов в присяжные заседатели осуществляется путем выяснения у кандидатов в присяжные заседатели председательствующим судьей причин для этого, согласно ст. 641 УПК РК.

Право участия в формировании состава присяжных заседателей по делу последовательно предоставляется прокурору, потерпевшим, гражданским истцам, гражданским ответчикам и их представителям, подсудимым и их защитникам, которые каждому из кандидатов в присяжные заседатели обязаны заявить отвод в случаях, если у них появятся сомнения в объективности и непредвзятости будущих присяжных заседателей (статья 642 УПК РК).

Все вопросы, связанные с освобождением кандидата в присяжные заседатели от участия в рассмотрении дела, а также самоотводы и отводы, заявленные кандидатам в присяжные заседатели, разрешаются председательствующим единолично без удаления в совещательную комнату (ст. 639 ч. 7 УПК РК). Если в суд явилось менее двадцати пяти вызванных кандидатов в присяжные заседатели либо их осталось менее семнадцати, после освобождения некоторых из них от участия в судебном разбирательстве или после удовлетворения председательствующим судьей самоотводов и отводов председательствующий обязан дать распоряжение секретарю судебного заседания о пополнении состава кандидатов в присяжные заседатели недостающим числом из запасного списка. В этом случае в судебном заседании объявляется перерыв для вызова запасных кандидатов в присяжные заседатели (статья 639 ч. 8 УПК РК).

Если в результате выполнения требований статьи 642 УПК для участия в судебном заседании осталось более семнадцати кандидатов в присяжные заседатели, председательствующий объявляет число оставшихся кандидатов в присяжные заседатели, после чего опускает в урну билеты с указанием их фамилий, перемешивает билеты и извлекает из нее столько билетов, сколько необходимо, чтобы в урне осталось семнадцать.

После выполнения требований ч. 1 ст. 643 УПК председательствующий передает оставшиеся семнадцать билетов с указанием фамилий кандидатов в присяжные заседатели для проведения государственным обвинителем, а также подсудимым и (или) его защитником немотивированного отвода, в результате которого должно остаться двенадцать кандидатов в присяжные заседатели.

Если в деле участвует один подсудимый, немотивированный отвод двух кандидатов в присяжные заседатели производится государственным обвинителем, а затем трех кандидатов в присяжные заседатели - подсудимым и (или) его защитником в указанной очередности (ч. 4 ст. 643 УПК).

Если в деле участвуют несколько подсудимых, государственный обвинитель имеет право отвести не более двух кандидатов в присяжные заседатели. При этом отвод кандидатов в присяжные заседатели производится

по взаимному согласию подсудимых, а в случае отсутствия такого согласия - путем разделения между ними числа отводимых кандидатов в присяжные заседатели поровну, если это возможно (ч. 5 ст. 643 УПК).

В случае невозможности выполнения требований части пятой настоящей статьи, отвод кандидатов в присяжные заседатели несколькими подсудимыми должен производиться путем жеребьевки с помещением в урну билетов с фамилиями всех подсудимых. Жеребьевка проводится в количестве, равном числу неотведенных кандидатов в присяжные заседатели. Подсудимый имеет право отвести столько кандидатов в присяжные заседатели, сколько раз билет с его фамилией был извлечен из урны председательствующим (ч. 6 ст. 643 УПК).

Отказ кого-либо из подсудимых от права на отвод кандидатов в присяжные заседатели не влечет ограничений прав других подсудимых отвести столько кандидатов в присяжные заседатели, чтобы их осталось не менее двенадцати (ч. 7 ст. 643 УПК).

Кандидатам в присяжные заседатели может быть заявлен отвод государственным обвинителем, подсудимым или его защитником без указания мотивов отвода путем написания на билетах с указанием фамилий кандидатов в присяжные заседатели слова «отвод», скрепленного подписью (ч. 8 ст. 643 УПК).

Подсудимый вправе поручить своему защитнику осуществление права на отвод кандидатов в присяжные заседатели. Если подсудимый отказывается от своего права на отвод кандидатов в присяжные заседатели, то защитник без его согласия не вправе самостоятельно участвовать в отводе кандидатов в присяжные заседатели (ч. 9 ст. 643 УПК).

В случае отказа подсудимого или всех подсудимых, если в деле участвуют несколько подсудимых, от своего права на отвод кандидатов в присяжные заседатели их отвод производится путем жеребьевки, в ходе которой председательствующим либо секретарем судебного заседания из урны извлекаются столько билетов с указанием фамилий неотведенных кандидатов в присяжные заседатели, сколько их еще может быть отведено (ч. 10 ст. 643 УПК).

Коллегия присяжных заседателей, рассматривающая дело в суде, образуется путем жеребьевки в составе десяти присяжных заседателей основного состава (образующих состав коллегии присяжных заседателей) и двух запасных (ч.1 ст. 644 РК).

Судебное следствие в суде с участием присяжных заседателей проводится в порядке, установленном статьями 364 - 378, 381 (ч.1 ст. 650 УПК РК).

Стороны без участия коллегии присяжных заседателей могут ходатайствовать об исследовании доказательств, исключенных ранее судьей из разбирательства дела, не излагая при этом их существа. Выслушивание мнений участников судебного разбирательства по делу в связи с таким ходатайством производится судьей в отсутствие присяжных заседателей (ч.5 ст. 650 УПК РК).

Не подлежат исследованию с участием присяжных заседателей обстоятельства, связанные с прежней судимостью подсудимого, о признании его хроническим алкоголиком или наркоманом, а также иные обстоятельства, способные вызвать в отношении подсудимого предубеждения присяжных заседателей (ч.5 ст. 650 УПК РК).

Прения сторон в суде с участием присяжных заседателей (ст. 651 УПК РК), Реплики и последнее слово подсудимого в суде с участием присяжных заседателей (ст. 652 УПК РК), постановка вопросов, подлежащих разрешению судом с участием присяжных заседателей (ст.653 УПК РК, полный аналог ст. ст.563, 564, 565 УПК РК 1997 г. Исключением является отсутствие в УПК РК 2014 г. обращения председательствующего к присяжным заседателям, которое имело место в УПК РК 1997 года (ст. 567).

Подсудимому в соответствии со статьей 384 УПК РК предоставляется последнее слово (статья 652 ч. 2 УПК РК).

После окончания прений судья и основные присяжные заседатели удаляются в совещательную комнату для вынесения приговора. Кроме судьи и присяжных заседателей, присутствие иных лиц в совещательной комнате не допускается (ст. 655 УПК РК). Порядок проведения совещания и голосования в совещательной комнате (ст. 656 УПК РК) имеет свои особенности. Судья не вправе в какой-либо форме выражать свое мнение по вопросам, поставленным перед коллегией присяжных и судей. В совещательной комнате судья и присяжные сразу же приступают к решению вопроса о виновности или невиновности подсудимого путем голосования, которое осуществляется тайно и письменно. Судья и присяжные тайно друг от друга, не советуясь, не выражая своего мнения, не выясняя мнение судьи и присяжных заседателей, заполняют графу для ответов на вопросы о совершении деяния, доказанности его и виновности в нем подсудимого, после чего опускают бюллетень в урну для голосования.

Вместе с тем председательствующий приводит содержание обвинения; сообщает содержание уголовного закона; излагает позиции государственного обвинителя и защиты; разъясняет порядок заполнения бюллетеней, также порядок голосования на назначение наказания (ч.1-1 ст. 656 УПК РК).

В совещательной комнате присяжные заседатели вправе получать от председательствующего разъяснения по возникшим у них неясностям в связи с поставленными вопросами (ч.2 ст. 656 УПК РК).

Решение принимается большинством голосов. Если большинство (шесть и более присяжных заседателей) проголосовало за невиновность, то без всякого обсуждения выносится оправдательный приговор (ч.9 ст. 656 КПК РК).

В случае если вопрос о вине подсудимого решен положительно, то судья разрешает вопрос о том, является ли деяние преступлением и каким именно уголовным законом оно предусмотрено (статья, часть, пункт), а также разъясняет присяжным заседателям, какие меры наказания предусмотрены за эти деяния (ч.10 ст. 656 КПК РК).

Постановление приговора (ст. 658 УПК РК) изменений не претерпело, также отражает как в ст. 571 УПК РК 1997 г. все требования, единственное отличие в п. 4) ч.1, который предусматривает, что в резолютивной части приговора должны содержаться разъяснения о порядке обжалования и пересмотра по ходатайству прокурора приговора. В УПК РК 1997 года это было изложено следующим образом «в резолютивной части приговора должны содержаться разъяснения о порядке обжалования и опротестования приговора в кассационную инстанцию».

Прекращение рассмотрения уголовного дела в связи с установлением невменяемости подсудимого (ст. 659 УПК РК) предусматривает такие же положения, как и в ч. 1 ст. 572 УПК РК 1997 г., но ч. 2 ст. 659 УПК РК претерпела изменения. Ранее постановление председательствующего о прекращении рассмотрения дела судом с участием присяжных заседателей и направлении его для рассмотрения судом в общем порядке, предусмотренном Уголовно-процессуальным кодексом, являлось окончательным и обжалованию, опротестованию в кассационном порядке не подлежало. В УПК РК 2014 г. ч.2 ст. 659 УПК предусматривает, что «постановление о прекращении уголовного дела в связи с установлением невменяемости подсудимого и применении либо неприменении к нему принудительных мер медицинского характера может быть обжаловано, пересмотрено по ходатайству прокурора в порядке, предусмотренном настоящим Кодексом».

Таким образом, предусмотренный порядок рассмотрения уголовных дел судом с участием присяжных заседателей направлен на укрепление принципов законности, объективности при оценке доказательств, независимости суда при принятии решения, состязательности, открытости и гласности судопроизводства, что позволит в перспективе сократить факты недобросовестности и необъективности некоторых судей, их профессиональной нечистоплотности и изжить обвинительный уклон. С другой стороны, предусмотренная законом процедура постановления приговора на основе вердикта присяжных, на наш взгляд, носит несколько односторонний характер, учитывая только позицию присяжных заседателей, принимающих участие в голосовании. Полагаем, что в целях обеспечения принципа равенства сторон необходимо предусмотреть и порядок вынесения особого мнения судей, в случае несогласия с решениями присяжных заседателей. В подобных ситуациях, при несогласии с вердиктом присяжных о виновности либо невиновности обвиняемого, председательствующий судья может заявить свое особое мнение, которое заносится в протокол судебного разбирательства. Особое мнение судей должно учитываться в случаях кассационного обжалования постановленного обвинительного или оправдательного приговора.

§ 3. Особенности предмета и пределов доказывания, при вынесении вердикта присяжными заседателями

Особенности судебного разбирательства с участием присяжных заседателей обусловлены разделением компетенции в рассмотрении уголовного дела между профессиональными судьями (председательствующим) и присяжными заседателями. Законодатель предопределяет разграничение предмета доказывания между указанными субъектами и, соответственно, разделение судебного следствия на два этапа. На первом этапе исследуются только те фактические обстоятельства уголовного дела, доказанность которых устанавливается присяжными заседателями в соответствии с возложенными на них полномочиями. Они вправе решать вопросы о том, имело ли место преступное деяние, совершено ли оно подсудимым, виновен ли он в его совершении. Для ответа на поставленные перед присяжными заседателями вопросами подлежат доказыванию все обстоятельства дела.

Согласно положениям ч. 1 ст. 113 УПК РК (2014 г.) доказыванию подлежат событие и предусмотренные уголовным законом признаки состава преступления (время, место, способ и другие обстоятельства совершения преступления), что связано с установлением объекта и объективной стороны состава преступления, в совершении которого обвиняется подсудимый. Эти существенные элементы отражены в первом основном вопросе вопросного листа: имело ли место деяние, в совершении которого обвиняется подсудимый? Второй вопрос, на который следует ответить присяжным – доказано ли, что это деяние совершил подсудимый? Он направлен на установление причастности последнего к совершению преступления, доказанность которого определена положительным ответом коллегии присяжных на первый основной вопрос (ст. 654 УПК РК 2014 г.).

Указанная последовательность ответов на поставленные вопросы объясняется тем, что установление причастности подсудимого в инкриминируемом ему деянии происходит в рамках исследования события преступления и, отчасти, обстоятельств, характеризующих личность подсудимого, но никак не в рамках исследования его виновности в совершении преступления. Тем самым исключается предвзятость мнения присяжных заседателей до обсуждения вопроса о наличии признаков субъективной стороны преступления. Рассматривать указанный вопрос присяжные заседатели вправе только после положительного ответа на два предыдущих вопроса. При этом постановка вопроса о совершении деяния подсудимым предполагает установление его личности, наличие же остальных признаков субъекта преступления (вменяемость, пол, должность, профессия и т.д.) имеет значение для вопроса о виновности деяния и его юридической квалификации. Поэтому при формулировке ответа на третий основной вопрос вопросного листа – виновен ли подсудимый в совершении этого преступления, следует исходить из понятия виновности лица в совершении преступления, под которой понимается не только умышленное

или неосторожное совершение деяния, но и мнение суда, что за этот проступок общество и государство вправе упрекнуть, обвинить подсудимого⁴⁹⁸.

Определение формы и вида вины, требующее собственной юридической оценки, относится к компетенции председательствующего. Полагаем, что подобная процедура имеет в своей основе положения теории о легальных доказательствах, ставших переходным этапом к системе свободной оценки доказательств по внутреннему убеждению. В основе легальной теории доказательств лежало стремление гарантировать действенную защиту невиновности обвиняемого или в интересах государства наказания преступника против судебного произвола. Она, как бы ограждая обвиняемого от произвольности судебной оценки, указывала суду тот минимум доказательств, только при наличии которого могло последовать осуждение. Любое доказательственное правило содержит абстракцию. Всеобщее, на чем судья должен испытывать истину соответствующих конкретных фактов, покоится на мыслительной операции, где основания для истины факта оцениваются по всеобщим правилам мышления и жизненного опыта. Однако такое пользование правилами мышления и опыта очень сильно связано с субъективизмом судьи, что препятствует достижению объективного приговора. В силу этого в законодательстве и устанавливаются правила доказывания, позволяющие познающему судье убедиться в истинности обстоятельств, имеющих отношение к рассматриваемому делу. Все это и нашло отражение в легальной теории доказательств, после того как субъективная, чисто формализованная система доказательств древнего права была вытеснена объективной системой доказательств и были созданы предпосылки для формулирования законных доказательственных правил.

С течением времени легальная теория доказательств постоянно совершенствовалась. С ее помощью считалось возможным установить вину или невиновность подсудимого по объективным, установленным законом критериям, и этого положения легальная теория доказательств придерживалась вплоть до французской революции, упразднившей окончательно старый инквизиционный процесс и безоговорочно признавшей в качестве доказательственного правила свободную оценку доказательств, что и было закреплено в 1808 году в ст. 342 УПК Франции⁴⁹⁹. В Германии сначала пришли к смягчению легальной позитивной теории доказательств (отменив в конце XVIII века пытку). Пришедшая ей на смену спустя длительное время негативная теория доказательств требовала от судьи решать по своему личному убеждению, но при этом устанавливала законодательное правило о наличии у судьи законной «массы доказательств». И только в случае оправдания судья мог построить свои выводы на свободном убеждении. Таким образом, если позитивная теория доказательств не была в состоянии предотвратить осуждение невиновного, то

⁴⁹⁸Пашин С.А. Формулировки вопросного листа: общие рекомендации // Суд присяжных: Науч.-практ. сб. – М., 1993. – С. 228.

⁴⁹⁹Kasper S. Op. Cit. S. 12.

при негативной теории довольно часто исключалось осуждение виновного⁵⁰⁰.

Впервые выражение свободная оценка доказательств по внутреннему убеждению появилось в английском уголовном судопроизводстве в 1670 году. Применительно к этому были выработаны понятия относимости и допустимости доказательств, а также способов доказывания, бремени доказывания и презумпций (неопровержимых и опровержимых правовых и опровержимых фактических)⁵⁰¹. В континентальной Европе система свободной оценки доказательств по внутреннему убеждению появилась с победой Великой Французской революции 1789 года и появлением суда присяжных заменила собой систему легальных (формальных) доказательств полностью. Она означала ничем не ограниченную полноту власти присяжных заседателей в разрешении вопроса о виновности обвиняемого, т.е. беспредельную свободу их усмотрения. На первых порах это положение было очень прогрессивным по сравнению со старой системой легальных (формальных) доказательств, но впоследствии правящие классы, а под их влиянием и теоретики процессуалисты стали все громче и активнее выступать против такой неограниченной власти присяжных, стоявших выше закона и уполномоченных судить по впечатлению и без какого-либо отчета⁵⁰².

Изучение опыта работы шэффенских судов Германии свидетельствует, что вся государственная власть там исходит от народа, в Конституции нет упоминания о суде присяжных. Анализ статьи 97 Конституции Германии, закрепляющей принцип независимости судей, показывает, что в этой норме использовано словосочетание «профессиональные судьи», что допускает возможность присутствия в законодательстве страны, наряду с этой категорией государственных служащих, и непрофессиональных судей, т.е. представителей народа⁵⁰³.

В Конституции Японии 1946 г. не говорится об участии граждан в отправлении правосудия. Поэтому некоторые юристы высказывают мнение о неконституционности суда с участием судебных заседателей, которые, по их мнению, принуждают граждан участвовать в отправлении правосудия без конституционной основы. Однако в 2011 г. Верховный суд единогласно признал этот новый институт конституционным.

Чтобы не быть односторонним в оценке нынешнего состояния суда присяжных в мире и отношении к нему, следует привести и точки зрения о жизнеспособности суда присяжных при любой формации. К примеру, способность присяжных заседателей правильно и справедливо решать вопросы о виновности была подтверждена в 1894 году на совещании старейших председателей и прокуроров судебных палат с участием и под председательством А.Ф. Кони. Это спустя 30 лет существования Устава

⁵⁰⁰ Kasper S. Op. Cit. S. 12.

⁵⁰¹ Рональд Уолкер. Английская судебная система. – М.: Юрид. лит., 1980. – С. 553-565.

⁵⁰² Бутов В.Н. Уголовное судопроизводство Австрийской Республики: опыт и проблемы организации и деятельности. – Екатеринбург: Изд-во Урал. гос. экон. ун-та, 1999. – С. 102-105.

⁵⁰³ Абельдинов Н. Казнить нельзя помиловать // Юрид. газета. – 2005. – 14 января.

уголовного судопроизводства, когда в него было внесено около 700 изменений, дополнений и поправок.

По истечении XX века этот вопрос о необходимости суда присяжных и его формах возникает вновь с не менее острыми примерами. В.В. Мельник приводит пример из личного общения с коллегами в США, в ходе ознакомительной поездки при изучении деятельности суда присяжных. Автор пишет: «во время перерывов между сессиями, в коридорах я выискивал людей, которые не читали нам лекций о суде присяжных – совершенно посторонних работников судейского корпуса, и задавал им провокационные вопросы, как, например: «в России большинство юристов скептически относятся к классической форме судопроизводства, потому что считают, что по таким сложнейшим и ответственным вопросам, как: Доказано ли, что совершено деяние? Доказано ли, что его совершил подсудимый? и т.д., по которым даже профессиональные судьи допускают ошибки, присяжные заседатели не способны правильно и справедливо выносить решения. Вы думаете так же?» По их реакции я видел, что они очень удивлены. Они смотрели на меня как на чудака, потому что такой вопрос для них казался очень странным⁵⁰⁴. Далее автор делает вывод, что у тех людей, с которыми он общался, не возникало никаких сомнений в способности присяжных выносить решения по таким вопросам. Эмпирически ответ на этот вопрос дан историей самого функционирования этой формы судопроизводства на протяжении исторически длительного периода времени. Однако для профессионального юриста непонятно, на чем основана эта способность⁵⁰⁵.

Изложенное позволяет прийти к выводу о том, что основным «камнем преткновения» в оценке деятельности с участием присяжных заседателей является сомнение в их способности правильно (с точки зрения профессиональных юристов) произвести оценку исследованных в ходе судебного разбирательства доказательств и, соответственно, вынесения решения относительно виновности привлекаемого к суду лица (лиц). Практика деятельности таких судов показала, что при классической модели судов присяжных выносимые вердикты, в основном, содержат большую долю непредсказуемости. С другой стороны, когда конечные результаты правосудия заранее не прогнозируются, стороны в лице прокурора, защитника и потерпевшего будут вынуждены строить систему обвинения или защиты таким образом, чтобы ее состоятельность не подвергалась сомнению как со стороны судей, так и со стороны присяжных заседателей. В этой связи уместно привести суждения А.П. Гуляева по аналогичной ситуации в досудебных стадиях процесса. «Логика деятельности следователя такова, – пишет он, – что, обвиняя лицо и будучи поэтому заинтересованным в том, чтобы это обвинение соответствовало истине, было правильным и не

⁵⁰⁴ Мельник В.В. Способны ли присяжные заседатели правильно судить по вопросу о виновности? // Введение суда присяжных в Республике Казахстан: вопросы теории и практики: мат-лы круглого стола. – Алматы, 2005. – С. 112.

⁵⁰⁵ Мельник В.В. Там же. С. 112.

опровергалось в дальнейшем, (им самим, защитником, обвиняемым, прокурором, судом), он не может психологически абстрагироваться от всего того, что опровергает либо может опровергнуть или заменить выдвинутое им обвинение. Даже с точки зрения возможности наступления невыгодных для него последствий в результате необоснованного обвинения (подрыв профессионального авторитета, ухудшение показателей работы и тому подобное) следователь заинтересован в том, чтобы учесть как оправдывающие, так и смягчающие ответственность обстоятельства. А при реализации функции защиты следователь заинтересован в том, чтобы его действия по защите обвиняемого не были расценены как неосновательное выгораживание виновного»⁵⁰⁶. Полагаем, что процесс становления внутреннего убеждения присяжного заседателя также соответствует указанной выше схеме.

После основного вопроса о виновности подсудимого присяжными заседателями могут ставиться частные вопросы о таких обстоятельствах, которые увеличивают или уменьшают степень виновности либо изменяют ее характер, влекут за собой освобождение подсудимого от ответственности. В необходимых случаях отдельно ставятся также вопросы о степени осуществления преступного намерения, причинах, в силу которых деяние не было доведено до конца, степени и характере соучастия каждого из подсудимых в совершении преступления. Допустимы вопросы, позволяющие установить виновность подсудимого в совершении менее тяжкого преступления, если этим не нарушается его право на защиту. Вопросы, подлежащие разрешению, ставятся в отношении каждого подсудимого отдельно⁵⁰⁷.

В соответствии с диспозицией ч. 6 ст. 650 УПК РК 2014 г. не подлежат исследованию с участием присяжных заседателей обстоятельства, связанные с прежней судимостью подсудимого, о признании его хроническим алкоголиком или наркоманом, а также иные обстоятельства, способные вызвать в отношении подсудимого предубеждения присяжных заседателей.

Данная норма идентична положениям ч. 8 ст. 335 УПК РФ, за исключением того, что в российском УПК оговаривается, что данные о личности подсудимого исследуются с участием присяжных заседателей лишь в той мере, в какой они необходимы для установления отдельных признаков состава преступления, в совершении которого он обвиняется. Это положение в УПК РФ было включено после настоятельных предложений, по результатам судебной практики в суде присяжных. Полагаем, что подобное дополнение уместно и для нашего законодательства.

Н.С.Манова, исследовавшая проблемы совершенствования процессуальной формы осуществления правосудия с участием присяжных

⁵⁰⁶ Гуляев А.П. Следователь в уголовном процессе. – М., 1981. – С. 18., Гуляев А.П. Процессуальные функции следователя: учеб. пос. – М., 1984. – С. 21-22.

⁵⁰⁷ Шегенов М.С. Постановка вопросов, подлежащих разрешению судом с участием присяжных заседателей // Законодательные основы введения института присяжных заседателей в Республике Казахстан: сб. мат-лов междунар. науч.-практ. конф. – Астана, 2007. – С. 96-97.

заседателей, приводит мнения ученых, обосновывающих, что категорический запрет закона исследовать с участием присяжных заседателей данные о личности подсудимого и, в первую очередь, сведения о его прежних судимостях вызывал неприятие многих ученых и практиков⁵⁰⁸. Порой такие данные были настолько очевидны, что приходилось искусственно скрывать их. Подобная ситуация не могла быть признана нормальной. Закон, запрещая оглашать сведения о судимостях подсудимого, не содержал аналогичного запрета в отношении потерпевшего, и это в некоторых случаях являлось причиной негативного отношения присяжных к данному участнику процесса. Такая ситуация, например, сложилась на самом первом процессе с участием присяжных, проходившем в Саратовском областном суде (дело братьев Мартыновых)⁵⁰⁹. Это действительно имело место и, к сожалению, было приведено в качестве примера в специальном докладе Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации, освещающем «Проблемы совершенствования деятельности суда присяжных в современной России», в котором в частности говорится: «первый судебный процесс с участием присяжных заседателей в постсоветской России состоялся в декабре 1993 года в Саратове и был весьма показательным. Следствие обвиняло двух братьев Мартыновых в разбойном нападении, а также в умышленном убийстве трех человек, совершенном с особой жестокостью, из корыстных побуждений, за что УК РФ предусматривает наказание до 20 лет лишения свободы либо смертную казнь или пожизненное лишение свободы. Однако в ходе судебного следствия присяжные пришли к иному мнению: убийство произошло во время обоюдной драки, причем Мартыновы защищались от потерпевших, которые ранее были судимы за хулиганство, а обвинения в разбойном нападении были вовсе сняты. Единодушный вердикт присяжных – признать Мартыновых виновными только в убийстве, совершенном при превышении пределов необходимой обороны. Судья назначил наказание: 1,5 года лишения свободы одному и 1 год лишения свободы другому»⁵¹⁰.

По мнению российских ученых, запрет исследовать в присутствии присяжных данные о личности подсудимого был чрезмерно категоричен. Во-первых, он затруднял присяжным заседателям решение вопроса о том, заслуживает ли подсудимый снисхождения. По опубликованным данным, присяжные признают заслуживающими снисхождения каждого третьего убийцу и насильника и более половины лиц, признанных виновными в бандитизме⁵¹¹. Во-вторых, без исследования некоторых данных о личности подсудимого невозможно в определенных ситуациях установить мотив преступления (например, при убийстве из хулиганских побуждений), а также

⁵⁰⁸Манова Н.С. Предварительное и судебное производство: дифференциация форм: учебное пособие для вузов. – М.: Приор-издат, 2004. – С. 131.

⁵⁰⁹Пашин С.А. Российский суд присяжных заседателей вчера и сегодня // Знамя. № 6, 1996. – С. 182-183.

⁵¹⁰Лукин В.П. Проблемы совершенствования деятельности суда присяжных в современной России: Специальный доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации. – М.: ИД «Юриспруденция», 2004. – С. 14-15.

⁵¹¹Тащилин М. Индивидуализация наказания в суде присяжных// Российская юстиция. – 2000. – № 5 (май). – С. 5.

его умышленный характер, способ его совершения и т.п. обстоятельства. В-третьих, отсутствие такой информации чревато неправильной оценкой поведения потерпевшего. В связи с этим в литературе неоднократно высказывались предложения о необходимости предусмотреть в законе случаи, когда в изъятие из общих правил было бы допустимо оглашение данных о прежних судимостях обвиняемого⁵¹². По этому поводу Л.Б. Алексеева пишет, что при выборе модели судопроизводства в России был взят российский вариант 1864 года, по которому присяжным предоставили право не только высказываться, заслуживает ли подсудимый снисхождения в том случае, если они признают его виновным, но и заслуживает ли он особого снисхождения. Автор задается вопросом, почему Россия пошла по такому пути тогда? Тогда было еще старое очень суровое уголовное законодательство, и они решили его смягчить с помощью вот такого рода права присяжных. Мы почему-то тоже последовали по этому пути. Хотя у нас уже было новое, достаточно современное уголовное законодательство, но мы тоже решили предоставить право присяжным высказываться о снисхождении и особом снисхождении. А особое снисхождение требовало назначения наказания ниже низшего предела. И это при том, что присяжным запрещается сообщать факты, которые настраивают присяжных против подсудимого. А именно, факты его прошлой судимости, факты злоупотреблений, алкоголем, наркотиками и т.д. компрометирующие подсудимого. И присяжные, не зная о фактах прежней судимости, не зная многих данных о личности подсудимого, высказывались по очень серьезным преступлениям, что подсудимый заслуживает особого снисхождения. Судья должен был назначить ему наказание ниже низшего предела. Сейчас мы отказались от особого снисхождения, но снисхождение все-таки оставили, что заставляет судью на две третьих снизить наказание⁵¹³.

Аналогичная ситуация имеет место и в Казахстане при отправлении правосудия в суде с участием присяжных заседателей. Данные о личности подсудимого исследуются с участием присяжных заседателей лишь в той мере, в какой они необходимы для установления отдельных признаков состава преступления, в совершении которого обвиняется подсудимый.

Не подлежат исследованию с участием присяжных заседателей обстоятельства, связанные с прежней судимостью подсудимого, о признании его хроническим алкоголиком или наркоманом, а также иные обстоятельства, способные вызвать в отношении подсудимого предубеждения присяжных заседателей (п.6 ст. 562 УПК РК 1997 г, ч. 6 ст. 650 УПК РК 2014 г.)

Поэтому указанные данные и факты не могут упоминаться в обвинительной речи. Однако в отношении потерпевшего таких ограничений

⁵¹²Воскресенский В. Проблемы доказывания обвинения // Российская юстиция. – 1995. – № 4. – С.3-5., Корнеева И.В., Ковтун Н.Н. Суд присяжных как социальное и правовое явление современной России. – Н. Новгород, 2001. – С. 80-90.

⁵¹³Алексеева Л.Б. Выступление на международной научно-практической конференции «Вопросы и пути реализации создания института суда присяжных в Республике Казахстан». Алматы, 25-26 ноября 2002 г. // Предупреждение преступности: криминологический журнал. – 2003. – №1. – С. 24.

нет и фактически, такое процессуальное положение, ущемляет права потерпевшего предусмотренные ст.14 Конституции РК, устанавливающей, что все равны перед законом и судом.

В отличие от потерпевшего и свидетеля подсудимый не несет уголовной ответственности за отказ от дачи показаний и за дачу ложных показаний. Защищая себя, он может говорить неправду, может оклеветать потерпевшего и тем самым подорвать его репутацию, так как характеризующие данные, в том числе и отрицательные, исследуются в присутствии присяжных заседателей.

Данное обстоятельство, явилось одним из оснований для вынесения оправдательного приговора судом присяжных заседателей в Павлодарской области в отношении гр-на К., который ранее судим, и совершил убийство гр-на В., который ранее также неоднократно был судим, характеризовался отрицательно, как вспыльчивый, грубый, необщительный человек. В отношении виновного имелась достаточная совокупность доказательств, двое очевидцев, практически на месте преступления гр-н К. был задержан во дворе дома, где совершил убийство (руки в крови, давал признательные показания в присутствии защитника), ни одно доказательство судом не было признано недопустимым, тем не менее, коллегия присяжных пришла к выводу о недоказанности состава преступления.

В судебном заседании исследовались личностные данные потерпевшего – злоупотреблявшего спиртным, ранее судимого, с которым соседи не общались из-за его неуживчивого и вздорного характера. В противовес этому образу присяжные видели подсудимого – безусловного трезвого, спокойного, удачно создавшего «положительный образ», который ранее также судим и злоупотреблял спиртным, но присяжные об этом не знали. Образ подсудимого представлен как положительный, поскольку только хорошие его качества были предметом исследования с присяжными – сестра, дочь, которую он якобы воспитал без матери.

Положения п. 6 ст. 562 УПК РК 1997 г., ч. 6 ст. 650 УПК РК 2014 г.) запрещающие в присутствии присяжных заседателей исследовать обстоятельства, связанные с прежней судимостью подсудимого, по сути противоречат требованиям ст. 54 УК РК 1997 и 2014 гг., предусматривающей, в качестве отягчающих вину обстоятельств при назначении наказания, рецидив преступлений.

В связи с изложенным предлагается законодательно урегулировать следующий вопрос – либо ограничить исследование отрицательной информации в отношении потерпевшего в присутствии присяжных заседателей, либо в отношении подсудимого и потерпевшего, без ограничений должны быть представлены полные сведения.

Американское правосудие также строится на правилах, запрещающих доказательства, которые могут вызвать у присяжных предвзятость по отношению к подсудимому, если они не относятся к делу (например, свидетельства о наличии уголовных судимостей). До начала разбирательства, в отсутствие присяжных, подаются ходатайства, с тем, чтобы судья

определил допустимые доказательства. В любое время в ходе разбирательства любая из сторон может выдвинуть возражения против отдельных доказательств, судья, в отсутствие присяжных, заслушивает аргументацию и принимает решение о допустимости данного доказательства. Поэтому в российском и казахстанском законодательстве введена стадия предварительного слушания. Для того чтобы именно на этой стадии решались все вопросы, связанные с исключением недопустимых доказательств из дела.

Вместе с тем в США правила допустимости доказательств против свидетеля значительно менее строги (они равным образом применяются и к подсудимому, если он решит давать показания). Все доказательства ранее допущенного совершения акта недостойного поведения, включая все тяжкие и особо тяжкие преступления (фелонии), кражи, мошенничества, признаются допустимыми. Причиной этого является представление присяжным всех доказательств, для определения того, следует ли доверять отдельным свидетелям. Сюда же относятся доказательства ранее допущенного ненадлежащего поведения со стороны полицейских. Жалобы, поданные в отношении свидетеля-полицейского в связи с чрезмерным применением им силы или с подделкой отчетов полиции, также допускаются судом⁵¹⁴.

Уместно привести мнение Европейской комиссии по правам человека, которая высказала свою точку зрения по ряду дел о том, что сообщение выносящим решение судьей о предыдущих судимостях человека до вынесения вердикта не нарушает гарантии справедливого суда, в том числе и презумпцию невиновности. В одном случае председательствующий в процессе раскрыл подробности прежних судимостей обвиняемого судебным заседателям до вынесения вердикта по обвинению в грабеже; в другом – прежние судимости обвиняемого за воровство принимались во внимание в ходе процесса; еще в одном случае общественный обвинитель информировал суд о прежних, многочисленных судимостях обвиняемого до вынесения присяжными вердикта по обвинению в изнасиловании⁵¹⁵. Международная Амнистия, рассматривая вопросы, связанные с процедурами, противоречащими презумпции невиновности, пишет, «ведение процесса должно основываться на презумпции невиновности. Судьи должны вести процесс, не создавая у себя предварительного мнения о виновности или невиновности обвиняемого, и должны обеспечить положение, при котором ведение суда удовлетворяет этому требованию. Сюда же относится внешний вид подсудимого, наличие наручников, содержание подсудимого за решеткой в зале судебного заседания⁵¹⁶. К сожалению, в казахстанских судах перечисленные факты имели место. В специальном докладе ОБСЕ о

⁵¹⁴Синтия Алкон. Суд присяжных: Американская модель // Вопросы и пути реализации создания института суда присяжных в Республике Казахстан: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. г. Алматы, 25-26 ноября 2002 г. // Предупреждение преступности: криминологический журнал. – 2003. – №1. – С. 14-15.

⁵¹⁵Международная амнистия. Руководство по справедливому судопроизводству. – М.: Изд-во «Права человека», 2003. – С. 95.

⁵¹⁶Международная амнистия. Руководство по справедливому судопроизводству. – М.: Изд-во «Права человека», 2003. – С. 94-95.

состоянии и ходе реформы уголовного правосудия в Казахстане, представленном 23 февраля 2007 года в ВС РК, обращалось внимание, что казахстанские судьи держат подсудимых за решеткой и игнорируют их жалобы на пытки со стороны органов следствия. Повсеместная практика применения наручников и металлического ограждения (решеток) в зале судебного заседания противоречит международным стандартам справедливого судопроизводства, является грубым нарушением принципа презумпции невиновности, унижает честь и достоинство участников уголовного процесса. Легитимизация такой практики в ведомственных нормативно-правовых актах является неправомерной, поскольку служит защите ведомственных интересов в ущерб правовому статусу личности.

Официальные представители согласившись с критикой, пояснили, что в некоторых случаях решетки останутся, когда есть основания к побегу подсудимого или к совершению других тяжких преступлений⁵¹⁷. В Соединенных Штатах не предусмотрены огороженные решеткой места для подсудимых в залах заседаний судов присяжных. На время заседания на подсудимых не надевают наручники. Если существует риск того, что подсудимый сбежит, или опасность того, что он может нанести людям вред, обвинитель может подать ходатайство о том, чтобы на подсудимого надели электронный ремень, который одевается под одежду, и если подсудимый ведет себя неподобающим образом, через ремень проходит электрический разряд (разумеется, не такой сильный, чтобы привести к летальному исходу). Обвинители в редчайших случаях подают такие ходатайства, да и судьи лишь в чрезвычайных обстоятельствах разрешают применить данное устройство. Смысл использования данного пояса в том, чтобы он был не виден присяжным, – это позволит им избежать выводов о потенциальной опасности подсудимого, что может заставить их относиться к делу с предубеждением в ходе совещания⁵¹⁸.

Чтобы исключить разного рода возможные ситуации, связанные с личностью, следует обратиться к опыту суда присяжных Франции. Процесс в суде присяжных отличается от гражданских и административных процессов тем, что значительное внимание уделяется личности обвиняемого, а следовательно, и отношениям, которые складываются во время заседаний между обвиняемым и присяжными. Эта особенность прослеживается как в ходе процесса, так и в характере прений.

Процесс в суде присяжных начинается всегда с изучения личности обвиняемого, оно предшествует даже заслушиванию эпизодов по делу. Председатель суда начинает с жизненного пути обвиняемого, задавая ему по ходу чтения необходимые, с его точки зрения, вопросы и сохраняя максимально возможную беспристрастность. Этот этап дебатов является

⁵¹⁷Бауыржан Шаяхмет. Зачем в суде клетка? // Наша газета. – 2007. – 1 марта.

⁵¹⁸Синтия Алкон. Суд присяжных: Американская модель // Вопросы и пути реализации создания института суда присяжных в Республике Казахстан: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. г. Алматы, 25-26 ноября 2002 г. // Предупреждение преступности: криминологический журнал. – 2003. – №1. – С. 14.

основным, так как дает возможность заседателям составить себе мнение об обвиняемом, на основании которого они будут интерпретировать и судить эпизоды дела, по которому проходит обвиняемый. Иными словами, обвиняемый должен публично рассказать о своем детстве, юности, о родителях, раскрывая порой самые интимные подробности частной жизни, если ему предлагают сделать это его защитник или председатель суда. Затем наступает очередь свидетелей его нравственного облика – коллег, друзей, родителей, родственников, которые проливают свет на внешнюю, часто интимную, сторону жизни обвиняемого. Наконец, эксперты-психиатры отчитываются о проведенном им обследовании и дают, в частности, заключение о вменяемости и дееспособности обвиняемого: если обвиняемый страдает психическими нарушениями, засвидетельствованными экспертами, он признается неспособным нести ответственность за свои поступки и освобождается от уголовной ответственности до того, как будет помещен в психиатрическую клинику для прохождения соответствующего лечения. На практике, в том случае, когда совершенное преступление является особенно гнусным, психические заболевания рассматриваются как «неубедительное оправдание» содеянного, и присяжные пытаются вынести вердикт о пожизненном заключении. Во время заседания эксперты могут дать присяжным разъяснения по некоторым аспектам поведения обвиняемого. Защитники задают им обычно множество вопросов с тем, чтобы выявить слабые стороны своих клиентов и использовать ответы специалистов в судебных прениях по делу и защитительной речи. Эти ответы, исходящие от явно беспристрастного лица, пользующегося неограниченным доверием, оказывают очень важное влияние на оценку присяжных⁵¹⁹.

Значение правовой регламентации института допустимости доказательств определяется тем, что она устанавливает процедуру познания фактических обстоятельств дела, учитывая при этом как наличные (т.е. существующие в данной правовой системе) задачи судопроизводства, так и их относительную приоритетность. Именно поэтому институт допустимости доказательств отражает то или иное предпочтение законодателя, стоящего перед выбором между установлением истины любой ценой и сознательной готовностью снизить вероятность ее достижения, чтобы уменьшить риск осуждения невиновного, а также сузить сферу ограничения конституционных прав граждан⁵²⁰. В унисон данному определению другие авторы считают, что допустимость – это свойство доказательства, характеризующее его с точки зрения законности источника сведений о фактах, а также способов получения и закрепления указанных сведений в порядке, предусмотренном уголовно-процессуальным законодательством, т.е. уполномоченным на то лицом или органом в результате проведения им процессуального действия при строгом соблюдении уголовно-процессуального закона, определяющего формы

⁵¹⁹Дюмулэ. Суд присяжных во Франции // Вопросы и пути реализации создания института суда присяжных в Республике Казахстан. Материалы международной научно-практической конференции. г. Алматы, 25-26 ноября 2002 г. // Предупреждение преступности: криминологический журнал. – 2003. – №1 (5). – С. 39.

⁵²⁰Кипнис Н.М. Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве. – М., 1995. – С. 5.

данного действия⁵²¹.

Исходя из этого вполне правомерно, что положения части 6 статьи 650 УПК РК 2014 г. следует изложить в следующей редакции: «В случаях, когда сведения о личности подсудимого необходимы для установления отдельных признаков события преступления, либо для решения вопроса о том, заслуживает ли подсудимый снисхождения, либо когда подсудимый или его защитник дезинформируют присяжных относительно обстоятельств, связанных с прежней судимостью или иных данных, характеризующих личность подсудимого, указанные сведения могут быть рассмотрены в присутствии коллегии присяжных заседателей».

В перспективе положения ч. 6 ст. 650 УПК РК подвергнутся изменениям, по мере появления судебной практики по уголовным делам, рассмотренным в суде с участием присяжных заседателей.

Объективность потребует исключить вообще положения ч. 6 ст. 650 УПК РК, в силу того, что, согласно положениям частей 10-12 ст. 656 УПК РК присяжные заседатели вместе с профессиональным судьей в совещательной комнате рассматривают вопросы, связанные с квалификацией деяния и мерой наказания. В силу этого соответственно возникнут вопросы, вытекающие из наличия судимости у подсудимого, его личностных характеристик, о которых говорится в положениях ч. 6 ст. 650 УПК РК. Судимость часто влияет на квалификацию деяния, назначение меры наказания, вида и режима исполнения наказания. Таким образом, исключение исследования в судебном заседании обстоятельств, указанных в ч. 6 ст. 650 УПК РК, становится уже обязательным в совещательной комнате на стадии вынесения приговора.

Представленные доводы являются свидетельством несовершенства различных положений законодательства, требующих внесения изменений в вопросах о допустимости отдельных доказательств в суде присяжных либо изменения процедуры их оглашения.

Согласно практике Верховного суда Германии, которая оспаривается некоторыми учеными, непрофессиональным судьям не разрешается знакомиться с материалами следствия. Любые сведения из этих материалов, известные непрофессиональным судьям, которые получены не путем законного оглашения соответствующих фрагментов во время устного публичного судебного разбирательства, представляют собой нарушение процессуального права. С другой стороны, профессиональным судьям разрешается изучать все материалы следствия перед судебным процессом. Более того, они не могут выполнить свои задачи во время подготовительных судебных заседаний без изучения этих материалов. Другие ученые требуют внесения изменений в уголовный процесс, целью которых является избежание любой необходимости чтения материалов дела судьей, участвующим в процессе, и запрещение любого чтения материалов перед окончанием судебного процесса⁵²².

⁵²¹Кудин Ф.М., Костенко Р.В. Допустимость доказательств в российском уголовном процессе: учебное пособие. – Краснодар, 2002. – С. 14.

⁵²²Кристоф Ренних. Участие граждан в уголовном судопроизводстве: опыт Германии // Судопроизводство с

Наши доводы ранее уже находили свое подтверждение, К.А. Маами писал, что «подлежит пересмотру ст. 560 УПК РК 1997 г., где должен быть изложен точный порядок исследования доказательств, по которым могут появиться вопросы об их допустимости или недопустимости. Это вытекает из того, что при проведении первых судебных процессов с участием присяжных заседателей судьи попадали в несколько затруднительное положение, когда уже в главном судебном разбирательстве ставился вопрос о признании доказательств недопустимыми и исключении их из числа таковых. Спорным, по мнению юристов, является положение закона, согласно которому в прениях государственный обвинитель не имеет права высказываться о прежних судимостях подсудимого, указывать, что он является наркозависимым или алкоголиком, так как это может вызвать предубеждение присяжных⁵²³.

Следует отметить, что основной вопрос о виновности подсудимого решается присяжными заседателями без учета обстоятельств, связанных с исследованием прокурором, потерпевшим, гражданским истцом и ответчиком или их представителями, защитником и подсудимым вопросов о квалификации действий подсудимого, назначения наказания и гражданского иска, поскольку оно проходит в их отсутствие (ч. 4 ст. 651 УПК РК 2014 г.). Несмотря на то, что судьба гражданского иска напрямую зависит от вердикта присяжных заседателей, уголовно-процессуальный закон разрешение вопроса – подлежит ли удовлетворению гражданский иск, в чью пользу и в каком размере – относит к прерогативе председательствующего. Обусловлено это тем, что в большинстве случаев указанные вопросы не имеют значения для определения виновности подсудимого, однако исследование обстоятельств, связанных с гражданским иском, квалификацией преступления или личностью обвиняемого, может вызвать предубеждение присяжных заседателей к подсудимому и повлиять на вынесение вердикта, что прямо запрещено законом.

Обращает на себя внимание и тот факт, что вопросный лист не содержит вопроса о наличии обстоятельств, исключаящих преступность и наказуемость, при положительном ответе на который присяжные заседатели могли бы оправдать подсудимого. Необходимость включения в вопросный лист такого вопроса вызвана тем, что деяние, даже при наличии признаков преступления, в силу определенных обстоятельств не является преступным. Ответ на подобный вопрос способствовал бы принятию справедливого решения председательствующим при решении им вопроса о квалификации и наказании подсудимого.

Законом исчерпывающе определены пределы судебного разбирательства по каждому делу, т.е. выделена такая совокупность обстоятельств, выяснение

участием присяжных заседателей и перспективы его введения в Республике Казахстан: мат-лы круглого стола. – Алматы, 2005. – С. 93.

⁵²³Маами К.А. Вердикт с участием населения – важнейший фактор доверия к суду // Каз. правда. – 2008. – 15 января.

которых обеспечивает реальную возможность построения достоверных выводов по делу; при этом на стороне обвинения лежит обязанность доказывания виновности подсудимого, тогда как обратное вправе доказывать защита. Активное участие присяжных в процессе установления обстоятельств дела позволяет реализовать цель уголовного процесса – отыскание объективной материальной истины по делу. В этой связи, если на первом этапе судебного следствия возникают вопросы правового характера, требующие исследования обстоятельств, о которых присяжные не должны знать, их изучают в отсутствие последних. Поэтому все вопросы, связанные с юридической квалификацией, разрешаются без участия присяжных заседателей единолично председательствующим судьей на втором этапе судебного следствия после вынесения коллегией вердикта.

Указанные особенности предмета доказывания в суде с участием присяжных заседателей обуславливают различие пределов доказывания на каждом этапе судебного следствия. Совокупность доказательств, необходимых и достаточных для установления обстоятельств, входящих в предмет доказывания на первом этапе судебного следствия с участием присяжных заседателей, не тождественна сведениям, устанавливающим наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию на втором этапе судебного следствия, проводимого без их участия. Ограничение пределов доказывания устанавливается уголовно-процессуальным законом и путем регламентации в ст. 648 УПК РК 2014 г. следующих правил. Если в ходе судебного разбирательства будут обнаружены фактические данные, недопустимые в соответствии со статьей 116 настоящего Кодекса в качестве доказательств, председательствующий обязан решить вопрос об исключении их из числа таковых, а в случае исследования таких доказательств признать их не имеющими юридической силы, а состоявшееся их исследование недействительным и разъяснить присяжным заседателям, чтобы они их не учитывали при принятии решений (ч. 2 ст. 648 УПК РК 2014 г.).

Стороны не вправе без разрешения председательствующего упоминать в суде с участием присяжных заседателей о существовании исключенных из разбирательства дела доказательств, ссылаться на них для обоснования своей позиции. При нарушении указанного требования председательствующий обязан прервать выступление участника процесса и предупредить его о недопустимости упоминать об исключенных из дела доказательствах и разъяснить присяжным, чтобы они не воспринимали сказанное участниками процесса. При неподчинении распоряжениям председательствующего на участника процесса может быть наложено денежное взыскание в порядке, предусмотренном настоящим Кодексом. Об указанных мерах, принимаемых председательствующим, делается соответствующая запись в протоколе судебного заседания. Суд также может вынести частное постановление в отношении участника процесса, нарушающего порядок судопроизводства и не подчиняющегося законным распоряжениям председательствующего, для принятия к нему мер в предусмотренном законом порядке (ч. 3 ст. 648 УПК РК 2014 г.).

Судьи не должны знакомить присяжных заседателей с фактическими данными, недопустимыми в качестве доказательств. Разрешение ходатайств сторон о вызове новых свидетелей, экспертов и специалистов, об истребовании вещественных доказательств и документов, влекущих расширение пределов судебного следствия, также происходит без участия присяжных заседателей.

Таким образом, законодатель предусмотрел все, чтобы в судебном заседании присяжные не узнали о доказательствах, признанных недопустимыми, но он не предусматривает и не допускает вообще ситуацию, когда судья может посчитать, что предъявленных сторонами доказательств недостаточно для вынесения справедливого, законного и обоснованного решения. Общество не получит справедливый вердикт, главное предназначение суда присяжных. Надо согласиться, что «справедливый вердикт в суде присяжных может быть вынесен только на основании исследования всех доказательств по делу и не может находиться в зависимости от усмотрения сторон, которые вправе предъявлять доказательства определенного содержания, но могут и воздержаться, если им, для проведения своей позиции, это невыгодно. Поэтому судья – единственное должностное лицо, которое объективно может и обязан обеспечить выявление всех доказательств, позволяющих принять законное, справедливое, обоснованное решение. Поэтому, представляется необходимым наделение судьи правом истребования доказательств, после того как стороны заявят об отсутствии у них ходатайств и дополнений к судебному следствию»⁵²⁴.

Необходимость в восполнении усилий сторон может быть тогда, когда стороны не могут или не умеют воспользоваться своими возможностями по предоставлению доказательств, их исследования в ходе судебного разбирательства или, нельзя исключать того, что не желают использовать свои права и возможности, так как заинтересованы в этом. Об этом уже говорилось выше, но надо признать, что в этом случае в подобном положении может быть любая из сторон. Нельзя исключать предвзятого отношения в уголовном деле стороны обвинения и стороны защиты. Имеют место мнения, что у защитника в судебном разбирательстве одна функциональная обязанность – осуществление защиты, но устоявшаяся практика свидетельствует, что защитник не считает для себя обязанностью оказывать помощь суду в установлении истины по данному уголовному делу. Его задача только оказание защиты обвиняемому. Выполняя данную задачу, защитник объективно способствует правосудию, субъективно не ставя перед собой такую задачу. Надо признать, что защитник не заинтересован в установлении объективной истины, так как это может быть не в пользу его подзащитного. Чаще всего подзащитный стремится представить картину преступления таким образом, чтобы его положение было более выгодным

⁵²⁴Даровских С.М. Принцип состязательности и равноправия сторон в уголовном процессе России: науч.-практ. пос. – Челябинск: НТЦ-НИИОГР, 2001. – С. 100-101.

для него, а защитник будет всячески доказывать, что все было именно таким образом, несмотря на то, что в реальности все выглядит другим образом. По мнению Н.Н. Полянского, в деятельности защитника всегда преобладает личный интерес клиента⁵²⁵. Поэтому защитник и не стремится к выяснению истины, если она не в интересах подзащитного, и он не обязан помогать суду, ему достаточно доказать истинность отдельных обстоятельств, тех, которые или исключают или смягчают ответственность подзащитного. Реализация принципа состязательности и равноправия сторон в уголовном процессе требует от защитника активной деятельности по предоставлению доказательств в интересах обвиняемого, или опровержению доказательств, предоставленных другой стороной⁵²⁶. Это вытекает из того, что устоялся стереотип взгляда на защиту, что она направлена на выявление обстоятельств, смягчающих положение обвиняемого или оправдывающих его. Интерес всех субъектов защиты всегда совпадает с интересом обвиняемого. Защита просто обязана действовать в интересах обвиняемого. Защитник должен учитывать позицию своего клиента. Он не вправе ее ломать, предлагать свои варианты поведения либо настаивать на признании вины, если обвиняемый ее не признает, а материалы дела свидетельствуют о ее наличии. Исключение составляет только положение, когда обвиняемый признает себя виновным, но материалами дела его вина не доказана, в этой ситуации защитник вправе поступить вопреки воле своего подзащитного. Мастерство адвоката заключается в том, что он должен разработать на основании собранных доказательств свою правдоподобную версию поведения подзащитного. Исходя из изложенного, можно сделать вывод, что целью уголовного процесса является установление истины, и согласиться с высказыванием А.Я. Сухарева, что полный переход к главенству принципа состязательности сторон и ограничения роли в уголовном процессе суда, с предоставлением ему только арбитражных функций, не соответствует публичности уголовного процесса и чревато опасностью отказа от выяснения объективной истины по уголовному делу.

Если законодатель не сделает выводов, мы не только абсолютную состязательность не получим, но и потеряем основы объективного состязательного и равноправного уголовного процесса, в худшем случае воплотим у себя не самые лучшие положения англо-американского судопроизводства, о которых сказано ниже. Принцип равноправия и состязательности сторон, регламентированный в ст. 23 УПК РК 2014 г., относится к общепризнанным «стандартным» принципам уголовного процесса в большинстве государств. Проблема обеспечения состязательного процесса характерна не только для Казахстана и стран СНГ. Принцип состязательности и равноправия сторон по-разному понимается в группах стран. Так, страны англосаксонской правовой системы состязательность часто теоретически изображают как реализацию равных юридических

⁵²⁵Полянский Н.Н. Правда и ложь в уголовной защите. – М., 1927. – С. 64-65.

⁵²⁶Даровских С.М. Принцип состязательности и равноправия сторон в уголовном процессе России: науч.-практ. пос. – Челябинск: НТЦ-НИИОГР, 2001. – С. 58, 80.

возможностей по отстаиванию своих прав и интересов сторонами, спорящими в суде, и обособление суда в нечто возвышающееся над таким спором и принимающее итоговое решение по нему. Так должен протекать спор от начала его возникновения до финала, т.е. от возбуждения производства в суде до принятия итоговых решений по вопросам о виновности подсудимого и о его наказании. В англо-американском судопроизводстве суд выступает в роли арбитра, который только обеспечивает правильность соблюдения правил игры и которому не важна истина⁵²⁷, это является свидетельством отхода от абсолютно состязательного уголовного процесса, проявляется это также в том, что судебная система рассматривает вопросы и доказательства лишь в очерченных сторонами границах и упор делает только на соблюдение сторонами правил судопроизводства. Уильям Бернэм, исследуя суд присяжных, обращает внимание, что одним из недостатков состязательной системы является то, что, вопреки теории состязательного судопроизводства, контроль сторон за законностью процесса, вероятно, не приведет к полной осведомленности принимающего решение лица, поскольку не вся относящаяся к делу информация будет раскрыта. Ученый пишет, «по существу, основным аргументом критиков является то, что состязательная система, ограничиваясь рассмотрением вопросов и доказательств лишь в очерченных сторонами границах и уделяя основное внимание только факту соблюдения сторонами правил судопроизводства, в недостаточной степени обращена к установлению истины. Действительно, наша «состязательная теория правосудия» никогда не задается вопросом, в чем заключается истина: ее интересует только один вопрос: «строго ли соблюдаются правила игры?» В защиту обычно приводятся два довода.

Во-первых, действительно, состязательная система характеризуется релятивистским отношением к истине, однако сторонники этой системы могут возразить, что это больше соответствует реальности, чем любой поиск «истины в последней инстанции». Несмотря на стремление в рамках некоторых систем обнаружить в ходе судебного разбирательства «объективную истину», само событие как таковое не может быть воспроизведено в суде. После того как оно произошло, если только оно не записано на видеопленку, можно положиться только на субъективное восприятие события, и то лишь в той мере, в какой событие запомнили люди, а затем рассказали о нем. Из-за недостаточности восприятия, ограниченных возможностей памяти и невозможности полной передачи сути события, часто количество «объективных мнений» о событии равно числу свидетелей события. Идея заключается не в том, чтобы установить «истину» о событии, а в том, чтобы выяснить, какая трактовка события отражает наиболее правдоподобное его восприятие. Система, в рамках которой в ходе судебного процесса существует возможность обращения к совершенно другим

⁵²⁷Бернэм У. Суд присяжных заседателей. – М.: «Московский независимый институт международного права», 1995. – С. 116.

восприятиям или трактовкам события до принятия решения, точно отражает существующую реальность. Напротив, погоня за «истиной в последней инстанции» не только представляется наивной, но, в конечном счете, недостижимой. В свете сказанного, приверженцы состязательной системы указали бы, что для выявления истины эта система является лучше приспособленной, потому что в каждом случае представляются как минимум две интерпретации истины, то есть на одну больше, чем можно обычно добиться в рамках другой системы.

Во-вторых, состязательная система действительно заинтересована в выяснении истины, и трудно представить себе такое дело, в котором стороны совместно не стремились бы к выявлению и представлению всей информации, действительно относящейся к решаемому вопросу. Однако из-за возможности существования различных противоречащих друг другу интерпретаций «истины» представляются в равной степени возможными два фактора: кому предоставлены полномочия на проведение расследования, и кто в конечном счете будет решать, что на самом деле является истиной. В случае множества восприятий события, а также множества правовых трактовок даже бесспорных и не вызывающих сомнения интерпретаций событий, существует более вероятная опасность того, что действительную истину не удастся установить, если один орган, например государство, обладает монопольными правами на обнаружение правды и ее провозглашение. Лучше всего разделить ответственность между государством, сторонами и судом присяжных, в некоторой степени по аналогии с концепцией разделения власти в государственной структуре⁵²⁸. Заслуживает внимания точка зрения, что, независимо от мотивов введения в судебной системе суда присяжных, концептуальные особенности суда с участием присяжных заседателей будут объективно проявлять себя в конкретных вердиктах. Выразаться это будет в том, что получаемая в результате судебного разбирательства истина будет не вполне той, которая ожидается от системы уголовного судопроизводства, не «обычной» уголовно-процессуальной истиной, а обыденной, житейской истиной, народной правдой по делу⁵²⁹.

Изложенное еще раз подтверждает правильность наших выводов о том, что процедуру постановки вердикта присяжными заседателями в Казахстане следует совершенствовать, поскольку в настоящее время, как нами также указывалось ранее, наблюдается пассивность как со стороны присяжных (поскольку они принимают коллегиальные решения под руководством председательствующего судьи, проводившего судебное следствие, и фактически никогда не идут против его позиции), так и со стороны защиты

⁵²⁸Бернэм У. Суд присяжных заседателей. – М.: «Московский независимый институт международного права», 1995. – С. 116-118.

⁵²⁹Григорьев В.Н. О возможности установления истины в суде с участием присяжных заседателей // Законодательные основы введения института присяжных заседателей в Республике Казахстан: сб. мат-лов междунар. науч.-практ. конф. – Астана, 2007. – С. 58.

(поскольку при совместном принятии итоговых решений результат предопределен заранее). Указанная тенденция свидетельствует о том, что идея состязательной системы правосудия не срабатывает и вновь, как и ранее, начинает носить декларативный характер. В то же время следует отметить и положительные стороны введения суда с участием присяжных заседателей. Во-первых, достигнут приоритет установления фактических обстоятельств дела перед юридической оценкой содеянного и устранен шаблонный подход со стороны профессиональных судей при рассмотрении и разрешении уголовных дел, что является гарантией от судебных ошибок. Во-вторых, обретена независимость суда присяжных от государственной власти путем реализации основных принципов уголовного процесса. В-третьих, распределена ответственность между государством и обществом за результаты разрешения уголовных дел и тем самым получили свое дальнейшее развитие такие направления деятельности органов, ведущих уголовный процесс, как профилактика преступлений, развитие и укрепление правовой грамотности и культуры всех членов общества.

В этой связи мы относимся к сторонникам воплощения идеи о суде с участием присяжных заседателей, которые не были бы обременены ведомственными интересами и в условиях подлинной состязательности, руководствуясь лишь своими внутренними убеждениями, честью, совестью, правосознанием, выражая позицию народа, общества, олицетворяли собой справедливый и независимый суд. Полагаем, что здесь уместно напомнить напутствие, изложенное в Указе Александра II, определившее цель судебной реформы 1864 года: «Водворить в России суд скорый, правый, милостивый и равный для всех подданных наших, возвысить судебную власть, дать ей надлежащую самостоятельность»⁵³⁰. На наш взгляд, эти слова не потеряли актуальности и в нынешнее время, напоминая законодателю об их предназначении. Особенно это значимо в отношении реформирования новой для Казахстана формы альтернативного производства, поскольку институт присяжных заседателей – это реальное присутствие рядовых граждан в отправлении правосудия и продолжение демократизации уголовного судопроизводства. В этой связи суд с участием присяжных заседателей должен быть не только формальным атрибутом правового государства, но и одной из гарантий независимости судов.

§ 4. Контроль вышестоящих судебных инстанций за законностью и обоснованностью выносимых решений судами с участием присяжных заседателей

Надзор за законностью деятельности суда с участием присяжных заседателей, за надлежащим исполнением им своих обязанностей должен быть и имеет место в законе.

⁵³⁰Российское законодательство X-XX веков: В 9-ти т. / Под общ. ред. О.И.Чистякова. М., Т. 8. – С. 28.

Закон Республики Казахстан от 16 января 2006 года предусматривает обжалование и опротестование не вступивших в законную силу приговоров и постановлений, вынесенных судом с участием присяжных заседателей, а также пересмотр в порядке надзора вступивших в законную силу приговоров и постановлений суда с участием присяжных заседателей.

Процедура опротестования и обжалования предусматривала апелляционное и кассационное рассмотрение, после чего сторонам предоставлялось право обжалования приговора в надзорном производстве. Эти аспекты регулировались изначально положениями определенными Законами РК от 16 января 2006 года № 121 «О присяжных заседателях» и № 122-3 «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам введения уголовного судопроизводства с участием присяжных заседателей», нормами УПК РК 1997 года, с учетом внесенных в него изменений, положениями Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 23 августа 2012 года № 4 «О практике применения судами законодательства, регламентирующего производство по уголовным делам с участием присяжных заседателей».

Рассмотрим порядок апелляционного, кассационного рассмотрения решений выносимых на основе вердикта присяжных заседателей, а также пересмотр в порядке надзора вступивших в законную силу приговоров и постановлений, на основе вердикта суда с участием присяжных заседателей по ранее действовавшему уголовно-процессуальному законодательству Республики Казахстан 1997 года. Это позволит нам сохранить преемственность процедуры, и последовательно отразить изменения в вопросах обжалования и опротестования решений суда с участием присяжных заседателей по уголовно-процессуальному законодательству 2014 года.

Основной гарантией правосудия по делам, рассмотренным судом с участием присяжных заседателей, служит процедура контроля вышестоящих судебных инстанций за законностью и обоснованностью выносимых решений судами с участием присяжных заседателей. Кассационное производство предполагает повторное рассмотрение дела в формах, аналогичных производству в суде первой инстанции, и новое исследование уже имеющихся, а также вновь представленных доказательств в полном объеме. Итогом кассационного производства может быть вынесение нового приговора или определения об изменении приговора суда первой инстанции, об отмене приговора с прекращением дела либо оставлении приговора без изменения, а жалобы или протеста без удовлетворения.

В вопросе обжалования или опротестования приговора, вынесенного судом присяжных, существует два подхода. Англо-американский подход заключается в том, что оправдательный вердикт присяжных заседателей не может быть отменен ни при каких условиях, даже в случае нарушения процессуального закона. Обвинительный вердикт может быть обжалован в апелляционном производстве в вышестоящий суд только на основании

нарушения уголовно-процессуального закона. Европейский подход заключается в предоставлении права обжаловать или опротестовывать приговор, вынесенный на основе как обвинительного, так и оправдательного вердиктов. Жан-Пьер Федо констатирует, что имевшее место во Франции движение за возможность обжалования, руководствовавшееся принципами Европейской конвенции по правам человека, что «любой человек, признанный судом виновным в совершении уголовного преступления, имеет право обжаловать приговор в вышестоящей инстанции», привело к принятию законов от 15 июня 2000 года и 4 марта 2002 года, позволяющих обжалование вердиктов суда присяжных. Дело, подлежащее пересмотру, рассматривается другим судом присяжных, с той лишь разницей, что количество присяжных при апелляции выше, чем при первом рассмотрении. Апелляций оказалось меньше, чем ожидалось; в апелляционном суде Парижа, за период 2001-2005 гг., на апелляцию подали менее 30% приговоренных. В этом же суде процент подтверждения составил 40%, в 25% случаев наказание было ужесточено, полное изменение начального решения произошло примерно в 5% случаев⁵³¹.

Анализируя проект Закона Кыргызской Республики «О внесении изменений и дополнений в уголовно-процессуальный кодекс Кыргызской Республики», Стивен К. Тейман отмечал, что «единственным способом, который способен гарантировать независимость участия судебных заседателей и уважение к вынесенным ими решениям, является отказ от возможности обжалования оправдательных приговоров. Если оправдательные решения суда присяжных заседателей не могут быть обжалованы в Англии и США, они могут быть обжалованы в России, Испании и других европейских странах, а оправдательные решения смешанного суда могут быть обжалованы почти во всех странах, кроме, наверное, только Франции. Если данное решение кажется чрезмерно радикальным, я бы предложил, как минимум, отменить возможность обжалования оправдательных приговоров, если за оправдательный приговор подано шесть или семь голосов из общего числа судей. Таким образом, если все шесть судебных заседателей или профессиональный судья и пять судебных заседателей голосуют за оправдательный приговор, то такое решение должно признаваться окончательным. В США при вынесении обвинительного вердикта по особо тяжким преступлениям требуется единогласие всех 12 членов коллегии, а по остальным делам этого не требуется. В некоторых странах применяется определенный стандарт большинства голосов присяжных – в Англии 10 из 12, в Испании 7 из 9, в России 7 из 12, во Франции 8 из 12. В Казахстане обвинительный вердикт считается принятым, если за утвердительные ответы на каждый из трех вопросов, указанных в части первой статьи 566 УПК РК, проголосовало большинство голосующих. Оправдательный вердикт считается принятым,

⁵³¹ Жан-Пьерр Федо. Основные этапы становления суда присяжных во Франции // Законодательные основы введения института присяжных заседателей в Республике Казахстан: Сб. мат-лов междунар. науч.-практ. конф. – Астана, 2007. – С. 27-28.

если за отрицательный ответ на любой из поставленных основных вопросов проголосовало шесть и более голосующих. Наказание в виде лишения свободы на срок свыше пятнадцати лет может быть назначено, если за такое решение проголосовало восемь и более голосующих. Исключительная мера наказания – смертная казнь может быть назначена только при наличии единогласного решения судей и присяжных заседателей.

По мнению С. Теймана, это позволило бы избежать таких дел, как например, дело Веймар в Германии, в котором профессиональный судья возможно оставлял ошибки, чтобы впоследствии оправдательный приговор мог быть обжалован, в случае если будет перевес голосов против ее голоса. Это также позволит исключить большое количество отменяемых на благовидных основаниях Верховным судом оправдательных приговоров судом присяжных, как это регулярно происходит в России. По данным ученого, российский Верховный суд отменил 30,7% оправдательных приговоров, вынесенных судами присяжных в 1996 году, 48,6% в 1997 году и 66% в 1998 году⁵³². Согласно исследованию, проведенному Л.М. Карнозовой, судьи прямо признают, что иногда «подыгрывают» прокурору, намеренно допуская процессуальные ошибки в ходе процесса для того, чтобы «подстраховаться» на случай оправдательного вердикта присяжных⁵³³. Вместе с тем С. Тейман признает, что при вынесении приговора о виновности всегда должна существовать возможность обжалования на основании ошибок права или, в ограниченных случаях, вопросов факта⁵³⁴. Мнение С.К. Теймана строится на концепции «двойного риска» или принципе недопустимости повторного привлечения к ответственности за одно и то же деяние (*non bis in idem*). А.В. Смирнов подробно исследовал порядок пересмотра судебных решений, в рамках исследуемого принципа. Этот принцип действует только в отношении оправдательного вердикта. После вступления приговора в законную силу никакие возражения против его незаконности и необоснованности со стороны обвинителя не могут быть приняты – при условии, если он не был лишен возможности справедливого состязания по вине противоположной стороны, суда или ввиду каких-то непреодолимых обстоятельств. Иначе говоря, в силу правила о бремени доказывания законная возможность добиться осуждения обвиняемого *in idem* дается обвинителю лишь один раз. Наиболее отчетливо это положение зафиксировано в праве Соединенных Штатов Америки. Пятая поправка к Конституции США провозглашает, что «никто не может быть подвергнут повторному преследованию за то же самое преступление с тем, чтобы дважды подвергать риску свою жизнь и телесную неприкосновенность». Судебная практика развивает это положение: «Государству со всеми его

⁵³²Стивен К. Тейман. Новые европейские правила суда присяжных. В свете международного права о правах Человека и сравнительного уголовно-процессуального права. ОБСЕ БДИПЧ. – Варшава, 2004. – С. 29-30.

⁵³³Карнозова Л.М. Возрожденный суд присяжных. Замысел и проблемы становления. – М., 2000. – С. 2152.

⁵³⁴Стивен К. Тейман. Анализ проекта закона Кыргызской Республики «О внесении изменений и дополнений в УПК КР» в свете международного права о правах Человека и сравнительного уголовно-процессуального права. ОБСЕ БДИПЧ. – Варшава, 2004. – С. 36-37.

возможностями и властью не должно быть позволено повторно пытаться осудить человека в инкриминируемом ему правонарушении, таким образом смущая его и подвергая расходам, тяжелым испытаниям и вынуждая его жить в постоянном страхе и неуверенности, а также увеличивая возможность того, что он, даже будучи невиновным, может быть признан виновным». Положение о запрещении повторного преследования по одному и тому же делу «защищает от повторного преследования за одно и то же преступление после оправдания. Оно защищает от повторного преследования за одно и то же преступление после осуждения. И оно защищает от многократных наказаний за одно и то же правонарушение».

Таким образом, по общему правилу пересмотр вступившего в силу приговора против интересов обвиняемого по инициативе обвинителя невозможен, т.е. недопустимо возвращение к вопросу о виновности за то же самое в вышестоящем суде (*non bis in idem*). Напротив, сторона защиты, которая не несет бремени доказывания, вправе требовать пересмотра судебного решения в свою пользу и после окончания состязания. Поэтому жалобу на вступивший в законную силу приговор может принести только обвиняемый и его защитник, причем в результате такого обжалования наказание не может быть усилено. Однако до момента вступления приговора в законную силу спор сторон считается еще не оконченным. Поэтому запрет *non bis in idem* здесь еще не действует, и обе стороны могут обжаловать судебные решения, причем обвинитель вправе требовать их пересмотра и по мотивам, ухудшающим положение обвиняемого.

По-другому должен решаться вопрос в случаях, когда открывается, что обвинитель по вине суда, стороны защиты, иных участников процесса либо в силу каких-то других исключительных и непреодолимых для него обстоятельств был практически лишен возможности состязаться в суде на равных и справедливых условиях. Тогда бремя доказывания с него должно быть снято, и он, а не только сторона защиты, может обжаловать вступивший в силу приговор. Причем обвинителю должно быть предоставлено право делать это не в интересах подсудимого, если, например: установлены преступные злоупотребления судей (заседателей) в пользу обвиняемого; документ или вещественное доказательство, представленные в судебное разбирательство в интересах подсудимого как подлинные, оказались подложными; свидетель или эксперт признаны виновными в даче заведомо ложных показаний или заключения в пользу подсудимого; благоприятный для подсудимого приговор был вынесен в результате давления и запугивания судьи, судебного заседателя, потерпевшего, свидетеля, эксперта (или потенциального свидетеля и эксперта) и т.п. То есть для того, чтобы обвинитель после вступления приговора в законную силу получил право требовать его пересмотра, необходимы вновь открывшиеся обстоятельства, то есть такие факты, которые не были и не могли быть известны обвинителю во время судебного разбирательства и которые поэтому лишали его реальной

возможности состязаться на справедливых и законных условиях⁵³⁵.

Возможность обжалования и опротестования приговоров, вынесенных судом с участием присяжных заседателей, имеет место в большинстве стран. Например, удельный вес оправдательных приговоров в России в период 1994-2000 годы составлял в среднем от 15 до 23%. В результате кассационного рассмотрения в законную силу вступали 8-10% оправдательных приговоров. В среднем 15-20% обвинительных приговоров, вынесенных в суде присяжных, также отменялись. Кассационной палатой Верховного суда РФ, в 1999 году отменено более половины оправдательных и около 12% обвинительных приговоров из числа обжалованных и опротестованных⁵³⁶. Приведенные цифры о количестве отмененных Верховным судом России оправдательных приговоров являются свидетельством неоднозначного отношения в России к суду присяжных. Определенное недовольство в обществе вызывают оправдательные вердикты, но никак не обвинительные⁵³⁷. Но, согласно опросам судей, они выражают свое несогласие с 20-30% вердиктов присяжных, в том числе примерно с пятой частью оправдательных вердиктов⁵³⁸. Пример явного неприятия оправдательного приговора, вынесенного 28 августа 2009 года Павлодарским областным судом с участием присяжных заседателей четверым подсудимым, обвинявшимся в убийстве Жуматаева Р.Ш., был продемонстрирован в газете «Время», опубликовавшей открытое письмо Президенту Республики Казахстан от вдовы погибшего, в котором акцентируется, что целью обращения не является оказание воздействия на суд, но чтобы все аспекты оправдательного приговора были рассмотрены Верховным судом с точки зрения Закона⁵³⁹. После того как Верховный суд РК 15 января 2010 года (№ 12 / 1084-09) приговор суда с участием присяжных заседателей в отношении подозреваемых в убийстве Рамазана Жуматаева отменил, обозначенное выше обращение было поддержано старейшинами г. Павлодара⁵⁴⁰. В результате освобожденные из-под стражи четверо вновь были арестованы на предварительном слушании⁵⁴¹.

В континентальном уголовном процессе правила пересмотра судебных решений, вытекающие из принципа *non bis in idem*, соблюдаются далеко не столь строго. Апелляционные или кассационные жалобы во Франции, Германии и России с некоторыми ограничениями могут подаваться как представителями защиты, так и обвинения, как в интересах обвиняемого, так и против его интересов. В апелляционном порядке обвинитель может обжаловать здесь даже оправдательный приговор, а в Германии и России – и

⁵³⁵Смирнов А.В. Состязательный процесс. – СПб., 2000. – С. 162-163.

⁵³⁶Смирнов А.В. Состязательный процесс. – СПб., 2000. – С. 42-43.

⁵³⁷Масленникова Л. Как суд присяжных изменил российский уголовный процесс // Юрист. – 2004. – №11. – С. 20.

⁵³⁸Мами К.А. Ведение судопроизводства с участием присяжных заседателей в Казахстане // Вестник КазНУ. Серия юридическая. – 2002. – №1 (26). – С. 47.

⁵³⁹Открытое письмо Президенту Республики Казахстан Назарбаеву Н.А. // Время. – 2010. – 7 января.

⁵⁴⁰Появилась надежда // Время. – 2010. – 4 февраля.

⁵⁴¹Воронько О. Снова под арестом // Время. – 2010. – 25 февраля.

в кассационном порядке. В Российской Федерации профессиональный судья жестко связан вердиктом присяжных, исходя из которого применяет уголовный закон и определяет меру наказания. Если вердикт оправдательный, то судья обязан освободить подсудимого из-под стражи незамедлительно в зале суда. А.А. Демичев обращает внимание, что в российском законодательстве отсутствовала норма (которой нет и сейчас), в соответствии с которой при убеждении суда в виновности подсудимого, но оправдании его присяжными, дело должно было быть передано на рассмотрение нового состава присяжных. Такая ситуация, по мнению автора, ставила и ставит сегодня в неравное положение потерпевшего и подсудимого, давая преимущество последнему⁵⁴². При вынесении обвинительного вердикта есть свои нюансы, он может быть отвергнут профессиональным судьей как необоснованный. В этом случае судья созывает новую коллегию присяжных заседателей. Приговор, вынесенный на основе вердикта присяжных, может быть обжалован в кассационном порядке в Судебную коллегию по уголовным делам ВС РФ. По мнению А.В. Смирнова, российская кассация или немецкая ревизия, допускающие пересмотр судебного решения, в том числе и непосредственно ухудшающий положение обвиняемого, являются искажением состязательной модели. Однако надо признать, что германский вариант кассации (ревизии) все же несколько «мягче» российского, так как по усмотрению субъекта обжалования предпочтение может быть отдано апелляционной процедуре (параграф 335 УПК ФРГ)⁵⁴³.

Казахстанское законодательство в своей практике пересмотра судебных решений также руководствуется положениями, близкими к общепринятым в международном праве, и некоторые положения Конституции Республики Казахстан и Уголовно-процессуального законодательства схожи по изложению и смысловому содержанию с положениями, изложенными выше. Конституция РК в статье 77 части 3 пункте 2 предусматривает, что при применении закона судья должен руководствоваться следующими принципами: «никто не может быть подвергнут повторно уголовной или административной ответственности за одно и то же правонарушение». Статья 20 УПК РК, как 1997, так и 2014 года предусматривает в качестве принципа уголовного процесса – недопустимость повторного осуждения и уголовного преследования за одно и то же преступление. Но эти положения не исключают пересмотра вынесенных решений в порядке апелляции, кассации и надзора, что способствует устранению возможных процессуальных нарушений и фальсификаций, тем более закон допускает при отмене решения коллегии присяжных вышестоящей судебной инстанцией повторное рассмотрение дела новым составом присяжных. Ошибки не являются исключением, судьи, рассматривавшие дела с участием присяжных заседателей, констатируют, что «бывают дела, по которым одна коллегия

⁵⁴² Демичев А.А. История суда присяжных в дореволюционной России (1864-1917 гг.). – М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2007. – С. 100.

⁵⁴³ Смирнов А.В. Состязательный процесс. – СПб., 2000. – С. 166.

присяжных выносит оправдательный вердикт, а другая – обвинительный. Но в этом часто повинны не присяжные, а председательствующий, государственный обвинитель и защитник. Недостатком суда присяжных является – субъективность присяжных заседателей, пробелы в законе»⁵⁴⁴.

Основной гарантией правосудия по делам, рассмотренным судом с участием присяжных заседателей, служила процедура апелляционного производства в судах второй инстанции. 61 и 62 глава УПК РК 1997 г. регулировали особенности производства в судах апелляционной и надзорной инстанций по пересмотру дел, рассмотренных судом с участием присяжных заседателей.

Апелляционное производство предполагало повторное рассмотрение дела в формах, аналогичных производству в суде первой инстанции, и новое исследование уже имеющихся, а также вновь представленных доказательств в полном объеме. Итогом апелляционного производства могло быть вынесение нового приговора или определения об изменении приговора суда первой инстанции, об отмене приговора с прекращением дела либо оставлении приговора без изменения, а жалобы или протеста без удовлетворения.

После рассмотрения уголовного дела апелляционной инстанцией сторонам предоставлялось право обжалования приговора в надзорном производстве. Закон Республики Казахстан от 16 января 2006 года предусматривал обжалование и опротестование не вступивших в законную силу приговоров и постановлений, вынесенных судом с участием присяжных заседателей, а также пересмотр в порядке надзора вступивших в законную силу приговоров и постановлений суда с участием присяжных заседателей.

Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Гражданский процессуальный кодексы Республики Казахстан по вопросам совершенствования судебной системы» от 10 декабря 2009 года внес существенные коррективы в вопросы обжалования и опротестования приговоров, вынесенных судом с участием присяжных заседателей. В соответствии со ст. 58 УПК РК 1997 г. рассмотрение уголовных дел в апелляционном порядке осуществлялось судьей единолично. Рассмотрение дел по кассационным жалобам, протестам в кассационной инстанции осуществлялось коллегиально в составе не менее трех судей. Рассмотрение дел в порядке надзора осуществлялось судом в составе не менее трех судей.

В соответствии со ст. 291 УПК РК 1997 г. областной и приравненный к нему суд действовали в качестве суда апелляционной и кассационной инстанции. В апелляционном порядке областной и приравненный суд рассматривали дела по апелляционным (частным) жалобам, протестам на не вступившие в законную силу приговоры и постановления районных и приравненных к ним судов, специализированных межрайонных судов по

⁵⁴⁴Козлов А. Секреты правосудия // Совершенно секретно. – 2004. – № 4 (179) апрель. – 17 с.

делам несовершеннолетних, а также специализированных межрайонных судов по уголовным делам, вынесенные при рассмотрении дела судьей единолично. В кассационном порядке областной и приравненный к нему суд рассматривал дела по кассационным (частным) жалобам, протестам на не вступившие в законную силу приговоры и постановления специализированных межрайонных судов по уголовным делам, вынесенные при рассмотрении дела с участием присяжных заседателей, а также на приговоры и постановления областного и приравненного к нему суда, вынесенные при рассмотрении дела в апелляционном порядке, за исключением постановлений, указанных в части третьей ст. 423 УПК РК 1997 г.

В соответствии со ст. 292 УПК РК 1997 г. Верховный суд действовал в качестве суда надзорной инстанции, рассматривал дела по ходатайствам сторон и протестам прокуроров на: 1) вступившие в законную силу приговоры и постановления районных и приравненных к ним судов, специализированных межрайонных судов по уголовным делам, специализированных межрайонных военных судов по уголовным делам, специализированных межрайонных судов по делам несовершеннолетних, военных судов гарнизонов; 2) вступившие в законную силу приговоры и постановления областных и приравненных к ним судов, вынесенные при рассмотрении дел в апелляционном порядке; 3) вступившие в законную силу постановления областных и приравненных к ним судов, вынесенные при рассмотрении дел в кассационном порядке.

Подсудность Военному суду в соответствии со ст. 293 УПК РК 1997 г. предусматривала, что в кассационном порядке Военный суд рассматривал по кассационным (частным) жалобам, протестам на не вступившие в законную силу приговоры и постановления специализированных межрайонных военных судов по уголовным делам, вынесенные при рассмотрении дела с участием присяжных заседателей, а также на приговоры и постановления Военного суда, вынесенные при рассмотрении дела в апелляционном порядке.

УПК РК 1997 г. был дополнен главой 48-1 «Рассмотрение дел по кассационным жалобам, протестам». Общие условия обжалования приговоров (постановлений) суда в кассационном порядке, регламентированные ст. 446-1 УПК РК, предусматривали, что по правилам настоящей главы подлежали пересмотру не вступившие в законную силу приговоры (постановления) специализированных межрайонных судов по уголовным делам, специализированных межрайонных военных судов по уголовным делам, вынесенные при рассмотрении дел с участием присяжных заседателей, а также приговоры и постановления областного и приравненного к нему суда, вынесенные при рассмотрении дела в апелляционном порядке.

В соответствии со ст. 574 УПК РК 1997 г. порядок обжалования, опротестования не вступивших в законную силу приговоров и постановлений суда с участием присяжных заседателей определялся правилами,

предусмотренными разделом 8-м УПК РК, с особенностями, установленными главой 61 УПК РК. В соответствии с частью 2 ст. 574 УПК РК приговоры суда с участием присяжных заседателей, постановления председательствующего о прекращении дела, а также постановления председательствующего, указанные в пунктах 2) и 5) части второй статьи 299 УПК РК 1997 г., вынесенные по результатам предварительного слушания, могли быть обжалованы и опротестованы в апелляционном порядке. Другие постановления, вынесенные председательствующим, обжалованию и опротестованию не подлежали.

Закон РК «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Гражданский процессуальный кодексы РК по вопросам совершенствования судебной системы» от 10 декабря 2009 года статью 574 УПК РК 1997 г. изложил в следующей редакции: «Обжалование и опротестование не вступивших в законную силу приговоров и постановлений, вынесенных судом с участием присяжных заседателей. Порядок обжалования, опротестования не вступивших в законную силу приговоров и постановлений суда с участием присяжных заседателей определяется правилами, предусмотренными главой 48-1 УПК РК, с особенностями, установленными настоящей главой».

В соответствии с новой редакцией ст. 575 УПК РК 1997 г. основаниями для отмены или изменения судебных решений кассационной инстанцией являлись:

- 1) необоснованное исключение из разбирательства допустимых доказательств, которые могут иметь существенное значение для исхода дела;
- 2) необоснованный отказ стороне в исследовании доказательств, которые могут иметь существенное значение для исхода дела;
- 3) исследование в судебном заседании фактических данных, недопустимых в качестве доказательств, которые повлияли на исход дела;
- 4) существенное нарушение уголовно-процессуального закона, предусмотренное УПК РК;
- 5) нарушения, которые повлияли или могли повлиять на постановление правосудного приговора, допущенные председательствующим при:
 - формировании коллегии присяжных заседателей;
 - обсуждении вопросов, которые не подлежат обсуждению в присутствии присяжных заседателей;
 - формулировании вопросов, подлежащих разрешению присяжными заседателями;
 - проведении судебных прений;
 - обращении председательствующего к присяжным заседателям.

Пример отмены приговора суда, вынесенного с участием присяжных заседателей, имел место. Коллегия Верховного суда РК, руководствуясь ст. 411, 412, 423, 575 УПК РК, отменила приговор суда города Астаны, вынесенный с участием присяжных заседателей, от 8 апреля 2008 года в отношении М. и направила дело на новое судебное рассмотрение в суд первой инстанции. Обстоятельства дела таковы. Органами уголовного

преследования М. предъявлено обвинение в совершении в ходе групповой драки в ночь с 8 на 9 сентября 2007 года убийства двух лиц – Ж.Н. и Н.М., с использованием ножа. На основании оправдательного вердикта с участием присяжных заседателей вина М. в предъявленном обвинении признана недоказанной и он оправдан. В апелляционных жалобах потерпевшие, представитель потерпевших – адвокат, не согласились с приговором суда. Просят приговор суда отменить и дело направить на новое судебное разбирательство, считая, что вина М. была доказана, права потерпевших судом нарушались, без их адвоката 5 февраля 2008 года было проведено судебное разбирательство, на котором были допрошены свидетели, чьи показания имеют значение для дела. В апелляционном протесте прокурора ставится вопрос об отмене оправдательного приговора суда в отношении М. ввиду существенного нарушения требований уголовно-процессуального закона с направлением дела на новое судебное рассмотрение. В обоснование указывается на грубое нарушение ст. 567 УПК РК, когда председательствующий допустил явно необъективное изложение позиции государственного обвинителя в усеченном виде, не раскрыл содержания ни одного доказательства обвинения, в свою очередь, при озвучивании позиции защиты полно и детально изложил доказательства, по мнению адвокатов, свидетельствующих о невиновности. По смыслу ст. 562, 563 УПК РК не подлежат исследованию и оглашению обстоятельства, способные вызвать в отношении подсудимого предубеждение присяжных заседателей. В нарушение закона, ходатайства стороны защиты о признании доказательств недопустимыми рассмотрены без удаления из зала суда присяжных заседателей. Судья, достоверно зная, что ходатайства защиты о недопустимости ряда доказательств были отклонены судом, следственные действия признаны допустимыми, в обращении указал на доводы о недопустимости, не акцентировал внимания присяжных, что эти доводы ранее признаны несостоятельными, а доказательства допустимыми. У присяжных заседателей с подачи председательствующего сформировано ложное мнение о недопустимости доказательств, которые были основными доказательствами вины М. Тем самым суд ограничил право прокурора на предоставление доказательств.

Заслушав прокурора в поддержку доводов протеста, выступления представителей потерпевших, адвоката о необоснованности оправдательного приговора в отношении М., возражения против позиции стороны обвинения адвоката, защитника, оправданного М. с доводами о законности вердикта присяжных, обсудив изложенное, доводы жалоб, протеста, возражения на них, исследовав материалы дела, коллегия по уголовным делам Верховного суда РК 27 мая 2008 года пришла к выводу о наличии по делу оснований для отмены приговора суда в отношении М.. С учетом изложенного коллегия Верховного суда РК пришла к выводу, что в нарушение требований уголовно-процессуального закона по данному делу в присутствии присяжных заседателей систематически исследовались обстоятельства правового характера, обсуждались процессуальные вопросы,

представителями защиты допускались неоднократные заявления о фальсификации материалов уголовного дела, о недозволённых методах следствия, подвергалась сомнению законность исследованных доказательств, председательствующий позволял говорить о недопустимости доказательств, представленных стороной обвинения, и признанных судом допустимыми. Указанные нарушения процессуального закона в их совокупности являются существенными, влекущими отмену приговора, поскольку они ограничили право прокурора и представителей потерпевших на представление доказательств. В этой связи постановленный приговор, как правильно указано в протесте прокурора и жалобах представителей потерпевших, не может быть признан законным и подлежит отмене с направлением дела на новое судебное рассмотрение.

При новом рассмотрении дела необходимо выполнить требования процессуального закона и создать надлежащие условия для устранения незаконного воздействия сторон на присяжных заседателей, чтобы они могли в условиях объективного исследования доказательств постановить свой вердикт⁵⁴⁵. В итоге судом г. Астаны – приговором от 23 октября 2008 года М. по п. «а» ч. 2 ст. 96 УК РК оправдан за недоказанностью вины.

Другим основанием безусловной отмены приговора в соответствии с ч. 3 ст. 415 УПК РК 1997 г. являлось постановление приговора незаконным составом суда. В связи с этим сокрытие кандидатами в присяжные заседатели, включенными впоследствии в состав коллегии, информации, которая могла повлиять на принятие решения по делу и лишила стороны права на мотивированный и немотивированный отвод, должно являться основанием для отмены приговора. Примеры отмены таких приговоров по указанному основанию приводились выше. Исходя из принципа состязательности и равенства процессуальных прав сторон, порядок исследования представленных доказательств определяется сторонами. Отказ сторонам в исследовании доказательств, не признанных судом недопустимыми, следует расценивать как ограничение их прав на представление доказательств, то есть как нарушение уголовно-процессуального закона, влекущего отмену приговора.

Одним из оснований для отмены приговора суда с участием присяжных заседателей является ошибочное исключение из разбирательства допустимых доказательств, поскольку такое нарушение ограничивает гарантированные законом права участников уголовного судопроизводства на предоставление доказательств и может повлиять на содержание поставленных перед присяжными заседателями вопросов и ответов на них, а в дальнейшем на постановление законного и справедливого приговора. В связи с этим исключение из разбирательства дела доказательств должно производиться по постановлению председательствующего судьи с обязательным указанием мотивов принятого решения.

⁵⁴⁵Постановление №2а-153-08 коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Казахстан по уголовному делу М. А. – Архив Верховного Суда Республики Казахстан.

Кассационная инстанция вправе применить к осужденному уголовный закон о менее тяжком преступлении и снизить наказание в соответствии с измененной квалификацией содеянного. При этом кассационная инстанция не вправе применить уголовный закон о более тяжком преступлении или усилить назначенное наказание, эти положения были отражены в ч. 2 ст. 575 УПК РК 1997 г.. Прокурор, согласно закону, даже вопреки своему сложившемуся правильному мнению о незаконности судебного постановления, не может ходатайствовать о его отмене или изменении, если это ухудшает положение осужденного. Даже в таких бесспорных случаях, например, когда налицо необходимость назначения более строгого режима отбывания наказания, признания рецидива с назначением более суровой меры наказания и т.д., не требующих направления дела на новое судебное рассмотрение или выяснение дополнительных обстоятельств, прокурор, поддерживающий кассационный протест, несмотря на очевидность незаконности приговора, вынужден давать заключение об оставлении его без изменения для последующего истребования дела и опротестования в надзорном порядке, что занимает длительное время и создает никому не нужную волокиту. Это придает участию прокурора в суде кассационной инстанции формальный характер и не способствует достижению справедливости правосудия. Закон ограничивает права прокурора и сводит их к защите прав только осужденного, забывая о правах потерпевшего и интересах государства.

Кассационное производство требует особого внимания, в целях исключения возможных ошибок при вынесении решения в суде с участием присяжных заседателей. Законодательство некоторых стран, например, Австрии, предусматривает возможность обжалования и опротестования решений, вынесенных судебными органами. Апелляция является обычным правовым средством обжалования приговоров, выносимых судами шэффенов и присяжных заседателей в Австрии, когда необходимо пересмотреть приговор названных судов в части назначения наказания, а также по частно-правовым притязаниям. В уголовно-процессуальном законе имеются прямые предписания, когда допускается апелляция на обвинительный приговор (параграф 283 УПК). Апелляцию можно заявить:

1) против вида наказания, дополнительного наказания и размера наказания в двух случаях:

а) во вред обвиняемому – если суд первой инстанции вынес в приговоре решение о назначении менее строгого наказания, чем предписано в законе; если он не назначил дополнительное наказание, предусмотренное по закону; если назначенное наказание в виде лишения свободы или денежного штрафа намного мягче, чем допускается по закону;

б) в пользу обвиняемого – если суд первой инстанции при назначении наказания не принял во внимание чрезвычайных смягчающих вину обстоятельств и определил чрезмерно суровое наказание; если он назначил дополнительное наказание, которое по закону не является обязательным; если назначенное судом наказание в виде лишения свободы или денежного

штрафа с учетом смягчающих вину обстоятельств превышает допустимые минимальные размеры;

2) против замены денежного штрафа лишением свободы – как в пользу, так и во вред обвиняемому;

3) в отношении условного освобождения от наказания, помещения правонарушителя, нуждающегося в принудительном лечении, в специальные лечебные заведения, – как в пользу, так и во вред обвиняемому;

4) в отношении предписания суда о помещении в психиатрическую больницу либо по поводу отказа в этом;

5) в отношении решения суда о конфискации или просрочке платежа или при отказе в этом – в пользу или во вред осужденному и иным участникам, интересов которых это касается;

6) в отношении максимального наказания по делам несовершеннолетних;

7) в отношении решения суда, которым назначенное по приговору наказание отсрочено с установлением испытательного срока либо отказано в отсрочке, – как в пользу, так и во вред осужденному;

8) если суд при определении наказания несовершеннолетнему ограничился только выговором – только во вред осужденному;

9) в отношении решений, касающихся частноправовых притязаний, – только в пользу осужденного и его наследников⁵⁴⁶.

Оправдательный приговор суда с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан не мог быть отменен кассационной инстанцией, кроме случаев нарушений уголовно-процессуального закона, которые ограничили право прокурора, потерпевшего или его представителя на представление доказательств. В случае отмены приговора, постановленного судом с участием присяжных заседателей, с направлением дела на новое судебное разбирательство, рассмотрение дела должно осуществляться по этой форме судопроизводства независимо от позиции подсудимого.

По смыслу закона, если приговор отменён с направлением дела на новое судебное разбирательство со стадии предварительного слушания, в данной стадии должны разрешаться все вопросы, предусмотренные ст. 548 УПК РК 1997 г, в том числе и о форме судопроизводства. В соответствии со ст. 576 УПК РК производство по делам о вступивших в законную силу приговоров и постановлений суда с участием присяжных заседателей в надзорной инстанции возможно по основаниям, предусмотренным пунктами б) и 7) ч. первой и пунктами 1) и 2) ч. второй ст. 459 УПК РК 1997 г., то есть неправильное определение вида рецидива и вида режима исправительной колонии, неправильное разрешение гражданского иска, судебный акт затрагивает государственные или общественные интересы, безопасность государства либо может привести к тяжким необратимым последствиям для жизни, здоровья людей, приговор, которым лицо осуждено к смертной казни

⁵⁴⁶Бутов В.Н. Уголовное судопроизводство Австрийской Республики: опыт и проблемы организации и деятельности. – Екатеринбург: Изд-во Урал. гос. экон. ун-та, 1999. – С. 234-235.

или пожизненному лишению свободы, не был предметом кассационного рассмотрения. При этом следует учитывать, что на момент принятия Закона РК от 16 января 2006 года, ст. 459 УПК РК Законом РК от 30 декабря 2005 года, вступившим в силу с 18 января 2006 года, была изложена в новой редакции, в части первой которой предусмотрены были лишь 4 основания к пересмотру судебных приговоров и постановлений, вступивших в законную силу. В ней на том момент отсутствовало как основание к пересмотру незаконное направление дела на новое судебное рассмотрение.

В связи с этими основаниями к пересмотру в порядке надзора вступивших в законную силу приговоров и постановлений суда с участием присяжных заседателей являлись: осуждение невиновного; лишение потерпевшего права на судебную защиту; несоответствие назначенного судом наказания тяжести преступления и личности осужденного.

Постановление Пленума Верховного суда Республики Казахстан от 28 апреля 2000 года № 2 «О порядке производства по уголовным делам в надзорной инстанции»⁵⁴⁷ предусматривало:

– п. 7. В соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 459 УПК РК невиновно осужденными следует считать лиц, в отношении которых постановлен обвинительный приговор при отсутствии события преступления, состава преступления или при недоказанности их участия в совершении преступления;

– п. 9. О лишении потерпевшего права на судебную защиту могут свидетельствовать существенные нарушения его прав, предусмотренных статьями 75, 76, 80 УПК РК, в частности, непризнание потерпевшего частным обвинителем при отказе прокурора от обвинения, лишение его права участвовать в судебном разбирательстве, выступать в судебных прениях, неправильное разрешение заявленного потерпевшим гражданского иска и другие, которые повлияли на правильность разрешения уголовного дела по существу;

– п. 10. Несоответствие назначенного наказания тяжести преступления и личности осужденного вследствие его чрезмерной суровости либо чрезмерной мягкости может иметь место в случаях, когда наказание назначено судом без соблюдения требования закона об его индивидуализации.

При этом наказание могло быть признано не соответствующим тяжести преступления и личности осужденного как в случаях, когда оно назначено в пределах санкции статьи уголовного закона либо когда назначено более мягкое наказание, чем предусмотрено соответствующей статьей УК РК без применения ст. 55 УК. Несоответствие наказания тяжести преступления и личности осужденного могло иметь место, как при ошибочном избрании

⁵⁴⁷ Постановление Пленума Верховного Суда Республики Казахстан от 28 апреля 2000 года № 2 О порядке производства по уголовным делам в надзорной инстанции (с изменениями и дополнениями по состоянию на 04.04.2013 г.). Утратило силу в соответствии с Нормативным постановлением Верховного Суда РК от 29 июня 2017 года № 5

вида наказания, так и при правильном его выборе, но с неверным определением его размера или срока либо с неправильным признанием рецидива преступлений, вида исправительного учреждения. В соответствии со ст. 576 УПК РК основаниями к пересмотру в порядке надзора вступивших в законную силу судебных актов являлись основания, перечисленные в ч. 2 ст. 459 УПК РК. Ч. 2 ст. 459 УПК РК также изложена в новой редакции. Из смысла вышеуказанных норм закона следовало, что вступившие в законную силу судебные акты пересматриваются, если судебный акт затрагивает государственные или общественные интересы, безопасность государства либо может привести к тяжким необратимым последствиям для жизни, здоровья людей. Приговор, которым лицо осуждено к смертной казни, не был предметом кассационного рассмотрения.

В соответствии со ст. 577 УПК РК 1997 г. пересмотр в порядке надзора обвинительного приговора, а также постановления суда в связи с необходимостью применения уголовного закона о более тяжком преступлении ввиду мягкости наказания или по иным основаниям, влекущим за собой ухудшение положения осужденного, а также пересмотр оправдательного приговора либо постановления суда о прекращении уголовного дела не допускались.

Проведенное исследование позволяет сделать вывод о том, что положения ч. 2 ст. 575 УПК РК 1997 г. находились в противоречии с положениями главы 47 УПК РК, регламентировавшей порядок рассмотрения дел по апелляционным жалобам, протестам. В ч. 3 ст. 416 УПК РК 1997 г. было предусмотрено, что суд апелляционной инстанции вправе по результатам рассмотрения дела применить закон о более тяжком преступлении или назначить более строгое наказание только в случае, когда по этим основаниям была подана жалоба (протест) обвинителем или частным обвинителем, потерпевшим, их представителями, но в пределах предъявленного обвинения. Между тем ч. 2 ст. 575 УПК РК 1997 г. рассматривала это как самостоятельное право апелляционной инстанции без каких-либо дополнительных условий.

Рассматриваемые вопросы были предметом диссертационного исследования Т.К. Айтмухамбетова, в котором были изложены проблемы теории и практики пересмотра приговоров и постановлений судов Республики Казахстан. В работе приведены аргументированные доводы о недопустимости сохранения в уголовно-процессуальном законодательстве РК положений предоставляющих право судам апелляционной и надзорной инстанций принимать решения, ухудшающие положение осужденного, без возвращения дела на новое судебное разбирательство. Автор обращает внимание, что проверка правильности установления фактических обстоятельств дела на стадии апелляционного пересмотра входит в предмет апелляционного рассмотрения (ст. 405), у суда надзорной инстанции подобных полномочий нет. По смыслу ст. 459 УПК РК 1997 г. неправильное применение уголовного закона служило основанием к пересмотру дела в порядке надзора лишь при условии, что оно повлекло несоответствие

назначенного судом наказания тяжести преступления и личности осужденного. При этом невозможно проверку правильности применения закона осуществить без проверки правильности установления фактических обстоятельств. Коль скоро последнее не входит в предмет рассмотрения дела в надзорном порядке, то, следовательно, необходимо исключить из полномочий суда надзорной инстанции возможность изменять приговор в сторону ухудшения положения осужденного вследствие неправильного применения закона.

Изменение приговора в сторону улучшения положения осужденного основано на возникновении сомнения в правильности примененного закона, но любое сомнение в виновности лица должно толковаться в пользу обвиняемого. Этот принцип судопроизводства, закрепленный на конституционном уровне, дает право к утверждению об отсутствии правовых оснований усугублять положение осужденного в суде надзорной инстанции путем применения закона о более тяжком преступлении⁵⁴⁸. Представленная точка зрения нашла отражение в дальнейших исследованиях ученых, прогнозировавших действия законодателя, направленные на устранение возникших коллизий и противоречий. Рассматривая право судов надзорных инстанций изменять судебные решения в сторону ухудшения положения осужденного, Л.Ш. Берсугурова пришла к выводу о позиции законодателя направленной на оптимизацию института пересмотра судебного решения в части сокращения сроков действительного исправления судебных ошибок, и считает преамбулой на будущее изменение концептуальных основ взаимоотношений между судебными инстанциями, между судами вышестоящими и нижестоящими⁵⁴⁹.

По этому поводу К.А. Маами обращал внимание, что УПК РК допускает изменение приговора в сторону ухудшения положения осужденного с применением закона о более тяжком обвинении и назначением в связи с этим более строгого наказания, однако с учетом особенностей апелляционного производства судов нашей республики он считает необходимым предусмотреть особый порядок рассмотрения приговора, вынесенного судом с участием присяжных заседателей, в апелляционной инстанции. Эти особенности могли бы заключаться в следующем:

- 1) ограничить компетенцию апелляционной коллегии по отмене приговора, вынесенного судом с участием присяжных заседателей;
- 2) основанием отмены приговора могут служить только существенные нарушения уголовно-процессуального законодательства, которые помешали всесторонне, полно и объективно исследовать обстоятельства дела, повлияли или могли повлиять на постановление правосудного приговора;
- 3) исключить изменение приговора в сторону ухудшения положения осужденного;

⁵⁴⁸ Айтмухамбетов Т.К. Проблемы теории и практики пересмотра приговоров и постановлений судов Республики Казахстан: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09. – Алматы, 2004. – С. 11-12.

⁵⁴⁹ Берсугурова Л.Ш. Организационно-правовые формы пересмотра вступивших в законную силу судебных решений по уголовным делам: автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук: 12.00.09. – Алматы, 2007. – С. 10.

4) увеличить состав апелляционной коллегии, рассматривающей жалобу и протест на приговор, вынесенный судом с участием присяжных заседателей до пяти судей⁵⁵⁰.

В момент действия УПК РК 1997 года полностью разделяли указанную позицию, поскольку в тот период это позволило бы снять противоречия между отдельными нормами УПК РК, регламентирующими порядок апелляционного производства для общего порядка и порядка производства с участием присяжных заседателей.

В период действия УПК РК 1997 года указанные противоречия были устранены введением новой главы 48-1 УПК РК. В ч. 1 ст. 446-17 было предусмотрено, что в случае неправильного применения судом первой или апелляционной инстанции уголовного закона, суд кассационной инстанции вправе применить к осужденному закон о менее тяжком преступлении и снизить наказание в соответствии с измененной квалификацией содеянного, но не может применить закон о более тяжком преступлении или усилить назначенное наказание.

Представляется, что если обвинительный приговор, постановленный судом с участием присяжных заседателей в отношении нескольких лиц, отменён вышестоящей судебной инстанцией с направлением дела на новое судебное разбирательство лишь в отношении одного или нескольких лиц, обвиняемых в совершении преступлений, не указанных в ч. 2 ст. 291 УПК РК, и в этой связи не имеющих права на рассмотрение дела с участием присяжных заседателей, дело в отношении таких подсудимых должно быть принято к производству и рассмотрено районным судом. Дело в отношении таких лиц не может быть направлено в нижестоящий суд, так как подсудность дела была определена ранее на основании ч. 1 ст. 543 УПК РК.

Таким образом, формы контроля вышестоящих судебных инстанций за законностью и обоснованностью принимаемых судами решений на основе вердиктов присяжных заседателей по УПК РК 1997 года осуществлялись либо в порядке кассационного производства, возникающего на основе кассационной жалобы или протеста, либо в порядке надзора со стороны высших судебных инстанций. Такой порядок судебного обжалования позволял выявить существенные пробелы или нарушения, допущенные нижестоящим судом при проведении судебного разбирательства с участием присяжных заседателей, систематизировать и обобщить практику их устранения в целях выработки соответствующих рекомендаций в нормативных Постановлениях Верховного суда Республики Казахстан, действовавших в тот период времени.

Особенности производства по пересмотру не вступивших в законную силу приговоров, постановлений по делам, рассмотренным с участием присяжных заседателей в УПК РК 2014 года предусмотрены в главе 69 УПК, особенности производства по пересмотру вступивших в законную силу

⁵⁵⁰Мами К.А. Ведение судопроизводства с участием присяжных заседателей в Казахстане // Вестник КазНУ. Серия юридическая. – 2002. – №1 (26). – С. 49-50.

приговоров, постановлений по делам, рассмотренным с участием присяжных заседателей предусмотрены в главе 70 УПК РК.

Согласно ч. 1 ст. 416 УПК РК 2014 г. «апелляционные (частные) жалобы, ходатайства прокурора на не вступившие в законную силу приговоры, постановления районных и приравненных к ним судов, специализированных межрайонных судов по уголовным делам, специализированных межрайонных судов по делам несовершеннолетних рассматриваются апелляционной инстанцией соответствующего областного и приравненного к нему суда.

Особых отличий и особенностей не имеется. Но как мы уже обращали внимание в ранее действовавшем законодательстве, отсутствовала норма, в соответствии с которой при убеждении суда в виновности подсудимого, но оправдании его присяжными, дело должно было быть передано на рассмотрение нового состава присяжных. Такая ситуация, ставила в неравное положение потерпевшего и подсудимого, давая преимущество последнему.

УПК РК 2014 года дополнен ст. 663 «Отмена приговора с участием присяжных заседателей с направлением дела на новое судебное разбирательство», в соответствии с данной нормой, «приговор, постановленный с участием присяжных заседателей, подлежит отмене полностью или в части с направлением дела на новое судебное разбирательство в суд, постановивший приговор, но в ином составе суда по основаниям, указанным в ст. 662 УПК РК.

При этом суд апелляционной инстанции не вправе предрешать вопросы о доказанности или недоказанности обвинения, достоверности или недостоверности того или иного доказательства, преимуществе одних доказательств перед другими, применении судом первой инстанции того или иного уголовного закона и мере наказания, а также предрешать выводы, которые могут быть сделаны судом.

При новом рассмотрении уголовного дела после отмены приговора суд соблюдает требования, предусмотренные ст. 447 УПК РК.

Пересмотр в кассационном порядке приговоров, постановлений, вынесенных по делам, рассмотренным с участием присяжных заседателей, согласно ст. 665 УПК РК 2014 года осуществляется коллегией Верховного Суда Республики Казахстан по основаниям, предусмотренным пунктом 1) части первой и частью второй ст. 485 настоящего Кодекса, либо в связи с неправильным применением норм Общей и Особенной частей Уголовного кодекса Республики Казахстан при назначении наказания.

К этим основаниям относятся: 1) осуждение невиновного; 2) судебный акт затрагивает государственные или общественные интересы, безопасность государства либо может привести к тяжким необратимым последствиям для жизни, здоровья людей; 3) приговором лицо осуждено к смертной казни или пожизненному лишению свободы; 4) принятый судебный акт нарушает единообразие в толковании и применении судами норм права.

Основания указанные в пункте 1) части первой и частью второй ст. 485 УПК РК носят расширительный характер, в отличие от нормы в ранее

действовавшем УПК РК 1997 года, этому способствует и неограниченный характер, возможного неправильного применения норм Общей и Особенной частей УК РК, при назначении наказания, к которым можно отнести пункты 3, 5, 6 ч.1 ст. 485 УПК РК 2014 г.

Логическим завершением кассационного производства, является норма о недопустимости ухудшения положения осужденного при пересмотре в кассационном порядке вступившего в законную силу приговора, постановления суда с участием присяжных заседателей (ст. 666 УПК РК 2014 г), согласно которой «пересмотр обвинительного приговора, а также постановления суда в кассационном порядке в связи с необходимостью применения уголовного закона о более тяжком преступлении ввиду мягкости наказания или по иным основаниям, влекущим за собой ухудшение положения осужденного, а также пересмотр оправдательного приговора либо постановления суда о прекращении уголовного дела не допускаются».

Глава 4. Процессуальный статус государственных органов и лиц, участвующих в уголовном процессе в суде с участием присяжных заседателей

§ 1. Государственное обвинение в суде с участием присяжных заседателей

Конституция Республики Казахстан (ст. 83) закрепляет, что прокуратура осуществляет свои полномочия, в том числе и высший надзор за законностью, независимо от других государственных органов, должностных лиц и подотчетна лишь Президенту Республики. Прокуратура не входит ни в одну из ветвей государственной власти, но в то же время является самостоятельным государственным институтом и инструментом Президента Республики для выполнения ею функций гаранта единства государственной власти, незыблемости Конституции, прав и свобод человека и гражданина, по обеспечению верховенства закона и согласованного функционирования всех ветвей государственной власти. Прокурор наделен широкими властно-распорядительными полномочиями при осуществлении прокурорского надзора, которые реализуются в ходе расследования в процессуальных или организационно-управленческих формах, позволяющих обеспечить качественное проведение предварительного следствия и дознания, незамедлительное устранение допущенных нарушений закона и принятие мер по установлению и наказанию виновных в этом лиц.

Являясь органом уголовного преследования, осуществляющим высший надзор за законностью, прокурор при осуществлении своих полномочий независим и подчиняется только закону (ч. 5 ст. 58 УПК РК). Ст. 43 Закона «О прокуратуре Республики Казахстан» определяет, что прокурор - это сотрудник органов прокуратуры, осуществляющий установленные настоящим Законом полномочия в целях реализации функций прокуратуры⁵⁵¹.

Судопроизводство с участием присяжных заседателей, конечно, способствует активизации участия обвинения в установлении истины по делу. В статье 7 УПК РК дается разъяснение некоторых понятий, используемых в Кодексе: 2) сторона обвинения - органы уголовного преследования, а также потерпевший (частный обвинитель), гражданский истец, их законные представители и представители; 22) уголовное преследование (обвинение) - процессуальная деятельность, осуществляемая стороной обвинения в целях установления деяния, запрещенного уголовным законом, и совершившего его лица, виновности последнего в совершении уголовного правонарушения, а также для обеспечения применения к такому лицу наказания или иных мер уголовно-правового воздействия; 23) органы (должностные лица) уголовного преследования - прокурор (государственный

⁵⁵¹ Закон Республики Казахстан О прокуратуре. Астана, Акорда, 30 июня 2017 года № 81-VI ЗРК (с изменениями по состоянию на 21.01.2019 г.)

обвинитель), следователь, орган дознания, дознаватель; 28) государственное обвинение - процессуальная деятельность прокурора в суде первой и апелляционной инстанции, состоящая в доказывании обвинения с целью привлечения к уголовной ответственности лица, совершившего уголовное правонарушение; 35) процессуальный прокурор - прокурор, на которого в соответствии с настоящим Кодексом руководителем прокуратуры возложен надзор за применением законов по уголовному делу. В указанных пунктах дается равнозначное определение понятий «сторона обвинения» и «уголовное преследование», к которым относятся прокурор (государственный обвинитель), следователь, орган дознания, дознаватель. Это дает основание сделать вывод, что органы уголовного преследования должны быть заинтересованы в организации совместной предварительной работы, направленной на конечный результат.

Суд присяжных требует от прокуроров существенного повышения качества государственного обвинения, а это напрямую зависит от качества проведенного расследования. Об этом свидетельствуют и работники прокуратуры, проанализировавшие уголовные дела за 2005-2006 годы, которые подсудны суду присяжных. Просмотр документов, видеоматериалов, на которых зафиксированы следственные действия, свидетельствовал о многочисленности допускаемых нарушений⁵⁵². Прокуратура в условиях судопроизводства с участием присяжных заседателей должна акцентировать свои действия в трех направлениях: координация действий правоохранительных органов; надзор за законностью; процессуальное руководство предварительным следствием.

Рассматривая вопрос о роли прокурора при расследовании уголовных дел, по делам, которые по ходатайству обвиняемого могут быть направлены для рассмотрения в суд с участием присяжных заседателей, необходимо отметить, что в УПК РК произведено разграничение полномочий прокурора при досудебном производстве. К ним относятся: полномочия прокурора в ходе досудебного расследования (ст. 193 УПК РК); участие государственного обвинителя в главном судебном разбирательстве (ст. 337 УПК РК). Полномочия прокурора на этих двух стадиях в соответствии с Законом Республики Казахстан «О прокуратуре» носят властно-распорядительный характер и имеют одну общую цель – обеспечение верховенства Конституции и законов, защиты прав и свобод человека и гражданина, единообразное применение Конституции, законов и указов Президента Республики Казахстан и иных нормативных правовых актов. В целях обеспечения поставленных целей 23 июля 1998 года был создан Координационный совет правоохранительных органов Республики Казахстан, который является консультативно-методическим совещательным органом, решения которого носят рекомендательный характер.

Это позволяет органам прокуратуры координировать деятельность

⁵⁵²Каткова Г. Экзамен для следствия // Наша газета. – 2006. – 7 декабря.

правоохранительных органов, наделенных функциями производства предварительного следствия, дознания и оперативно-розыскной деятельности. Прокурор осуществляет роль координатора общих усилий различных служб, направленных на достижение общей цели путем осуществления своих властно-распорядительных полномочий. На это обращают внимание и авторы научных трудов, «это объясняется, прежде всего, задачами прокурора как организатора борьбы с преступностью, – отмечает В.В. Чистякова, – кроме того, широкий круг полномочий следователя, возможность применения им мер принуждения, наиболее остро затрагивающих права и свободы граждан, требует и наиболее действенных форм надзора за следствием, обеспечивающих быстрое реагирование и непосредственное устранение нарушений законности»⁵⁵³. Б.В. Асриев, анализируя вопросы, касающиеся процессуальной самостоятельности следователя, указывает, что «процессуальное руководство предварительным следствием осуществляет и прокурор. Для прокурора руководство расследованием – метод реализации своих надзорных функций, способ обеспечения законности при расследовании преступлений. Реализуя свои полномочия, имеющие властно-распорядительный характер, прокурор направляет деятельность следователей при производстве предварительного следствия»⁵⁵⁴.

В то же время, если деятельность прокурора в досудебных стадиях достаточно подробно освещена в научных трудах ведущих процессуалистов и криминалистов, то этого нельзя сказать о судебных стадиях, тем более при производстве в суде с участием присяжных заседателей. Обусловлено это тем, что обеспечение соблюдения принципов всесторонности, полноты и объективности и, более того, равноправия и состязательности сторон в суде с участием присяжных заседателей – достаточно сложный процесс. Этот вывод строится на отсутствии разделения функций и необеспеченности соотношений надзора и поддержания обвинения в суде. На это обращает внимание К.А. Мамаи, что «принципы состязательности и равноправия сторон, принятые в судопроизводстве, не могут быть реализованы, если сторона обвинения (прокурор) поставлена в привилегированное положение по сравнению со стороной защиты. Поэтому нуждается в рассмотрении вопрос о законодательном обеспечении равенства сторон»⁵⁵⁵.

Но кроме процессуального равенства сторон в суде, следует обратить внимание и на организационные аспекты размещения присяжных заседателей в зале судебного заседания. У сторон не должно быть возможности оказывать на присяжных влияние вне рамок уголовно-процессуальной формы.

⁵⁵³Чистякова В.В. Соотношение дознания и предварительного следствия в советском уголовном процессе: учебное пособие. – М., 1987. – С. 29-30.

⁵⁵⁴Асриев Б.В. Начальник следственного отдела: процессуальное положение и руководство следователями: учебное пособие. – М., 1986. – С. 13.

⁵⁵⁵Мамаи К.А. Судебная власть в Республике Казахстан: проблемы и перспективы // Научные труды Академии финансовой полиции. Вып. 2. – Алматы: Жеті жарғы, 2001. – С. 26.

Такие ошибки имели место на начальном этапе становления суда присяжных в Казахстане. Так, в Алматинском городском суде место для состава присяжных было расположено напротив стола государственного обвинителя и секретаря судебного заседания. В Северо-Казахстанском областном суде для присяжных отвели место позади государственных обвинителей в непосредственной близости, позволявшей видеть материалы дела, которые в отсканированном виде находились на экранах портативных компьютеров прокуроров. Такое расположение участников процесса могло рассматриваться как ограничение принципа равенства сторон, поскольку давало стороне обвинения дополнительную возможность опосредованно влиять на восприятие присяжными доказательств по делу. Наиболее рациональной и соответствующей принципу равенства сторон представлялась расстановка мест для участников процесса в зале Западно-Казахстанского областного суда, где присяжные находились на оптимальном расстоянии от всех участников процесса⁵⁵⁶. Этот аспект, к сожалению, не был предусмотрен в нормативных актах, регламентирующих оборудование залов для процессов с участием присяжных заседателей.

Некоторые работники органов прокуратуры считают, что интересы оперативной и эффективной стабилизации социальной ситуации, повышения уровня государственной дисциплины объективно предполагают усиление роли прокуроров в качестве основной структуры, способной оказать реальное противодействие негативным явлениям. В первую очередь надлежит расширить полномочия прокуратуры по организации уголовного преследования как наиболее действенного инструмента пресечения незаконных акций. Первый шаг в этом направлении сделан в виде наделения Генерального Прокурора республики правом образования следственных групп и назначения прокурора руководителем этой группы.

Работники прокуратуры считают, что чрезмерная концентрация в одном органе всех аспектов уголовного преследования не противоречит принципам неотвратимости наказания и равенства всех перед законом. Настало время для решения вопроса о возвращении органам прокуратуры функций ведения следствия⁵⁵⁷. И.И.Рогов, являясь Председателем Конституционного совета Республики Казахстан И.И. считал, что необходимо «рассмотреть возможность возвращения органам прокуратуры функций предварительного расследования по отдельным видам преступлений»⁵⁵⁸. Но положения ч. 1 ст. 84 Конституции РК, гласящие, что «Дознание и предварительное расследование по уголовным делам осуществляется специальными органами

⁵⁵⁶Отчет по результатам мониторинга судопроизводства с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан в 2007 г. БДИПЧ ОБСЕ. – Алматы, 2008. – С. 39.

⁵⁵⁷Онгарбаев С. Роль прокуратуры в защите прав человека и гражданина // Место и роль прокуратуры в системе государственных органов Республики Казахстан и ее роль в защите прав человека и гражданина: Сб. мат-лов междунар. науч.-практ. конф. – Алматы: общественный фонд политико-правовых исследований «Интерлигал» в Казахстане, 2002. – С. 34.

⁵⁵⁸Рогов И.И. Приветственное слово // Правозащитное предназначение органов прокуратуры на современном этапе: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. 23-24 ноября 2004 г. – Алматы, 2004. – С. 5.

и отделены от суда и прокуратуры», не позволяли этого. Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан» от 21 мая 2007 года исключил статью 84 из Конституции Республики Казахстан. По сути, это означало расширение границ судебного контроля, возможность проведения по отдельным категориям дел судебного следствия, а возможно, и расширение функций суда в дальнейшем по санкционированию следственных действий, связанных с конституционными правами и свободами граждан, таких как: неприкосновенность жилища, собственности, частной жизни, тайны переписки, телефонных переговоров.

Закономерным итогом после передачи права санкционирования ареста суду стало инициирование прокуратурой вопроса о возвращении ей функций предварительного следствия и расширении надзорных полномочий. Одной из главных рекомендаций работы «круглого стола» проведенного Институтом повышения квалификации при Генеральной прокуратуре Республики Казахстан 24 августа 2007 года, посвященного вопросам состояния и закономерностей развития прокуратуры в свете конституционных преобразований в Казахстане, была необходимость возрождения следственного аппарата в прокуратуре и поднятие статуса следователя, закрепление позиций прокуратуры как многофункционального органа, осуществляющего надзор за соблюдением законности⁵⁵⁹.

Наши предположения о возможности наделения прокуратуры функциями расследования подтвердились. Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года предусматривает дальнейшее совершенствование процессуальных основ деятельности органов прокуратуры. В рамках этой работы предусмотрено повышение роли и ответственности прокурора в досудебном производстве, в том числе путем расследования органами прокуратуры уголовных дел о преступлениях, представляющих серьезную общественную опасность и сложность, как составной части функции уголовного преследования, осуществляемого прокуратурой. Будет повышаться эффективность координирующей функции органов прокуратуры по отношению к правоохранительной деятельности, в том числе посредством соответствующей правовой регламентации этой функции⁵⁶⁰.

Это положение в практической деятельности органов прокуратуры нашло отражение в сосредоточении прокурорского надзора за законностью предварительного расследования на начальном этапе расследования преступлений и решении основных задач: обеспечения законности в деятельности следователей и органов дознания, включая обеспечение полноты, всесторонности и объективности расследования; координации работы следователей и органа дознания.

В рамках судопроизводства с участием присяжных заседателей, это

⁵⁵⁹Семенова О. Полномочия при исполнении // Каз. правда. – 2007. – 25 августа.

⁵⁶⁰Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года: утверждена Указом Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года №858 // Каз. правда. – 2009. – 27 августа

нашло применение в контроле за исполнением ст. 543 УПК РК 1997 г., предусматривавшей, что «суд с участием присяжных заседателей рассматривает дела об особо тяжких преступлениях, за исключением дел о преступлениях, предусмотренных ст.ст. 165, 166, 167, 168 (часть первой), 169, 233 (частями третьей и четвертой) УК РК, а также дел о применении принудительных мер медицинского характера к лицам, совершившим указанные деяния в состоянии невменяемости либо заболевшим душевной болезнью после их совершения».

В современной редакции, это положения ст. 631 УПК РК 2014 года «Подсудность дел суду с участием присяжных заседателей», в соответствии с которой, суд с участием присяжных заседателей рассматривает дела о преступлениях, за совершение которых уголовным законом предусмотрены смертная казнь или пожизненное лишение свободы, а также дела о преступлениях, предусмотренных ст.ст. 125 (частью третьей), 128 (частью четвертой), 132 (частью пятой), 135 (частью четвертой), за исключением дел о преступлениях, предусмотренных статьями 170 (частью четвертой), 175, 177, 178, 184, 255 (частью четвертой), 263 (частью пятой), 286 (частью четвертой), 297 (частью четвертой), 298 (частью четвертой), 299 (частью четвертой) Уголовного кодекса Республики Казахстан, а также об убийствах, совершенных в условиях чрезвычайной ситуации и в ходе массовых беспорядков, о воинских преступлениях, совершенных в военное время или боевой обстановке.

Поднимаемые вопросы о необходимости усиления роли прокуратуры в предварительном следствии, в условиях судопроизводства с участием присяжных заседателей поддерживаются и работниками следствия. Еще на первоначальном этапе введения судопроизводства с участием присяжных заседателей практические работники высказывали мнения, что «одним из важных подготовительных этапов введения суда присяжных является реформирование органов предварительного следствия, в особенности в системе органов внутренних дел, где расследуется почти 90 % всех зарегистрированных преступлений в стране и где допускается наибольшее количество нарушений законности. Согласно статистическим данным Комитета по правовой статистике и специальным учетам Генеральной прокуратуры Республики Казахстан, основную массу нарушений законности выявляют прокуроры и судьи, а не руководители следственных подразделений. С 1998 по 2003 годы прокурорами и судами возвращено 19102 уголовных дела; судами оправдано 642 лица, из них 371 содержались под стражей; в ходе предварительного расследования незаконно привлечено к уголовной ответственности 539 лиц. С 2000 по 2003 годы прокурорами отменено 15728 постановлений о приостановлении уголовных дел производством, из них 10108 направлено в суд (64,2 %). За этот же период отменено 7104 постановления о прекращении дел производством, из которых 2272 направлено в суд (31,9%). Очевидно, при введении института суда присяжных показатели следственной работы, при некачественной работе,

значительно ухудшатся»⁵⁶¹.

Далее автор обоснованно критиковал отсутствие надлежащего ведомственного контроля со стороны руководителей следственных подразделений и бездеятельность следователей, при котором прокуроры вынуждены процессуально организовывать работу следователя по раскрытию и расследованию преступлений, соблюдению законности, конституционных прав и свобод граждан. Им высказывалось опасение о возможном ограничении вмешательства прокурора в процессуальную деятельность следователя и замены его судебным контролем, что повлечет к общему надзору, осуществляемому не процессуально.

Вышеприведенные статистические данные свидетельствовали о серьезных недостатках следствия в процессе сбора доказательств. Справедливо замечание Л.Н. Маслениковой, что наиболее полная реализация в суде присяжных принципа состязательности, возложение принятия решения о виновности или невиновности подсудимого на непрофессиональных судей на практике резко выявили пробелы предварительного следствия, слабое обеспечение доступа потерпевшего к правосудию и поддержание государственного обвинения. Недобросовестно, некачественно проведенные расследования порой вызывают у прокуроров серьезные проблемы с доказыванием и приводят в некоторых случаях к оправданию подсудимых. Если сторона обвинения не убедит представленными доказательствами присяжных в доказанности этих обстоятельств, если сторона защиты представит доказательства, которые посеют сомнения в доказанности обвинения, эти сомнения будут истолкованы в пользу подсудимого, и будет вынесен оправдательный вердикт⁵⁶².

В целях достижения истины в рамках состязательного процесса и предупреждения возможных проблем, связанных с вынесением неоднозначных вердиктов, требуется осуществлять профессиональную подготовку профессиональных участников процесса с участием присяжных заседателей – судей, прокуроров, следователей, адвокатов, экспертов. Такая практика имела место в Российской Федерации. Перед введением с 1 января 2003 года судов с участием присяжных заседателей в регионах, где они ранее не действовали, прокуроры повсеместно особое внимание уделяли подготовке государственных обвинителей и их поддержанию в подобных судах. Например, в прокуратуре Удмуртии была сформирована группа государственных обвинителей, специализирующихся на участии в суде присяжных, с ними проведены специальные занятия, проанализирован опыт регионов, в которых суд присяжных функционирует уже давно. Результатом этой работы стало успешное рассмотрение уголовного дела с участием

⁵⁶¹Оспанов Е. Проблемные вопросы обеспечения надлежащего ведомственного контроля деятельности следственных подразделений ОВД // Правовая реформа в Казахстане. – 2005. – №2 (28). – С. 70-71.

⁵⁶²Масленикова Л.Н. Как суд присяжных изменил российский уголовный процесс // Судопроизводство с участием присяжных заседателей и перспективы его введения в Республике Казахстан: мат-лы круглого стола. – Алматы, 2005. – С. 108-109.

присяжных заседателей в Верховном суде республики: группа государственных обвинителей во главе с начальником отраслевого отдела добилась вынесения присяжными единогласного обвинительного вердикта⁵⁶³.

В этом направлении в Казахстане также проводилась работа по подготовке обвинителей из опытных сотрудников, специализирующихся на поддержании обвинения в суде присяжных⁵⁶⁴. Прокуратурами областей проведены смотры-конкурсы лучших государственных обвинителей⁵⁶⁵. Проводились научно-практические конференции с участием юристов из Российской Федерации, на которых обсуждались вопросы подготовки к работе в суде с участием присяжных заседателей. Выступления российских юристов носили характер методических рекомендаций.

По мнению Г.К. Утибаева, необходимо изменить подходы в организации надзора за качеством предварительного следствия. Институт прокуратуры внес предложение исключить разделение прокурорского надзора по стадиям уголовного процесса, который заключается в следующем: один человек должен осуществлять надзор за следствием и он же выступать в суде в качестве государственного обвинителя. Свою позицию он аргументирует опытом других стран, где имеет место эффективность такого надзора⁵⁶⁶.

По всей видимости, речь идет об опыте, имеющем место в Российской Федерации, по поддержанию обвинения в суде. Но там речь шла не о совмещении в одном физическом лице двух функций. Прокурор в одном лице не должен осуществлять надзор, руководить следствием и он же обвинение поддерживать. Вся проблема в общей профессиональной неподготовленности.

Данные мониторинга, проведенного Главным правовым управлением при Президенте России в 1994 году, после вступления в действие суда присяжных показали, что суд присяжных явился индикатором растренированности занимающихся уголовным судопроизводством юристов и их распространенной неспособности действовать по правилам профессии. Так, решение вопроса о допустимости доказательств представляет наибольшую сложность для 32% опрошенных судей, 11% прокуроров, 32% следователей. По сути, они расписались в своей некомпетентности, заявив, что наибольшую сложность для них представляет строгое соблюдение требований закона, касающихся обнаружения, сбора, закрепления и исследования доказательств. Прокурор отдела прокуратуры Тверской области Р.А. Сидоров считает, что «суть проблемы, заключается в том, что прокуроры не были готовы к тому, чтобы качественно, с соблюдением всех требований Конституции и УПК расследовать уголовные дела подсудные суду присяжных. Первоначально имел место испуг и страх от незнания того,

⁵⁶³ Масленикова Л.Н. Там же. С. 108-109.

⁵⁶⁴ Утибаев Г.К. Некоторые аспекты введения суда присяжных в Республике Казахстан // Правовая реформа в Казахстане. 2005. – №2. – С. 28.

⁵⁶⁵ Шаяхмет К. Смотр-конкурс лучших государственных обвинителей // Закон и правосудие. – 2005. – 12 октября.

⁵⁶⁶ Шевченко В. Есть свои нюансы у суда присяжных // Каз. правда. – 2006. – 4 мая.

что нам предстоит. Сейчас у нас достаточно высококвалифицированный отдел, который поддерживает обвинение в суде присяжных. За 2 года только 4 оправдательных приговора, 2 из которых отменены Верховным судом. Это хороший процент и показатель нашей работы»⁵⁶⁷. Аналогичная ситуация в Ульяновской области, где также создана группа государственных обвинителей, которые занимаются поддержанием обвинения в областном суде. Правильно это или нет, но эта группа организует работу так, что к председательствующему судье направляется на судебный процесс своего рода штатный обвинитель.

По организации работы прокуратуры Ульяновской области С. Пашин пишет, «установка прокурора Ульяновской области заключается в следующем, ни одно плохо подготовленное дело в суд присяжных не пойдет. В итоге в Ульяновске долгое время в год разбиралось максимум 5-6 дел в суде присяжных, и 100%-е обвинительные вердикты. Но потенциальные дела, которые могли бы быть там, просто сбрасывались в районные суды, а делается это путем переквалификации тяжкого убийства в простое, которое передается в районный суд»⁵⁶⁸.

Опыт работы прокуратуры Азербайджанской Республики свидетельствует, что УПК Азербайджанской Республики участие прокурора в проведении предварительного расследования или осуществление им процессуального руководства предварительным расследованием исключает поддержание им в суде государственного обвинения. Суть этого новшества заключается в том, чтобы внутриведомственные интересы не превалировали над правосудием. В органах прокуратуры Азербайджанской Республики созданы управления и отделы по защите государственного обвинения, сформирован корпус профессиональных государственных обвинителей, выведенных из подчинения прокуроров на местах⁵⁶⁹.

Суд присяжных предъявляет высокие требования к участникам судебного разбирательства. В нем выявляются сильные и слабые стороны предварительного следствия, доказанность обвинения, его аргументированность.

Обратимся к опыту работы прокуратуры Рязанской области по поддержанию обвинения в суде присяжных, о котором свидетельствует П. Шемонаев. «...По итогам рассмотрения дел, в особенности при направлении для дополнительного расследования, обвинителями во взаимодействии со следственным аппаратом прокуратуры анализируется решение судебных органов, обсуждается вопрос о необходимости принесения протестов. Государственные обвинители формулируют зональным прокурорам следственного управления вопросы, на которые следует обратить особое

⁵⁶⁷Сидоров Р.А. Особенности практической реализации функции государственного обвинения в российском суде присяжных // Введение суда присяжных в Республике Казахстан: вопросы теории и практики: мат-лы круглого стола. – Алматы, 2005. – С. 76-77.

⁵⁶⁸Пашин С.А. Опыт работы суда присяжных в России // Юрист. – 2008. – № 2. – С. 91.

⁵⁶⁹Гаралов З.Б. Правозащитное предназначение прокуратуры на современном этапе. Опыт Азербайджана // Правозащитное предназначение органов прокуратуры на современном этапе: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. 23-24 ноября 2004 г. – Алматы, 2004. – С. 45.

внимание при производстве дополнительного расследования. Кроме того, нарушения, установленные обвинителями, доводятся до сведения следователей, прокуроров и их помощников на семинарах. И эта работа дает свои результаты: качество следствия, особенно по делам областной подсудности, улучшается»⁵⁷⁰.

Необходимо создать гарантии объективности государственных обвинителей. К сожалению, в текущий момент отдельные выступления прокуроров в суде носят тенденциозный характер, не основанные на рассмотренных в суде доказательствах, а порой и противоречащие им. Некоторые прокуроры используют представленные им полномочия не для выявления действительных обстоятельств дела, а чтобы любой ценой отстоять выводы обвинительного заключения, добиться вынесения обвинительного приговора. В итоге это может привести к осуждению невиновных. Необходимо смотреть на проблему не с позиции объяснения плохой подготовленности отдельных прокуроров, а найти конструктивное объяснение, которое поможет выявить глубокие причины, носящие объективный, субъективный характер, либо, более того, психологические корни проблемы.

Деятельность прокурора при рассмотрении уголовного дела в суде с участием присяжных заседателей происходит по этапам, определенным УПК РК, которые имеют определенные особенности.

На стадии предварительного слушания разрешается основной вопрос о наличии оснований для рассмотрения уголовного дела судом с участием присяжных заседателей. До этого этапа необходимо определить прокурора, который хорошо ознакомится с материалами уголовного дела и будет принимать участие в предварительном слушании с последующим участием до полного рассмотрения уголовного дела. Прокурор должен быть готов к рассмотрению вопросов о наличии: оснований для рассмотрения уголовного дела в суде с участием присяжных заседателей; достаточных доказательств, полученных в ходе предварительного следствия, соответствия их признакам допустимости, достоверности и относимости. Учитывая, что ключевым вопросом является вопрос о допустимости и недопустимости доказательств, этот аспект должен быть тщательно проработан, чтобы не допустить исключения доказательств стороной защиты, являющихся наиболее сильными для обвинения. В этих целях необходимо изучить ходатайства, заявленные стороной защиты в период предварительного следствия и ознакомления с материалами уголовного дела.

Прокурор должен стремиться к разрешению всех указанных вопросов на этапе предварительного слушания, для исключения обращения к ним на этапе судебного следствия. Стремясь к объективности, он должен занимать позицию, направленную на установление истины, исключая в своем поведении предвзятое отношение к стороне защиты, для чего ему

⁵⁷⁰Шемонаев П. Подсудимые верят в справедливость суда присяжных // Российская юстиция. – 2000. – № 8 (август). – 64 с.

необходимо самому принимать меры к исключению доказательств, полученных с нарушением закона, а это возможно в условиях совместной работы со стороной защиты, видя в ней коллегу – юриста, а не противника. Прокурор должен внимательно и критически относиться к заявлениям защиты, находя в них слабые стороны следствия и обвинения.

Прокурор по уголовному делу, поступившему с обвинительным актом, по результатам изучения материалов уголовного дела, при наличии слабой доказательственной базы или недоказанности вины подсудимого направляет уголовное дело лицу, осуществляющему досудебное расследование, для производства дополнительного расследования (п. 3 ч. 1 ст. 302 УПК РК 2014 г.). Поддерживая обвинение, прокурор руководствуется требованиями закона и своим внутренним убеждением, основанным на результатах рассмотрения всех обстоятельств дела. Прокурор может изменить обвинение. Прокурор обязан отказаться от обвинения (полностью или частично), если придет к выводу, что оно не нашло подтверждения в судебном разбирательстве. Отказ государственного обвинителя от обвинения допускается в ходе судебного следствия или судебных прений (ч. 6 ст. 337 УПК РК 2014 г.).

Это может иметь место в случае невозможности устранения существенных недостатков, допущенных в ходе предварительного следствия, переквалификации действий подсудимого, а также исключения этого уже в ходе судебного следствия.

Прокурор, представляя интересы государства, должен использовать право внесения протеста, если вынесенное председательствующим постановление носит незаконный характер. Это может иметь место при вынесении решения по итогам предварительного слушания, об исключении доказательств как признанных недопустимыми, т.к. исключение заведомого допустимого доказательства может повлечь последствия, отсутствие которых влияет на правильное разрешение дела. Позиция прокурора, его подготовленность, знание материалов уголовного дела, доказательств имеют значение для сохранения объема обвинения. От его деятельности зависит: будет назначено главное судебное разбирательство, дело будет прекращено, направлено на дополнительное расследование, изменится объем обвинения или прокурор откажется от обвинения.

От позиции прокурора на этапе предварительного слушания, его общей подготовленности зависит последующий порядок подготовительной части судебного заседания, направленный на формирование состава присяжных заседателей, для чего ему необходимо использовать свои полномочия для заявления: отводов участникам процесса; ходатайств о вызове участников процесса в суд, для допроса, истребования вещественных доказательств и документов.

При формировании состава присяжных заседателей, прокурор обязан принять меры к выявлению и последующему отводу, используя право на мотивированный и безмотивный отвод кандидатов в присяжные заседатели, которые предвзято относятся к виновности подсудимого, или к пострадавшему от преступления. Указанные действия прокурор должен

осуществлять тактично, учитывая особенности участия граждан в суде с участием присяжных заседателей, не противопоставляя их себе, т.к. в ходе судебного процесса он будет обращаться к ним, убеждая их в правоте поддерживаемого им обвинения.

Формирование состава присяжных заседателей занимает не столь продолжительное время, за которое прокурору необходимо определиться в гражданах, которым необходимо заявить отвод, причин для которого более чем достаточно. С.Б. Погодин, выделяя наиболее типичные причины заявления мотивированных отводов при формировании коллегии, из 18 традиционных, к которым относятся знакомство, родство присяжных и участников процесса, пожилой возраст, алкоголизм, судимости кандидатов, выделяет нетипичные причины – мужчины по делам об изнасиловании; лица, чьи родственники обучаются в юридическом вузе, а адвокат является преподавателем данного учебного заведения; связь с представителями криминальных кругов⁵⁷¹. В этом случае прокурору необходимо, используя психологические приемы, не допустить тенденциозности состава присяжных заседателей, как к обвинительному, так и оправдательному уклону.

Прокурор в суде с участием присяжных заседателей должен стоять на позиции активного участника, направляющего ход судебного процесса, особенно на этапе судебного следствия, при исследовании доказательств. Для этого необходимо определить стратегию своего участия при исследовании доказательств, задачи, которые ему необходимо решить. Планомерное участие прокурора с момента предварительного слушания должно было уже выработать эти направления.

Прокурор должен емко, доступным языком и по существу изложить материалы, отражающие суть совершенного деяния, в той последовательности, как это имело место – обстановку совершенного преступления, действия подсудимого, обстоятельства, характеризующие его, с учетом смягчающих и отягчающих вину обстоятельств, указанные действия должны носить корректный характер. Прокурор должен оперировать только теми доказательствами, которые имеются в деле, относящимися к допустимым. Недопустимо обращение к доказательствам, признанным недопустимыми и исключенными из дела, тем более для этого были возможности на этапе предварительного слушания. Но прокурор должен использовать право на восполнение допущенных пробелов в ходе предварительного следствия, вызвав для этого в судебное заседание лиц, могущих быть допрошенными в качестве свидетелей. Прокурор вправе ходатайствовать об исследовании доказательств, ранее исключенных судьей из разбирательства. Мнения участников судебного заседания по этому ходатайству должны быть выслушаны в отсутствие присяжных заседателей. Такие действия нежелательны, но они не влияют на установление фактических обстоятельств, вследствие рассмотрения доказательств,

⁵⁷¹Погодин С.Б. Обвинение в суде присяжных в Российском уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Саратов, 2001. – С. 101-102.

признанных недопустимыми, при условии, что они носят устранимый характер в ходе судебного разбирательства и происходят в отсутствие присяжных заседателей. Это вынужденная мера, т.к. они имеют существенное значение для установления истины, и в этом должны быть заинтересованы обе стороны.

В ходе судебного разбирательства может иметь место ситуация, когда пробелы следствия не могут быть устранены. В этом случае прокурор может отказаться от обвинения полностью, частично. В случае полного отказа прокурора от обвинения, если от обвинения отказался и потерпевший, суд своим постановлением прекращает дело.

В процессе становления суда с участием присяжных заседателей в Казахстане невозможно все спрогнозировать и предусмотреть, но надо моделировать возможные ситуации, что они могут иметь место.

На этапе судебных прений прокурор на основе исследованных доказательств поддерживает перед судом государственное обвинение, выступая с обвинительной речью, либо полностью или частично отказывается от обвинения, с изложением мотивов своего отказа.

В обвинительной речи прокурор делает анализ и оценку доказательств, рассмотренных судом с участием присяжных заседателей, приводя их в систему, стремясь донести их значение убедительно и аргументированно, раскрывая их содержание, отражая их обвинительное и смягчающее ответственность подсудимого значение. Это является свидетельством объективности и беспристрастности прокурора. В своей речи прокурор должен доказать, что имело место преступное деяние, лицо совершило его и оно виновно в совершенном им деянии. Акцент на эти три момента является определяющим, т.к. они составляют основу вопросов, стоящих перед присяжными заседателями.

Необходимо отразить важное положение состязательности в судебном процессе, которое предписывает прокурору, поддерживающему обвинение по уголовному делу, отказаться от обвинения (полностью или частично), если он (прокурор) придет к выводу, что обвинение не нашло подтверждения в судебном разбирательстве (ст. 337 ч. 6 УПК РК). Тем не менее, практика работы судов республики за значительный период практически не знает примеров прекращения уголовных дел производством в связи с отказом государственного обвинителя от обвинения. По мнению судей, прокурор, участвующий в уголовном процессе, заранее, в силу своей обязанности обвинителя, нацелен на осуждение подсудимого по делу. Отказ от обвинения как форма поведения представителя государства в суде для прокурора существует формально, и названная норма закона, являющаяся императивной, на практике не работает вообще. Прокурор излишне «обременен» процессуальным положением «органа уголовного преследования». Перед тем как осуществить функцию представителя государства в суде, прокурор в полной мере занимается уголовным преследованием этого же подсудимого. Это напрямую связывает его с действиями государственного обвинителя, оказывает на него воздействие,

предопределяя исход его действий как стороны обвинения. В подобных ситуациях и при двояком процессуальном положении прокурор не может объективно осуществлять надзор за законностью судебных решений, он изначально «обречен» на тотальное обвинение. Выступая на стороне обвинения, прокурор не может, как представитель государства оказать содействие суду в обеспечении задач и принципов уголовного процесса⁵⁷².

Реально в практике изложенная ситуация имеет место. Прокуроры, выступающие в судах в качестве государственных обвинителей, связаны обвинительной позицией прокуратуры, занятой при утверждении прокурором обвинительного заключения. Чаще всего в качестве государственных обвинителей выступают помощники прокуроров, которым психологически трудно отказаться от обвинения или хотя бы просить суд о возвращении дела для доследования, если прокурор, от которого он зависит по службе, утвердил обвинительное заключение либо поддержал ходатайство следователя на получение санкции на арест, тем самым посчитав обвинение доказанным. В этой ситуации государственный обвинитель утрачивает объективность и стремится к осуждению подсудимого, во что бы то ни стало. Так создается обвинительный уклон при осуществлении предварительного следствия, который затем воплощается при поддержании обвинения, а в итоге влияет на объективность правосудия.

Проведенные в советский период времени исследования Институтом государства и права АН СССР более 2000 уголовных дел с ошибочными приговорами, отмененными вышестоящими судебными инстанциями, показали, что в 95% случаев вынесению этих приговоров предшествовала ошибочная позиция прокуроров в суде, требовавших обвинительного приговора, хотя для этого не было оснований. Суды поддались влиянию прокуроров и вынесли ошибочные приговоры⁵⁷³.

Прокурор в судебном разбирательстве – обвинитель. Но, выполняя функции обвинения, он сам должен строго соблюдать закон и обязан реагировать на любое нарушение закона, кем бы оно ни допускалось.

При отсутствии надлежащего ведомственного контроля и бездеятельности следователя прокуроры вынуждены процессуально организовывать работу следователя по раскрытию и расследованию преступлений, соблюдению законности, конституционных прав и свобод граждан. При осуществлении уголовного судопроизводства не в полной мере соблюдается принцип состязательности и равноправия сторон. Допущенные следственные ошибки на этапе досудебного производства суды вынуждены исправлять в ходе судебного разбирательства, и тем самым невольно выполнять функции уголовного преследования.

Практические работники обоснованно заявляют, что если суд будет соблюдать требования ст. 23 УПК РК и скрупулезно придерживаться принципа состязательности, то уголовные дела будут «разваливаться», как

⁵⁷²Тагаев З. Роль прокурорского надзора // Юридическая газета. – 2006. – 11 мая.

⁵⁷³Истина ... И только истина! Пять бесед о судебно-правовой реформе. Проблемы, дискуссии, предложения. – М.: Юрид. лит., 1990. - С. 186.

карточные домики, т.к. к таким условиям не готова сама система органов внутренних дел, следователи, которые в силу недостаточной профессиональной подготовленности не могут в начальной стадии расследования уголовного дела закрепить доказательства, и в споре сторон на суде более убедительной может быть сторона защиты⁵⁷⁴.

Уголовно-процессуальное законодательство Республики Беларусь предусматривает право государственного обвинителя отказаться от обвинения в случае, если он придет к выводу, что оно не нашло своего подтверждения. Закон Республики Беларусь «О Прокуратуре Республики Беларусь» (ст. 29) прямо возлагает на прокурора такую обязанность⁵⁷⁵.

Некоторые авторы, рассматривая многофункциональную деятельность прокурора в судебном разбирательстве, включающую в себя, кроме уголовного преследования, обеспечение прав участвующих в деле лиц, что подразумевает обвинительную и правозащитную функции, констатируют, что в случае, когда обвинение не нашло своего подтверждения представленными в суде доказательствами, государственный обвинитель в соответствии с ч. 7 ст. 246 УПК РФ отказывается от обвинения и излагает суду мотивы отказа. Так, во втором полугодии 2002 года в связи с отказом государственного обвинителя от обвинения судами РФ было прекращено 2139 уголовных дел, что составляет 0,5% всех дел, рассмотренных судами первой инстанции за указанный период⁵⁷⁶.

В то же время правильно ли то, что прокурор должен отказаться от поддержания обвинения, тем самым оставляя потерпевшую сторону в неравном положении с защитой. Некоторые авторы считают, что по делам с публичной формой обвинения прокурор должен иметь безусловное право на отказ от обвинения. В противном случае в качестве обвинителя вновь придется выступать суду, так как потерпевший не имеет таких прав и просто не в состоянии будет представить суду какие-либо уличающие доказательства⁵⁷⁷.

По этому поводу В.П. Кашепов пишет, «действующий закон не определяет сущность, содержание, форму отказа прокурора от обвинения. В ходе мониторинга реализации основных институтов нового уголовно-процессуального права были выявлены спорные ситуации в связи с трактовкой значения отказа прокурора от обвинения для решения вопроса об обязанности суда прекратить дело в связи с изменением обвинительной позиции прокурора (ч. 7 ст. 246 УПК РФ). Действующий закон решает этот вопрос однозначно, независимо от того, полный или частичный отказ имел

⁵⁷⁴Оспанов Е. Проблемные вопросы обеспечения надлежащего ведомственного контроля деятельности следственных подразделений ОВД // Правовая реформа в Казахстане. – 2005. – №2 (28). – С. 68-71.

⁵⁷⁵Шейман В.В. Защита прав и свобод человека средствами прокурорского надзора // Правозащитное предназначение органов прокуратуры на современном этапе: мат-лы междунар. науч.-практ. конф., 23-24 ноября 2004 г. – Алматы, 2004. – С. 37.

⁵⁷⁶Курочкина А.А. Уголовное преследование и обеспечение прокурором прав участников судебного разбирательства // Новый Уголовно-процессуальный кодекс России в действии: мат-лы круглого стола. 13 ноября 2003 г. – М., 2003. – С. 165.

⁵⁷⁷Насонов С.А. Судебное следствие в суде присяжных: законодательство, теория, практика // Вестник Саратовской государственной академии права. – Саратов, 1996. – № 3. – С. 176.

место. Вывод об обязательности для суда отказа прокурора от обвинения основывается на признании абсолютного значения разделения функций согласно принципу состязательности и убеждения в том, что вся деятельность суда по осуществлению правосудия должна находиться в пределах предъявленного прокурором обвинения. Обвинение здесь фактически отождествляется с уголовным иском в уголовном процессе: процесс продолжается, пока этот иск поддерживается государственным обвинителем в порядке публичного обвинения; отказ от иска неминуемо влечет прекращение уголовного преследования и, как обязательное следствие, прекращение уголовного дела судом»⁵⁷⁸. Ранее автор уже высказывал мнения по рассматриваемой проблеме при обсуждении Концепции развития уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации и предлагал конструктивные пути решения складывающейся ситуации. Суть их сводилась к следующему: в будущем законодательстве предоставить частному обвинителю право участвовать в производстве по уголовному делу, в подготовке и осуществлении публичного обвинения наряду с государственным обвинителем. В уголовном процессе лицо, пострадавшее от преступлений, – потерпевший или гражданский истец – должно иметь возможность защищать и отстаивать свои права путем предъявления и поддержания обвинения или гражданского иска. Права названных участников процесса реально не обеспечены. Право потерпевшего поддерживать обвинение ограничено узким кругом дел частного обвинения. Право поддерживать обвинение должно принадлежать потерпевшему по делам обо всех преступлениях и независимо от позиции прокурора. Отказ государственного обвинителя от уголовного преследования принимается во внимание судом при отправлении правосудия при отсутствии возражений потерпевшего. Обвинение в совершении уголовного преступления не равнозначно иску, отказ от поддержания которого аннулирует судопроизводство по делу. Суд освобождается от обязанности уголовного преследования, но это не означает его полной несвязанности с этим принципом. Недопустимо произвольное изменение подсудности. Суд не вправе отказать в правосудии и обязан во всех случаях при обращении к нему органа уголовного преследования или потерпевшего рассмотреть уголовное дело и разрешить вопрос о правомерности возложения на подсудимого уголовной ответственности. Суд обязан принять меры к установлению истины по делу и вправе истребовать в необходимых случаях доказательства по своей инициативе⁵⁷⁹.

Надо согласиться с этой точкой зрения, потому что прокурор в уголовном процессе имеет не личный интерес, а государственный, т.к. в суде он является представителем государства, поэтому прокурор должен

⁵⁷⁸Кашепов В.П. О конкуренции принципов в уголовном судопроизводстве // Новый Уголовно-процессуальный кодекс России в действии: мат-лы круглого стола. 13 ноября 2003 г. – М., 2003. – С. 43.

⁵⁷⁹Кашепов В.П. Концепция развития уголовно-процессуального законодательства // Правовая реформа: Концепция развития Российского законодательства. Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. – М., 1995. – С. 203-208.

поддерживать обвинение до тех пор, пока это находит подтверждение. Прокурор обязан отказаться от обвинения, если в судебном заседании после исследования всех материалов и доказательств, представленных обеими сторонами, оно не найдет подтверждения. Следует согласиться и с точкой зрения авторов, считающих, что невозможно утверждать, что прокурор, отказываясь от обвинения, не может ошибаться. Поэтому такой отказ не должен автоматически лишать потерпевшего права самостоятельно поддерживать обвинение. Более того, в случаях несогласия потерпевшего с отказом прокурора от обвинения в суде присяжных было бы целесообразным обеспечивать обязательное участие в процессе адвоката – представителя потерпевшего, который может оказать последнему квалифицированную юридическую помощь в поддержании обвинения⁵⁸⁰.

Мы также придерживаемся мнения о том, что суд вправе продолжить судебное разбирательство без участия стороны обвинения, с обязательным принятием решения присяжными заседателями относительно виновности или невиновности подсудимого.

Как пример профессиональной ошибки прокурора, следует рассматривать ситуацию по следующему уголовному делу. Постановлением суда с участием присяжных заседателей г. Астаны от 8 апреля 2008 года уголовное дело в отношении М. в совершении преступления, предусмотренного ст. 24 ч. 3, 96 ч. 2 п. «н» УК РК производством прекращено ввиду отказа государственного обвинителя от обвинения. В апелляционном протесте прокурора в коллегия по уголовным делам Верховного суда Республики Казахстан ставится вопрос об отмене оправдательного приговора суда в отношении М. и постановления суда в отношении М.А. по факту причинения телесных повреждений Дисалиеву А ввиду существенного нарушения требований уголовно-процессуального закона с направлением дела на новое судебное рассмотрение, так как прокурор не отказывался от обвинения, а ориентировал суд на переквалификацию действий М. на менее тяжкую статью. Вопрос о переквалификации мог быть решен по существу только после рассмотрения присяжными заседателями вопроса о виновности или невиновности, чего не было сделано.

Коллегией по уголовным делам Верховного суда РК доводы протеста о необоснованности постановления суда о прекращении дела по факту нанесения телесных повреждений Дисалиеву А. признаны несостоятельными. Утверждения о том, что прокурор не отказывался от обвинения, а ориентировал суд на переквалификацию действий М. на менее тяжкую статью, и вопрос о переквалификации мог быть решен после рассмотрения присяжными заседателями вопроса о виновности или невиновности, не основаны на законе и материалах дела. Из протокола судебного заседания и приобщенных к делу документов следует, что в этой

⁵⁸⁰Щербаков Ю. Отказ прокурора от обвинения: последствия для потерпевшего // Законность. – 2002. – №2. – С. 30., 34 Манова Н.С. Предварительное и судебное производство: дифференциация форм: учебное пособие для вузов. – М.: Приор-издат, 2004. – С. 137.

части государственный обвинитель в судебных прениях просил суд действия М. переквалифицировать на ст. 111 ч. 1 УК РК, и в связи с тем, что указанное преступление относится к категории дел, по которым уголовное преследование может осуществляться в частном порядке, а также за отсутствием жалобы потерпевшего Дисалиева, просил суд производство в этой части прекратить. В связи с чем принятое судом решение по факту нанесения телесных повреждений Дисалиеву не противоречит требованиям ст. 561 УПК РК. Коллегия по уголовным делам Верховного суда постановила, постановление суда в отношении М. по факту нанесения телесных повреждений Дисалиеву К. от 8 апреля 2008 года оставить без изменения.

Таким образом, существующий в настоящее время в таком виде институт отказа от обвинения, влекущий безусловное прекращение уголовного дела или уголовного преследования, по мнению исследователей, грубо нарушает конституционные права потерпевшего на защиту нарушенных преступлением прав на доступ к правосудию и создает условия для злоупотребления со стороны недобросовестных работников прокуратуры и судей⁵⁸¹.

Прокурор представляет государство в суде, и отказ прокурора от обвинения по конкретному уголовному делу на одной из стадий уголовного процесса не может рассматриваться как вообще отказ прокуратуры от обвинения. Мнение одного прокурора не может отражать позицию всей прокуратуры и влиять на работу судебного органа.

В представленном выше примере в суде с участием присяжных заседателей возникла ситуация, когда государственный обвинитель отказался от обвинения, а потерпевшая сторона на самом деле не смогла даже внести свои возражения против этого. Судья, руководствуясь нормами УПК РК, принял решение о прекращении уголовного преследования. Как это повлияет в последующем на отношение граждан к органам уголовного преследования в лице прокуратуры и судебной власти? Присяжные заседатели считают, что их участие при решении основного вопроса о виновности в конкретном случае ничего не значит и вообще их присутствие в принципе не нужно. Некоторые укрепятся во мнении, что у присяжных в суде нет собственной, самостоятельной роли в осуществлении правосудия, в отличие от профессионального судьи.

В связи с имеющимися проблемами в законодательстве Казахстана, было бы правильным институт отказа прокурора от обвинения привести в соответствие, учитывая международный опыт уголовного судопроизводства Австрии, где конституционные основы, принципы и общие положения

⁵⁸¹Петрова Н.Е. Право граждан на участие в отправлении правосудия и проблемы организации уголовного преследования в состязательном судопроизводстве // Новый Уголовно-процессуальный кодекс России в действии: мат-лы круглого стола. 13 ноября 2003 г. – М., 2003. – С. 60., Юношев С.В. Некоторые вопросы участия потерпевшего и его представителя в суде первой инстанции // Проблемы обеспечения прав участников процесса по новому Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. – Самара, 2003. – С. 145-146., Голосова С.А. Проблема соблюдения прав потерпевшего в случае отказа прокурора от обвинения // Юрист. – 2003. – № 8. – С. 48-52.

австрийского уголовного процесса предусматривают, «если прокурор отказывается от поддержания государственного обвинения, он может (по просьбе или полномочию частного участника, потерпевшего) поддерживать обвинение в суде в качестве субсидиарного обвинителя в целях оказания помощи этому участнику»⁵⁸².

В этом случае требовалось внести дополнение в отечественное уголовно-процессуальное законодательство следующего характера, «при рассмотрении уголовного дела в суде с участием присяжных заседателей, в случае отказа государственного обвинителя от обвинения и несогласия с этим решением потерпевшей стороны, суд вправе продолжить судебное разбирательство без участия стороны обвинения, с предоставлением потерпевшему квалифицированной бесплатной юридической помощи в лице профессионального адвоката, с обязательным принятием решения присяжными заседателями относительно виновности или невиновности подсудимого».

Казахстанский законодатель учел все мнения имеющие место по этому вопросу и привел в соответствие эти нормы. «В случае полного отказа прокурора от обвинения, если от обвинения отказался и потерпевший, суд своим постановлением прекращает дело. Если же потерпевший настаивает на обвинении, суд продолжает разбирательство и разрешает дело в общем порядке. Прокурор в этом случае освобождается от дальнейшего участия в процессе, а обвинение поддерживает потерпевший лично или через представителя. По ходатайству потерпевшего ему должно быть представлено судом время для приглашения представителя. При частичном отказе прокурора и частного обвинителя от обвинения суд прекращает дело в той части обвинения, от которой отказалась сторона обвинения, дело в остальной части обвинения рассматривается в общем порядке. Если прокурор изменил обвинение и на прежнем обвинении не настаивает потерпевший, суд рассматривает дело по новому обвинению» (ч. 7 ст. 337 УПК РК).

Наша точка зрения не лишена оснований. Мировая практика свидетельствует, что подобное уже практикуется в Японии, где введение суда с участием судебных заседателей выявило разные позиции. С одной стороны, есть позиция, основанная на отрицательной оценке существующего уголовного правосудия, согласно которой участие граждан в решении вопроса о виновности или невиновности обвиняемого способно исправить обвинительный уклон судоустройства (например, устранить тенденцию упустить неполноту доказывания обвинительной стороны). С другой стороны, существует точка зрения, в соответствии с которой японское уголовное правосудие в основном хорошо функционирует. Здесь видится значение суда с участием судебных заседателей в повышении доверия к правосудию (легитимности правосудия) через отражение «чувств граждан» в содержании правосудия, прежде всего в определении меры наказания.

⁵⁸²Бутов В.Н. Уголовное судопроизводство Австрийской Республики: опыт и проблемы организации и деятельности. – Екатеринбург: Изд-во Урал. гос. экон. ун-та, 1999. – С. 16.

Природа первой позиции заключается в судебных ошибках, которые нередко придают огласке. Наоборот, в основании последней позиции лежит общее направление, состоящее в придании важнейшего значения чувству потерпевших. С 90-х гг. потерпевшие, прежде игнорированные в уголовном судопроизводстве, развернули движение за то, чтобы установить свои права. В результате в 2008 г., немного раньше, чем был введен суд с участием судебных заседателей, был введен институт участия потерпевших в отправлении правосудия. Он позволяет потерпевшим или членам семьи умершего сидеть рядом с прокурором в судебном зале, задавать подсудимому вопросы, высказывать свое мнение по поводу меры наказания. Поэтому возможность отразить «чувства граждан» в мере наказания, наверное, предполагало придание важнейшего значения чувствам потерпевших и, в конце концов, ужесточение наказания.

В то же время имеют место и опасения, что присоединение потерпевшего фактически к стороне обвинения может нарушить соотношение между сторонами обвинения и защиты, которые должны быть равны. Несмотря на то, что пока нет надежной статистики, показывающей, что судебные заседатели склонны к доброжелательному отношению к потерпевшему, данный вопрос остается проблемным⁵⁸³.

УПК РК предоставляет сторонам, в том числе государственному обвинению использовать возможности по формулированию вопросов для присяжных заседателей.

В соответствии со ст. 653 УПК РК председательствующий судья формулирует вопросы, подлежащие разрешению присяжными заседателями, стороны вправе высказать замечания по содержанию, формулировке вопросов и внести предложения о постановке новых вопросов. На время обсуждения и формулирования вопросов присяжные заседатели удаляются из зала судебного заседания.

С учетом замечаний и предложений сторон председательствующий в совещательной комнате окончательно формулирует вопросы, подлежащие разрешению судом с участием присяжных заседателей, вносит их в вопросный лист и подписывает его. Вопросный лист оглашается в присутствии присяжных заседателей и сторон.

В соответствии со ст. 654 УПК РК по каждому из деяний, в совершении которых обвиняется подсудимый, ставится три основных вопроса:

- 1) доказано ли, что деяние имело место;
- 2) доказано ли, что это деяние совершил подсудимый;
- 3) виновен ли подсудимый в совершении этого деяния.

После основного вопроса о виновности подсудимого могут ставиться частные вопросы о таких обстоятельствах, которые увеличивают или

⁵⁸³ Интервью профессора Университета Канагава Акио Коморида на конференции «Участие граждан в отправлении уголовного правосудия: новые опыты, достижения и проблемы»: 16 ноября 2012 г. международная научно-практическая конференция с участием экспертов из Кореи, России, Казахстана. Конференция организована Институтом правовых исследований Университета Канагава и Институтом правовых исследований Университета Сэншу.

уменьшают степень виновности либо изменяют ее характер, влекут за собой освобождение подсудимого от ответственности. В необходимых случаях отдельно ставятся также вопросы о степени осуществления преступного намерения, причинах, в силу которых деяние не было доведено до конца, степени и характере соучастия каждого из подсудимых в совершении преступления. Допустимы вопросы, позволяющие установить виновность подсудимого в совершении менее тяжкого преступления, если этим не нарушается его право на защиту.

У Генеральной прокуратуры Республики Казахстан есть немало резервов, которые необходимо реализовать, имеется ряд ведомственных инструкций, часть из которых утратила свою силу, в частности на начальном этапе 25 декабря 2006 года Генеральным прокурором Республики Казахстан был подписан приказ № 78 «Об организации прокурорского надзора за законностью исполнения законов о судопроизводстве с участием присяжных заседателей», которым регламентирована была деятельность прокуроров по присяжному производству. Приказ утратил свою силу приказом Генерального Прокурора Республики Казахстан от 7 февраля 2011 года № 16 Об утверждении Инструкции об организации надзора за законностью в уголовном процессе. В конечном итоге также утратил свою силу в соответствии с приказом Генерального Прокурора РК от 23 мая 2012 года № 70. Однако суть и содержание сводятся к следующим положениям.

При утверждении обвинительного заключения по делу, подсудному суду с участием присяжных заседателей, с особой тщательностью должны изучаться соответствие выводов органов предварительного расследования фактическим обстоятельствам, соблюдение уголовно-процессуальных норм при выполнении следственных действий, соответствие составленных в ходе расследования процессуальных документов требованиям УПК РК. Должны тщательно проверяться исполнение органами уголовного преследования требований ст. 634 УПК РК о разъяснении обвиняемому права на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей, а также правовых последствий удовлетворения такого ходатайства, включая особенности обжалования и рассмотрения жалоб на приговоры названных судов.

После направления в суд уголовного дела, подсудного суду с участием присяжных заседателей, должно обеспечиваться активное и объективное участие прокурора в предварительном слушании дела. Государственному обвинителю (прокурору) необходимо активно участвовать в процессе отбора кандидатов в присяжные заседатели, способствовать формированию качественного состава коллегии из числа добропорядочных, беспристрастных лиц, способных объективно оценить собранные доказательства по делу. Для этого обязательно использование закрепленного законом права задавать кандидатам вопросы, имеющие значение для формирования коллегии присяжных заседателей, а также на немотивированный отвод кандидата в присяжные заседатели.

В ходе главного судебного разбирательства прокурору следует всемерно

содействовать объективному исследованию судом обстоятельств дела, своевременно реагировать на возникающие нештатные ситуации, добиваться тщательного анализа судом вопросов допустимости собранных доказательств, строго соблюдать принцип состязательности сторон.

В ходе поддержания обвинения он должен определять свою позицию самостоятельно и строить ее только на исследованных и подтвердившихся в суде доказательствах. При изменении обвинения обосновать необходимость этого, с приведением достаточных мотивов и аргументов, указать предлагаемую квалификацию действий подсудимого и представить ее суду в письменном виде. Прокуроры несут личную ответственность за правильность занимаемой позиции в суде с участием присяжных заседателей.

Речь прокурора, с учетом особенностей прений сторон в суде с участием присяжных заседателей (ст. 651 УПК РК), должна быть мотивированной, убедительной по содержанию, логичной и ясной. Принимая во внимание исключительную важность стадии формирования вопросов, подлежащих разрешению судом с участием присяжных заседателей, прокурору приказом предписывается активно участвовать в подготовке вопросного листа. При этом обязательно внесение замечаний по содержанию и формулировке вопросов и (или) постановка перед судом новых вопросов, то есть необходимость максимально использовать предоставленные ст. 653 УПК РК полномочия с тем, чтобы установить истину по делу, подтвердить объективность и обоснованность занимаемой по делу позиции государственного обвинителя.

Однако все зависит от конкретных исполнителей, которые будут непосредственно обеспечивать исполнение положений приказа, в котором расписаны действия прокурора на всех стадиях уголовного процесса, не исключая и последующую проверку.

Будут ли ситуации с отказом от обвинения полностью или частично иметь место в суде с участием присяжных заседателей, покажет время, но существующая проблема в условиях становления суда с участием присяжных заседателей требует своего разрешения. Ее можно разрешить путем разграничения функций прокуратуры в законодательном порядке, сократив функции уголовного преследования. Актуальность этого вопроса несомненна, т.к. ранее инициированный вопрос о передаче санкционирования ареста и ряда следственных действий суду получил свое законодательное подтверждение в Законе Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан» от 21 мая 2007 года в Конституцию Республики Казахстан, принятую на республиканском референдуме 30 августа 1995 года⁵⁸⁴. В последующем это нашло свое отражение в УПК РК 1997 и 2014 годов.

Следует отметить, что проведенная предварительная организационная работа дала свои результаты. В рамках мониторинга судебных процессов с

⁵⁸⁴О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан: Закон Республики Казахстан от 21 мая 2007 г. // Каз. правда. – 2007. – 22 мая.

участием присяжных заседателей, проведенного БДИПЧ ОБСЕ в республике, наблюдателями, присутствовавшими на 28 уголовных процессах (193 заседания), установлено, что в большинстве случаев сторона обвинения была лучше подготовлена к судебным прениям. В свою очередь адвокаты демонстрировали пассивность или слабую подготовленность к судебному процессу. Отмечены отдельные нарушения в порядке предоставления подсудимому права на реплику и произнесение последнего слова⁵⁸⁵.

Не менее важным направлением подготовки прокурорских работников по участию в судопроизводстве с участием присяжных заседателей является подготовка учебно-методической литературы, посвященной проблемам судопроизводства с участием присяжных заседателей. Например, учебно-практическое пособие В.В.Мельник «Искусство защиты в суде присяжных», раскрывает вопросы: подготовки адвоката к ведению защиты в суде с участием присяжных заседателей; особенности ведения защиты на различных этапах судопроизводства с участием присяжных заседателей; судебное ораторское искусство как средство построения убедительной защитительной речи в суде с участием присяжных заседателей. К пособию прилагаются образцы убедительных защитительных речей, произнесенных выдающимися судебными ораторами в состязательных уголовных процессах⁵⁸⁶. Это своего рода настольная книга для адвокатов. Соответственно требуется литература об участии прокуроров в судебных процессах с участием присяжных заседателей, с приложением лучших обвинительных речей.

Несмотря на существенное изменение системы судопроизводства в нашем государстве, прокуратура остается ключевым органом всей системы правоохранительных органов, обеспечивающая верховенство законов, защиту прав человека и гражданина, выполняющая роль координатора действий правоохранительных органов в борьбе с преступностью, однако ее деятельность в новых условиях требует соответствующей теоретической проработки в целях формулировки законодательных положений, укрепляющих позиции государственного обвинения при производстве в суде с участием присяжных заседателей.

§ 2. Защита в суде с участием присяжных заседателей

В статье 1 Конституции провозглашено, что Республика Казахстан утверждает себя демократическим, светским, правовым и социальным государством, высшими ценностями которого являются человек, его жизнь, права и свободы. Это основополагающее положение дает направление для всех норм права, способствует развитию конституционно-правовых аспектов, направленных на обеспечение безопасности личности, гражданина и общества. Принимаемые законы должны согласовываться с основной идеей,

⁵⁸⁵Бредихина Т. Суд присяжных: первые итоги // Каз. правда. – 2008. – 20 июня.

⁵⁸⁶Мельник В.В. Искусство защиты в суде присяжных: учебно-практ. пос. – М., 2003. – 480 с.

заложенной в Конституции, и не входить в противоречие с ней. Органы, наделенные правом законодательной инициативы, должны находиться в поиске именно тех форм, которые в реалии будут продвигать государство к демократическим ценностям, делать его поистине правовым, где права и свободы человека будут защищены законом.

Деятельность государственных органов, лиц, осуществляющих защиту, до недавнего времени строилась в соответствии с законом Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности» от 5 декабря 1997 года, в котором было довольно много проблемных вопросов, требовавших разрешения в связи с появлением суда с участием присяжных заседателей. К. Халиков отмечал, что действовавший Закон об адвокатуре не отвечал требованиям: предоставленные адвокатам права и объем возложенных на них обязанностей не стимулировали активность адвокатов. Принципиально новый характер деятельности адвокатов требовал принятия закона об адвокатуре с учетом новых условий, в которых сфера деятельности адвоката существенно расширяется⁵⁸⁷. С учетом этого мнения, нами в рамках настоящего исследования проведен научный анализ состояния адвокатуры и вообще защиты в республике в условиях действия суда с участием присяжных заседателей.

5 июля 2018 года принят закон Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности и юридической помощи»⁵⁸⁸.

В суде с участием присяжных заседателей на первом этапе его становления рассматривались уголовные дела, по которым предусматривалось наказание в виде смертной казни или пожизненного лишения свободы, что служило основанием для обязательного участия защитника (ст. 71 УПК РК 1997 г.).

Защитник – лицо, осуществляющее в установленном законом порядке защиту прав и интересов подозреваемых и обвиняемых и оказывающее им юридическую помощь. В качестве защитников допускаются адвокаты, супруг (супруга), близкие родственники или законные представители профсоюзов и других общественных объединений по делам членов этих объединений (ч. 2. ст. 70 УПК РК 1997 г.).

Положения указанных норм имели прямое отношение к судопроизводству с участием присяжных заседателей, суть которого заключается в обеспечении открытости, народовластия, широкого участия граждан в отправлении правосудия и его прозрачности, обеспечении принципа равноправия и состязательности стороны обвинения и защиты.

Принцип равноправия и состязательности сторон должен был предусматривать обеспечение одинакового уровня подготовленности обвинителя в лице прокурора и защиты в лице субъектов, указанных в части 2 статьи 70 УПК РК 1997 г.. В прямой связи с этим находятся принципы

⁵⁸⁷Халиков К. С позиций защиты прав и свобод // Каз. правда. –2003. – 24 июня.

⁵⁸⁸ Закон Республики Казахстан Об адвокатской деятельности и юридической помощи (с изменениями от 21.02.2019 г.) Астана, Акorda, 5 июля 2018 года № 176-VI ЗРК

обеспечения подозреваемому, обвиняемому права на защиту и обеспечения права на квалифицированную юридическую помощь. Право подозреваемому, обвиняемому на защиту – это совокупность процессуальных прав, которые предоставлены законом обвиняемому для того, чтобы он защищался, оспаривал предъявленное ему обвинение, представлял свои доводы и доказательства в свое оправдание или смягчения своего положения. Равноправие сторон предполагает как наличие равных прав, так и равные возможности их использования, а это появится только тогда, если государственному обвинителю – профессионалу – будет противопоставлен профессионал защитник. Принцип обеспечения подозреваемому, обвиняемому права на защиту не будет считаться реализованным до тех пор, пока в судебном разбирательстве со стороны обвинения будет представлено лицо, обладающее профессиональным опытом участия в судебных заседаниях, а со стороны защиты лицо, не обладающее познаниями в области юриспруденции.

Возникал вопрос, кто будет представлять защиту? Если согласно части 2 статьи 70 УПК РК 1997 г., то защиту представлял гражданин, не обладающий юридическими знаниями.

В нормативном постановлении Верховного суда Республики Казахстан «О практике применения уголовно-процессуального законодательства, регулирующего право на защиту» от 6 декабря 2002 года № 26 в пункте 4 говорится: «исходя из пункта 3 статьи 13 Конституции Республики Казахстан, статьи 28 УПК РК 1997 г., гарантирующих каждому право на получение квалифицированной юридической помощи, в качестве защитника могут быть допущены адвокат либо лица, указанные в части 2 статьи 70 УПК 1997 г., если они обладают специальными юридическими знаниями и способны оказать квалифицированную юридическую помощь, что является важнейшей гарантией обеспечения права на защиту.

Если лицо, избранное подозреваемым, обвиняемым, подсудимым, осужденным в качестве защитника, не способно обеспечить квалифицированную юридическую помощь, органы, ведущие уголовный процесс, обязаны обсудить вопрос о привлечении в качестве защитника адвоката. В таких случаях лицо, избранное в качестве защитника, может участвовать в деле наряду с профессиональным защитником»⁵⁸⁹.

Поэтому рассмотрение уголовных дел в суде с участием присяжных заседателей должно было предусматривать обязательное участие профессиональных адвокатов, чтобы исключить обвинительный уклон в уголовном судопроизводстве. 30 декабря 2005 года был подписан Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный и Гражданский процессуальный кодексы РК по вопросам разграничения подсудности», согласно которому часть вторая статьи 70 УПК

⁵⁸⁹О практике применения уголовно-процессуального законодательства, регулирующего право на защиту: Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 6 декабря 2002 года № 6 // База данных «Юрист» Республиканского центра правовой информации Министерства юстиции РК.

РК 1997 г. была изложена в следующей редакции: «в качестве защитника участвует адвокат. Наряду с адвокатом защиту прав и интересов подозреваемых, обвиняемых, подсудимых могут осуществлять супруг (супруга), близкие родственники или законные представители подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, представители профсоюзов и других общественных объединений по делам членов этих объединений...». Но это не снимало проблему обеспечения профессиональной защиты, т.к. фактически новая редакция статьи 70 части 2 УПК РК 1997 г. носила усеченный вид, оставляя проблему в прежнем состоянии.

Эта проблема порождала сложности при осуществлении правосудия в суде с участием присяжных заседателей, деятельность которого предусматривается в условиях состязательности и равноправия сторон, что возможно при участии профессиональных юристов в лице государственного обвинения и защиты, олицетворяемой профессиональными адвокатами. От результатов деятельности этих участников процесса зависит решение, которое вынесет суд с участием присяжных заседателей. Поэтому была обозначена проблема участия защиты в суде с участием присяжных заседателей и пути ее решения.

В УПК РК 2014 года, защитник - лицо, осуществляющее в установленном законом порядке защиту прав и интересов свидетеля, имеющего право на защиту, подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, осужденного, оправданного и оказывающее им юридическую помощь при производстве по уголовному делу. В качестве защитника участвует адвокат, супруг (супруга) или близкий родственник, опекун, попечитель либо представитель организации, на попечении или иждивении которой находится подзащитный. Иностранцы адвокаты допускаются к участию в деле в качестве защитников, если это предусмотрено международным договором Республики Казахстан с соответствующим государством на взаимной основе, в порядке, определяемом законодательством (ст. 66 УПК РК 2014 г.).

В нормативном постановлении Верховного суда Республики Казахстан «О практике применения уголовно-процессуального законодательства, регулирующего право на защиту» от 6 декабря 2002 года № 26 в пункте 14 говорится: «органом, ведущим уголовный процесс, должно быть разъяснено подозреваемому, обвиняемому, подсудимому право о возможности назначения ему защитника независимо от наличия у него средств на оплату. Отказ от защитника может иметь место в любой стадии судопроизводства, но только по инициативе подозреваемого, обвиняемого, подсудимого в присутствии защитника, и он не должен быть связан с отсутствием средств для оплаты юридической помощи. При фактическом отсутствии средств для оплаты труда адвоката отказ от защитника должен быть признан вынужденным и не приниматься»⁵⁹⁰. Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты

⁵⁹⁰ О практике применения уголовно-процессуального законодательства, регулирующего право на защиту: Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 6 декабря 2002 года № 6 // База данных «Юрист» Республиканского центра правовой информации Министерства юстиции РК.

Республики Казахстан по вопросам обеспечения квалифицированной юридической помощью» предусматривает, что расходы по оплате труда адвокатов, при участии в производстве дознания, предварительного следствия и в суде, без заключения договора с клиентом, а также процессуальные издержки, связанные с участием в деле адвоката, оказывающего юридическую помощь бесплатно в качестве защитника подозреваемого, обвиняемого, подсудимого или представителя потерпевшего, относятся за счет бюджетных средств⁵⁹¹.

Закон Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности и юридической помощи» от 5 июля 2018 года, в статье 16 определяет формы юридической помощи: 1) юридическая помощь, оказываемая на возмездной основе; 2) гарантированная государством юридическая помощь; 3) комплексная социальная юридическая помощь.

Юридическая помощь, оказываемая физическим и юридическим лицам, имеющим право на ее получение на основании и в порядке, предусмотренных настоящим Законом и иными законами Республики Казахстан, на бесплатной основе, признается гарантированной государством юридической помощью (ст. 18 закона)⁵⁹².

К сожалению, даже наличие законодательной базы не может реально обеспечить участие профессиональной защиты по уголовным делам. И эта проблема имеет место не только в Казахстане, России, но и в большинстве стран мира.

Изучение уголовных дел свидетельствует, что защитники-профессионалы не принимают участия примерно в половине рассмотренных уголовных дел. Причина этого видится в отсутствии средств у достаточно значительного числа граждан. Освобождение подсудимого от оплаты труда адвоката с возложением расходов на федеральный бюджет в РФ не решает этой проблемы, так как существующий в настоящее время порядок и размер оплаты не стимулирует защитника к качественному выполнению данных поручений и оставляет его равнодушным к предполагаемому результату. Участвуя в судебном разбирательстве по таким делам, адвокат может вообще не задавать вопросы, о чем свидетельствует судебная практика⁵⁹³.

Международные стандарты, отраженные в руководящих указаниях, в целом предусматривают ключевую цель, направленную на обеспечение правовой помощи. Например, проект принципов и руководящих указаний о праве на справедливый суд и правовой помощи в Африке, принятый Главами государств на втором саммите Африканского союза, состоявшегося в Мапуту в июле 2003 года, отмечает, что государства должны обеспечить действенные

⁵⁹¹О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам обеспечения квалифицированной юридической помощью: Закон Республики Казахстан от 11 декабря 2009 года // Каз. правда. – 2009. – 23 декабря.

⁵⁹²Закон Республики Казахстан Об адвокатской деятельности и юридической помощи (с изменениями от 21.02.2019 г.) Астана, Акорда, 5 июля 2018 года № 176-VI ЗРК

⁵⁹³Даровских С.М. Принцип состязательности и равноправия сторон в уголовном процессе России: науч.-практ. пос. – Челябинск: НТЦ-НИИОГР, 2001. – С. 42.

процедуры и механизмы для эффективного и равного доступа к юристам всех лиц на их территории и в пределах их юрисдикции, вне зависимости от каких-либо признаков, в том числе без дискриминации по признаку расы, цвета кожи, этнического происхождения, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального и социального происхождения, собственности, трудоспособности, рождения, экономического или иного статуса. В нем указывается, что при оценке интересов правосудия в уголовных делах должны учитываться: тяжесть преступления; суровость возможного наказания. Когда правовая помощь оказывается по указанию судебного органа, назначенный юрист должен: 1. быть достаточно квалифицированным для защиты обвиняемого или представления интересов стороны в гражданском деле; 2. иметь навыки и опыт, соответствующие природе и сложности дела; 3. оставаться свободным от влияния со стороны Государства или судебного органа в выборе профессиональных средств и методов ведения дела.

Проект Комиссии Европейских Сообществ для принятия Рамочного Решения Совета об определенных процессуальных правах в уголовном процессе на территории Европейского Союза, принятого 28 августа 2004 года, в статье 5 проекта устанавливает, что юридическая консультация должна предоставляться подозреваемым в совершении преступлений бесплатно, если такие расходы повлекут чрезмерные финансовые трудности для подозреваемого или его иждивенцев. Государства-члены должны обеспечить наличие механизма для выяснения, располагает ли подозреваемый достаточными финансовыми средствами для оплаты юридической помощи. Статьи 1-3 закрепляют право всех подозреваемых на получение юридической консультации на любой стадии уголовного процесса.

Американская конвенция о правах человека в статье 8 устанавливает Право на справедливый суд. Каждый человек имеет право на слушание его дела с надлежащими гарантиями и в течение разумного периода времени в компетентном, независимом и беспристрастном суде, заранее созванном по закону в обоснование любого обвинения уголовного характера, выдвинутого против него или для определения его прав или обязательств гражданского, трудового, финансового или любого иного характера. Каждый обвиняемый в тяжком преступлении имеет право считаться невиновным до тех пор, пока его виновность не будет доказана согласно закону. В ходе разбирательства каждый имеет право, как минимум, на следующие гарантии на основе полного равенства:

- право обвиняемого защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника, а также свободно и конфиденциально сноситься со своим защитником;

- неотъемлемое право на помощь со стороны защитника, предоставляемого государством с оплатой или безвозмездно, в зависимости от внутреннего законодательства, если обвиняемый не защищает себя лично или не нанимает своего собственного защитника в течение периода времени,

установленного законом.

Посмотрим, как в практической деятельности претворяются Основные принципы. Приведем два примера из практики развитых стран мира и стран Центральной и Восточной Европы, которые свидетельствуют о важности отношения самого государства и гражданского общества к этой проблеме.

Юридическая помощь в Англии и Уэльсе представляет давно сложившуюся систему, первоначально введена в 1949 году. В 2003-2004 годах расходы на юридическую помощь составляли немногим менее 4 млн. евро, ежегодные расходы на душу населения – 60 евро. Уровень финансирования этого механизма – самый высокий в мире. В настоящее время юридическая помощь регулируется Законом о доступе к правосудию от 1999 года. Он стал кульминацией ряда реформ. Административные вопросы были переданы в ведение Комиссии по юридическим услугам – государственному органу, который не зависит от правительства, но члены которого назначаются министром, ответственным за данное направление. Комиссия осуществляет руководство двумя моделями: правовой помощью в гражданских делах (коммунальная юридическая служба) и уголовных делах (служба защиты по уголовным делам). Юридическую помощь в уголовных делах можно получить от дежурного солиситора (поверенного адвоката) в ходе допроса в полицейском участке, а затем в уголовном судопроизводстве. На долю юридической помощи в уголовных делах приходится основная часть бюджета юридической помощи; в 2002-2003 годах она составляла 1,1 млн. ф. ст. или 1,6 млн. евро. Почти вся юридическая помощь предоставляется через частнопрактикующих юристов, однако имел место небольшой пилотный проект с участием 8 центров государственных защитников, в которых работают привлеченные Комиссией юристы. Система юридической помощи в Англии и Уэльсе очень хорошо развита, качество услуг имеет исключительно большое значение и осознается как адвокатами, так и лицами, ответственными за модель. Юридическая помощь нуждается в государственном финансировании⁵⁹⁴.

Система правовой помощи в Голландии построена по комбинированному типу: оказанием правовой помощи занимаются как частные юристы, так и финансируемые из местного бюджета организации, называемые центрами бесплатной правовой помощи, в которых работают штатные юристы. В соответствии с Европейской конвенцией по правам человека и Конституцией Нидерландов все граждане имеют право на обращение в суд, право быть представленными в суде и право на получение бесплатной правовой помощи. С 1994 года доступ к суду для менее состоятельных граждан регулируется Актом о бесплатной правовой помощи, который после реорганизации заменил действующее законодательство по обеспечению бесплатной правовой помощи. Под эгидой Министерства юстиции были основаны и функционируют 5 региональных Советов по

⁵⁹⁴Роджер Смит. Юридическая помощь в Англии и Уэльсе. Актуальные вопросы и уроки. – Будапешт, 2005. – 253 с.

бесплатной правовой помощи, в задачи которых вошли: организация бесплатной правовой помощи, включая вопросы соответствия предложения и спроса, осуществление надзора за качеством оказываемых правовых услуг, мониторинг результатов и проведение научно-исследовательской работы. Советы по бесплатной правовой помощи также консультируют министерство и парламент по находящимся в их ведении вопросам. Общая численность населения Голландии составляет 16 млн. человек. Приблизительно 48% населения (6,1 млн. человек) имеют право на юридическую помощь. Ежегодно подается более 600 000 ходатайств о предоставлении юридической помощи. Юридическую помощь и консультации предоставляют 17 центров юридической помощи и консультаций, в которых работает 250 адвокатов, а также 8000 частных адвокатов, действующих в рамках общей схемы. Кроме того, около 100 штатных адвокатов работают в трех центрах юридической помощи и консультаций, специализирующихся на предоставлении юридической помощи лицам, претендующим на получение политического убежища. Всего в Голландии работает 11 600 частных адвокатов. Показатель «плотности адвокатов» составляет один адвокат на 1350 жителей. Общая сумма расходов на систему юридической помощи в 2001 году составляла 262 млн. евро, 40 евро на душу населения. Общие показатели по числу дел с юридической помощью следующие: 148000 – гражданские дела; 102000 – уголовные; «дежурные адвокаты» – 64000 дела и дела о получении убежища – 54000. Число консультаций, предоставленных центрами юридической помощи и консультаций: 180000 получасовых консультаций; 35000 консультаций продолжительностью до трех часов и 7500 консультаций продолжительностью свыше 3 часов⁵⁹⁵.

За первое полугодие 2005 года в Казахстане адвокатами выполнена следующая работа: дано 181 626 устных советов, из них бесплатно 106 625, составлены 46 995 документов, из них 19 948 бесплатно, осуществлена защита и представительство по 72 100 поручениям, в т.ч. по уголовным делам – 50 600 (71%), по гражданским делам – 20 400 (28%), по административным делам – 1 100 (1%). Информация о состоянии бесплатной юридической помощи в развитых странах Европы на фоне представленных данных в Казахстане более чем убедительна.

Каково состояние оказания юридической помощи населению Казахстана на современном этапе? Согласно досье на законопроект «Об адвокатской деятельности и юридической помощи», в 2018 году лицензии на занятие адвокатской деятельностью имели 12 442 гражданина Республики Казахстан. Фактически адвокатами (лицами, вступившими в коллегии адвокатов) являлись только 4 609 лиц или 37 % от общего числа получивших лицензию, что составляло 1 адвокат на 3900 человек. В Германии 1 адвокат на 500

⁵⁹⁵Франс Ом. Реформирование первичной юридической помощи в Нидерландах // Второй Европейский Форум по доступу к правосудию: мат-лы. 24-26 февраля 2005 г. – Будапешт, 2005. – 253 с.

человек, во Франции 1 адвокат примерно на 1200 человек населения⁵⁹⁶.

Данную статистику профессиональный адвокат объясняет следующим образом, действительно, в развитых странах на одного адвоката приходится в несколько раз меньше человек, то есть в этих странах адвокатов объективно больше. При этом, как видно из вышеприведенного примера количество адвокатов может также существенно различаться даже между развитыми странами западной Европы. Причина такой разницы в количестве адвокатов в разных странах кроется в одной довольно прозаичной детали. Деталь эта заключается в следующем. Возьмем для примера пару других развитых стран Европы - Италию и Нидерланды. В Нидерландах по состоянию на 2011 год было 16 275 адвокатов («advokaten») при населении около 16 млн. человек на то время, что составляет 1 адвокат на примерно 900 человек. В Италии же при населении 60 млн. жителей около 250 000 адвокатов («avvocato»), что составляет 1 адвокат уже на примерно 250 человек. То есть выходит, что в Италии адвокатов втрое больше, чем в Нидерландах, это при том, что в плане экономического развития Нидерланды с ВВП на душу населения в \$44 тыс. более успешная страна, чем Италия где ВВП на душу населения составляет около \$30 тыс. Выходит, что уровень жизни или развитости также не имеют прямую причинно-следственную связь с количеством адвокатов в той или иной стране.

Так, в чем же основная причина разного количества адвокатов в разных странах (то есть количества людей на 1 адвоката)? Все довольно просто и прозаично. В Нидерландах защитниками по уголовным делам и представителями по гражданским и любым иным делам в судах могут быть только адвокаты, то есть там, как и в любой другой развитой стране действует так называемая «адвокатская монополия» на представительство в суде. В Италии же действует полная адвокатская монополия, которая помимо представительства в суде, распространяется даже на юридические консультации. У нас же в стране пределы «адвокатской монополии» если ее можно так назвать, ограничиваются лишь защитой по уголовным и административным делам, при этом любой человек с юридическим образованием может быть представителем по гражданским делам, и даже представлять интересы потерпевшей стороны по уголовным и административным делам, не говоря уже о консультациях по юридическим вопросам.

Таким образом, разница в соотношении количества жителей на одного адвоката, объясняется разными уровнями адвокатской монополии в той или иной стране, чем меньше объем адвокатской монополии, тем меньше количество адвокатов в той стране⁵⁹⁷.

⁵⁹⁶ Досье на проект Закона Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности и юридической помощи» (июнь 2018 года) Источник: ИС Параграф WWW <http://online.zakon.kz>

⁵⁹⁷ Джаболдинов О. Адвокатов в Казахстане станет меньше. *Forbes KZ*. - 17 ноября 2017 г.

По данным Единой автоматизированной информационно-аналитической системы судебных органов Казахстана, которые приведены в одном СМИ, в районные и приравненные к ним суды Республики Казахстан в 2015 году поступило 1 182 916 заявлений и дел, 61,7% которых – гражданские, 34,1% – административные и 4,2% – уголовные, при этом более 48,8 тыс. уголовных дел были окончены судами страны в 2015 году. Таким образом, на одного адвоката в 2015 году приходилось в среднем около 11,5 уголовных и возможно чуть более 10 административных дел в год (то есть меньше двух дел в месяц), если учесть, что по административным делам, как правило, далеко не по каждому случаю привлекаются адвокаты. Гражданские дела не в счет, поскольку представителями по таким делам могут быть не только адвокаты.

Следовательно, напрашивается вывод, что вопрос нехватки адвокатов не стоит так остро на повестке дня. Тем не менее, можно согласиться, что увеличение количества адвокатов в любом случае способствовало бы улучшению качеству оказываемой адвокатами юридической помощи, а также большему вовлечению адвокатов в сферу представительства по гражданским делам.

В связи с этим логичным является положение, что «профессиональная защита по уголовным делам осуществляется только адвокатами» (ч. 4 ст. 45) Закона Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности и юридической помощи» от 5 июля 2018 года.

Данное положение в полной мере не нашло отражение в ч. 2 ст. 66 УПК РК, где говорится «В качестве защитника участвует адвокат», т.е. в данном случае ч. 2 должна быть изложена в следующей редакции «В качестве защитника по уголовным делам, профессиональную защиту осуществляет только адвокат».

С другой стороны, проблемным аспектом является в некоторых случаях формальное отношение адвокатов к выполняемой работе и неудовлетворенность качеством защиты со стороны подзащитных. Адвокаты ограничиваются лишь физическим присутствием на процессе, не оказывая никакой помощи, а процессуальные документы подписываются ими пост-фактум и только для того, чтобы выполнить необходимые формальности.

Низкое качество юридических услуг объясняется различными причинами, например:

– система назначения адвокатов *ex-officio* обычно привлекает молодых и неопытных юристов, или же тех, кто работают только в этой системе. Известные и опытные адвокаты, имеющие обширную клиентуру, и, естественно, получающие большие гонорары, обычно стараются избегать систему *ex-officio*. И хотя гонорар за предоставление услуг *ex-officio* очень низкий, тем не менее, в общей сложности эти адвокаты могут получать приличные деньги, собрав большое количество ваучеров и не проводя никакой работы;

– система не имеет никаких механизмов для контролирования адвокатов, которые участвуют в делах, где юридическое представительство обязательно

по закону;

– любой юрист, желающий предоставлять юридическую помощь, может поставить свое имя в список адвокатов *ex-officio*, не проходя никакой отборочной процедуры.

Казахстан применяет имеющиеся в мире положительные новации, направляя свои усилия на приближение нашей правовой системы к международным стандартам. Каково же состояние с бесплатной юридической помощью в Казахстане, в условиях действия суда с участием присяжных заседателей. Статья 13 Конституции Республики Казахстан гарантирует каждому гражданину право на получение квалифицированной юридической помощи. В случаях, предусмотренных законом, она оказывается бесплатно. Конституционным правом является право задержанного, арестованного, обвиняемого в совершении преступления, пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента, соответственно, задержания, ареста или предъявления обвинения (ст. 16 Конституции). Соответствующие дополнения внесены в УПК РК, но не отработан порядок привлечения адвокатов на ранних стадиях расследования и порядок оплаты их труда⁵⁹⁸. В соответствии с указанными положениями оплата труда адвокатов производится за счет государства.

По этому поводу уместно привести результаты сравнительного анализа качества работы *ex-officio* адвокатов по уголовным делам путем опроса осужденных в исправительном учреждении ЛА –155/14 Алматинской области в 2005 году в рамках проекта «Поддержка бесплатной юридической помощи в Республике Казахстан». Авторы исследования отмечают, хотя процессуальное законодательство и законодательство об адвокатуре одинаково регулируют защиту подозреваемых и обвиняемых, независимо от того, оплачивают ли они услуги адвокатов самостоятельно или это происходит за счет государственного бюджета, на практике качество работы адвокатов в обоих случаях сильно различается. Это было доказано в ходе многочисленных исследований, проведенных в странах Центральной и Восточной Европы. Приведенные выше данные имеют прямое отношение к исследуемому вопросу. Целью проведенного исследования стало не только сравнение качества работы адвокатов, оплачиваемых за счет государственного бюджета, и адвокатов, оплачиваемых самими клиентами, а также выявление основных моментов, когда подозреваемые и обвиняемые не получают доступа к квалифицированной юридической помощи. Сравнительный анализ качества работы «*ex officio*» адвокатов и адвокатов «по соглашению» проводился путем анкетирования 550 заключенных, осужденных за уголовные правонарушения и отбывающих наказание в исправительном учреждении ЛА-155/14, расположенном в Алматинской области. По состоянию на май 2004 года 550 заключенных составляли более 1% от общего числа лиц, отбывающих наказание в виде лишения свободы.

⁵⁹⁸Халиков К. С позиций защиты прав и свобод // Каз. правда. –2003. – 24 июня.

Таким образом, обеспечена достоверность репрезентативной выборки. Механические потери данных при обработке составили 9,3% (51 анкета), что не влияет на достоверность репрезентативной выборки. Анкета, состоящая из 11 вопросов, была разработана Казахстанской криминологической ассоциацией и одобрена Экспертным советом Фонда «Сорос-Казахстан».

Из 499 респондентов 60,1% прибегли к помощи адвокатов, назначенных органами следствия и оплачиваемых из государственного бюджета («ex officio» адвокаты; 300 респондентов), а 39,9% самостоятельно оплачивали труд адвокатов (адвокатов «по соглашению»; 199 респондентов). Более половины респондентов, 54,3%, воспользовавшихся услугами «ex officio» адвокатов (далее по тексту – группа «ex officio»), и 2% респондентов, воспользовавшихся услугами платных адвокатов (далее по тексту – группа «по соглашению»), сообщили, что адвокаты были рекомендованы им следователями. Следует отметить, что данное явление нарушало пункт 3 статьи 72 УПК РК 1997 г., запрещающий органу, ведущему уголовный процесс, рекомендовать в качестве защитника определенное лицо. Кроме этого, около 15% всех респондентов (19% в группе «ex officio» и 8,6% в группе «по соглашению») сообщили, что не знают или не имеют четкого представления о том, как был назначен защитник. Это может свидетельствовать о том, что органы следствия и сами адвокаты не разъясняют подзащитным процедуры назначения защитников. При этом можно предположить, что в группе «по соглашению» процедуры разъясняются подзащитным значительно чаще, чем в группе «ex officio». Данное предположение косвенно подтверждается другими данными исследования. Момент вступления адвоката в уголовное дело не является характеризующим для оценки качества работы адвоката, однако он имеет большое значение для эффективности защиты по делу в целом.

Характерной чертой для группы «ex officio» является то, что в большинстве случаев (27,3%) адвокат фактически приступает к защите интересов подзащитного на стадии судебного разбирательства. Отсутствие адвоката (или его бездействие) на стадии расследования может негативно сказаться на положении подзащитного. 46% респондентов в группе «ex officio» подтвердили, что назначенные адвокаты разъясняли им их процессуальные права. В группе «по соглашению» адвокаты разъясняли права большему числу подзащитных – 67,8%.

Аналогично с разъяснением прав подзащитных, адвокаты из группы «по соглашению» почти вдвое чаще согласовывали свои действия с подзащитными: 67,8% в группе «по соглашению» и только 34,3% в группе «ex officio».

Адвокаты из группы «по соглашению» проявили больше активности на стадии следствия, чаще участвуя в процессуальных действиях. 46,2% респондентов в группе «по соглашению» указали, что их адвокаты «часто» присутствовали при осуществлении следственных действий, в то время как в группе «ex officio» это отметили только 15,6% респондентов, что почти на треть меньше.

Интересным фактом является то, что процент респондентов, оценивших работу адвокатов как «отлично», в группе «ex officio» больше, чем в группе «по соглашению» (7,6% и 4,5%, соответственно). По мнению специалистов, проводивших исследование, это может быть результатом того, что у респондентов группы «ex officio» были изначально заниженные ожидания в отношении качества работы «бесплатных» адвокатов «ex officio».

Представления респондентов о некоторых недостатках адвокатов значительно различаются в зависимости от группы. Так, в частности, в группе «ex officio» большинство респондентов отметило отсутствие заинтересованности в защите интересов клиента как наиболее распространенный недостаток «ex officio» адвокатов (в 48% случаев). Это можно объяснить тем, что «ex officio» адвокаты оплачиваются государством по ставкам ниже рыночных и подзащитные могут думать, что они менее мотивированы защищать их интересы. Для сравнения, в группе «по соглашению», где адвокаты оплачиваются подзащитными, этот факт отмечался почти в 2 раза реже, только в 24,6% случаев. Озабоченность вызывает тот факт, что респонденты из группы «по соглашению» чаще по сравнению с группой «ex officio» отмечали недостатки адвокатов как недостаточная активность и недостаточный контакт с подзащитными. Это не соответствует предположению о том, что более высокая оплата и выбор адвокатов «по соглашению» обеспечивает должный уровень адвокатских услуг.

Оценивая конкретные недостатки адвокатов, респонденты из обеих групп сошлись во мнениях по таким позициям, как уровень знания законодательства, поведение адвокатов, правильность выбора тактики защиты. Для целей данного исследования это позволяет прийти к выводу, что адвокаты «ex officio» и адвокаты «по соглашению» имеют приблизительно одинаковый уровень профессиональной подготовки.

Можно сделать вывод, что существует значительная разница в качестве работы адвокатов «ex officio» и адвокатов «по соглашению», и оплата является ключевым фактором, определяющим качество работы адвокатов. Однако при этом следует отметить, что, как демонстрируют жалобы осужденных из группы «по соглашению» на недостаточную активность и недостаточный контакт, более высокая оплата труда адвокатов не является гарантом качества⁵⁹⁹.

«Ex officio» подверглось критике при обсуждении проекта закона «Об адвокатской деятельности и юридической помощи», так в разделе б) Гарантированная государством юридическая помощь, говорится, что в рамках Концепции правовой политики устанавливается приоритет совершенствования системы предоставления юридической помощи, прежде всего, в отношении лиц с низким уровнем доходов. В целях совершенствования существующего механизма предоставления

⁵⁹⁹Сравнительный анализ качества работы ex officio адвокатов по уголовным делам путем опроса осужденных в исправительном учреждении ЛА-155/14 Алматинской области. В рамках проекта «Поддержка бесплатной юридической помощи в Республике Казахстан». – Алматы, 2005. – 112 с.

гарантированной государством юридической помощи предлагалось перейти от модели правовой помощи «ex officio» к смешанной, предполагающей не только введение института pro bono, но и возможность возмещения затрат, понесенных в связи с оказанием гарантированной государством юридической помощи. Похожая модель предоставления юридической помощи действует в Германии, где сумма, выплачиваемая адвокату при предоставлении юридической помощи, регулируется в установленной законом таблице сборов и является значительно ниже, чем обычно адвокат может требовать в соответствии с обычной таблицей оплаты от клиента. Так, на сегодняшний день клиент должен оплатить услуги адвоката в сумме равной 15 евро⁶⁰⁰. Однако если юридические услуги привели к положительному результату, выразившемуся в улучшении финансового состояния (выплата долга, выплата компенсации), юрист может обратиться в местный суд для получения согласованной заранее оплаты.

Предлагалось законодательно предусмотреть возможность возврата средств, потраченных на оказание гарантированной государством юридической помощи в случае, если в течение установленного срока финансовое положение лица, которому такая помощь была оказана, улучшилось. Данную меру предлагалось ввести в действие с 1 января 2020 г. с учетом введения в действие Закона Республики Казахстан от 18 ноября 2015 года «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам декларирования доходов и имущества физических лиц».

Существующая модель оказания юридической помощи «ex officio» преимущественно распространена в странах Восточной Европы и бывшего СССР и не в полной мере соответствует реалиям социально-экономического развития нашего государства.

Смешанная модель - представляет собой такую систему, которая сочетает в себе элементы двух моделей: предоставление бесплатной юридической помощи осуществляется через независимую государственную организацию - бюро, советы, службы, центры и т.п. (т.е. модель публичного защитника) с привлечением частнопрактикующих адвокатов на основе заключенного с ними договора по отдельным делам (т.е. контрактная модель), а также с использованием других моделей (юридических клиник, модели «pro bono» (т.е. безвозмездное предоставление юридической помощи), пара-юристов и других разновидностей моделей).

«Pro bono» происходит от латинской фразы «pro bono publico», что означает «для общественного блага». В юридическом контексте это обычно означает предоставление юридических услуг на бесплатной или значительно уменьшенной платной основе без ожидания коммерческой прибыли.

Согласно анализу 2016 года среди юридических фирм 75 стран, проведенному медиа компанией Томсон Рейтер, основной целью участия

⁶⁰⁰http://www.bmjv.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Beratungs_PKH_engl.pdf?__blob=publicationFile&v=5

юридических компаний в деятельности pro bono явилось социальная поддержка (95,5%), в то же время 58,8% определил, что обучение и повышение квалификации их персонала является ключевым фактором участия.

Самой распространенной сферой оказания помощи является обеспечение доступа к правосудию (68%). Основными получателями помощи pro bono являются благотворительные организации и некоммерческие организации (89%), общественные организации (74%), нуждающиеся лица (73%).

В иностранной доктрине в сфере предоставления юридической помощи выделяют 2 концепции «во благо общества»: prodeo и pro bono. Основное различие между двумя концепциями состоит в том, что в случае prodeo судебные издержки, оплату услуг адвоката частично или полностью берет на себя государство (state subsidized legal aid), в случае pro bono юридическая помощь оказывается адвокатами или юридическими фирмами на бесплатной основе⁶⁰¹.

Международные стандарты обязывают государство обеспечить квалифицированную, компетентную и эффективную защиту подсудимому. Факт назначения бесплатного адвоката подсудимому недостаточен. Государственные органы (судьи или прокуроры) обязаны предпринять соответствующие меры в случае, если адвокат не обеспечивает надлежащую защиту. При этом если такое поведение адвоката отмечено судом, то право на квалифицированного, компетентного и эффективного защитника в некоторых случаях может считаться нарушенным. Особенно это актуально для защитников «по назначению».

Результаты мониторинга судебных разбирательств в 2005-2006 годах свидетельствуют, что формально адвокаты часто принимали участие в судебных разбирательствах и право на защиту обеспечивалось. Однако иногда адвокаты отсутствовали в процессах, по которым их участие обязательно. Адвокаты отсутствовали в 75 судебных заседаниях. 53 заседания были пропущены адвокатами на этапах последнего слова подсудимого и оглашения приговора. В 10 случаях адвокаты отсутствовали в нарушение ст. 71 УПК РК 1997 г.; в шести случаях подсудимые осуществляли свою защиту самостоятельно, поскольку рассматривались дела частного обвинения; в пяти случаях адвокаты не явились ввиду их занятости на другом заседании, а на одном заседании адвокат отсутствовал, начиная с подготовительной части судебного разбирательства. Наблюдатели выявили случаи, когда при заявлении подсудимым ходатайства об отказе от адвоката в связи с недостаточностью качества предоставляемой им правовой защиты судьи продолжали рассмотрение дела в отсутствие защитника, не обеспечив адвоката подсудимому. На 119 судебных заседаниях (18,2%) наблюдатели зафиксировали, что защитники демонстрировали недостаточно высокий уровень квалификации или низкий уровень подготовки к защите своих

⁶⁰¹ Досье на проект Закона Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности и юридической помощи» (июнь 2018 года) Источник: ИС Параграф WWW <http://online.zakon.kz>

доверителей. В 196 случаях (29,9%) отчеты наблюдателей свидетельствовали о том, что адвокаты были лишены возможности исполнять свои обязанности, находясь в зале суда на достаточно большом расстоянии от подзащитных, что препятствовало консультированию последних в ходе судебного слушания⁶⁰².

Изложенное характеризует состояние защиты в Казахстане. Мнение практикующих юристов по этому вопросу немаловажно, т.к. оно отражает реальную картину, когда значительная часть населения Казахстана вообще лишена доступа к юридической помощи, как платной, так и бесплатной, из-за нехватки адвокатских учреждений.

Заведующая городской консультацией Алматинской городской коллегии адвокатов констатировала, что в Казахстане выдано 5000 лицензий на право заниматься адвокатской деятельностью, по ее расчетам, 2800 адвокатов на 15 миллионов населения по состоянию на 2004 год. Остальные 2200 лицензий лежат мертвым грузом у граждан, на перспективу применения их в будущем⁶⁰³.

Официальная статистика на 2005 год свидетельствовала, в соответствии со статьей 9 Закона Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности», Министерством юстиции выдано 6880 лицензий, из них 606 – в 2005 году. Из общего числа лиц, получивших лицензии в 2005 году, в коллегия адвокатов вступил 141 человек. Общее число адвокатов составляет 3199 человек, или 46% от общего числа лицензиатов, 2014 адвокатов работают в юридических консультациях, в т.ч. в сельской местности – 534. 457 адвокатов числятся в адвокатских конторах, из них 24 в сельской местности. 615 адвокатов, 56 из них сельских, осуществляют деятельность индивидуально без регистрации юридического лица. Всего в сельской местности работают 614 адвокатов. В республике зарегистрировано 196 юридических консультаций, из них 46 обслуживаются одним адвокатом. Действуют 192 адвокатские конторы⁶⁰⁴.

В Казахстане сложилась тревожная ситуация с обеспечением правосудия, именно в той части, которая относится к защите законных интересов граждан в суде. Согласно статистике, в Казахстане один адвокат приходится на 6 тысяч населения. В России на три тысячи – один адвокат, в США один адвокат обслуживает 300 человек. В Карагандинской области есть районы, где вообще нет ни одного адвоката: Жезды, Торкау, Улытау, г. Приозерск. Согласно принятой практике должно быть не менее двух адвокатов на одного судью. Иначе, о каком правосудии можно говорить? Ситуация с обеспечением квалифицированной защиты из года в год остается в прежнем состоянии, не имея динамики к улучшению.

⁶⁰²Результаты мониторинга судебных разбирательств в Республике Казахстан 2005-2006 г.г.: отчет. – Алматы, 2007. – С. 11.

⁶⁰³Байгазина Г.Б. Адвокат в суде присяжных в Республике Казахстан: необходимость совершенствования законодательства о статусе адвоката в уголовном состязательном процессе // Судопроизводство с участием присяжных и перспективы его введения в РК: мат-лы круглого стола. 27-28 сентября 2004 г. – Астана, 2004. – С. 171-173.

⁶⁰⁴Кожамжаров Т. Передача квалификационных экзаменов коллегиям адвокатов является неприемлемой // Каз. правда. –2006. – 3 марта.

Р.Т. Тусупбеков отмечал, что актуальной на сегодняшний день является проблема доступа к профессии адвоката. По состоянию на октябрь 2009 года лицензии на право осуществления адвокатской деятельности имели 9 179 граждан РК. Фактически адвокатами являются только 3 795 лиц, или 41%. Для получения статуса адвоката, помимо наличия лицензии, действующим законодательством требуется членство в коллегии адвокатов, вступительный взнос в которую в различных регионах колеблется от 116 до 518 тыс. тенге. Прохождение обязательной стажировки оплачивается от 60 до 194 тыс. тенге. Таким образом, еще до начала своей профессиональной деятельности кандидат на получение статуса адвоката должен оплатить в среднем 700 тыс. тенге. Указанные обстоятельства делают профессию адвоката для юристов недоступной, что является одной из причин нехватки кадров⁶⁰⁵.

Профессиональные адвокаты выход из ситуации видят в обращении к историческому опыту. В России с 1864 по 1917 годы существовал институт присяжных поверенных. Присяжный поверенный – это не что иное, как адвокат на государственной службе при окружном суде или при судебной палате. На Карагандинскую область с учетом Жезказганского региона и городов спутников необходимо не менее 55-60 государственных адвокатов. Только с введением института присяжных поверенных будет обеспечена непрерывность защиты во время следствия и суда, что является непреложным условием для обеспечения правосудия при равной состязательности сторон⁶⁰⁶. Такое положение дел не только в Карагандинской области, но и во многих областях республики, где имеются депрессивные регионы. По мнению профессионального защитника, «развитию адвокатуры в уголовных судах послужит участие присяжных и судопроизводство при господстве принципов гласности, состязательности и подлинного равноправия сторон»⁶⁰⁷. Вице-президент Союза адвокатов Казахстана Т.З. Бердимбетов, анализируя роль адвокатов в уголовном процессе с участием присяжных заседателей, выражал беспокойство состоянием отечественной адвокатуры, связанным с общим снижением профессионального уровня адвокатов. По его мнению, введение суда присяжных в конечном счете приведет к развитию адвокатуры, т.к. в суде присяжных состязательность процесса проявляется наиболее полно. Автор считает необходимым предоставить адвокату право вести свое параллельное расследование, иметь право допрашивать свидетелей, проводить определенные эксперименты, в случае необходимости представлять доказательства в суде на равных со стороной обвинения⁶⁰⁸.

Данная точка зрения согласуется с выводом, что «в законе о суде присяжных акцент следовало сместить в сторону расширения полномочий

⁶⁰⁵Тусупбеков Р.Т. На защите конституционных прав // Каз. правда. 2009. – 20 октября.

⁶⁰⁶Каирбеков М. Просим защиты: интервью с председателем Президиума Карагандинской областной коллегии адвокатов Э.Асубаевым // Юрид. газета. – 2005. – 17 февраля.

⁶⁰⁷Слямова К. Еще раз о статусе // Юрид. газета. – 2005. – 17 февраля.

⁶⁰⁸Бердимбетов Т.З. Роль адвоката в уголовном процессе с участием присяжных заседателей // Законодательные основы введения института присяжных заседателей в Республике Казахстан: сб. мат-лов междунар. науч.-практ. конф. – Астана, 2007. – С. 115-116.

защиты и обвинения, уравнивая их в правах и обязанностях, а главное – предоставляя защитнику право собирать доказательства на стадии предварительного следствия. Только в этом случае присяжным заседателям будет что по-настоящему оценивать. Это является проблемным моментом, а его недооценка может привести к тому, что в итоге провозглашенный в УПК РК принцип осуществления судопроизводства на основе состязательности и равноправия сторон останется просто декларацией. Широта полномочий защитника или государственного обвинителя вовсе не гарантирует их процессуальную активность, умение импровизировать и мгновенно реагировать на изменившуюся ситуацию»⁶⁰⁹. Надо признать, что дискутируемые вопросы по расширению полномочий защиты по сбору доказательств нашли свое отражение в новом законе «Об адвокатской деятельности и юридической помощи» (ст. 33 закона).

Российские исследователи ставят проблему шире. Л.С. Ярцева, исследовавшая деятельность адвоката-защитника по делам, рассматриваемым в суде с участием присяжных заседателей, акцентирует внимание на проблемах переосмысления процессуального положения, содержания и форм деятельности адвоката – защитника в судопроизводстве с участием присяжных заседателей; достаточности законодательного закрепленного перечня процессуальных прав адвоката – защитника на стадии предварительного следствия, предварительного слушания, подготовительной части судебного заседания для обеспечения его эффективной деятельности в суде с участием присяжных заседателей.

Автор, подробно рассматривая вопросы процессуального положения адвоката – защитника в суде присяжных по российскому уголовно-процессуальному законодательству, констатирует, что УПК не дает прямого ответа на вопрос о процессуальном положении защитника в уголовном судопроизводстве с участием присяжных заседателей. На основе анализа существующих в юридической науке мнений о процессуальном положении защитника автор делает вывод, что защитник в уголовном судопроизводстве выступает в роли представителя обвиняемого (подсудимого), но вместе с тем обладает значительной степенью самостоятельности. Однако степень самостоятельности защитника обусловлена интересами, как самого подзащитного, так и публичными интересами и имеет собственные пределы. Автор аргументирует, что:

1. Признание обвиняемым (подсудимым) своей вины не должно носить для защитника обязательного характера не только если у защитника есть основания полагать, что со стороны его подзащитного имеет место самооговор, но и в случае отсутствия в материалах уголовного дела достаточной для обвинения доказательственной базы.

2. Желание обвиняемого (подсудимого), чтобы защита осуществлялась незаконными или безнравственными способами, не означает, что защитник должен исполнять такие пожелания подзащитного, поскольку защитник

⁶⁰⁹Нам Т. Услышат ли адвоката присяжные? // Юрид. газета. – 2005. – 18 февраля.

свободен в выборе средств и способов защиты и не должен осуществлять защиту, пользуясь только теми средствами и способами, которые не запрещены законом (п. 11. ч. 1 ст. 53 УПК РФ).

3. Непризнание обвиняемым (подсудимым) своей вины не означает, что защитник должен безоговорочно следовать за обвиняемым (подсудимым) в отрицании его виновности, при наличии убедительных данных о доказанности таковой. В этом случае в качестве способа устранения коллизии между позициями адвоката-защитника и его подзащитного возможно использование адвокатом-защитником альтернативной позиции, которая допустима в случаях, когда собранная по делу доказательственная база стороны обвинения бесспорна и аргументы, которыми располагает защита, не убедительны.

Использование альтернативной позиции защитником должно осуществляться в скрытой форме, т.е. когда защитник, не присоединяясь к утверждениям подсудимого и не оспаривая их, обращает внимание суда на то, что показания подсудимого, отрицающего вину, являются равноправным источником доказательств, и приводит все возникшие сомнения в отношении достаточности собранной совокупности обвинительных доказательств для признания виновности⁶¹⁰. Своими выводами автор логично разрушила устоявшиеся стереотипы, что защитник должен строго придерживаться позиции своего подзащитного, независимо от объективно складывающейся ситуации. Такая точка зрения по участию защиты в суде с участием присяжных заседателей является не единственной. А.А. Клишин считает, что в суде присяжных, судья должен обеспечивать, чтобы стороны не выходили за рамки закона, присяжные четко уяснили свои права и обязанности. Если адвокат в ходе процесса утверждает, что любое сомнение толкуется в пользу подсудимого, судья обязан поправить его, а именно: пояснить присяжным, что не всякое сомнение может быть истолковано в пользу подсудимого, только неустранимое сомнение. Разница существенная. Но замечание должно быть сделано тактично, чтобы не создалось впечатление, что оно умаляет профессиональные достоинства защитника⁶¹¹. Следует согласиться с выдвинутыми доводами о формировании тактики профессиональной защиты в лице профессионалов адвокатов, которая должна строиться на интересах всех членов общества. Казахской адвокатуры следовало бы обратить внимание на изложенные аргументы при формировании тактики защиты в суде с участием присяжных заседателей.

К сожалению, сложившаяся ситуация с защитой свидетельствует, что «в Казахстане можно ожидать расцвета адвокатуры при введении суда присяжных заседателей. Только теперь пыл адвокатов будет направлен

⁶¹⁰О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам обеспечения квалифицированной юридической помощью: Закон Республики Казахстан от 11 декабря 2009 года // Каз. правда. – 2009. – 23 декабря.

⁶¹¹Клишин А.А. К вопросу о судах присяжных в Российской Федерации // Законодательные основы введения института присяжных заседателей в Республике Казахстан: Сб. мат-лов междунар. науч.-практ. конф. – Астана, 2007. – С. 120.

именно на тех, от кого, по сути, будет зависеть судьба их подзащитного, – на присяжных»⁶¹². Такая тактика осуществления защиты в суде с участием присяжных заседателей имела место по уголовному делу в отношении М. в совершении преступления, предусмотренного ст. 24 ч. 3, 96 ч. 2 п. «н» УК РК 1997 г., оправданного судом с участием присяжных заседателей в г. Астане 8 апреля 2008 года. Протокол судебного заседания констатирует, что в ходе судебного разбирательства адвокаты защиты неоднократно ссылались на обстоятельства дела, которые не должны были исследоваться в присутствии присяжных заседателей, исходя из предусмотренных законом полномочий присяжных, и, несмотря на то что заявленное ходатайство защиты о признании недопустимыми доказательствами уже было отклонено, повторно заявляли аналогичное ходатайство о признании его недопустимыми. После исследования ряда доказательств сторона защиты в присутствии присяжных заседателей продолжает заявлять о недозволённых методах на предварительном следствии, вновь в очередной раз заявляет ходатайство об исключении видеозаписи и протокола следственного действия из числа доказательств. Председательствующий не реагирует на эти обстоятельства, не делает замечаний по поводу недопустимых высказываний защиты.

Вопреки ст. 563 УПК РК 1997 г. о том, что в прениях стороны не могут упоминать обстоятельства, не подлежащие рассмотрению судом с участием присяжных заседателей, и ссылаться на доказательства, не исследованные в судебном заседании, адвокаты защиты в судебных прениях неоднократно указывали о недопустимости всех представленных стороной обвинения доказательств, о незаконности проведения следственных действий, об их мнимости, ложности, систематически обращались к присяжным заседателям с утверждениями о фальсификации, подделках представленных стороной обвинения доказательств, о незаконных методах ведения следствия путем запугивания свидетелей, искусственном создании доказательств. Фактически речь защитников в прениях была изложена таким образом, что поставила под сомнение процессуальную деятельность органов предварительного следствия по делу, что вызвало обоснованное замечание государственного обвинителя по поводу оскорблений в адрес прокуратуры. Однако председательствующий, вопреки требованиям ст. 563 УПК РК 1997 г., не останавливал защитников, не реагировал на допущенные стороной защиты нарушения закона в искажении исследованных с участием присяжных заседателей доказательств и не разъяснил присяжным заседателям, что они не должны учитывать данные обстоятельства при вынесении приговора.

Коллегия по уголовным делам Верховного Суда РК в г. Астане в судебном заседании от 27 мая 2008 года, рассмотрев уголовное дело М., поступившее по апелляционным жалобам представителей потерпевших и протесту прокурора, признала обоснованными доводы протеста. Судья, достоверно зная, что ходатайства защиты о недопустимости ряда

⁶¹²Мурзалинова С. Конкурент или коллега? // Юрид. газета. – 2005. – 18 февраля.

доказательств были отклонены судом, следственные действия признаны допустимыми, в обращении не акцентировал внимания присяжных, что доводы защиты ранее признаны несостоятельными, а доказательства допустимыми. У присяжных заседателей, как правильно указано в протесте, с подачи председательствующего сформировано ложное мнение о недопустимости доказательств, которые были основными доказательствами вины М., и тем самым суд ограничил право прокурора на предоставление доказательств⁶¹³.

Указанный пример позволяет определить приоритетные направления осуществления защиты в суде с участием присяжных заседателей, которые заключаются в следующем:

- обеспечить реальное равенство прав защиты и обвинения на стадии предварительного расследования;

- определить процессуально в законе процедуру фиксации доказательств, собранных адвокатом;

- предусмотреть ответственность субъектов, не исполняющих запросы, направленные защитой, по предоставлению требуемых документов и сведений;

- обеспечить процессуальное оформление разъяснения следователем обвиняемому в присутствии адвоката права на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей;

- вопрос о признании доказательств недопустимыми в суде с участием присяжных заседателей должен быть разрешен в предварительном слушании, при участии прокурора, адвоката и других заинтересованных участников;

- расширить процессуальные возможности адвоката в ходе всего уголовного судопроизводства, предусмотрев гарантии их применения и механизм процессуального оформления.

Ситуация требует обратить внимание на важность конституционных положений о защите прав и свобод граждан, и с учетом положений статьи 75 ч. 2 Конституции Республики Казахстан поднять проблемы, стоящие перед судом с участием присяжных заседателей, которые требуют безотлагательного решения. Все изложенное имеет значение и для других институтов права. В контексте вышеприведенных мнений на проблемы защиты интересен пример участия адвокатов в суде присяжных в Российской Федерации, отражающий, возможно, ситуацию в целом. Л. Дальская, член Московской областной коллегии адвокатов в интервью еженедельника «Совершенно секретно» рассказывает: «Существует заблуждение, что суд присяжных – это одни эмоции, красноречивый адвокат может разжалобить присяжных, и те вынесут оправдательный вердикт. Если доказательная база основательная – есть свидетели, отпечатки пальцев на орудии убийства и т.д. – и все это в совокупности подтверждает виновность подсудимого, то присяжные, скорее всего, вынесут обвинительный вердикт. Я часто не

⁶¹³Постановление №2а-153-08 коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Казахстан по уголовному делу М. А. – Архив Верховного Суда Республики Казахстан.

советую своим подзащитным выходить на суд присяжных, но «советчики» в камере подталкивают на неверный шаг. Вот тут для адвоката наступает сложный момент, надо искать какие-то варианты защиты, а их, увы, нет. Но если есть хоть какая-то зацепка...

Одного из моих подзащитных обвиняли в убийстве владельца иномарки с целью завладения автомобилем. По версии следствия, убийство произошло в автомобиле, где пострадавший и оставался до момента его обнаружения. Подсудимый, сидя на переднем пассажирском кресле, заблокировал двери, а затем нанес пострадавшему два удара ножом – в грудь и в яремную вену. Тот скончался от кровопотери. Мне удалось доказать присяжным, что эта картина убийства не верна. Подзащитный не мог заблокировать двери – кнопка блокировки находится под рукой у водителя, а тот мужчина крупный, да и одет был в толстую куртку, так что через него дотянуться до кнопки с пассажирского сиденья невозможно. Если пострадавший умер от кровопотери, то он должен был потерять 2-3 литра крови, а в машине обнаружили только несколько небольших пятен. Возможно, мой подзащитный и мог убить этого человека, но не в тех обстоятельствах, которые предлагало обвинение. Присяжные, оценив представленные мною доказательства, вынесли вердикт: «Не виновен».

После оглашения вердикта была ужасная сцена. У жены убитого, которая осталась с двумя детьми, началась истерика. По-человечески мне ее было жалко. Но, как профессионал, я должна была предоставить присяжным свои доказательства, а уж им решать. Не смогло следствие собрать неопровержимые доказательства – получайте оправдательный вердикт»⁶¹⁴.

Приведенный пример, объемный и достаточно циничный по содержанию, убедительно демонстрирует несовершенство законов и неотработанность механизма работы нового института, слабость предварительного следствия и непрофессионализм обвинения.

Хуже того, адвокат в указанном примере говорит о том, что «часто не советую своим подзащитным выходить на суд присяжных, но «советчики» в камере подталкивают на неверный шаг. Вот тут для адвоката наступает сложный момент, надо искать какие-то варианты защиты, а их, увы, нет». Л.С. Ярцева в рамках диссертационного исследования обращает внимание, что обвиняемый принимает решение о выборе формы судопроизводства, не имея полного представления об указанной форме судопроизводства по причине ненадлежащего исполнения следователем обязанности, закрепленной в ст. 217 УПК РФ. Нередко причиной этого является и целенаправленное непредоставление адвокатом-защитником своему подзащитному полной информации о суде присяжных для того, чтобы склонить обвиняемого к отказу от указанной формы судопроизводства, избежав тем самым сложной процедуры рассмотрения уголовного дела⁶¹⁵.

Чтобы не допустить такой тенденции в судебной практике Казахстана,

⁶¹⁴Козлов А. Секреты правосудия // Совершенно секретно. – 2004. – № 4 (179) апрель. – 17 с.

⁶¹⁵Ярцева Л.С. Деятельность адвоката – защитника по делам, рассматриваемым в суде с участием присяжных заседателей: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – Томск, 2005. – С. 20.

когда суд с участием присяжных заседателей будет действовать в широких пределах, рассматривая большой объем подсудных ему уголовных дел, надо сейчас подвергнуть комплексной ревизии все аспекты, влияющие на его деятельность. К ним относятся состязательность и равноправие процесса, улучшение качества предварительного следствия, профессионализм и компетентность прокуратуры, объективность, порядочность и честность адвокатов. Е.В. Васьковский писал: «На адвокате лежит высокая миссия... выполняя такую миссию, адвокат является защитником не только частных интересов отдельного лица, но и интересов всего общества... Если правая сторона проигрывает дело только потому, что противник более сведущ в законах и более опытен в ведении дела, то каждому из членов общества грозит опасность попасть при случае в такое же положение, и все общество не может не испытывать чувства необеспеченности своих прав... Адвокат защищает индивидуальные права частного лица ввиду и во имя общественного блага»⁶¹⁶.

Обратите насколько актуальны эти слова для суда присяжных. История суда присяжных Японии свидетельствует о роли адвокатуры в становлении этого института.

После второй мировой войны Япония была единственной страной, где не было никакой системы участия граждан в отправлении правосудия. Однако ни суда присяжных, ни суда шеффенского типа не принимали потому, что разногласия среди самих японцев были большими, а представители Верховного командования союзными войсками (американцы) не настаивали на введении их системы, т.е. суда присяжных. В результате Закон о судах 1947 г. только предусматривал, что положения этого закона не мешают установлению суда присяжных другим законом.

Но существовали сторонники, в частности, среди адвокатов, введения суда присяжных. Поводом для этого было состояние японского уголовного правосудия, имевшего серьезные проблемы, а именно при задержании подозреваемого полиция полномочна в течение 48 часов принять решение о том, освободить его или передать прокурору. Прокурор, в свою очередь, в течение 24 часов должен решить, освободить его или ходатайствовать перед судом о заключении под стражу, которое составляет 10 дней. Этот срок может быть продлен еще на 10 дней. В течение максимум 20 дней прокурор либо предъявляет обвинение, либо освобождает задержанного. Он может не предъявлять обвинение даже в случае, когда для этого имеются достаточные основания, учитывая личность, возраст, жизненные обстоятельства, поведение после совершения преступления (раскаяние, примирение с потерпевшим) подозреваемого, а также тяжесть преступного деяния (так называемый принцип оппортунизма).

В японском уголовном правосудии господствует тенденция, которая придает большое значение, прежде всего получению признания

⁶¹⁶Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. – М., 1914. – С. 117-118.

подозреваемого и высоко оценивает факт искреннего раскаяния. В связи с этим на практике подозреваемый не может быть освобожден от содержания под стражей, пока он не признается. И после передачи дела суду подсудимый, не признавший своей вины, обычно остается под стражей в связи с тем, что он может «замести» следы преступления. Такая практика называется «правосудием с заложником». Подозреваемый является заложником потому, что дознание проводится при закрытых дверях максимум 23 дня без участия защитника. Бывают такие случаи, когда невиновный подозреваемый признает свою вину только для того, чтобы быть освобожденным. Он надеется на то, что в судебном заседании его невиновность обязательно будет доказана.

Несмотря на провозглашение принципов непосредственности и устности, японское уголовное судопроизводство признает допустимость протоколов, составленных на досудебной стадии, как доказательство. Поэтому судья формирует свое представление о виновности или невиновности подсудимого не в зале судебного заседания, а в кабинете или даже дома, читая огромное количество протоколов. Это называется «зависимым от протоколов правосудием». В связи с практикой прокурорского усмотрения в предъявлении обвинения государственные обвинители передают в суд только те дела, в которых вероятность обвинительного приговора, по их мнению, очень высока. Таким образом, формируется практическая «презумпция виновности», вследствие чего судьи зачастую принимают позицию обвинения по делу. Бывший судья пишет, что судьи склонны осторожно относиться к вынесению оправдательного приговора, боясь негативной оценки со стороны части средств массовой информации. Этот факт, по его мнению, является одной из причин того, что не функционирует железный принцип: неустранимые сомнения в виновности лица толкуются в пользу обвиняемого. В результате доля обвинительных приговоров составляет более 99%. При подобной практике могут скрываться серьезные судебные ошибки. Именно для того, чтобы преодолеть такое искажение в уголовном правосудии, введен суд присяжных.

Только с 1983 по 1989 гг. четыре осужденных к смертной казни были оправданы в порядке пересмотра вступившего в силу приговора ввиду вновь открывшихся обстоятельств (на их счастье, смертные приговоры еще не были исполнены). В 2010 г. два осужденных за убийство малолетней девочки были оправданы в том же порядке после 17-летнего отбывания наказания в виде лишения свободы.

В течение примерно двух с половиной лет вынесены приговоры в отношении 2949 подсудимых. Из них полностью оправдательные 11 приговоров: 5 - по делам о нарушении правил о наркотических средствах, 2 - по делам об убийстве, 2 - по делам о причинении вреда здоровью, повлекшего смерть, 1 - по делу о разбое, причинившем смерть, и 1 - по делу о разбое, причинившем вред здоровью. Оправдательные приговоры составляют 0,4% всех приговоров в суде с участием судебных заседателей.

Это выше, чем среднее число в местных судах за последние 10 лет (0,1%), тем не менее, число ничтожное. Хотя доля оправдательных приговоров очень мала, отмечается, что судебные заседатели оказываются верными принципу: неустранимые сомнения в виновности толкуются в пользу обвиняемого. 32% приговоров обжаловано. Относительно поводов обжалования никакого ограничения нет. Хотя имеется точка зрения, согласно которой оправдательный приговор суда с участием судебных заседателей должен быть максимально уважаем, уже есть приговоры в апелляционной инстанции, отменившие оправдательные приговоры суда первой инстанции. До конца 2011 г. из 712 лиц, дела которых были рассмотрены в апелляционной инстанции, относительно 55 лиц приговоры первой инстанции были отменены, включая обвинительные приговоры. Но в феврале 2012 г. Верховный суд Японии отменил приговор апелляционной инстанции, которым был отменен оправдательный приговор суда первой инстанции в деле по обвинению подсудимого в контрабанде возбуждающего средства. Верховный суд отметил, что суждение суда с участием судебных заседателей должно быть уважаемо, поскольку его утверждение о фактах не является необоснованным⁶¹⁷.

Между тем, как это и не прискорбно, практика показывает, что при вынесении вердикта судом с участием присяжных заседателей преобладают в основном субъективные факторы⁶¹⁸, которые вытекают из проблемы, обостряющей рассматриваемые вопросы, связанной с коррупцией в адвокатской среде. Согласно опросам общественного мнения, проведенных Общественным фондом политико-правовых исследований «Интерлигал» в Казахстане, респондентами высказывается мнение, что процент адвокатов, вовлеченных в коррупционную деятельность, раз в шесть превышает число коррумпированных судей⁶¹⁹.

Рассматриваемые вопросы были затронуты в открытом письме профессоров права Казахстана к Президенту и депутатам Парламента страны, где обращалось внимание на вводимый институт присяжных заседателей и отсутствие системной оптимизации карательной уголовной политики⁶²⁰. Разделяя точку зрения ученых по поднимаемой проблеме, надо признать, что дискутировался только вопрос о моделях возможного суда присяжных. Поэтому следовало дополнить проблему вопросом о

⁶¹⁷ Интервью профессора Университета Канагава Акио Коморида на конференции «Участие граждан в отправлении уголовного правосудия: новые опыты, достижения и проблемы»: 16 ноября 2012 г. международная научно-практическая конференция с участием экспертов из Кореи, России, Казахстана. Конференция организована Институтом правовых исследований Университета Канагава и Институтом правовых исследований Университета Сэншу.

⁶¹⁸ Григорьева С.В. Проблемы укрепления роли законности в свете действующего уголовно-процессуального законодательства // Производство предварительного расследования по УПК Российской Федерации и вопросы расследования уголовных дел в подразделениях Министерства юстиции России: сб. мат.-лов науч.-практ. семинара. – Вологда: ВИПЭ Минюста России, 2003. – С. 9.

⁶¹⁹ Утегенова М. Перспективы развития судебной системы // Юрид. газета. – 2006. – 3 мая.

⁶²⁰ Открытое письмо профессоров права Казахстана к Президенту и депутатам Парламента страны // Юрид. газета. – 2005. – 11 февраля.

разработке стратегии обеспечения защиты граждан, где также будут рассмотрены вопросы защиты в суде с участием присяжных заседателей, соответствующей требованиям статьи 1 Конституции Республики Казахстан. Это наиболее актуальная проблема современного этапа, т.к. у нас на первом этапе становления суда с участием присяжных заседателей уже выявляются ошибки и недочеты в законодательстве, которых в любом случае избежать было невозможно, потому что правовая система не совсем готова была к введению нового института.

В исследованном выше нормативном постановлении Конституционного Совета Республики Казахстан № 4 от 18 апреля 2007 года «Об официальном толковании пункта 2 статьи 12, пунктов 2 и 8 статьи 62, пункта 1 статьи 76, подпунктов 3) и 5) пункта 3 статьи 77 Конституции Республики Казахстан» анализируются положения части 3 и 5 статьи 546, статьи 547, части 4 и 6 статьи 548 УПК РК, согласно которым уголовно-процессуальный закон, устанавливая связанную с процессуальным действием следователя императивную норму по определению порядка предоставления обвиняемому права ходатайствовать о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей, не предполагает возможность реализации либо восстановления этого права в ходе производства по уголовному делу в суде.

Указанные положения уголовно-процессуального закона не согласуются с его общими нормами, регулирующими вопросы заявления ходатайств. Так, частями второй и третьей ст. 102 УПК РК 1997 г. установлено, что «заявление ходатайств возможно в любой стадии процесса», а «отклонение ходатайства не препятствует повторному его заявлению на последующих этапах уголовного судопроизводства или перед другим органом, ведущим уголовный процесс»⁶²¹. Это первые и весьма серьезные недостатки, связанные с вопросами обеспечения защиты прав и интересов участников уголовного процесса, выявленные на первых этапах становления новой формы судопроизводства.

Изложенное позволяет прийти к выводу о том, что в целях повышения эффективности защиты от предъявленного обвинения в законодательстве нашего государства необходимо:

1) Предусмотреть помимо существующих в рамках закона «Об адвокатской деятельности и юридической помощи», создание структуры, аналогичной существующей в развитых государствах мира, направленной на оказание бесплатной юридической помощи, в которой предусмотреть основные направления деятельности;

2) Определить финансовые и организационные проблемы предоставления бесплатной юридической помощи. Все это позволило бы разрешить постоянно возникающие вопросы с эффективностью

⁶²¹Об официальном толковании пункта 2 статьи 12, пунктов 2 и 8 статьи 62, пункта 1 статьи 76, подпунктов 3) и 5) пункта 3 статьи 77 Конституции Республики Казахстан: Нормативное постановление Конституционного совета Республики Казахстан от 18 апреля 2007 г. №4 // Каз. правда. – 2007. – 3 мая.

использования ограниченных бюджетных ресурсов.

3) Определить категории дел и ситуаций, где существенно затрагиваются права и интересы граждан, в том числе могущих привести к лишению свободы и более того предусматривающие исключительную меру наказания. Повысить информированность граждан об их праве на получение бесплатной квалифицированной юридической помощи.

4) Разработать механизм контроля за качеством оказываемой юридической помощи.

5) Сформировать законодательные, организационные и финансовые механизмы, позволяющие избежать частой сменяемости адвокатов, назначаемых в качестве защитников в рамках одного и того же уголовного дела, и обеспечить соответствующее качество предоставляемой ими юридической помощи.

6) Определить более высокие ставки оплаты труда адвокатов, участвующих в качестве защитников в уголовном судопроизводстве по назначению органов предварительного расследования, прокуратуры и суда. Рассмотреть возможность дифференциации оплаты труда адвокатов в зависимости от сложности дел, уровня цен в регионе. Усовершенствовать процедуры учета времени и расходов адвокатов, чтобы сделать их независимыми от следователей и судей.

7) Разработать минимальные стандарты качества работы адвокатов по уголовным делам, на основании которых осуществлять контроль над работой адвокатов со стороны коллегий и объединений адвокатов, при этом не нарушая процессуальных свобод и гарантий адвокатов.

8) В целях повышения правового статуса адвоката усилить действующие профессиональные права адвокатов и гарантии адвокатской деятельности, которые вытекают из пункта 16 Основных принципов, касающихся роли юристов, принятых 8 Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями (Гавана, 1990 г.), где отмечено, что Правительства обеспечивают, чтобы юристы: а) могли выполнять свои профессиональные обязанности в обстановке, свободной от угроз, препятствий, запугивания или неоправданного вмешательства; б) могли совершать поездки и беспрепятственно консультироваться со своими клиентами внутри страны и за ее пределами; с) не подвергались судебному преследованию, судебным, административным, экономическим или другим санкциям за любые действия, совершенные в соответствии с признанными профессиональными обязанностями, нормами и этикой, а также угрозами такого преследования и санкций.

Указанные пути деятельности способствовали бы укреплению защиты при прямом участии государства, с обязательным финансированием из государственного бюджета на всех стадиях уголовного процесса.

§ 3. Обеспечение личной безопасности присяжных заседателей

Закон Республики Казахстан «О государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе» от 5 июля 2000 года⁶²² в п. 2 ст. 3 устанавливает, что «государственной защите в соответствии с Уголовно-процессуальным кодексом и настоящим Законом подлежат присяжные заседатели». Присяжные заседатели относятся к категории защищаемых лиц. В преамбуле указанного закона говорится, что настоящий Закон устанавливает систему мер государственной защиты жизни, здоровья, имущества, законных прав, интересов лиц, участвующих в уголовном процессе, членов их семей и близких родственников, обеспечения их безопасности в целях пресечения противоправного вмешательства в уголовный процесс.

Данный закон ставит своей задачей обеспечение безопасности участников уголовного процесса. Как правило, в теории и практике уголовного процесса система мер безопасности обычно сводится к следующим мерам: проведение закрытого судебного разбирательства; использование псевдонима при допросе потерпевшего, его представителя, свидетеля, их близких родственников, родственников и близких лиц; опознание в условиях, исключающих визуальное наблюдение опознающего опознаваемым для обеспечения безопасности свидетеля, потерпевшего, подозреваемого и обвиняемого; контроль и запись телефонных и иных переговоров; в стадии судебного разбирательства допрос в условиях, исключающих визуальное наблюдение свидетеля другими участниками судебного разбирательства.

К другим мерам безопасности, в которых уже отражаются санкции за нарушение закона со стороны лиц, представляющих угрозу, законодатель относит: официальное предостережение лицу, от которого исходит угроза насилия или совершения других запрещенных уголовным законом деяний с предупреждением о возможном привлечении его к уголовной ответственности; возбуждение уголовного преследования в отношении такого лица; избрание меры пресечения – ареста в отношении такого подозреваемого, исключающей возможность применения насилия или совершения иных преступных деяний; личная охрана, охрана жилища и иного имущества; обеспечение в установленном порядке оружием, средствами индивидуальной защиты и техническими средствами и т.д.

Обеспечить безопасность лиц, участвующих в уголовном процессе – это значит обеспечить состояние правовой и социальной защищенности защищаемых лиц путем применения мер, направленных на снятие реальной угрозы посягательства на жизнь, здоровье и имущество указанных лиц. Но, как правило, вся политика в области применения рассматриваемого закона направлена на обеспечение безопасности потерпевших и свидетелей преступления. В судебной практике нередко случается так, что именно свидетельские показания являются главным ориентиром, зацепкой в расследовании преступлений.

⁶²² Закон Республики Казахстан от 5 июля 2000 года № 72-ІІ О государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе (с изменениями и дополнениями по состоянию на 11.07.2017 г.)

Мировой опыт права на личную безопасность впервые получил юридическое закрепление в период буржуазных революций (Хабеас корпус акт 1679 г., Билль о правах 1689 г., американская конституция 1787 г., Билль о правах 1791 г., Декларация прав человека и гражданина 1789 г.).

Термин «личная безопасность» ранее использовался в трудах философов и юристов Ч. Беккариа, У. Бэктона, Ф. Вольтера, Г. Гегеля, Т. Гоббса и других. В них безопасность всегда относилась к наиболее существенному благу личности. В специальной литературе термин «безопасность» трактуется в нескольких значениях: отсутствие опасности, сохранность, надежность.

Право на личную безопасность должно состоять из совокупности двух элементов: физической и духовной неприкосновенности личности, а беспрепятственное пользование благами личной безопасности – необходимая предпосылка участия личности во всех общественных отношениях. Право на личную безопасность должно обеспечивать физическую свободу человека от незаконного насилия со стороны кого бы то ни было. Тем самым оно связано с конституционным правом неприкосновенности личности, регламентированным в законодательстве порядком применения физического принуждения, осуществляемого государственными органами (их должностными лицами). Личная безопасность обеспечивает физическую свободу гражданина, защищая его от незаконного физического и психического принуждения со стороны кого бы то ни было. Поэтому право на обеспечение безопасности личности предполагает, с одной стороны, обязанность государства защищать жизнь, здоровье, честь, достоинство и свободу каждого гражданина от противоправных посягательств кого бы то ни было, а с другой – право личности защищать себя от противоправных посягательств (необходимая оборона).

Закон РК «О государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе», был принят 5 июля 2000 года и введен в действие с 1 января 2001 года, однако с того момента и по сегодняшний день в этой сфере мало что изменилось. Свидетели продолжают бояться давать показания и, вопреки здравому смыслу, зная об ответственности, которую им придется нести за дачу ложных сведений, говорят неправду. Несовершенство имеющегося документа признают и полицейские, работающие в отделе организации защиты участников уголовного процесса Комитета криминальной полиции МВД РК. 7 апреля 2009 года был принят Закон РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам обеспечения безопасности лиц, участвующих в уголовном процессе». В соответствии с ним, предусматривается, что меры государственной защиты могут быть также применены до возбуждения уголовного дела в отношении лиц, способствующих предупреждению или раскрытию преступлений, при наличии реальной угрозы совершения в отношении их насилия или иного запрещенного уголовным законом деяния. Отныне безопасность будет обеспечена военнослужащим и гражданам, пребывающим в запасе, защищаемым лицам, содержащимся под стражей, или находящимся в месте

отбывания наказания. Также обозначены права и обязанности органов, обеспечивающих государственную защиту. Кроме того, в него включены дополнительные понятия – «граждане, содействующие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность», «частные обвинители», «судебные исполнители», «обвиняемые, подсудимые, а также лица, в отношении которых уголовное преследование прекращено или судом вынесен оправдательный приговор»⁶²³.

Что касается элементарных мер, таких как проведение закрытого судебного процесса, опознание в условиях, когда опознаваемый не видит опознающего и возможность участия очевидцев под псевдонимом, то его нормы уже применялись в отношении 275 свидетелей в 2004 году, 362 – в 2005-м, 370 – в 2006-м. В 2007 году меры безопасности применялись по 349 уголовным делам, в частности к 142 потерпевшим, 175 свидетелям и свыше тридцати иным участникам уголовного процесса⁶²⁴.

Прежде всего, осуществлялась их личная охрана, охрана жилища и иного имущества, сами они обеспечивались индивидуальными средствами защиты и связи. В отдельных случаях даже принимались меры по временной смене их места жительства и оказании помощи в трудоустройстве. Кроме того, в процессе расследования, дабы избежать утечки информации, ограничивался доступ к анкетным данным защищаемых лиц.

Практика показала, что воздействие со стороны криминальных структур оказывается, прежде всего, путем подкупа, психологического давления, шантажа, нанесения вреда здоровью, материального ущерба. Что касается объектов посягательств, то ими становились не только свидетели и понятые, но и сотрудники правоохранительных органов, потерпевшие, обвиняемые и члены их семей⁶²⁵. В 2007 году в РК жертвами посягательств со стороны криминальных структур стали шестеро судей, 142 потерпевших, 175 свидетелей, защитник и 30 других участников процесса. При этом если в начале 90-х годов противоправные действия осуществлялись в основном по делам организованной преступности, то в настоящее время они распространились и на другие категории уголовных дел. Прослеживается тенденция к увеличению наиболее опасных способов воздействия и уменьшению сопротивляемости со стороны участников уголовного судопроизводства. Неявка по вызову к следователю или в суд превратилась в заурядное, привычное явление⁶²⁶.

Председатель Верховного суда Республики Казахстан признает, что «к сожалению, многие дела просто разваливаются в суде из-за того, что люди, опасаясь за свою жизнь или жизнь родственников, отказываются от прежних показаний»⁶²⁷.

⁶²³О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам обеспечения безопасности лиц, участвующих в уголовном процессе: Закон Республики Казахстан от 7 апреля 2009 года // Каз. правда. – 2009. – 11 апреля.

⁶²⁴Бредихина Т. Свидетель – под защитой // Каз. правда. – 2007. – 11 декабря.

⁶²⁵Канкенова И. Защита свидетеля – дело государственное // Каз. правда. – 2007. – 8 мая.

⁶²⁶Бредихина Т. Свидетель – под защитой // Каз. правда. – 2007. – 11 декабря.

⁶²⁷Мами К.А. Судья должен быть не только грамотным, но и честным // Каз. правда. – 2004. – 7 мая.

Несмотря на радужную картину, представленную МВД РК по проведенным мероприятиям, следует отметить, что анализ на Совете по правовой политике при Президенте Республики Казахстан (9 сентября 2004 года) практики применения МВД РК данного закона показал, что он неэффективно работает даже в отношении потерпевших, свидетелей обвинения, а также выполняющих вспомогательные функции лиц (понятые, эксперты и др.). В 2004 году из бюджета страны на реализацию данного закона выделено 20 млн. тенге. В 2004 году органы финансовой полиции и МВД РК по данной программе получили 127 миллионов тенге, в 2007 году было выделено 392 миллиона. В 2008 году планировалось выделить более 400 миллионов тенге. Ситуация очень серьезная, поскольку по некоторым данным в среднем в год противоправному воздействию подвергаются от 150 до 300 тыс. человек⁶²⁸.

На современном этапе требуется разработка систем реальных мер и механизма защиты участников уголовного процесса. Необходимо изучить конкретные программы в сфере обеспечения безопасности участников уголовного процесса, апробированных в других странах.

В связи с этим представляют интерес специальные нормативные акты (которые иногда называются программами), регулирующие в комплексе все вопросы, связанные с защитой свидетелей и потерпевших по уголовным делам. В США программа по защите свидетелей и потерпевших существует с 1970 года и постоянно совершенствуется. В Индии действует декрет «Антимафия» от 1992 года. В Германии – Закон «О борьбе с преступностью» 1994 года. Важное место в реализации программ по защите свидетелей по делам о преступлениях, совершаемых организованными преступными группами, отводится контролю за реализацией этих программ. В США обеспечение такого контроля возложено на министра юстиции, в Италии – на министра внутренних дел, где решение вопроса о включении лица в программу по защите свидетелей и потерпевших принимает специальная комиссия при МВД, в состав которой входят судьи и сотрудники полиции, имеющие опыт расследования или судебного рассмотрения уголовных дел, связанных с мафией. Такой комплексный подход к этому вопросу связан с тем, что в некоторых из указанных стран, например в Германии, по делам о террористических актах допускается возможность освобождения от уголовного наказания, если лицо являлось участником или организатором преступной группы и сообщает сведения о преступлениях этой группы правоохранительным органам и тем самым способствует тому, чтобы преступление было раскрыто, а преступники – изобличены, если он предоставляет такую информацию, содержание которой могло бы убедить органы правосудия освободить его от наказания. Речь идет о значимости, ценности информации для изобличения других участников организованного преступного формирования. Об эффективности и результативности

⁶²⁸ Антошина А.А. Меры обеспечения безопасности участников уголовного судопроизводства в Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации // Новый Уголовно-процессуальный кодекс России в действии: мат-лы круглого стола. 13 ноября 2003 г. – М., 2004. – С. 110.

указанных программ достаточно подробно с приведением статистических данных написано учеными и практиками⁶²⁹.

Мы не ставим задачу искусственно актуализировать проблему обеспечения безопасности присяжных заседателей, которая в Казахстане пока остро не стоит, ввиду не столь обширной судебной практики рассмотрения уголовных дел в суде с участием присяжных заседателей, т.к. это пока носит единичный не системный характер. Вместе с тем этот вопрос требует своего рассмотрения, т.к. институт присяжных заседателей Казахстана нашел отражение в наиболее общем виде в статье 75 Конституции РК, конституционном Законе «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» (пункт 1 статьи 1 и пункт 2 статьи 25), а также в статье 3 Закона РК «О государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе».

М.С. Башимов на этапе обсуждения законопроектов о судопроизводстве с участием присяжных заседателей отмечал, что «необходимо предусмотреть и правовую защиту присяжных заседателей, т.к. привлекаются они для участия в достаточно серьезных делах, а защита информации о присяжных может быть обеспечена в недостаточной мере, что послужит основой для угроз, шантажа, подкупа и других незаконных методов влияния на человека. Судья в силу профессиональной специфики принимает порой сложные решения и не боится, что не скажешь о присяжных заседателях. Большой проблемой для законодателя будет рассмотрение тех или иных категорий дел»⁶³⁰. Схожее мнение по вопросам безопасности присяжных заседателей высказывалось им при обсуждении законопроектов. Один из аргументов в пользу принятия континентальной модели был следующим, «в странах СНГ и Балтии суд присяжных однозначно уводит от ответственности многих криминальных авторитетов и воров, в силу боязни людей принимать решение по таким делам. Человеку легче принять решение, если профессиональный судья рядом, который примет решение и возьмет на себя ответственность. А если только непрофессионалы соберутся в совещательной комнате, они побоятся против мафиози принять решение. А в отношении человека, который менее защищен, они могут принять другое решение»⁶³¹.

Проблема обеспечения безопасности участников уголовного процесса давно обозначена и решается мировым сообществом. ООН рассматривает

⁶²⁹Петуховский А.А. Уголовно-процессуальные аспекты обеспечения безопасности свидетелей, потерпевших и других граждан, содействующих уголовному судопроизводству // Актуальные проблемы расследования преступлений: труды Академии МВД России. – М., 1992. – С. 94-98., Андреев В.И. Проблемы обеспечения безопасности участников уголовного судопроизводства // Актуальные проблемы теории и практики применения права в свете Государственной программы первоочередных мер по борьбе с преступностью и укреплению правопорядка в Республике Казахстан на 1993-1995 годы: сб. мат-лов межвуз. науч.-практ. конф. – Караганда: КВШ МВД РК, 1995. – С. 114-118., Брусницын Л.В. Обеспечение безопасности лиц, содействующих уголовному правосудию: российский, зарубежный и международный опыт XX века (процессуальное исследование). – М., 2001. – С. 71., Яскевич Е. Опасно ли говорить правду в суде: интервью с С. Рахметовым // Юрид. газета. – 2003. – 16 июля.

⁶³⁰Башимов М.С. Изменяет ли суды присяжных правовую ситуацию в стране? // Закон и правосудие. – 2005. – 26 октября.

⁶³¹Стенограмма заседания круглого стола по обсуждению законопроектов по вопросу введения суда присяжных в Республике Казахстан. 12 марта 2005 г. – Астана, 2005. – С. 25-26.

вопросы международного сотрудничества в сфере защиты жертв и свидетелей преступлений. В пункте 6 Приложения к Декларации основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью, принятой Генеральной Ассамблеей ООН 29 ноября 1985 года, странам-членам ООН предписывается содействовать принятию мер для сведения к минимуму неудобств для жертв, охране их личной жизни в тех случаях, когда это необходимо, и обеспечению их безопасности, а также обеспечению безопасности их семей и свидетелей с их стороны и их защиты от запугивания и мести. Государство и общество ответственны перед гражданином за обеспечение его безопасности, индивид ответственен перед государством и обществом за содействие обеспечению безопасности в обществе и государстве. Обеспечение безопасности присяжного заседателя – это обязанность государства за то, что гражданин исполняет свои обязанности, которые в некоторых случаях хотят причислить к почетной обязанности гражданина. Не обеспечив должной безопасности гражданина, государство не может предъявлять к нему претензии и требовать добросовестного исполнения конституционных обязанностей.

Поэтому проблему обеспечения безопасности участников уголовного процесса, в том числе и рассматриваемую нами, надо рассматривать шире, и в этом вопросе, очевидно, преуспевают российские законодатели и ученые криминологи, ставящие вопрос о криминологической безопасности, суть которой заключается в криминологической безопасности личности, общества, государства, в обозначении защиты каждого человека конечной целью и высшим смыслом правоохранительной политики⁶³².

УПК РК предусматривает меры безопасности, содержащиеся в ст.ст. 95-98 УПК РК, где дается перечень мер безопасности некоторых участников процесса и свидетелей. В отношении присяжных заседателей меры безопасности предусмотрены путем введения нормы, предусматривающей тайну совещания присяжных заседателей (ст. 655 УПК РК). Статья 656 УПК РК регламентирует порядок проведения совещания и голосования в совещательной комнате. Голосование проводится письменно, присяжным надо только ответить на вопросы «да» или «нет», но вызывает сомнение дополнение, требующее написание обязательного пояснительного слова или словосочетания, раскрывающего сущность ответа. Этого будет достаточно для того, чтобы определить в последующем, кто как голосовал, ознакомившись с бюллетенем голосования. Для того, чтобы исключить возможность определения мнения персоналий, технологию голосования надо

⁶³²Бабаев М.М. Криминологическая доминанта уголовной политики // Современные проблемы и тенденции развития уголовного права, криминологии и уголовно-исполнительного права Республики Казахстан: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. В 2-х т. – Караганда: КарЮИ МВД РК им. Б. Бейсенова, 2009. – Т. 1. – С. 86-91., Лебедев С.Я. Криминализация экстремизма и обеспечение криминологической безопасности // Современные проблемы и тенденции развития уголовного права, криминологии и уголовно-исполнительного права Республики Казахстан: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. В 2-х т. – Караганда: КарЮИ МВД РК им. Б. Бейсенова, 2009. – Т. 1. – С. 332-337., Плешаков В.А. Теория криминологической безопасности как частная теория криминологии // Современные проблемы и тенденции развития уголовного права, криминологии и уголовно-исполнительного права Республики Казахстан: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. В 2-х т. – Караганда: КарЮИ МВД РК им. Б. Бейсенова, 2009. – Т. 1. – С. 383-387.

довести до совершенства. Анонимность голосования должна исключать написание указанных выше слов, тем более словосочетаний. Бюллетень для голосования должен быть построен с учетом того, что голосующему надо только вычеркивать ненужное, оставляя при этом то, что предусмотрено голосующим. Голосование – это процедура, лежащая в фундаменте демократической политической системы. Одним из путей устранения проблем при проведении голосования является внедрение автоматизированных информационных систем, позволяющих решать задачи организации и честности, а также безопасности при принятии окончательного решения. В связи с этим представляется возможным использовать некоторые элементы голосования с использованием технических средств, которые были апробированы при выборах депутатов в областные маслихаты и Мажилис Сената Парламента Республики Казахстан в 2004 и 2007 годах и выборах Президента Республики Казахстан в 2005 году.

Исходя из объективной необходимости совершенствования избирательной системы, в республике была создана государственная автоматизированная информационная система «Сайлау» (АИС «Сайлау»). Введенная в эксплуатацию в 2004 году, она позволила автоматизировать процесс организации и проведения выборов, достижения их прозрачности путем максимального исключения из технологического цикла негативного воздействия, человеческого фактора. Во время выборов Президента страны в декабре 2005 года избиратели уже имели возможность вместо мобильного терминала использовать электронную карточку избирателя, которая напоминает обыкновенную смарт-карту. Причем избирателю можно выбрать любую из нескольких карточек, что гарантировало соблюдение тайны голосования. Работа по усовершенствованию АИС «Сайлау» продолжается и в настоящее время. Предусматривается возможность дублирования учета голосов на бумажном носителе, что позволит в случае необходимости пересчитать голоса вручную. В случае возникновения спорной ситуации с помощью распечаток на бумажной ленте может быть проведена проверка правильности итогов голосования. Планируется создание системы контроля и управления доступом, сетевой безопасности, единого центра управления. Использование указанных аналоговых возможностей в суде присяжных было бы большим шагом при решении рассматриваемых проблем. Тем более что технологии уже разработаны и апробированы в рабочем порядке, требуется только на основе смоделированной системы голосования создать адекватную в судебной.

Это способствовало бы исключению влияния на исход рассмотрения уголовного дела, давлению на присяжных заседателей, боязни и страха за вынесенное решение, тем более если это будет обвинительный приговор, связанный с наказанием, предусматривающим смертную казнь, пожизненное лишение свободы или длительное лишение свободы. Принятие таких поправок в нормы закона будет свидетельством, что государство берет на себя ответственность по обеспечению безопасности личности в условиях

возрастающей агрессивности и жестокости преступников.

В рамках вопроса о возможности использования информационных технологий в суде присяжных следует привести высказывание А.В. Смирнова, которое фактически предполагает применение сказанного в следующем, «позволив себе некоторую фантазию, можно вообразить в будущем «электронную версию» жюри присяжных, когда благодаря всеобщим компьютерным и телекоммуникациям можно будет расширить количественный и качественный состав жюри практически до любых пределов, приближая вердикт такой «электронной гелиэи» по убедительности к референдуму, а по статистической обоснованности – к научному исследованию. Это мыслимо лишь при условии применения ряда контрольных процедур, технически вполне возможных уже сегодня, как-то: предоставление гражданам доступа в соответствующую компьютерную сеть, проверка подлинности волеизъявления с помощью электронных систем распознавания личности.

Первые прообразы будущих дискурсивных процедур уже появились – различного рода «электронные ратуши», телевизионные «суды присяжных», работающие в режиме прямого диалога с телеаудиторией и т.п. Однако мы не хотели бы быть понятыми в том смысле, что предлагаем отдать окончательное решение участи подсудимого «телезрителям и пользователям Интернета». Нельзя сбрасывать со счетов, что прямое волеизъявление граждан труднее поддается контролю, но легче – эмоциональным реакциям. Поэтому методы прямой демократии должны сочетаться с сохранением традиционного жюри присяжных, непосредственно присутствующего при судебном дискурсе и выполняющего в этом смысле роль своеобразного рационального фильтра и центра информационной «кристаллизации». Однако в случае разделения голосов присяжных при постановлении вердикта, мнение общественности, зафиксированное через компьютерную сеть, могло бы дать согласной с ним «партии» в составе жюри определенное преимущество в виде некоторого количества голосов, предположим, в пределах от 1 до 3. Разумеется, что реализация этих предложений – дело не сегодняшнего дня, оно требует высокой информационно-технической интегрированности членов общества и роста общего уровня культуры и образования. Вместе с тем, оно открывает перспективу для тщательно выверенных экспериментов, позволяя вдохнуть новую жизнь в одно из древнейших и величайших изобретений человечества – суд присяжных»⁶³³.

Расширение количества граждан, принимающих участие в голосовании – это один из элементов общественного контроля, за результатами голосования и в то же время средство расширения общей ответственности за принятое решение. Что в свою очередь является еще одной гарантией безопасности коллегии присяжных. Безопасность является постоянной потребностью всех участников уголовного процесса, но для присяжных заседателей она

⁶³³Смирнов А.В. Обеспечение состязательности в неоинквизиционном и постсостязательных системах уголовного процесса (юридический ренессанс: суд присяжных в 21 столетии) // Введение суда присяжных в Республике Казахстан: вопросы теории и практики: мат-лы круглого стола. – Алматы, 2005. – С. 85-86.

наиболее актуальна, т.к. они приравниваются к профессиональным судьям и в казахстанской модели судопроизводства с участием присяжных заседателей совместно с судьями принимают решение, предусмотренное ст. 657 УПК РК, которое может носить характер прекращения дела, вынесения оправдательного или обвинительного приговора.

Проблема обеспечения безопасности присяжных заседателей имеет место, и на это указывают отдельные авторы, но, к сожалению, эту проблему стараются сильно не афишировать официальные органы. В этой связи вновь обратимся к опыту Российской Федерации. Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации дважды акцентировал свое внимание на этом вопросе. Анализируя Федеральный закон «О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации», который урегулировал многие вопросы по формированию списка присяжных, по его мнению, значительное количество проблем, связанных с его деятельностью, осталось нерешенным. Среди них следующие: нуждается в уточнении перечень обстоятельств, препятствующих выполнению гражданами обязанностей присяжного заседателя, и не определен полный перечень гарантий личной безопасности присяжного заседателя и членов семьи присяжного заседателя как в период осуществления им правосудия, так и после окончания судебного процесса с его участием⁶³⁴. Далее он более подробно указывает, что «еще более важным вопросом является вопрос о гарантиях неприкосновенности и независимости присяжного заседателя от незаконного воздействия не только заинтересованных лиц, но и со стороны различных государственных, в том числе правоохранительных структур. На сегодня в практике судов не выявлены случаи покушения на безопасность и независимость присяжных заседателей. Тем не менее, отнесенная к их ведению категория уголовных дел неизбежно приводит к необходимости обеспечения полной безопасности присяжных, а не только ее декларации⁶³⁵. Нужны конкретные меры, основанные на имеющихся возможностях закона.

Авторы исследования, проведенного сотрудниками Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, считают, что в соответствии с Законом РФ «О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов»⁶³⁶, предполагающим обеспечение конфиденциальности сведений о защищаемых лицах и создание дополнительных гарантий личной безопасности присяжных заседателей, при отборе кандидатов в присяжные заседатели следует оглашать в суде лишь фамилию, имя и отчество граждан, их род занятий и информацию об отношениях с другими лицами, участвующими в процессе, предусмотреть

⁶³⁴Лукин В.П. Проблемы совершенствования деятельности суда присяжных в современной России: Специальный доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации. – М.: ИД «Юриспруденция», 2004. – С. 23.

⁶³⁵Лукин В.П. Там же. С. 27.

⁶³⁶О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов: Федеральный закон от 20 апреля 1995 г. №45-ФЗ // База данных «Юрист» Республиканского центра правовой информации Министерства юстиции РК.

возможность участвовать в этой процедуре под псевдонимом; создавать реальные условия для того, чтобы присяжные заседатели по возможности не встречались с публикой, присутствующей на процессе, в перерывах между судебными заседаниями и по их окончании. Заседатели должны иметь возможность питаться в закрытом буфете, столовой, иметь специальную комнату для отдыха. В необходимых случаях по решению суда заседатели должны доставляться в суд и домой на служебном транспорте⁶³⁷.

Надо согласиться, что пока в практике конкретных примеров покушения на безопасность присяжных заседателей нет, но есть довольно нехорошие прогнозы и предположения, сделанные учеными, имеющие под собой основу. Е.П. Ищенко, рассуждая о суде присяжных, пишет, «чтобы участвовать в отправлении правосудия, нужны знания, опыт, гражданское мужество, наконец, четкая жизненная позиция. Для судей это работа, а для присяжных заседателей, зачастую, – утомительное выслушивание не всегда понятных препирательств между сторонами. Более того, занятие это нередко бывает опасным, в случае рассмотрения, например, дел, связанных с организованной преступностью (бандитизм, рэкет, заказные убийства и т.п.). Не потому ли еще оправдывают, что к непониманию существа дела сплошь и рядом примешивается страх за свою жизнь и жизнь своих близких? Общение с практическими работниками убеждает в этом. Присяжных запугивают, подкупают, воздействуют на них со стороны родственников. Последнее обстоятельство, особенно в небольших областных, краевых и республиканских центрах, при повсеместном введении новой формы судопроизводства весьма осложнит формирование коллегии присяжных (тенденциозность состава). Про то же, кто как проголосовал (голосование согласно ч. 2 ст. 342 УПК РФ проводится в совещательной комнате открыто), заинтересованные лица узнают почти сразу после оглашения вердикта. Обеспечит ли государство безопасность присяжных заседателей, не проявивших единодушия и проголосовавших «виновен»? Готово ли оно к этому?»⁶³⁸.

Необходимо учитывать и факт психологического воздействия обстоятельств судебного разбирательства на общее психическое и эмоциональное состояние участвующих в нем присяжных заседателей. Подобная эмоциональная напряженность явно не способствует принятию объективных решений при постановке вердикта присяжных. В этой связи, мы полагаем, что в качестве обязательных участников судебного разбирательства должны привлекаться судебные психологи, которые в специально оборудованных комнатах психологической разгрузки оказывали бы соответствующую психологическую помощь присяжным заседателям, а

⁶³⁷Гравица А.А., Кашепов В.П., Сырых В.М. Эффективность законодательства о суде присяжных // Эффективность закона (методология и конкретные исследования). Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. М. 1996. – С. 100.

⁶³⁸Ищенко Е.П. О суде присяжных // мат-лы междунар. науч.-практ. конф., посв. принятию нового Уголовно-процессуального кодекса РФ. 4-6 февраля 2002 г. – М., 2002. – С. 206-207.

также проводили консультации по этике взаимоотношений между присяжными заседателями и другими участниками процесса в целях сохранения в ходе судебного разбирательства и во время формулировки вердикта должного психологического климата.

Оппоненты суда присяжных, говоря о неэффективности данного института, приводят аргумент о его уязвимости, на который трудно возразить. Заседатели – это обычные граждане, они никак не защищены от определенного давления и влияния. Среди практических работников бытует мнение, что достаточно подойти к такому присяжному с пистолетом в одной руке и купюрой в сто долларов в другой и просто попросить его принять решение «по совести», либо подкупить двух-трех «агентов влияния», которые, в свою очередь, смогут успешно сформировать у других присяжных нужное мнение. Другое общее предположение гласит, что проблема в отсутствии программы защиты судей, присяжных и их родственников. При той коррупции, которая имеет место, как в России, так и в Казахстане, узнать адрес судьи, который будет принимать или принимал участие в судебном заседании, не так трудно. Проблема обеспечения безопасности участников уголовного процесса (в том числе судей и присяжных) пока только исследуется путем изучения международного базиса в целях принятия в национальном законодательстве соответствующих нормативных актов⁶³⁹.

К сожалению, в Казахстане и в России имеющиеся законы, направленные на защиту участников уголовного процесса, носят пока декларативный характер. Ряд мер защиты, указанных в законе, в настоящее время малоприменимы на практике, а некоторые из них трудноосуществимы в связи с трудностями стабилизационного периода и незанятостью населения. Некоторые подзаконные акты, направленные на защиту лиц, не могут быть выполнены в силу действия ведомственных приказов и инструкций. К примеру, абсолютно нереально обеспечить оружием, средствами индивидуальной защиты и техническими средствами, указанными в ст. 15 Закона РК «О государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе», судей и присяжных заседателей. Как в России, так и в Казахстане процедура выдачи оружия длительна и сложна. Но предпринимать усилия необходимо, потому что угроза имеет место. К примеру, в целях установления субъективного отношения следователей прокуратуры и судей Республики Коми к проблемам обеспечения безопасности личности в уголовном судопроизводстве было проведено анкетирование 76 судей и 25 следователей прокуратуры. 82,5% судей и 52% следователей указали, что Закон РФ «О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов», принятый 20 апреля 1995 года, не действует реально и носит декларативный характер. Только четверть опрошенных судей и 36% следователей абсолютно

⁶³⁹ Григорьева С.В. Проблемы укрепления роли законности в свете действующего уголовно-процессуального законодательства // Производство предварительного расследования по УПК Российской Федерации и вопросы расследования уголовных дел в подразделениях Министерства юстиции России: сб. мат.-лов науч.-практ. семинара. – Вологда: ВИПЭ Минюста России, 2003. – С. 9.

спокойны за свою личную безопасность и не подвергались давлению. Большая часть судей (64,2%) и следователей (64%) опасаются за свою личную безопасность. В процессе производства и рассмотрения уголовных дел каждый третий судья (33,9%) и каждый пятый следователь (20%) подвергался противоправному воздействию в связи со своей профессиональной деятельностью. Еще 4,2% опрошенных судей и 8% следователей отметили, что такому воздействию подвергались их близкие. Причем формы такого воздействия весьма разнообразны: «доброжелательные советы» принять «правильное» решение или давление оказывалось в завуалированной форме (63,2% судей и 40% следователей); прямые угрозы (26,3% судей и 12% следователей); физическое воздействие (10,5% судей и 8% следователей).

Все это позволяет с учетом определенных поправок на полученные результаты сделать вывод, что проблема обеспечения безопасности лиц, осуществляющих уголовное правосудие, имеет место⁶⁴⁰.

Таким образом, в Казахстане имеет место тенденция к комплексному подходу различных отраслей права в вопросах обеспечения должного процессуального и правового статуса присяжных заседателей, позволяющего создать нормальные условия для осуществления ими возложенных на них функций, чтобы превратить суд с участием присяжных заседателей в реальный инструмент правосудия и защиты граждан. В то же время, меры по обеспечению безопасности участников уголовного процесса, определенные в Законе РК «О государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе», не могут в полном объеме гарантировать личную безопасность присяжных заседателей. Поэтому надо рассматривать этот вопрос в рамках отдельной программы обеспечения безопасности судей и присяжных заседателей, механизм которой должен существенно отличаться от мер в указанном выше законе Республики Казахстан. В этой программе акцент должен делаться на обеспечение личной безопасности, путем совершенствования физической защиты защищаемых лиц.

⁶⁴⁰Епихин А.Ю. Некоторые проблемы безопасных условий работы следственно-судебного аппарата в Республике Коми // Производство предварительного расследования по УПК Российской Федерации и вопросы расследования уголовных дел в подразделениях Минюста России: сб. мат-лов науч.-практ. семинара. – Вологда: ВИПЭ Минюста России, 2003. – С. 107-110.

Глава 5. Реализация уголовной ответственности и наказания в суде с участием присяжных заседателей

§ 1. Институт присяжных заседателей как средство обеспечения гражданами общественной безопасности государства, предупреждения и профилактики преступности

В Законе Республики Казахстан «О национальной безопасности» в п. 1 ст. 4 определено, что «общественная безопасность - состояние защищенности жизни, здоровья и благополучия граждан, духовно-нравственных ценностей казахстанского общества и системы социального обеспечения от реальных и потенциальных угроз, при котором обеспечивается целостность общества и его стабильность»⁶⁴¹.

Норма, регламентирующая обеспечение общественной безопасности в ч. 1 ст. 19, предусматривает, что общественная безопасность обеспечивается решениями и действиями государственных органов, организаций, независимо от форм собственности, должностных лиц и граждан, направленными на укрепление гарантий обеспечения личной безопасности граждан, их прав и свобод. Исходя из основных положений Закона, мы вправе ставить постановочный вопрос, каким образом институт присяжных заседателей может способствовать обеспечению гражданами общественной безопасности.

В Конституционном законе Республики Казахстан от 25 декабря 2000 года «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» красной нитью проходит мысль о вовлечении граждан в процесс управления и принятия решений, направленных на обеспечение общественной безопасности. Ч. 1 ст. 1 Закона устанавливает принадлежность судебной власти только судам в лице постоянных судей и присяжных заседателей, привлекаемых к уголовному судопроизводству в случаях и порядке, предусмотренных законом». В ч. 2 ст. 2 говорится: «Судебная власть осуществляется от имени Республики Казахстан и имеет своим назначением защиту прав, свобод и законных интересов граждан и организаций, обеспечение исполнения Конституции, законов, иных нормативных правовых актов, международных договоров республики»⁶⁴². Указанные нормы Закона свидетельствуют об общей направленности всей судебной системы, имеющей целью обеспечение общественной безопасности.

Судопроизводство с участием присяжных заседателей предусматривает не только разрешение вопроса о введении новой формы рассмотрения уголовных дел в суде, но и о делегировании членам общества возможности не только осуществлять правосудие, но и тем самым обеспечивать

⁶⁴¹ Закон Республики Казахстан О национальной безопасности Республики Казахстан (с изменениями и дополнениями по состоянию на 28.12.2018 г.)

⁶⁴² Конституционный закон Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» от 25 декабря 2000 г. // Каз. правда. – 2000. – 30 декабря. (с изменениями и дополнениями по состоянию на 21.02.2019 г.)

общественную безопасность от преступных проявлений. Исследователи отмечают, что «...одним из несомненных достоинств суда присяжных является то, что им обеспечивается применение закона»⁶⁴³.

По мнению И.Л. Петрухина народное начало выражено в суде присяжных наиболее полно. В нем государственная функция осуществления правосудия принадлежит самому народу. В полицейском государстве торжествует принцип: где сила, там и право. В правовом же государстве сила на стороне права. В суде присяжных воля народа суверенна. Поэтому оправдательные решения (вердикты) присяжных приводятся в исполнение немедленно и опротестованию не подлежат. На обвинительный же вердикт может быть подана апелляционная жалоба лишь в благоприятную для осужденного сторону. Право народа судить означает и его ответственность за принимаемые решения. Ныне при отмене или изменении приговора вышестоящим судом считают, что ошибка допущена по вине одного лишь судьи. Суд присяжных снимает с судьи ответственность за решение основного вопроса уголовного дела – о виновности подсудимого. Это позволит покончить с процентоманией при оценке работы судов, которая порождает стремление исправлять как можно меньше судебных ошибок⁶⁴⁴. На современном этапе такой точки зрения о роли и значении суда присяжных придерживаются и официальные лица судебной системы, которые считают, что «государство в лице судьи и общество в лице присяжных должны разделить между собой ответственность за признание подсудимого виновным или не виновным в совершении преступления»⁶⁴⁵. В преддверии введения суда присяжных в социалистический период развития М.С. Строгович отмечал, что «как-то само собой установилось положение, что когда вышестоящий суд пересматривает в кассационном порядке или в порядке судебного надзора неправильно решенные дела, ответственным за вынесение неправильных приговоров или решений обычно считается председательствующий – судья. Когда в печати появляются статьи и заметки об отдельных неправильно решенных судами делах, критика адресуется тому народному судье или члену того суда, который председательствовал в судебном заседании по этому делу. Во всех подобных случаях о народных заседателях, участвовавших в разрешении дела, даже не упоминается. Такое положение нельзя считать нормальным. За правильное проведение судебного разбирательства, за соблюдение всех процессуальных норм отвечает судья: именно на него закон возлагает руководство судебным заседанием и обязанность принимать все предусмотренные законом меры к всестороннему, полному и объективному исследованию обстоятельств дела и установлению истины. Но решает дело весь состав суда большинством

⁶⁴³Боботов О.С. Суд присяжных в новой системе судебной организации Российской Федерации // Гражданин и право. – 2000. – №4 (октябрь). – С. 56.

⁶⁴⁴Истина ... И только истина! Пять бесед о судебно-правовой реформе. Проблемы, дискуссии, предложения. – М.: Юрид. лит., 1990. - С. 219.

⁶⁴⁵Мамаи К.А. Вердикт с участием населения – важнейший фактор доверия к суду // Каз. правда. – 2008. – 15 января.

голосов, и если вынесен неправильный приговор, если осужден невиновный человек или виновному назначено несоразмерно тяжелое или, наоборот, мягкое наказание, а никто из судей особого мнения не заявил, это значит, что весь состав суда решил дело неправильно. Речь идет вовсе не о том, что в случае вынесения неправильных приговоров и решений нужно «взыскивать» с народного заседателя, а о том, чтобы народные заседатели при решении дела всегда проявляли полную самостоятельность и чтобы строго соблюдалось требование закона: по каждому вопросу, разрешаемому в совещательной комнате при постановлении приговора или решения, председательствующий должен подавать свой голос последним⁶⁴⁶.

Сейчас как никогда эти положения становятся актуальными, потому что присяжные заседатели, как нами уже указывалось ранее, фактически не несут никакой ответственности за вынесенное решение. Ситуация повернулась в обратную сторону, в похожих случаях, описанных М.С. Строговичем, в нашей действительности никто не вспоминает судью, председательствовавшего в суде присяжных, при вынесении оправдательного или обвинительного приговора, по «нашумевшим» делам, всегда говорят, что приговор вынесли присяжные, которые в каждом случае остаются безликими, но именуются теми, ради которых идет многовековая борьба с переменным успехом как сторонников, так и противников их. Главное предназначение института присяжных заседателей заключается в том, чтобы общество через делегированных им граждан, которые будут представлять все слои населения, реально могло контролировать и осуществлять правосудие. Правосудие – это и есть осуществление судебной власти. И от того, как будет реализовывать судебная власть свои полномочия, будет зависеть уровень спокойствия и общественной безопасности в обществе. Более того, граждане должны осознать важность предоставляемой им законом и государством возможности на равных с профессиональными судьями отправлять правосудие. От того, насколько они ответственно отнесутся к выполнению своих конституционных прав, закрепленных в Конституции страны, будет зависеть состояние общественного порядка.

Справедливо отмечает К.А. Маами: «Несомненно одно – правосудие, отправляемое «судом равных», в демократическом обществе расценивается как жизненно необходимая социально-политическая подсистема, ибо с ее помощью реализуются основные права и обязанности граждан страны, поддерживается их вера в торжество справедливости»⁶⁴⁷. По мнению И.Л. Петрухина, «эффективность и популярность суда присяжных, несомненно, зависят от уровня правосознания, правовой культуры населения и степени развития демократических устоев жизни общества, в котором живут. И вместе с тем, суд присяжных воспитывает в гражданах уважение к праву и

⁶⁴⁶ Демократические основы советского социалистического правосудия / Под ред. члена-корреспондента АН СССР М.С. Строговича. – М.: Изд-во «Наука», 1965. – С. 17-19.

⁶⁴⁷ Маами К.А. Ведение судопроизводства с участием присяжных заседателей в Казахстане // Вестник КазНУ. Серия юридическая. – 2002. – №1 (26). – С. 46.

доверие к правосудию»⁶⁴⁸. А.А. Тарасов по этому поводу пишет: «Народное участие «очеловечивает» правосудие, превращает его из обычной государственной службы в важную общественную функцию». Не останавливаясь на анализе многих аргументов, высказанных в литературе в пользу «совокупного потенциала здравого смысла», совести, общественной нравственности, житейской мудрости, а также по поводу неизбежного повышения качества работы профессионалов, вынужденных «оттачивать» собственную правовую позицию по делу с тем, чтобы убедить непрофессионала в надежности ее аргументации и т.д., автор обращает внимание на одну деталь. Народное участие в правосудии – лучший способ массового правового просвещения, столь недостающего нашей стране. Однако помимо просветительской решается и другая важнейшая социальная задача – преодоление отчуждения между правосудием и населением. Чем больше непрофессиональных участников правосудия видят реальную работу судей, прокуроров, адвокатов, тем меньше шансов для массового распространения известных «мифов» обыденного сознания о клановости и продажности правосудия. В этих условиях правосудие предельно персонифицируется, приобретает лицо конкретных его представителей, так или иначе оцениваемых столь же конкретными людьми. В этих условиях и правосудие вынуждено «подтягиваться» до уровня народных ожиданий»⁶⁴⁹.

Многовековые истоки существования института присяжных заседателей, его самобытность в культурах разных народов, различные прообразы его форм свидетельствуют, что основополагающими в нем являются знание и понимание окружающей действительности и человеческой природы. Человек должен осознавать значимость своего участия в разрешении уголовных дел, что от его знаний, умений, интуиции, других социально-психологических факторов зависит вынесение справедливого решения. В итоге это будет способствовать достижению требуемого для населения определенного административно-территориального деления уровня безопасности. Состояние развития общества, правовая культура населения, восприятие в целом обществом вводимого института присяжных заседателей, проработанность организационных аспектов, направленных на определение характеристик, по которым будут формироваться коллегии присяжных заседателей, станет определять основные тенденции развития данного института.

По этому поводу Стивен К. Тейман отмечает, «что касается закона, он не должен быть осложнен элитарными профессиональными бюрократами, которые могут вообразить себе, что они являются хранителями научной точности или материальной истины. Если закон сложен и недоступен для понимания большинством граждан, это приводит к нарушению стандартов

⁶⁴⁸Петрухин И.Л. Суд присяжных: проблемы и перспективы // Государство и право. – 2001. – №3. С. 6.

⁶⁴⁹Тарасов А.А. Современные проблемы народного участия в правосудии // Проблемы обеспечения прав участников процесса по новому Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации: мат-лы межрег. науч.-практ. конф. г. Самара, 18-19 декабря 2002 г. – Самара: Изд-во «Самарский университет», 2003. – С. 58-59.

справедливого уголовного разбирательства тем, что мы наказываем их за его нарушение. Мы, профессионалы, сделали закон более сложным, чем он есть или должен быть, возможно, сделали это намеренно, с целью ограничения демократического участия непрофессиональных судебных заседателей»⁶⁵⁰.

Участие граждан в отправлении правосудия закономерно и имеет под собой устоявшуюся основу. Анализируя это применительно к разным формациям и временным измерениям, видно, что цель была одна: недопущение произвола власти и обеспечение реального народовластия. О.С. Боботов отмечает: «привлечение в различных формах широкой общественности к отправлению правосудия, наблюдаемое в условиях различных уголовно-правовых режимов, ныне представляется в качестве одной из укоренившихся правовых традиций, структурно закреплённой в конституционной и политической системе многих государств, что в итоге ведет к положительным результатам, в виде распределения ответственности между государством и обществом за результаты разрешения уголовных дел, развитию и укреплению правовой культуры, всех членов общества»⁶⁵¹.

Процесс реформирования правовой системы, начавшийся в Казахстане в 1994 году, дал ряд позитивных результатов. Мы имеем законодательство, приближенное к международным стандартам, которое постоянно находится в состоянии поиска и закрепления основных ценностей, закреплённых в Конституции, высшими ценностями которого являются человек, его жизнь, права и свободы. Концептуально совершенствуется отношение государства в области уголовной политики. На первый план выдвигаются права и свободы граждан, а затем уже интересы государства. Эта устойчивая тенденция выражена в положениях Конституции, в перспективных и долгосрочных программных документах, в ежегодных Посланиях Президента РК народу Казахстана, свидетельствуя о демократичности государства⁶⁵².

Р.Т. Нуртаев, рассматривая вопросы, связанные с содержанием уголовной политики, пишет, что в широком смысле слова в это определение входят такие ее неразрывные составляющие понятия, как тактика и стратегия организации мер борьбы с преступностью; криминализация и декриминализация общественно-опасных деяний; пенализация и депенализация уголовных наказаний⁶⁵³. Но это определение, на наш взгляд, не раскрывает всей сути уголовной политики, т.к. не включает в себя уголовное судопроизводство, где фактически закон находит свое применение.

⁶⁵⁰Стивен К. Тейман. Анализ проекта закона Кыргызской Республики «О внесении изменений и дополнений в УПК КР»

⁶⁵⁰Боботов О.С. Суд присяжных в новой системе судебной организации Российской Федерации // Гражданин и право. – 2000. – №4 (октябрь). – С. 56.

⁶⁵²Рогов И.И. Либерализация уголовной политики в Республике Казахстан: ее первые результаты и перспективы // Гуманизация уголовной политики Республики Казахстан: достижения и перспективы: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. – Алматы, 2004. – С. 97.

⁶⁵³Нуртаев Р.Т. Основные направления дальнейшей гуманизации уголовной политики в Казахстане // Гуманизация уголовной политики Республики Казахстан: достижения и перспективы: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. – Алматы, 2004. – С. 113.

Некоторые авторы считают, что «уголовная политика ограничивается задачей «борьбы с преступностью», а иногда и «войны с преступностью, что не только дезориентирует, но и дезорганизует деятельность правоохранительных органов по обеспечению безопасности и правопорядка, влечет, как правило, массовые нарушения законности, прав и свобод граждан», и в итоге остается далеко за рамками социально значимых интересов. Следствием этого является дальнейшая криминализация общества и крайне низкая степень доверия населения к полиции, прокуратуре, судам»⁶⁵⁴.

Ни один международный договор по правам человека не предусматривает обязательного участия народа в отправлении правосудия. Между тем конституционная норма о возможности осуществления уголовного судопроизводства с участием присяжных заседателей и первая статья Конституционного закона Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» позволили снять формальные причины невозможности судопроизводства в РК с участием присяжных заседателей. К.А. Мами, исследуя процесс судебно-правовой реформы и проблемы обеспечения прав человека, считает, что сегодня для казахстанского общества очень важно сохранение и развитие прогрессивных экономических, социально-политических тенденций. Именно необходимостью обеспечения социальной стабильности, поиском социального консенсуса в обществе и продиктовано введение нового правового института, поскольку суд присяжных представляет собой особую форму судопроизводства, в котором участвуют представители общественности, и в нем оптимально сочетаются как интересы государственных институтов, так и правовые воззрения народа. По сути, суд присяжных становится представительным органом общества в сфере правосудия⁶⁵⁵.

Гуманизм суда присяжных заседателей заключается в возможности общества через своих представителей всех слоев населения реально контролировать и осуществлять правосудие. Присяжные заседатели должны не только воспринимать ту интерпретацию событий и фактов, которые преподносятся суду участниками процесса, но сами должны активно участвовать в исследовании доказательств. От того, насколько они ответственно отнесутся к выполнению своих конституционных прав, и будет зависеть состояние защиты прав человека в уголовном процессе.

Привлечение граждан к правосудию с законодательным определением статуса, приравненного к статусу профессиональных судей, с условиями независимости и неприкосновенности позволит ограничить произвол при решении основного вопроса о виновности. Рассмотрим данное положение на

⁶⁵⁴Посмаков П.Н. Новые подходы к уголовной политике // Гуманизация уголовной политики Республики Казахстан: достижения и перспективы: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. г. Алматы, 29-30 апреля 2004 г. Раритет, 2004. – С. 63.

⁶⁵⁵Мами К.А. Ведение судопроизводства с участием присяжных заседателей в Казахстане // Вестник КазНУ. Серия юридическая. – 2002. – №1 (26). – С. 43.

примере Российской Федерации. По результатам проведенных там мониторингов деятельности суда присяжных, в глазах практикующих юристов, данная форма осуществления правосудия – это в большей степени инструмент защиты невиновного, нежели орудие наказания преступника⁶⁵⁶. Судопроизводство с участием присяжных заседателей предусматривает, что присяжные принимают главное решение – вердикт исключительно по совести, по внутреннему убеждению⁶⁵⁷. Присяжные обладают большими преимуществами – при вынесении вердикта, обладающего признаком обязательности для председательствующего и сторон. Согласимся с точкой зрения Н.К. Петровского, «что вердикт присяжных заседателей – это акт самоограничения государства в части определения виновности подсудимого...»⁶⁵⁸. Присяжные при вынесении обвинительного вердикта могут принять решение о признании подсудимого заслуживающим снисхождения. Это народное мнение влечет для признанного виновным применение большего или меньшего смягчения. К примеру, в Российской Федерации по постановлению Пленума Верховного Суда № 40 от 11 июня 1999 года «О практике назначения судами уголовного наказания» указано, что лицу, совершившему преступление, за которое возможно назначение смертной казни или пожизненного лишения свободы, но по вердикту присяжных заседателей заслуживающему снисхождения, судья, не применяя такие виды наказания, назначает лишение свободы в пределах, не превышающих двух третей максимального срока лишения свободы, указанного в соответствующей статье Особенной части УК РФ⁶⁵⁹.

Вместе с тем, в процессе судопроизводства, присяжные заседатели не должны злоупотреблять такими понятиями, как «снисхождение» либо «излишняя гуманизация», иначе это может привести к обратному результату, не соответствующему его целям. Так, по опубликованным данным, в Российской Федерации присяжные признают заслуживающими снисхождения каждого третьего убийцу и насильника и более половины лиц, признанных виновными в бандитизме⁶⁶⁰. Худшими примерами в истории суда присяжных современной России являются оправдательные вердикты, вынесенные петербургскими присяжными за последние полгода по делам об убийстве иностранных граждан. В городском суде был вынесен оправдательный вердикт четверым подсудимым по делу об убийстве гражданина Конго Ролана Эпоссака. Не подвергая сомнению факт совершения преступления, присяжные, тем не менее, сочли недоказанным ни присутствие четверых обвиняемых на месте убийства, ни наличие сговора

⁶⁵⁶Манова Н.С. Предварительное и судебное производство: дифференциация форм: учебное пособие для вузов. – М.: Приор-издат, 2004. – С. 128.

⁶⁵⁷Насонов С.А., Ярош С.М. Вердикт присяжных заседателей. – М.: Р. Валент, 2003. – 160 с.

⁶⁵⁸Петровский Н.К. Вердикт присяжных заседателей и его социально-правовые последствия: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – СПб., 1998. – 198 с.

⁶⁵⁹О практике назначения судами уголовного наказания: постановлению Пленума Верховного Суда № 40 от 11 июня 1999 года // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 1999. – № 8.

⁶⁶⁰Тащилин М. Индивидуализация наказания в суде присяжных // Российская юстиция. – 2000. – № 5 (май). – С. 5.

между ними, ни мотив национальной розни. На все вопросы о виновности и доказанности вины подсудимых в этом деле в опросном листе присяжные ответили – нет. После оглашения вердикта порядка 50 человек, которые пришли в зал суда поддержать подсудимых, устроили овацию присяжным и в течение нескольких минут аплодировали, выкрикивая «спасибо, присяжные» и «молодцы». Аналогичный вердикт, в котором подверглась сомнению доказанность национального мотива, был вынесен присяжными в марте 2006 года по делу об убийстве в феврале 2004 года в Санкт-Петербурге 9-летней таджикской девочки Хуршеды Султоновой. Обвинением лишь в хулиганстве и преимущественно условными сроками закончился процесс по делу об убийстве. Главный обвиняемый в убийстве несовершеннолетний Роман Казаков был приговорен к пяти с половиной годам лишения свободы с отбыванием наказания в воспитательной колонии. Остальные шестеро хулиганов получили от полутора до трех лет. В обоих случаях прокуратура внесла протесты в Верховный суд России по вынесенным приговорам⁶⁶¹.

С целью недопущения подобных ситуаций проводимая в Республике Казахстан правовая политика должна отличаться последовательностью решений и вытекать из целенаправленных действий государства, направленных на совершенствование деятельности правоохранительных и судебных органов. Это включает в себя три блока приоритетных направлений: обеспечение защиты неотъемлемых прав и свобод граждан; гуманизация уголовной политики; перспективы развития судебной системы, судебной власти и правоохранительных органов.

Эти направления вытекают из объективно сложившейся ситуации, связанной с доминирующей криминологической тенденцией продолжающегося роста преступности в мире, повышения ее тяжести и общественной опасности с одновременным отставанием социально-правового контроля от растущей мобильной и мимикрирующей криминализации общественных отношений. По мнению В.В. Лунеева, человеческое общество в третьем тысячелетии вынужденно будет более интенсивно искать достойный выход из криминального капкана, в который оно себя загнало. На уровне сегодняшних представлений этот выход лежит в расширении и углублении социально-правового контроля над противоправным поведением, криминологического и уголовно-правового. У каждого народа такая преступность, насколько он исторически способен к самоконтролю, насколько он хочет себя контролировать, насколько он осознал диалектику свободы и необходимости⁶⁶².

А.И. Алексеев считает, что эффективность криминологического предупреждения во многом зависит от уровня правовой культуры общества. В настоящее время достижение социально приемлемого уровня законопослушания существенно затруднено глубоко укоренившимися и широко распространенными деформациями правового и тесно связанного с

⁶⁶¹События и политика. – 2006. – 27 июля.

⁶⁶²Лунеев В.В. Преступность XX века: мировые, региональные и российские тенденции. – М., 2005. – С. 475.

ним нравственного сознания, которые с криминологической точки зрения представляют собой обширный спектр субъективных причин и условий преступности. Искажения правового сознания простираются от элементарной правовой неосведомленности до сознательного игнорирования закона, его требований, злонамеренного несоблюдения правовых дозволений и запретов, включая уголовно-правовые. Для многих людей стало нормой толерантное отношение к преступному и иному противоправному поведению, даже моральное оправдание и одобрение некоторых его форм. Разнообразные проявления правового нигилизма широко распространены как среди государственных и муниципальных служащих, лиц, занятых в частном секторе, так и среди широких слоев населения, включая молодежь⁶⁶³.

Общепризнано, что основным показателем отношения к праву служит уровень правосознания, складывающийся из двух элементов: знание права и отношение к нему. В современных условиях рыночной экономики, как представляется, немалую часть общества составляют те, поведение которых зависит от ситуации и, соответственно, характерной чертой правового общества переходного типа являются лабильность, приспособленчество, беспринципность, обусловленные жизненной потребностью выживания в новых, трудных для них условиях.

В Казахстане обозначенные криминологические процессы также имели место, поэтому в Концепции правовой политики Республики Казахстан до 2010 года во всех разделах были обозначены меры, носящие предупредительный характер: требования первичности и неотъемлемости прав и свобод человека, равенство граждан перед законом и судом, справедливость наказания. Реальное воплощение этих положений путем совершенствования законодательной базы деятельности правоохранительных органов и осуществления уголовного судопроизводства с участием присяжных заседателей⁶⁶⁴.

Можно признать, что создание института присяжных было вызвано необходимостью сохранения и развития прогрессивных экономических, социально-политических тенденций, обеспечения социальной стабильности, поиском социального консенсуса в обществе⁶⁶⁵.

Принятие законов, регламентирующих деятельность судов с участием присяжных заседателей, является радикальным, новаторским шагом. Значение его трудно оценить на современном этапе. В результате этого казахстанская юстиция приблизилась к законодательству развитых стран мира.

Введение нового института судопроизводства не предусматривает слома

⁶⁶³Алексеев А.И. Уголовная политика должна быть криминологически обоснованной // Современные проблемы и тенденции развития уголовного права, криминологии и уголовно-исполнительного права Республики Казахстан: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. В 2-х т. – Караганда: КарЮИ МВД РК им. Б. Бейсенова, 2009. – Т. 1. – С. 44.

⁶⁶⁴Концепция правовой политики Республики Казахстан: Указ Президента РК от 20 сентября 2002 года №949 // Каз. правда. – 2002. – 3 октября.

⁶⁶⁵Тлеукенов Н. Суд присяжных должен справедливо разрешать уголовные дела // Закон и правосудие. – 2005. – 2 ноября.

существующей судебной системы. Его предназначение в трансформации и дополнении судопроизводства новыми методами, формами, типами работы с учетом зарубежного и отечественного опыта развития судоустройства. Судопроизводство с участием присяжных заседателей носит в себе элементы профилактики и предупреждения правонарушений. В этой связи мы придерживаемся мнения В.В. Лунеева о том, что радикальной стратегией борьбы с преступностью было бы предупреждение ее путем изучения и устранения криминогенных факторов. Причины слабой эффективности профилактической работы многочисленны. Одной из них является недостаточно полное представление всей сложности и глубины данной проблемы. Поэтому предупреждение преступности в организованном порядке, как правило, возлагается лишь на органы уголовной юстиции. Их возможности по изучению и особенно по устранению серьезных криминогенных факторов крайне ограничены. Преступность детерминируется огромным комплексом причин, экономических, социальных, организационных, социально-психологических и т.д., которые неподвластны правоохранительным органам. Более того, реальное устранение наиболее значимых причин преступности на современном этапе не под силу обществу в целом, поскольку они кроются во всех сферах общественных отношений и связаны с социальными противоречиями, которые пока остаются неразрешимыми⁶⁶⁶.

Происходящий процесс введения новой формы судопроизводства, предусматривающей вовлечение населения в отправление правосудия, привлечения его к основам права, является действенным средством в предупреждении преступлений. Мы притягиваем к себе правопослушную часть общества, не даем ей переступить порог к совершению правонарушений. Как отмечают криминологи, по признаку целеполагания (или уровню) принято выделять общесоциальное (или общее) и специальное предупреждение преступности. В случае общего предупреждения речь идет о том, что позитивное развитие общества, совершенствование его экономических, политических, социальных и иных институтов, устранение из жизни кризисных явлений и диспропорций, питающих преступность, объективно способствуют ее предупреждению (путем ограничения сферы действия, снижения уровня, уменьшения вредных последствий и т.д.)⁶⁶⁷. То есть, прежде всего, при проведении правовой политики в республике нужно позаботиться о разработке конкретных мер общей превенции в отношении деяний, связанных с негативными последствиями глобализма⁶⁶⁸.

Седьмой Конгресс ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, прошедший в 1985 году в Милане, дифференцировал

⁶⁶⁶ Лунеев В.В. Преступность XX века: мировые, региональные и российские тенденции. – М., 2005. – С. 476.

⁶⁶⁷ Криминология / Под ред. проф. А.И. Долговой. – М.: НОРМА, 1997. – С. 338.

⁶⁶⁸ Нуртаев Р.Т. Основные направления дальнейшей гуманизации уголовной политики в Казахстане // Гуманизация уголовной политики Республики Казахстан: достижения и перспективы: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. – Алматы, 2004. – С. 84.

стратегию борьбы с преступностью на косвенную и прямую. В косвенную стратегию входят те меры воздействия на преступность, которые включают в себя повышение условий жизни населения, включая улучшение жилищных условий, питания, образования, профессиональной подготовки, обеспечения занятости, улучшения пенсионного обеспечения, создание условий для конструктивного проведения свободного времени, разработка социальных программ помощи молодежи и др. К мерам прямой стратегии 7 Конгресс ООН отнес 5 факторов. Вызывает интерес четвертый пункт стратегии, связанный с привлечением общественности к борьбе с преступностью (создание смешанных общественных и общественно-государственных органов для проведения профилактической работы, создание общественных органов для решения различных споров – советов старейшин, привлечение к профилактической работе молодежных и женских организаций).

Общество нуждается в разработке перспективной и научно обоснованной стратегии государственной политики по профилактике правонарушений, учитывающей реальные силы, средства правоохранительных органов, а также потребности общества в борьбе с преступностью. В ней должны быть предусмотрены меры по максимальному охвату объектов профилактической защиты, привлечению широких слоев населения и институтов гражданского общества к поддержанию правопорядка. Это вполне хорошее определение, аккумулирующее в себе все аспекты деятельности государства по профилактике правонарушений. Здесь имеются и элементы наступательности в работе правоохранительных органов, и элементы, предусматривающие вовлечение граждан в профилактическую деятельность. Профилактика и предупреждение преступлений ассоциируются только с работой правоохранительных органов и конкретных ее подразделений, а все предложения сводятся только к созданию ранее существовавшей во времена СССР в органах внутренних дел профилактической службы, действительно носившей стройный, комплексный характер. Но дело в том, что эта система предусматривала участие многих государственных органов и организаций, различных общественных формирований, населения. В данном случае известный постулат, что преступление легче предупредить, чем затем за него наказывать, не имеет отношения к рассматриваемой проблеме, речь идет не о выявлении, устранении и нейтрализации обстоятельств, способствующих совершению преступлений, а о формировании правового сознания через формирующийся институт присяжных заседателей. По мнению В.В. Лунеева, унификация контроля над преступностью, в том числе и на последней стадии уголовного правосудия, опираясь на соблюдение международных стандартов и норм, по сути своей не должна быть самодовлеющей, сдерживающей развитие конкретного национального опыта. Вряд ли, например, в России, стремящейся, порой бездумно, перенять опыт других стран, следовало разрушать систему товарищеских судов, условное осуждение с передачей виновного на поруки коллективу сотрудников и т.п. Названные и другие

советские институты изучались и высоко оценивались в мире⁶⁶⁹. На это обращает внимание и А.И. Алексеев, что с началом коренных преобразований в жизни российского общества в данной сфере произошел обусловленный сменой формаций отказ от изживших себя идеологических и социально-политических ориентиров, однако одновременно были утрачены и значительные позитивные ценности. Прежняя система правового воспитания была разрушена без воссоздания каких-либо новых структур и механизмов правовоспитательной работы, соответствующих изменившимся экономическим, социальным, политическим, духовно-нравственным и правовым реалиям⁶⁷⁰.

А.И. Алексеев обращает внимание, что противодействие преступности, особенно превентивное, должно осуществляться с учетом состояния, уровня правовой культуры и, соответственно, ее антипода – правового бескультурья. В уголовной политике необходимо учитывать как позитивные, так и негативные факторы сферы формирования и развития правосознания⁶⁷¹.

В этой связи требует научного осмысления нарабатанная в Казахстане практика привлечения граждан к отправлению правосудия в системе народных заседателей. Сегодня является нормальным явлением критиковать институт народных заседателей. Среди критиков отработаны термины: «кивалы», «украшения», характеризующие народных заседателей. Эти характеристики не совсем верно отражают реальное значение народных заседателей. Если провести сравнение участия шеффенов в судах Австрийской Республики и народных заседателей в судах Советского Союза, мы увидим очень много схожего, которое у нас раньше имело место, а в Австрии продолжает иметь место. А.Л. Ликас, рассматривая основные положения культуры правосудия, анализируя элементы этой культуры в деятельности судей, народных заседателей, прокурора, защитника и других участников судебного заседания, писал: «...в судах Литовской ССР народных заседателей приглашали в суд с учетом специфики дела и профессиональных знаний, а уж затем с учетом порядка очередности. Если рассматривалось дело несовершеннолетнего, в состав суда включали народных заседателей из числа педагогов и других лиц, обладающих опытом воспитания. Если народные заседатели приглашаются на судебные заседания без учета их профессиональных, специальных знаний, они нередко бывают пассивны, относясь к рассмотрению дела безответственно и формально»⁶⁷². По законодательству Латвийской ССР народные заседатели обязаны были знакомиться с материалами уголовного дела, что способствовало активному участию заседателя в судебном разбирательстве. Следует отметить, что

⁶⁶⁹ Лунеев В.В. Преступность XX века: мировые, региональные и российские тенденции. – М., 2005. – С. 453-454.

⁶⁷⁰ Алексеев А.И. Уголовная политика должна быть криминологически обоснованной // Современные проблемы и тенденции развития уголовного права, криминологии и уголовно-исполнительного права Республики Казахстан: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. В 2-х т. – Караганда: КарЮИ МВД РК им. Б. Бейсенова, 2009. – Т. 1. – С. 45.

⁶⁷¹ Алексеев А.И. Там же. С. 46.

⁶⁷² Ликас А.Л. Культура правосудия. – М., 1990. С. 90-92.

обязанность народных заседателей знакомиться с делом законодательно была установлена только в этой республике. Не правы еще раз те, кто просто критикует институт народных заседателей, считая, что тем самым только сейчас открывает действительную картину участия граждан в осуществлении правосудия. В частности, В.П. Кашепов отмечал, «значительная часть многотысячного корпуса заседателей не принимает участия в осуществлении правосудия. Многие народные заседатели тяготятся этой обязанностью, а судьи относятся к их работе формально-бюрократически. Отдельные процессуальные гарантии равноправного положения народных заседателей при отправлении правосудия фактически не соблюдаются, не могут компенсировать их фактического неравенства с судьями, вызванного отсутствием у них юридических знаний, четкого представления о своих правах, обязанностях и ответственности⁶⁷³. Н.В. Радутная, наблюдая 15 судебных заседаний, установила, что большинство совещаний суда носило формальный характер, а в отдельных случаях решение принималось председательствующим единолично, народные заседатели редко задавали вопросы, а 66% вообще не задавали вопросов⁶⁷⁴. По поводу нравственно-психологического подхода к решению проблем активизации народных заседателей в судебном процессе А. Кобликов писал: «Всех не удовлетворяет нынешняя пассивность значительной части народных заседателей, их робость при отстаивании своего мнения. Было бы желательно увеличить число народных заседателей в составе суда до шести, как минимум (т.е. расширенной коллегией), по делам, где возможно применение предельных сроков лишения свободы. А там, где закон допускает применение смертной казни, предусмотреть обязательное единогласие судей при назначении этой меры наказания. Психологическая и нравственная атмосфера в составе коллегии, где шесть или более народных заседателей, будет иной, чем теперь»⁶⁷⁵. Это мнение было поддержано А.А. Тарасовым, который отметил следующее: «...советский опыт привлечения к правосудию народных заседателей неоднозначен. В основе решения этой проблемы была впечатляющая своей откровенностью ленинская идея: «Нам надо судить самим. Граждане должны участвовать поголовно в суде и в управлении страны. И для нас важно привлечение к управлению государством поголовно всех трудящихся». Результат – двоякий: с одной стороны, массовые политические репрессии с широким народным участием, с другой стороны – очевидное преодоление разрыва между правосудием и населением страны. Если первое – мрачная страница нашей относительно недавней истории, то второе – это идеал, к которому стремится любое гражданское общество и любое правовое государство. Сегодня можно спорить о социально-психологической природе единения правосудия и общества в советские годы,

⁶⁷³Истина ... И только истина! Пять бесед о судебно-правовой реформе. Проблемы, дискуссии, предложения. – М.: Юрид. лит., 1990. - С. 230.

⁶⁷⁴Радутная Н.В. Народный судья. Профессиональное мастерство и подготовка.: М. Юрид. лит., 1997. – 144 с.

⁶⁷⁵Кобликов А. Гарантия правосудия // Известия. – 1988. – 11 августа.

объяснять его идеологическими мистификациями и массовым заблуждением. Но отрицать сам факт такого единения невозможно»⁶⁷⁶.

В то же время институт народных заседателей при всех его недостатках носил постоянный характер, через который прошли тысячи казахстанских граждан, проходя в суде большую школу, общественность получала правовое воспитание и вместе с тем осуществляла контроль за деятельностью суда, за соблюдением процессуального ритуала. Практика показывает, что деятельность суда присяжных содействует росту социальной активности граждан, поднимает их ответственность за судьбы людей в обществе в целом, доверие к суду. Для членов общества это был наилучший способ повышения правосознания. Исполнение обязанностей присяжных заседателей и их участие в отправлении правосудия способствует повышению правовой культуры населения. Лица, отобранные присяжными, ближе знакомятся с судебной системой и делают ее в целом и судебные решения в каждом отдельном случае более приемлемыми и для всего общества, и для проигравшей стороны⁶⁷⁷. Правовое обучение, формирование правосознания, повышение авторитета судебной власти – эти направления деятельности характерны для любого общества и являются всегда актуальными для государства. Привлечение гражданина к отправлению правосудия используется для формирования его правовой культуры и правосознания, и большую роль в этом должен сыграть суд с участием присяжных заседателей.

Например, в США для гражданина участие в суде присяжных равнозначно призыву в армию – это обязанность. Раз в три года каждый гражданин должен выполнить свою конституционную обязанность – быть присяжным. В среднем получается, раз в семь лет человек призывается к отправлению правосудия. По повестке гражданин обязательно является в суд, и даже если в этот день нет процесса и он не будет участвовать в формировании «скамьи», он целый день проводит в суде. Ему рассказывают об американской судебной системе, о судьях этого суда. К нему выходит в мантии председательствующий суда или судья этого суда и, обращаясь с уважением, говорит о его конституционной и гражданской обязанности. В конце дня выдается документ, что он выполнил почетную обязанность, и таким образом человек как истинный гражданин принимает участие в судьбе страны. Это является своеобразной народной школой правосудия⁶⁷⁸.

Об этом же свидетельствуют результаты опросов судебных заседателей Японии, участвовавших в отправлении правосудия в 2010 г., из которых

⁶⁷⁶Тарасов А.А. Современные проблемы народного участия в правосудии // Проблемы обеспечения прав участников процесса по новому Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации: мат-лы межрег. науч.-практ. конф. г. Самара, 18-19 декабря 2002 г. – Самара: Изд-во «Самарский университет», 2003. – С. 57.

⁶⁷⁷Анашкин Г.З. Настольная книга народного заседателя: пос. для слушателей. Изд. 4-е, перераб. – М.: «Знание», 1980.

⁶⁷⁸Мизулина Е.Б. Суд присяжных в Российской Федерации: перспективы и тенденции развития // Судопроизводство с участием присяжных заседателей и перспективы его введения в Республике Казахстан: мат-лы круглого стола. – Алматы, 2005. – С. 86.

54,6% - мужчины, а 43,6% - женщины, 14,5% - 20-29-летних, 23,0% - 30-39-летних, 21,5% - 40-49-летних, 20,2% - 50-59-летних, 17,2% - 60-69-летних, а 1,6% - 70 лет и старше. Из опрошенных: 63,1% думают, что хорошо поняли содержание судебного разбирательства, 28,6% - средне, а 7,1% - плохо. Из них 71,4% ответили, что смогли достаточно хорошо дискутировать в совещании, 7,1% - недостаточно, а 20,1% - трудно сказать⁶⁷⁹.

Имеющийся международный опыт, который был свойственен нам ранее, вновь становится востребованным. А.И. Алексеев пишет, с удовлетворением следует отметить, что в России наконец-то осознана вся острота проблемы правового бескультурья и настоятельная необходимость повышения уровня правосознания, активного противодействия всем проявлениям многоликого и весьма опасного правового нигилизма. Принято решение о разработке современной, соответствующей реалиям нынешнего этапа модернизации российского общества стратегии целенаправленного и наступательного противодействия деформациям правового сознания, формирования высокой правовой культуры, усиления влияния правовой идеологии и психологии на поведение людей, на состояние правопорядка⁶⁸⁰.

Принимая во внимание объективно сложившуюся ситуацию и учитывая переходный характер становления государства в Казахстане, когда становится очевидным расслоение общества, происходит процесс разрушения позитивных ценностных ориентаций и определенный упадок нравственности и культуры, как никогда требуется переосмысление имеющегося опыта судопроизводства с участием общественности, с учетом имеющихся проблем, и использования их в деятельности судов с участием присяжных заседателей. В этой ситуации требуется активность присяжных заседателей, в деятельности которых немалое воспитательное и профилактическое значение отводится культуре правосудия, позволяющей в известной мере обеспечить строгое соблюдение процессуальной ритуальной формы, а в итоге правильное применение закона и определение справедливого наказания. В частности, это и вопросы эстетической культуры участников судебного заседания. Так, если судьи проводят судебное заседание в мантии, то присяжные выглядят достаточно разношерстно. Это относится к одежде и другим атрибутам личности. Все это на первый взгляд кажется мелким и не совсем обязательным, но в действительности достаточно важным. В этой связи, мы полагаем, что должны быть единые требования к внешности и стилю одежды, а именно – строгий и официальный, без каких-либо излишеств. Тем самым у подсудимого и у

⁶⁷⁹ Интервью профессора Университета Канагава Акио Коморида на конференции «Участие граждан в отправлении уголовного правосудия: новые опыты, достижения и проблемы»: 16 ноября 2012 г. международная научно-практическая конференция с участием экспертов из Кореи, России, Казахстана. Конференция организована Институтом правовых исследований Университета Канагава и Институтом правовых исследований Университета Сэншу.

⁶⁸⁰ Алексеев А.И. Уголовная политика должна быть криминологически обоснованной // Современные проблемы и тенденции развития уголовного права, криминологии и уголовно-исполнительного права Республики Казахстан: мат.-лы междунар. науч.-практ. конф. В 2-х т. – Караганда: КарЮИ МВД РК им. Б. Бейсенова, 2009. – Т. 1. – С. 46-47.

граждан, присутствующих в судебном разбирательств, не будет какого-либо предубеждения в отношении конкретных присяжных, выделяющихся своим внешним видом из общепринятого представления о народных представителях как добропорядочных и объективных членах общества.

На наш взгляд, в духовной и правовой жизни общества на первый план должны выдвигаться идеи, направленные на укрепление закона и порядка, на всемерное поддержание прав человека и гражданина.

В свете указанных положений деятельность судов с участием присяжных заседателей должна отражать отношение большинства законопослушных граждан нашего государства к любым преступным проявлениям, отражая общее негативное отношение к лицам, причастным к их совершению. Тем самым указанная форма правосудия будет выступать средством обеспечения самими гражданами общественной безопасности страны, поскольку справедливые, с их точки зрения, решения суда будут совпадать с мнением остальной части населения и, следовательно, способствовать предупреждению и профилактике преступности, обеспечивая в стране закон и порядок.

§ 2. Нравственные основания вердикта суда с участием присяжных заседателей

Для каждой общественно-экономической формации отношение к понятию наказание было неоднозначным, поскольку на начальных этапах исторического развития оно рассматривалось лишь как специфическая мера устрашения и возмездия. С дальнейшей демократизацией общества, менялось и отношение к наказанию, в котором стало просматриваться сужение карательной политики и гуманизация уголовной ответственности. Тем не менее, уголовно-правовой контроль преступности не теряет своей актуальности, поскольку общество до настоящего времени не может от него отказаться. Практическая реализация уголовно-правового и криминологического контроля невозможна без ограничения человеческих прав и свобод, но ограничения узаконенного. Поэтому с дальнейшим ростом и «совершенствованием» преступности уголовно-правовой контроль будет углубляться и дифференцироваться, действуя в единой связке с криминологическим контролем. Общество вынуждено будет идти на новые и новые ограничения в целях более эффективного контроля за преступностью и своего собственного выживания, в целях подтягивания правового противодействия к растущей и мимикрирующей преступности⁶⁸¹.

Современное государство демократического характера, претендующее на статус «правового», признает в своем уголовном законодательстве, что наказание должно быть индивидуальным, дифференцированным, справедливым и гуманным, и с развитием теории естественных прав человека его личность и жизнь будут приобретать все более высокую

⁶⁸¹ Лунеев В.В. Преступность XX века: мировые, региональные и российские тенденции. – М., 2005. – С. 478-479.

значимость и ценность. Это основополагающие положения Конституции нашего государства, провозглашающие высшей ценностью человека и его личность. Однако это не означает, что ущемлять права человека нельзя. Преступление и наказание – неразрывно связанные понятия, первое невозможно без второго. Наказание как обязательная реакция на совершенное преступление, безусловно, ущемляет права человека, ограничивая их в объеме. «Правовое наказание выступает не как индивидуальная реакция на злодеяние, а как выражение своего рода договора людей в обществе, который они устанавливают для поддержания стабильности в общественной жизни в соответствии с имеющимися представлениями о добре и зле. Право, фиксируя в обществе границы для проявления индивидуальной воли, определяет меру виновности и наказания в зависимости от расхождения индивидуальных поступков с общими представлениями о должно-дозволенном поведении. Таким образом, наказание, в отличие от мести, является общественно обусловленным следствием преступления, что и определяет момент необходимой связи наказания с преступлением, их внутреннее единство»⁶⁸².

И.И. Рогов отмечает, что проводимая либерализация имеет свои пределы. Гуманизировать уголовную политику надо с большой осторожностью, в противном случае она может потерять свою репрессивность, в связи с чем от нее будет больше вреда, чем пользы. Необходимо акцентировать внимание на аналитической работе, т.е. следить за состоянием преступности, прежде всего рецидивной. Как показывают статистические данные, первый этап реформы уже принес положительные результаты. Например, уровень преступности в Казахстане за год снизился на 12,3%: если в 2002 г. было совершено более 135 000 преступлений, то в 2003 г. – 118 485 преступлений. На 7,8% произошло снижение рецидивной преступности»⁶⁸³. Согласно исследованию, проведенному в рамках проблем эффективности институтов амнистии и помилования, основанных на показателях уровня рецидива, за контрольные периоды вновь совершили преступления 21% – за 1999 г., 17% – за 2000 г., 13% – за 2001 г. Уровень рецидива среди помилованных в 4 раза меньше, чем среди тех, кого эта мера никак не коснулась. Результаты исследования констатируют, что гуманизация законодательства не оказывает влияния на рост рецидивной преступности. Росту способствуют скорее социальные проблемы, с которыми сталкиваются освобожденные⁶⁸⁴.

Р.Т.Нуртаев считает, что реальные возможности достижимости целей гуманизации системы исполнения уголовных наказаний представляется целесообразным рассматривать через призму расширения масштабов

⁶⁸²Суравегина Н.А. Преступление и наказание как проблема христианской этики // Государство и право. – 1995. – № 8.

⁶⁸³Рогов И.И. Либерализация уголовной политики в Республике Казахстан: ее первые результаты и перспективы // Гуманизация уголовной политики Республики Казахстан: достижения и перспективы: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. – Алматы, 2004. – С. 98.

⁶⁸⁴Рысмагамбетова Г.М. Роль амнистии и помилования в осуществлении уголовно-правовой политики Республики Казахстан: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – Караганда, 2007. – С. 22.

дифференцированного подхода к организации мер воздействия в отношении осужденных при построении пенитенциарной политики государства по принципу «наказывать надо обязательно, но разных преступников - по-разному. В этом вопросе не может быть никакой уравниловки и общего подхода. Речь идет о применении наказания к разным категориям преступников⁶⁸⁵.

С.М.Рахметов, рассматривая особенности уголовно-правовой политики Республики Казахстан, на основании анализа материалов уголовной статистики за последние годы выводит ключевые проблемы уголовной политики. Автор пишет, что принцип гуманизма в уголовно-правовой политике предполагает снижение репрессивности уголовного законодательства. В частности, после принятия УК РК 2014 года за 4,5 года до 1 января 2019 года были приняты 25 законов, которые внесли в него немало изменений и дополнений. Большинство (около 70%) из них направлены на декриминализацию (исключение уголовной ответственности) и депенализацию (смягчение наказания) деяний. Особенно интенсивно этот процесс имеет место по нормам УК, предусматривающим ответственность за уголовные правонарушения в сфере экономической деятельности.

Вместе с тем автор обращает внимание, на недостаточную эффективность проводимой в нашей стране уголовно-правовой политики, о чем свидетельствуют статистические данные. В Республике Казахстан за последние 10 лет наблюдается рост преступности. В частности, если в 2009 году в Казахстане было зарегистрировано 121667 преступлений⁶⁸⁶, в 2018 году зарегистрировано 292286 уголовных правонарушений⁶⁸⁷, то есть количество зарегистрированных уголовных правонарушений выросло в 2,4 раза, или на 240 %.

Автор связывает сложившуюся неблагоприятную криминогенную обстановку в стране, с нарушением принципа неотвратимости ответственности и наказания. Это подтверждается следующими статистическими данными. В 2017 году было зарегистрировано 316418 уголовных правонарушений, следствием окончено по 142378 уголовным правонарушениям (45,0 процентов от числа зарегистрированных). По большинству остальных зарегистрированных уголовных правонарушений – 175294 – не установлены лица, их совершившие. Направлены в суд уголовные дела по 73794 уголовным правонарушениям (оконченные дела по 68584 уголовным правонарушениям не дошли до суда, хотя виновные по ним

⁶⁸⁵ Нуртаев Р.Т. О мерах по дальнейшей гуманизации системы исполнения уголовных наказаний // Уголовно-исполнительная система Республики Казахстан: существующие проблемы и перспективы дальнейшего развития: коллективная монография на основе материалов международной научно-практической конференции. Под ред. Мизанбаева А.Е., д.ю.н., Бекмагамбетова А.Б., к.ю.н., ассоц.профессора – Екатеринбург-Костанай, 2018. – С. 126.

⁶⁸⁶ Комитет по правовой статистике и специальным учетам Генеральной прокуратуры Республики Казахстан. Статистический отчет о зарегистрированных преступлениях и результатах деятельности органов уголовного преследования. Раздел 1. Сведения о зарегистрированных преступлениях (за 12 месяцев 2009 года).

⁶⁸⁷ 8. Комитет по правовой статистике и специальным учетам Генеральной прокуратуры Республики Казахстан. Отчет о зарегистрированных преступлениях и результатах деятельности органов уголовного преследования (за 12 месяцев 2018 года).

установлены и производство по уголовному делу было завершено, но в дальнейшем производство по делам было прекращено). Прекращены органами досудебного расследования уголовные дела по пунктам 3,4,9,10,11,12 части 1 ст. 35 УПК (по нереабилитирующим основаниям) по 68584 уголовным правонарушениям, а также по пунктам 1,2,5,6,7,8 части 1 ст. 35 УПК (по реабилитирующим основаниям) по 125732 уголовным правонарушениям⁶⁸⁸ [16].

Суды прекратили уголовные дела в отношении 22863 лиц. Осуждено 31950 человек⁶⁸⁹. Это составляет всего около 10 процентов от числа лиц, которые совершили в 2017 году уголовные правонарушения. Таким образом, за год количество прекращенных уголовных дел (194316) более, чем в шесть раз превышает количество уголовных дел, по которым виновные осуждены по зарегистрированным уголовным правонарушениям.

В 2018 году было зарегистрировано 292286 уголовных правонарушений, следствием окончено по 127881 уголовным правонарушениям (43,75% от числа зарегистрированных). Сроки досудебного расследования уголовного дела прерваны по 157521 зарегистрированному уголовному правонарушению, в том числе по 155939 уголовным правонарушениям в связи с неустановлением лица, их совершившего. Направлены в суд уголовные дела по 65004 уголовным правонарушениям (оконченные дела по 62877 уголовным правонарушениям не дошли до суда, хотя виновные по ним установлены и производство по уголовному делу было завершено, но в дальнейшем производство по делам было прекращено). Прекращены органами досудебного расследования уголовные дела по пунктам 3,4,9,10,11,12 части 1 ст. 35 УПК (по нереабилитирующим основаниям) по 62877 уголовным правонарушениям, а также по пунктам 1,2,5,6,7,8 части 1 ст. 35 УПК (по реабилитирующим основаниям) по 105961 уголовным правонарушениям⁶⁹⁰.

Суды прекратили уголовные дела в отношении 17933 лиц. Осуждено 31309 человек⁶⁹¹, что составляет всего около 10,67% от числа лиц, которые совершили в истекшем году уголовные правонарушения. Таким образом, за истекший год количество прекращенных уголовных дел (186771) примерно в шесть раз превышает количество уголовных дел, по которым виновные осуждены по зарегистрированным уголовным правонарушениям. Лишь по одному из десяти зарегистрированных уголовных правонарушений виновные осуждены.

⁶⁸⁸ Комитет по правовой статистике и специальным учетам Генеральной прокуратуры Республики Казахстан. Отчет о зарегистрированных преступлениях и результатах деятельности органов уголовного преследования (за 12 месяцев 2017 года).

⁶⁸⁹ Комитет по правовой статистике и специальным учетам Генеральной прокуратуры Республики Казахстан. Форма № 10. О числе лиц, в отношении которых вынесены судебные акты (за 12 месяцев 2017 года).

⁶⁹⁰ Комитет по правовой статистике и специальным учетам Генеральной прокуратуры Республики Казахстан. Отчет о зарегистрированных преступлениях и результатах деятельности органов уголовного преследования (за 12 месяцев 2018 года).

⁶⁹¹ Комитет по правовой статистике и специальным учетам Генеральной прокуратуры Республики Казахстан. Форма № 10. О числе лиц, в отношении которых вынесены судебные акты (за 12 месяцев 2018 года).

Нарушение принципа неотвратимости ответственности приводит к тому, что большинство из числа лиц (9 из 10), совершивших уголовные правонарушения, остаются безнаказанными, продолжают свою противоправную деятельность до тех пор, пока не будут привлечены к ответственности за совершение очередного уголовного правонарушения и не получат заслуженное наказание.

Автор акцентирует, что 10 лет назад количество зарегистрированных преступлений было в 2,4 раза меньше и это можно связать с тем, что в тот период принцип неотвратимости нарушался в 3 раза меньше, чем сейчас.

По зарегистрированным в 2009 году 121667 преступлениям было осуждено 39391⁶⁹², то есть почти каждый третий, совершивший преступление.

На основе проведенного исследования, автор делает заключение, что одной из причин нарушения принципа неотвратимости является увлеченность отдельных ученых, а также лиц, причастных к законотворческому процессу, принципом гуманизма. Некоторые из них, думая только о гуманизации уголовного законодательства, забывают, что гуманизация порою происходит в ущерб другим принципам уголовного права: принципам справедливости, неотвратимости ответственности. Называя таких ученых квазигуманистами, ученые Российской Федерации дали им следующее определение: «Квазигуманисты – это не только заблуждающиеся или приспособленцы в науке. Это может быть и умышленная деятельность отдельных преступных структур в целях ослабления деятельности государства в борьбе с преступностью. К тому же квазигуманизм как вредное направление существенно препятствует принятию эффективных законов, направленных на борьбу с уголовной преступностью»⁶⁹³.

В настоящее время в Республике Казахстан под лозунгом гуманизации уголовного законодательства, снижения его репрессивности происходит смягчение ответственности и наказания, в том числе за некоторые коррупционные преступления.

В Российской Федерации рядом ученых совершенно правильно ставится вопрос об установлении пределов гуманизма, так как гуманизм не может быть беспредельным. Они правильно считают, что прежде чем приступить к очередной гуманизации уголовного законодательства, нужно проанализировать последствия предыдущей гуманизации⁶⁹⁴.

⁶⁹² Комитет по правовой статистике и специальным учетам Генеральной прокуратуры Республики Казахстан. Статистический отчет о зарегистрированных преступлениях и результатах деятельности органов уголовного преследования. Раздел 1. Сведения о зарегистрированных преступлениях (за 12 месяцев 2009 года).

⁶⁹³ Сизая Е.А. О концепции пределов гуманизма // Актуальные проблемы уголовного, уголовно-исполнительного права и криминологии: Материалы международного круглого стола, посвященного 75-летию со дня рождения и 40-летию работы во ВНИИ МВД России Заслуженного деятеля науки Российской Федерации, доктора юридических наук, профессора А. С. Михлина. – Москва, 2005.

⁶⁹⁴ Голик Ю., Селиверстов В. Пределы гуманизма // Социалистическая законность. - 1990. - №6. - С. 14., Быстрицкий А. Пределы гуманизма // Итоги. - 1996. - №30. - С. 44-45., Петропавловский В. Нужна не гуманизация наказания, а нормализация условий содержания заключенных // Российская юстиция. - 2002. - №10. - С. 43-44.

Необходимо сделать пояснение по росту преступности, которое ассоциируется в первую очередь с количеством зарегистрированных преступлений. УПК РК 2014 года исключил стадию возбуждения уголовного дела, в результате чего стали регистрировать все заявления и сообщения, в целях исключения укрытия преступлений. Согласно ст. 179 УПК РК 2014 года началом досудебного расследования является регистрация заявления, сообщения об уголовном правонарушении в Едином реестре досудебного расследования, либо производство первого неотложного следственного действия. В результате пришли к другой крайности. В 2015 году зарегистрировано в ЕРДВ и начато производство по 683 637 заявлениям и сообщениям, из которых в последующем 307 653 или 45% прекращены по реабилитирующим основаниям. В 2016 года каждое третье, а это 88 тысяч дел, прекращено. Около 9 тысяч уголовных дел было возбуждено экономической направленности, по итогам 2016 года половина из них была прекращена, основания прекращения были различные.

В унисон сказанному, Р.Д.Шарапов, ссылаясь на ученых криминологов пишет, что современные криминологические и уголовно-правовые исследования последних лет в большинстве своем свидетельствуют о заметном ухудшении криминальной обстановки в мире. На фоне глобализации и интернационализации преступности констатируется «абсолютный и относительный (относительно населения, экономического развития, культуры и т.п.) рост фактической преступности (несмотря на разнонаправленные колебания ее регистрируемой части); увеличение опережающими темпами числа наиболее опасных преступлений; усиление влияния международного терроризма на криминальную ситуацию в стране (например, криминальная миграция рекрутов в структуры запрещенного в России Исламского государства); распространяющееся проникновение преступности в официальные структуры общества и прежде всего криминальную экспансию в экономике, протекающую в тесной взаимосвязи с коррумпированием власти; вовлечение в состав преступников все большего числа лиц, ранее относившихся к категории законопослушного населения, и другие негативные тенденции глобального свойства»⁶⁹⁵.

Согласно экспертным оценкам уровень латентной преступности составляет 70-80 % от реальной преступности⁶⁹⁶. Это означает, что, например, в России фактически совершается примерно 12-18 млн. преступлений в год, а по обоснованным подсчетам ВНИИ МВД – 22-25 млн.⁶⁹⁷

Произошедшие в начале нового столетия изменения количественных, и еще более качественных показателей преступности во многих странах мира вполне закономерно актуализируют вопрос об адекватном уголовно-политическом, и прежде всего уголовно-правовом противостоянии

⁶⁹⁵ Алексеев А.И., Овчинский В.С., Побегайло Э.Ф. Российская уголовная политика: преодоление кризиса. М., 2006.

⁶⁹⁶ Лунеев В.В. Науки криминального цикла и борьба с преступностью // Уголовное право. 2008. № 6.

⁶⁹⁷ Лунеев В.В. Науки криминального цикла и борьба с преступностью // Уголовное право. 2008. № 6.

криминальным угрозам. Автор, констатирует, что в России данный вопрос приобретает еще большую остроту на фоне имеющих место в последние годы очевидных промахов в реформировании уголовного законодательства, перегибов в его гуманизации, неоправданного либерализма многих судов в применении мер уголовной ответственности, кризиса современной уголовной политики, и в особенности, системы уголовных наказаний, отсутствия выверенной, основательно просчитанной, научно обоснованной и опирающейся на криминологическую реальность единой стратегии борьбы с преступностью⁶⁹⁸.

В вопросах снижения репрессивности надо быть крайне осторожными. Н.А.Лопашенко провела исследование о предлагаемых путях снижения репрессивности действующего уголовного закона и обращает внимание, что сама по себе репрессивность уголовного закона – это имманентно присущее ему качество; уголовный закон не может быть никаким другим, в противном случае – это не уголовный закон. Уменьшение чрезмерного карательного эффекта уголовного закона – работа крайне деликатная, чувствительная для всех уголовно-правовых институтов. Проводить ее можно и нужно под главным принципом – не навредить из благих побуждений⁶⁹⁹.

На волне исследованного отступления от принципов неотвратимости ответственности и наказания и чрезмерного увлечения гуманизмом на современном этапе, перейдем к нравственным началам в уголовном процессе.

Говоря о нравственных началах в уголовном процессе, известный русский юрист А.Ф. Кони отмечал, «к важнейшим обязанностям судьи относится и избрание рода и меры наказания. Законодатель, руководствуясь нравственными и общественными идеалами, потребностями государства и целями общежития, из ряда сходных житейских явлений выводит одно типическое понятие, которое и называет преступлением, облагая определенным в своих крайних границах наказанием. Судья это типическое понятие прилагает к отдельным случаям жизни, облеченным в плоть и кровь. Поэтому ему нужна наблюдательность, умение оценивать подробности и способность прислушиваться не только к голосу разума, но и к предстательству сердца. Наказание есть не только правовое, но и бытовое явление, и его нельзя прилагать механически ко всякому однородному преступлению одинаково. Карая нарушителя закона, суд имеет дело не с однообразной формулой отношения деятеля к деянию, а обсуждает так называемое «преступное состояние», представляющее собой в каждом отдельном случае своего рода круг, в центре которого стоит обвиняемый, от которого в окружности идут радиусы, выражающие, более или менее, все

⁶⁹⁸ Шарапов Р.Д. Система уголовных наказаний: очерки проблем // Уголовно-исполнительная система Республики Казахстан: существующие проблемы и перспективы дальнейшего развития: коллективная монография на основе материалов международной научно-практической конференции. Под ред. Мизанбаева А.Е., д.ю.н., Бекмагамбетова А.Б., к.ю.н., ассоц.профессора – Екатеринбург-Костанай, 2018. – С. 270.

⁶⁹⁹ Лопашенко Н.А. Снижение репрессивности уголовного закона: предлагаемые меры и их оценка // Уголовное право. 2017. № 4. С. 84-93.

стороны его личности и житейского положения – психологическую, антропологическую, общественную, экономическую, бытовую, этнографическую и патологическую. Для правильной оценки этого состояния не может быть общего, равно применимого мерил, и механически прилагаемое наказание без соображения движущих сил, приведших к преступлению, было бы, в огромном числе случаев, великой несправедливостью. Поэтому все лучшие современные уголовные законодательства, в том числе и наш Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями, и наше новое Уголовное уложение, стремятся по возможности освободить судью от внешних пут и дать ему широкий простор в избрании наказания, доверяя в этом случае его житейской опытности и его судейской совести»⁷⁰⁰.

Определение, сформулированное А.Ф. Кони, послужило тому, что спустя много лет ученые, с учетом современных реалий, построили логическую программу установления вины на высоком научном уровне и это позволило создать схему практических действий правоприменителя при квалификации преступлений.

П.С. Дагель и Р.И. Михеев в 80-х годах прошлого столетия предложили теоретические основы установления вины, указали причины, отрицательно влияющие на правильное определение субъективной стороны, и предложили логическую программу установления вины, позволяющую свести до минимума судебные ошибки в данной сфере. В частности, они считали недопустимым при установлении вины не учитывать в первую очередь мотивы и цели деяния. Авторами были выведены три причины нарушений установления вины. Первой называли неправильное понимание и толкование признаков вины или неправильную их оценку. Ко второй причине относили неустановление или недостаточное установление фактических обстоятельств дела. Они заявляли, что «нельзя согласиться с мнением, что для правильного установления вины достаточно лишь хорошее знание закона и точно установленные факты», при квалификации преступления не менее важно дать правильную социально-политическую, нравственно-психологическую и правовую оценку установленным фактическим обстоятельствам в совокупности. Третьей причиной авторы считали неправильный методологический подход к исследованию субъективной стороны преступления. Учеными отмечался упрощенный взгляд на данный вопрос и недооценка работниками трудностей и сложностей установления психологических компонентов, составляющих вину. К ним авторы относили не только сознание и волю, но и эмоции, мотивы, цели и др.⁷⁰¹.

Основанием для обращения к нравственным началам при назначении наказания для А.Ф. Кони стало дело Веры Засулич, которое ассоциируется с знаменитым выступлением присяжного поверенного П.А. Александра в ее

⁷⁰⁰Кони А.Ф. Уголовный процесс: нравственные начала. – М.: Современный гуманитарный институт, 2000. – С.19.

⁷⁰¹Дагель П.С., Михеев Р.И. Теоретические основы установления вины: Учебное пособие. Владивосток, 1975. С. 151.

защиту и председательством на этом процессе самого А.Ф. Кони. Но чаще всего оно воспринимается как прецедентное решение присяжных, при доказанности обвинения, ставшее причиной вынесения необоснованных оправдательных приговоров судом присяжных и, более того, повлиявшее на ход исторического развития России.

Такое объяснение данного факта в истории существования суда присяжных в России имеет место не только среди граждан, но и в научных кругах. Так, руководитель отдела уголовного процесса Российской Академии правосудия Л.Б. Алексеева, отметила в своем выступлении, «подумайте, разрешите ли вы присяжным своим при доказанности, что это преступление совершил данный подсудимый, признавать его невиновным. Россия предоставила такое право. Это означает, что да, совершил. Всем известно дело Веры Засулич, которая 24 января 1878 года выстрелила из револьвера в Петербургского градоначальника, генерал-адъютанта Трепова. Она и признала себя виновной, «да, застрелила чиновника, да, хотела, да, умышленно. Но извините, чиновник был нехороший человек. Чиновник чинил расправу с заключенными». И присяжные признали ее невиновной. Этот факт стал историческим, на нем учились, о нем все знают. И этим фактом гордился суд присяжных российский, что он может выносить такого рода решения. Мы тоже посчитали, что это допустимо, и у нас теперь есть такие дела, которые нам все время преподносят на блюдечке, как говорится, с синей каемочкой, и говорится; вот вам ваш суд присяжных»⁷⁰².

Аналогичный взгляд на суд присяжных у Ю.М. Антоняна, который, говоря о негативных последствиях указанного факта, пишет: «...как и любой другой людской суд, суд присяжных часто ошибался. Были у него ошибки и исторического значения, которые оказали огромное влияние на судьбы России. Оправдание судом присяжных В. Засулич окончательно развязало руки террору. Те, кто еще колебался, обрели после этого уверенность в том, что в мирное время убивать людей на улице можно и даже нужно, что цель оправдывает средства, и убийцы будут оправданы. Да и не убийцы они вовсе, а «народные защитники и герои». Общественное мнение тогда решительно стало на сторону террористов, и страну залило кровью. Еще бы – ведь Засулич оправдал суд присяжных, который является гласом народа»⁷⁰³.

Дело В. Засулич, становится как никогда актуальным в настоящее время. Обратившись к нему, можно получить ответ на вопросы: почему две коллегии присяжных вынесли оправдательный вердикт спецназовцам ГРУ Э. У., А. К., В. В. и А. П., обвиняемым в убийстве в январе 2002 года на территории Шатойского района Чечни шестерых мирных жителей. Оба раза присяжные признавали тот факт, что убийство имело место, но отказывались считать подсудимых виновными в убийстве, так как они выполняли приказ; почему 5 мая 2006 года Военная коллегия Верховного суда РФ во второй раз

⁷⁰²Алексеева Л.Б. Выступление на международной научно-практической конференции «Вопросы и пути реализации создания института суда присяжных в Республике Казахстан». Алматы, 25-26 ноября 2002 г. // Предупреждение преступности: криминологический журнал. – 2003. – №1. – С. 24.

⁷⁰³Антонян Ю.М. Всегда ли прав глас народа? // Интерпол экспресс. – 2003. – №20 (июнь).

отменила оправдательный приговор в отношении военнослужащих внутренних войск Е. Х. и С. А., обвиняемых в убийстве 15 января 2003 года трех мирных жителей близ аэропорта Северный в Грозном.

В этой связи следует задуматься над тем, что «случаи оправдания за отсутствием в деянии состава преступления, например, убийц в условиях полной доказанности события убийства, участия подсудимого в его совершении, тем более, если он не отрицает, что совершил вмененное ему в деяние, не только делают приговор неубедительным, не только не добавляют авторитета альтернативной форме судопроизводства, но и дискредитируют саму идею суда присяжных и способствуют развитию негативного отношения к этому институту в целом, как у сотрудников правоохранительных органов, так и у простых граждан. Учитывая публичный характер судебного разбирательства и оглашения приговора, пристальное внимание средств массовой информации к разрешению дел по обвинению в тяжких и особо тяжких преступлениях, нельзя сбрасывать со счетов и возможность того, что подобные оправдания «за отсутствием в деянии состава преступления» будут превратно истолковываться юридически неискушенной общественностью, а сами деяния послужат отдельным согражданам примером для подражания»⁷⁰⁴.

Свой вывод автор обосновывает исследованием 18 оправдательных приговоров, постановленных с участием присяжных заседателей в Саратовском областном суде. В каждом из них один или несколько подсудимых оправдывались полностью или частично по отдельным пунктам предъявленного обвинения. В общей сложности оправданы 27 подсудимых по 60 пунктам обвинения. В подавляющем большинстве случаев председательствующие судьи указали то или иное основание оправдания. Лишь одним приговором подсудимый оправдан по одному пункту обвинения без ссылки на какое-либо основание. Использовались пять различных формулировок: «за отсутствием события преступления» – по 21 пункту обвинения в 9 приговорах; «за неустановлением события преступления» – по 4 пунктам в 1 приговоре; «за недоказанностью в совершении преступления» – по 1 пункту в 1 приговоре; «за недоказанностью участия в совершении преступления» по 25 пунктам в 9 приговорах; «за отсутствием состава преступления» – по 8 пунктам в 3 приговорах. Председательствующие судьи активно использовали в качестве основания оправдания формулировку «за отсутствием события преступления», тогда как действовавшему тогда уголовно-процессуальному законодательству РФ оно не было известно. Что касается п. 1 ч. 1 ст. 5 УПК РФ, в котором упоминается «отсутствие события преступления», то там речь идет об основании прекращения дела. Эта ситуация имела место, когда присяжные выносили вердикт о невиновности, ответив положительно на первые два основных вопроса и отрицательно на третий, а председательствующий судья усматривал в деянии подсудимого

⁷⁰⁴Овсянников И. Основания оправдания в суде присяжных (критический анализ судебной практики) // Российская юстиция. – 1999. – №7. – С. 11.

состав определенного преступления⁷⁰⁵.

Учитываются ли в современном уголовном законодательстве изложенные требования судьями при назначении наказания? Какова точка зрения ученых-криминологов на создающуюся ситуацию? Г.Ф. Хохряков пишет: «Не учитывать личность нельзя. Это было бы несправедливо. Но учитывать личность бесконтрольно тоже нельзя. Это подорвет доверие к закону. Очевидно, нужно отыскать такие признаки, учитывая которые можно было бы надеяться, что не пострадает справедливость, и полнее будут реализовываться цели наказания. Это требование будет соблюдено, если при назначении наказания будут учитываться мотивы совершенного преступления»⁷⁰⁶.

В борьбе с преступностью уголовное наказание пока остается одной из основных форм реагирования. Действительно, до сих пор в мире не найдены аргументы, подтверждающие позитивную взаимосвязь между суровостью уголовных наказаний и безопасностью общества. Наоборот, репрессивные формы реагирования на преступления таят в себе другое зло – возможность криминализировать общество. Норвежский криминолог профессор Нильс Кристи предупреждает, что чрезмерное увлечение суровыми мерами наказания может нанести существенный вред любому демократическому обществу и подтолкнуть государство к применению тоталитарных форм правления⁷⁰⁷.

Несмотря на критику, практика применения наказания в виде лишения свободы свидетельствует о чрезмерном увлечении этой мерой наказания почти повсеместно в мире. В тюрьмах мира находится более 8,5 млн. заключенных и это число продолжает расти. Казахстанская судебная система движется от обратного. Причины назначения необоснованно жестких наказаний у нас заключаются в субъективном отношении определенной части судей. Не срабатывают принципы справедливости и целесообразности, присутствует ненужная жесткость, которая ведет к расширению антисоциального криминального правосознания граждан. Практика показывает, что наказание в виде лишения свободы является одним из наиболее часто назначаемых видов наказания.

По данным Комитета по правовой статистике и специальным учетам продолжает иметь место назначение длительных сроков лишения свободы как за совершение тяжких и особо тяжких преступлений, так и за преступления средней тяжести. Критика тюрем сегодня в большей степени связана с более прагматичными аргументами, т.е. их переполненностью, чрезмерной загруженностью судов, высокими затратами содержания большой массы заключенных. Сегодня на передний план выдвигаются

⁷⁰⁵ Овсянников И. Там же. С. 11.

⁷⁰⁶ Истина ... И только истина! Пять бесед о судебно-правовой реформе. Проблемы, дискуссии, предложения. – М.: Юрид. лит., 1990. – С. 405.

⁷⁰⁷ Витольд Захарс. Гуманизация уголовной политики Латвии // Гуманизация уголовной политики Республики Казахстан: достижения и перспективы: мат.-лы междунар. науч.-практ. конф. 29-30 апреля 2004 г. – Алматы: Раритет, 2004. – С. 58.

сопоставление и подсчет потерь и приобретений, связанных с содержанием непомерно большого количества людей в тюрьмах и результатами их реинтеграции в общество после освобождения. Между тем практика назначения уголовных наказаний не должна зависеть от того, что тюрьмы переполнены или, наоборот, не заполнены, что осужденных в местах лишения свободы недостаточно хорошо кормят, лечат, а иногда и бьют, нарушают их права. Наказание есть мера государственного принуждения, назначаемая по приговору суда. Наказание применяется к лицу, признанному виновным в совершении преступления, и заключается в предусмотренном Уголовным кодексом лишении или ограничении прав и свобод этого лица (ч. 1 ст. 39 УК РК). Наказание является мерой государственного принуждения и имеет свои специфические особенности и стоящие перед ней цели, призвано охранять от различного рода преступных посягательств на права, свободы и законные интересы граждан и юридических лиц, общественный порядок и общественную безопасность, окружающую среду, конституционный строй и территориальную целостность Республики Казахстан, мир и безопасность человечества.

В Казахстане 1 судья совместно с 10 присяжными заседателями определяют факт совершения преступления, степень виновности привлеченного к уголовной ответственности лица, квалификацию преступления и меру наказания. Сложность заключается в том, что фактически в совещательной комнате 11 судей принимают решение по вопросам факта и права, при этом 1 судья состоит на профессиональной службе и имеет опыт работы, а 10 присяжных заседателей не имеют юридического образования и соответствующих навыков. При проведении совещания и голосования по каждому вопросу, поставленному на обсуждение, председательствующий вправе давать разъяснения присяжным заседателям по возникшим у них неясностям. Сложность заключается в ситуации, когда в ограниченное количество времени люди должны воспринять теорию уголовного права и вопросы назначения наказания в совокупности с уголовно-исполнительным правом, предусматривающим вид, режим и порядок исполнения наказания. Из чего вытекает последующая процедура выбора и назначения наказания судом с участием присяжных заседателей. Этот вопрос уже поднимался учеными, однако остался открытым, т.к. механизм не выработан до настоящего времени. Г.Ж. Сулейменова считает, что у судей-профессионалов вследствие наличия у них юридического образования и опыта судейской работы формируется стереотипное профессиональное поведение. Вследствие этого принятие ими совместно с присяжными заседателями решения по делу неизбежно приведет к тому, что судьи-профессионалы при обсуждении вопросов в совещательной комнате о виновности, квалификации, мере наказания вольно или невольно будут навязывать присяжным свое мнение, доводы. И, безусловно, над присяжными заседателями будет довлеть профессионализм и авторитет

профессиональных судей⁷⁰⁸.

Выходом из сложившейся ситуации могло бы стать применение компьютерных технологий при вынесении вердикта присяжными. Суть указанной процедуры сводится к следующему. Для того чтобы исключить негативное непосредственное влияние подсудимого и присутствующих в суде граждан на коллегии присяжных, нами предлагается поместить их на все время судебного следствия в совещательную комнату, откуда они смогли бы наблюдать за ходом процесса посредством мониторов и, соответственно, свободно, без ограничения во времени, высказывать свое мнение по поводу увиденного и, в то же время, не нарушая порядка судебного разбирательства. Судья, в свою очередь, также посредством монитора, может наблюдать за деятельностью присяжных заседателей и, при необходимости, отвечать на поставленные ими вопросы либо корректировать их деятельность каким-либо другим образом. Если же принять за основу предложение о третьем судьё-консультанте, то в этом случае возможна только односторонняя звуковая связь, когда присяжные могут задавать через председательствующего свои вопросы и слышать ответы, но сам председательствующий не может влиять на их мнение, поскольку работает только на прием. На все вопросы присяжных будет отвечать судья-консультант, предварительно не ознакомленный с материалами уголовного дела и, в этой связи, так же, как и присяжные, независимый от выводов предварительного следствия. Кроме того, необходимо привлечение судебных психологов и других специалистов, позволяющих сохранять в ходе судебного разбирательства и во время формулировки вердикта должный психологический климат.

Полагаем, что подобная процедура возможна в любом районе Казахстана и не требует больших капиталовложений. С другой стороны, суд присяжных станет более объективным и параллельно безопасным для тех, кто высказывает свое мнение по поводу судебного следствия. Присяжные приглашаются в судебное заседание лишь для оглашения вердикта, где в соответствии с положениями ч. 10 ст. 656 УПК РК, если вопрос о вине подсудимого решен положительно, председательствующий разрешает вопрос о том, является ли деяние преступлением и каким именно уголовным законом оно предусмотрено (статья, часть, пункт), а также разъясняет присяжным заседателям, какие меры наказания предусмотрены за его совершение.

После оглашения обвинительного вердикта присяжных и разъяснения его последствий председательствующий, с целью постановления своего окончательного приговора, объявляет перерыв и назначает день его оглашения. До указанного момента он, без присяжных заседателей, с участием государственного обвинителя и представителей защиты должен определить вид и размер наказания. Именно в этот период возможны различные согласительные процедуры со стороны защиты, которые, при

⁷⁰⁸Сулейменова Г.Ж. Казахстанский суд с участием присяжных заседателей // Юрист. – 2005. – №2. – С. 24.

условии устранения подсудимым вредных последствий преступления, с согласия потерпевшей стороны, могут повлечь снижение размера наказания за совершенное осужденным деяние.

Если же будет вынесен оправдательный вердикт, то председательствующий без объявления перерыва освобождает арестованного обвиняемого из зала суда, а затем уже приступает к формулировке оправдательного приговора.

В предлагаемой нами процедуре постановки приговора будут учтены интересы всех сторон уголовного процесса и достигнута так называемая социальная справедливость для потерпевшего и обвиняемого. Подобная процедура послужит, с одной стороны, средством реализации принципа соотношения наказания совершенному деянию и деятельного раскаяния обвиняемого, а с другой – реальному восстановлению нарушенных в результате совершенного преступления прав потерпевшего.

Ч. 11 ст. 656 УПК РК предусматривает, что «после разрешения судьями вопроса квалификации деяния судом с участием присяжных заседателей без перерыва решаются вопросы, предусмотренные пунктами 5-8 и 14 ч. первой ст. 390 УПК РК, решение по которым принимается путем открытого голосования. Решения считаются принятыми, если за них проголосовало большинство голосующих». Закон Республики Казахстан, регламентирующий судопроизводство с участием присяжных заседателей, не предусматривает вопросы снисхождения к виновному. Но фактически положения пунктов 5-8 ч.1 ст. 390 УПК РК это и предполагают. В частности в перечисленных пунктах говорится: п. 5. имеются ли обстоятельства, смягчающие или отягчающие его ответственность и наказание; п. 6. подлежит ли подсудимый наказанию за совершенное им правонарушение; п. 7. какое наказание должно быть назначено подсудимому; п. 8. имеются ли основания для постановления приговора без назначения наказания или освобождения от наказания либо об отсрочке отбывания уголовного наказания в случаях, предусмотренных статьями 74 и 76 УК РК; п. 14. должен ли суд лишить (внести представление Президенту Республики Казахстан о лишении) подсудимого почетного, воинского, специального или иного звания, классного чина, дипломатического ранга, квалификационного класса, государственных наград.

При исследовании вопроса о безопасности присяжных заседателей нами рассматривался аспект открытого голосования. Проблема в действительности имеет место. В частности Инго Риш обращает внимание на целесообразность дискуссии об определении «открытого» голосования, т.к. остается неурегулированным порядок голосования. Автор считает необходимым более подробное регламентирование процесса вынесения решения по центральному вопросу об определении размера наказания для того, чтобы гарантировать честную процедуру голосования. В противном случае есть опасность, что на этом этапе производства в практике судов присяжных получит развитие почти непреодолимое доминирование судей-профессионалов, которое нельзя будет сделать транспарентным из-за тайны

совещательной комнаты⁷⁰⁹.

Г.Ф. Хохряков отмечает, что «выбор наказания – это еще и акт, учитывающий, кроме исправления преступника, цели, которые к наказанному непосредственного отношения не имеют»⁷¹⁰. Необходимо еще обеспечить индивидуализацию наказания. И здесь возникает вопрос, являющийся продолжением проблемы, поднимаемой учеными. Как обеспечить индивидуализацию наказания в суде с участием присяжных заседателей? Г.Ж. Сулейменова также высказывает опасения, суть которых сводится к следующему: «поскольку подсудность дел суду присяжных относится к компетенции областного суда и, чтобы стать судьей такого суда, нужно не менее пяти лет стажа работы, из них, как правило, два года судьей, а до этого четыре года обучаться в юридическом вузе, то получается, что не менее девяти лет необходимо профессиональному судье, чтобы научиться правильно квалифицировать и правильно избирать наказание подсудимому. Как он может в рамках небольшого времени разъяснить присяжным, как надо квалифицировать преступление? Тем более в современном уголовном судопроизводстве предмет доказывания по ряду уголовных дел настолько сложный, что не каждый профессиональный судья выносит безупречный приговор. Об этом свидетельствует практика, когда Верховный суд отменяет приговоры и постановления областных судов в виду допущенных судебных ошибок. Где гарантия того, что присяжные заседатели правильно квалифицируют деяние подсудимого, правильно выберут наказание? Как будет определяться размер наказания присяжными заседателями, когда установлена определенная вилка. Допустим от 5 до 10, от 10 до 20 лет?»⁷¹¹.

По законодательству Казахстана в совещательной комнате судьи и присяжные заседатели по основным вопросам, указанным в ч. 1 ст. 654 УПК РК, участвуют в голосовании письменно и не вправе воздержаться от голосования, которое проводится тайно. Обвинительный вердикт считается принятым, если за утвердительные ответы на каждый из трех вопросов, указанных в ч. 1 ст. 654 УПК РК, проголосовало большинство голосующих. Оправдательный вердикт считается принятым, если за отрицательный ответ на любой из поставленных вопросов проголосовало шесть и более голосующих. В случае если вопрос о вине подсудимого решен положительно, то судьи разрешают вопрос о том, является ли деяние преступлением и каким именно уголовным законом оно предусмотрено (статья, часть, пункт), а также разъясняют присяжным заседателям, какие меры наказания предусмотрены за эти деяния. После разрешения судьями вопроса квалификации деяния судом с участием присяжных заседателей без

⁷⁰⁹Инго Риш. Участие присяжных заседателей в уголовном судопроизводстве Казахстана // Законодательные основы введения института присяжных заседателей в Республике Казахстан: Сб. мат-лов междунар. науч.-практ. конф. – Астана, 2007. – С. 128-129.

⁷¹⁰Истина ... И только истина! Пять бесед о судебной-правовой реформе. Проблемы, дискуссии, предложения. – М.: Юрид. лит., 1990. – С. 409.

⁷¹¹Сулейменова Г.Ж. Стенограмма заседания круглого стола по обсуждению законопроектов по вопросу введения суда присяжных в Республике Казахстан. 12 марта 2005 г. – Астана: КазГЮУ, 2005. – С. 17-19

перерыва решаются вопросы, предусмотренные пунктами 5) – 8) и 14) ч. первой ст. 390 УПК РК, решение по которым принимается путем открытого голосования. Решения считаются принятыми, если за них проголосовало большинство голосующих. Наказание в виде лишения свободы на срок свыше пятнадцати лет может быть назначено, если за такое решение проголосовало восемь и более голосующих (ч. 12 ст. 656 УПК РК). Пожизненное лишение свободы и исключительная мера наказания - смертная казнь могут быть назначены только при наличии единогласного решения судьи и присяжных заседателей (ч. 13 ст. 656 УПК РК).

Положения закона предусматривают обязательность единогласного решения только при решении вопроса о назначении пожизненного лишения свободы и исключительной меры наказания, в других случаях допускается большинство голосов.

Сложность вопросов, связанных с квалификацией деяния, выбора и назначения наказания, характерна не только для континентальной модели суда с участием присяжных заседателей, эти вопросы представляют сложность и для профессиональных судей и для суда присяжных в составе 1 профессионального судьи и 12 присяжных заседателей. В каждом конкретном случае необходимо обеспечить принципы индивидуализации, справедливости и неотвратимости наказания. Очень важно, какими принципами должен и будет руководствоваться суд при назначении наказания.

Еще в XIX веке Л.С. Белогриц-Котляревский писал о принципах: наказания личности, экономии карательных средств, культурности наказания, индивидуализации уголовной репрессии в связи с общей предупредительной деятельностью⁷¹². В трудах И.Я. Фойницкого, А.А. Жижиленко и других ученых серьезное внимание уделялось принципу индивидуализации наказания⁷¹³. В связи с этим логично будет обращение к специальным принципам уголовного права.

Т.В. Непомнящая полагает, что к уголовно-правовым принципам следует отнести принцип экономии мер государственного принуждения, личной ответственности и неотвратимости ответственности за совершенное преступление⁷¹⁴. Принцип экономии мер государственного принуждения, т.е. экономии судебных репрессий, имеет важное значение и обязывает судей рационально и экономно, не допуская назначения чрезмерно жесткого вида наказания, при возможности исправления преступника более мягкими мерами, установленными законодательством, назначать наказание за совершение преступлений, особенно если предусмотрено наказание в виде смертной казни, пожизненного лишения свободы или длительного лишения свободы. При назначении наказания в суде с участием присяжных заседателей состав суда должен ставить в основу своей деятельности

⁷¹²Белогриц-Котляревский Л.С. Основные черты истории уголовного права. – Киев, 1893. – С. 25.

⁷¹³Фойницкий И.Я. Русская карательная система. – СПб., 1874. – С. 38-39., Жижиленко А.А. Очерки по общему учению о наказании. – Пг., 1923. – С. 69-70.

⁷¹⁴Непомнящая Т.В. О принципах назначения наказания // Журнал Российского права. – 2003. – № 9.

основополагающие принципы назначения наказания: законность, гуманизм, справедливость.

По мнению М.И. Ковалева, существует «системообразующий принцип назначения наказания», каковым является «лишь один приемлемый принцип – принцип целесообразности»⁷¹⁵. М.И. Баканов относит к принципам назначения наказания: определенность наказания в приговоре, обоснованность и обязательность его мотивировки в приговоре⁷¹⁶. Более правильно отнести к принципам назначения наказания в суде с участием присяжных заседателей принцип дифференциации и индивидуализации уголовной ответственности и наказания в зависимости от обстоятельств совершения преступления. Рационализм этого мнения вывел Г.З. Анашкин, который считает, что индивидуализация заключается в учете характера и степени общественной опасности совершенного преступления, личности виновного, отягчающих и смягчающих обстоятельств, степени участия подсудимого в совершении преступления, причин, в силу которых преступление не доведено до конца, исключительных обстоятельств, позволяющих назначить наказание ниже низшего предела и др.⁷¹⁷.

В суде с участием присяжных заседателей правосудие должно руководствоваться этими незыблемыми принципами, обоснованными теорией и судебной практикой. Как в действительности они применяются в суде присяжных? М. Тащилин по этому поводу отмечает, «как могут присяжные заседатели, по сути, решать вопросы назначения наказания, если им совершенно неизвестны степень и характер общественной опасности содеянного виновным, данные о его личности, условиях жизни и т.д.? На деле эти вопросы они решают наугад. И частые «ошибки» присяжных заседателей, которые признавали заслуживающими снисхождения 29% убийц, 33% насильников, 57% бандитов, а особого снисхождения – каждого второго взяточника, каждого третьего посягнувшего на жизнь работника милиции, шестого – насильника, седьмого – бандита, это не их ошибки, а результат серьезного пробела в законе. Противники необходимости исследования данных о личности подсудимого в суде присяжных вполне обоснованно полагают, что это повлияет на объективное решение ими вопроса о виновности или невиновности подсудимого в инкриминируемом деянии. Действительно, трудно быть объективным к лицу, обвиняемому в изнасиловании, если известно, что он ранее судим за аналогичное преступление»⁷¹⁸.

Особая значимость соблюдения принципов назначения наказания заключается в том, что если суды руководствуются ими, то они смогут назначить справедливую, соразмерную и целесообразную меру наказания.

⁷¹⁵Ковалев М.И. Понятие и признаки преступления и их значение для квалификации. – Свердловск, 1977. – С. 71.

⁷¹⁶Баканов М.И. Назначение наказания по советскому уголовному праву. – Киев, 1980. – С. 14.

⁷¹⁷Анашкин Г.З. Справедливость назначения уголовного наказания // Советское государство и право. – 1982. – № 7. – С. 64.

⁷¹⁸Тащилин М. Индивидуализация наказания в суде присяжных // Российская юстиция. – 2000. – № 5 (май). – С. 5.

Если же судами будут игнорироваться эти принципы, то это может привести к назначению либо чрезмерно мягкого, либо чрезмерно сурового наказания. В худшем случае будет нивелирован полностью принцип неотвратимости наказания. Наказание перестанет выполнять свое предназначение охраны политических, экономических, общественных отношений. Правосудие перестанет быть надежным и цивилизованным способом разрешения возникающих в обществе конфликтов, защиты прав и свобод граждан, интересов гражданского общества и государства. Суд утратит свое социальное предназначение – восстановление справедливости. Ю.М. Ткачевский подчеркивал, «определение судом справедливого наказания – это начальный этап восстановления социальной справедливости, необходимая предпосылка к ее основной реализации в процессе исполнения наказания. А исполнение наказания носит характер возмездия»⁷¹⁹. Ибо, как писал И.И. Карпец, «назначив наказание, общество защитило себя и кого-либо из своих членов. Разве защита общества не цель наказания? Ведь мы, например, имеем дело отнюдь не с малым числом рецидивистов, осуждаемых по пять и более раз и продолжающих совершать преступления. В отношении их цель исправления и перевоспитания не достигнута, но цель кары, цели защиты общества и частное предупреждение действуют»⁷²⁰.

А.Х. Миндагулов, анализируя причины введения суда присяжных в Казахстане, приходит к выводу, что для признания человека виновным не всегда следует руководствоваться только законом. В исключительных случаях судьи от народа могут простить подсудимому вмененные ему деяния, руководствуясь не законом, а чувствами добра, совести и справедливости, что не может порой не вызвать недоумение со стороны профессиональных судей, для которых эмоциональные порывы недопустимы. Но с этим надо либо мириться, либо отказаться от суда присяжных, поскольку основное предназначение суда присяжных – это постоянное стремление примирить законность и справедливость, нормы права и голос совести⁷²¹.

Но суд с участием присяжных заседателей остается карающим органом, несмотря на участие общественности. Трудно согласиться с мнением Б.К. Байкадамова, что «суд присяжных – единственная на сегодня возможность для нашей страны уйти от преимущественно карательного правосудия»⁷²². По мнению И.И. Рогова, «участие присяжных в судопроизводстве по уголовному делу не означает безусловную передачу функций по отправлению правосудия общественности. Это необходимо лишь в той мере, в какой обеспечивается объективность и справедливость приговора. Полная

⁷¹⁹Ткачевский Ю.М. Восстановление социальной справедливости – цель уголовного наказания и уголовно-исполнительного кодекса РФ // Вестник Московского университета. – 1998. – № 6.

⁷²⁰Карпец И.И. Наказание. Социальные, правовые и криминологические проблемы. – М.: Юрид. лит., 1973. – С. 141.

⁷²¹Миндагулов А.Х. У суда присяжных есть свои пристяжные? // Юрид. газета. – 2008. – 22 января.

⁷²²Байкадамов Б.К. Приветственное выступление // Введение суда присяжных в Республике Казахстан: вопросы теории и практики. Материалы круглого стола. – Алматы: 2005. С.29.

передача правосудия в руки населения – это не демократия»⁷²³.

Вместе с тем в Японии, которая ввела народное правосудие в 2009 году, на данный момент нет однозначной информации относительно мер наказания, назначаемых судом с участием судебных заседателей. Однако наметилась тенденция, в соответствии с которой судебные заседатели строже относятся к отдельным видам преступлений, например, к половым преступлениям, и в то же время чаще выбирают пробацию при условном приговоре (из 468 лиц, которые были условно осуждены, 261 была назначена пробация). Этот факт может служить доказательством того, что они искренне интересуются исправлением осужденных. В 10 делах подсудимые были приговорены к смертной казни⁷²⁴.

Обязательным свойством наказания, его основополагающим признаком является кара. В юридической литературе нет единообразия в понимании содержания кары как сущности наказания. По мнению В.Д. Меньшагина, Н.Д. Дурманова, Н.Ф. Кузнецовой, Г.Н. Борзенкова и др., наказание не имеет цели кары осужденного, но И.И. Карпец, Н.А. Беляев, Ю.М. Ткачевский, М.Д. Шаргородский, Б.С. Никифоров и другие считают, что цель кары перед наказанием стоит, т.к. восстановление социальной справедливости включает в себя осуждение виновного лица, порицание его от имени государства, реализацию карательного содержания наказания. Так, М.Д. Шаргородский писал: «Наказание является лишением преступника, каких-либо принадлежащих благ и выражает отрицательную оценку преступника и его деяния государством. Наказание причиняет страдания тому лицу, которому оно применяется. Именно это свойство, являясь необходимым признаком, делает его карой»⁷²⁵. Д.С. Чукмаитов, исследуя вопросы применения уголовного наказания в целях предупреждения рецидивных преступлений, пишет: «...к сожалению, не все специалисты придерживаются мнения о том, что содержанием любого наказания является кара, которая выражается в лишении или ограничении осужденного каких-либо прав и свобод. В результате у практических работников и ученых нет согласованного подхода в определении места уголовного наказания в системе уголовно-правовых мер воздействия. Из определения наказания нельзя исключать существенный составляющий элемент, который является его сутью и отличает его от других уголовно-правовых мер – кару за содеянное»⁷²⁶. Следует согласиться с мнением, что уголовно-правовое (карательное) воздействие наряду с мерами социально-экономического, политического, морально-нравственного, организационно-политического характера занимает важное место в

⁷²³Рогов И.И. Приветственное выступление на заседании круглого стола // Введение суда присяжных в Республике Казахстан: вопросы теории и практики: мат-лы круглого стола. – Алматы, 2005. – С. 25.

⁷²⁴Интервью профессора Университета Канагава Акио Коморида на конференции «Участие граждан в отправлении уголовного правосудия: новые опыты, достижения и проблемы»: 16 ноября 2012 г. международная научно-практическая конференция с участием экспертов из Кореи, России, Казахстана. Конференция организована Институтом правовых исследований Университета Канагава и Институтом правовых исследований Университета Сэншу.

⁷²⁵Шаргородский М.Д. Наказание, его цели и эффективность. – Л., 1973. – С. 16.

⁷²⁶Чукмаитов Д.С. Применение уголовного наказания в целях предупреждения рецидивных преступлений. – Алматы: ТОО «Баспа», 1997. – С. 139-140.

противодействию преступности⁷²⁷. Наказание всегда причиняет преступнику определенные лишения, страдания. Они могут быть физического, морального, материального и иного характера. При осуждении к лишению свободы, осужденный ограничивается в целом ряде личных прав и самое главное – свободы. Кара выражает степень тяжести наказания: чем интенсивнее выражены карательные, принудительные стороны наказания, тем тяжелее наказание. В свою очередь, тяжесть назначенного наказания зависит от характера и степени тяжести совершенного преступления, личности преступника и других обстоятельств по делу. Позитивным при назначении наказания в суде с участием присяжных заседателей является народное участие в этом сложном процессе.

Поэтому выносимый судом с участием присяжных заседателей вердикт носит комплексный характер, влекущий за собой социальные последствия, которые подразделяются на политические, нравственно-психологические, правовые и иные последствия⁷²⁸.

Изложенное позволяет прийти к выводу о том, что уголовное наказание в суде с участием присяжных заседателей есть кара в форме государственного и общественного осуждения преступления и лица, признанного виновным в его совершении, которая носит принудительный, насильственный характер и выражается в применении предусмотренных законом лишений или ограничений прав и свобод осужденного.

Каким же образом нужно исчислять размер наказания в суде с участием присяжных заседателей? Ж.Н. Баишев предлагает следующим образом, «каждый присяжный выскажет свое мнение, и путем среднего арифметического будет вычисляться размер наказания»⁷²⁹. Другой формулы на сегодняшний день не представлено, а предложенная, конечно, отличается своей репрессивной направленностью. Исследование практики применения уголовного наказания выявило ряд проблем эффективности уголовного наказания, а именно: назначаемое судами наказание в основном направлено на восстановление порядка в обществе, на самого осужденного, интересы потерпевшего при этом недостаточно защищены⁷³⁰.

Вопрос о выборе и объеме назначенного наказания становится наиболее актуальным. Следует иметь в виду, что при назначении наказания нельзя выработать единственно верных правил или каких-нибудь безукоризненных математических формул. Все предлагаемые подходы дают лишь общие советы. Процесс определения конкретной меры наказания, синтезируя в себе результаты познания преступного деяния, преломляясь через государственную волю, выраженную в правовых нормах, осуществляется посредством оценочных категорий: учет личности,

⁷²⁷Зубков В.И., Зубкова А.И. Проблемы реформирования уголовной (карательной) политики на современном этапе // Журнал российского права. – 2002. – № 5.

⁷²⁸Петровский Н.К. Вердикт присяжных заседателей и его социально-правовые последствия: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. – СПб., 1998. – С. 172.

⁷²⁹Сулейменова Г.Ж. Стенограмма заседания круглого стола по обсуждению законопроектов по вопросу введения суда присяжных в Республике Казахстан. 12 марта 2005 г. – Астана: КазГЮУ, 2005. – С. 18-19.

⁷³⁰Игнатов А.Н., Красников Ю.А. Уголовное право России. – М., 1998. – Т. 1. – С. 378.

обстоятельств дела, смягчающих и отягчающих вину обстоятельств, определение количественных и качественных характеристик наказания. Вместе с тем ни уголовное законодательство, ни любой другой нормативный правовой акт не предусматривают правила назначения наказания, отсутствуют методики и готовые схемы. Ситуация усугубляется обязанностью выполнять это гражданам, когда и профессиональные юристы находятся в затруднительном положении. По этому поводу М.И. Ковалев писал, что «прежде чем правильно и справедливо назначить наказание, надо иметь верную и беспристрастную систему санкций, а также точные и справедливые предписания, как ими пользоваться»⁷³¹. Сложность создания согласованной системы санкций очевидна. Эта задача может быть решена оптимальным образом только при создании научно обоснованной системы санкций. В юридической науке пока нет и, наверное, не будет выработано точной системы наказания, потому что вместо системного просчета всего массива санкций с использованием математических методов в настоящее время используется метод экспертных оценок. В результате мы имеем ситуацию, когда санкции нередко завышены, что не согласуется с принципом гуманизации уголовного законодательства. В некоторых случаях, наоборот, происходит смягчение наказания за ряд тяжких преступлений. Все это в итоге приводит к нарушению принципа равенства всех граждан перед законом и судом.

В связи с этим представляют интерес возможности выработки алгоритма назначения наказаний путем использования математических методов. Речь идет об использовании математических, статистических и информационных средств. Исходной теоретической и методологической основой является положение о диалектическом единстве количественных и качественных отношений в реальных процессах и объектах. Математика в данном случае сформулирует правила получения выборочной совокупности и создает строгую теоретическую модель выборочного метода. Это сводит в вопросе выбора и назначения наказания к применению метода моделирования. Разработка математических моделей и внедрение компьютерной техники позволили бы создать пакет программ для определения видов и объема наказания, в зависимости от соотношения количественных и качественных показателей⁷³². Попытки внедрения математических методов при назначении наказания предпринимались в разные времена Л.И. Селезевым⁷³³ путем разработки алгоритмов назначения наказания, Д.О. Хан-Магомедовым путем изучения санкций уголовно-правовых норм и практики применения наказаний⁷³⁴.

⁷³¹Ковалев М.И. Советское уголовное право: курс лекций. Вып. 2. – Свердловск, 1974. – С. 212.

⁷³²Касымбекова К.К. О возможностях использования математических методов в исследовании преступности // Казахстан - 2030 – проблемы совершенствования деятельности правоохранительных органов: мат-лы науч.-практ. конф. Ч. 2. – Алматы: НИиРИО Академии МВД РК, 1999. – С. 75-82.

⁷³³Селезев Л.И. Математические методы в юриспруденции // Законность. – 2002. – № 4. – С. 32.

⁷³⁴Клейменов М.П. Уголовно-правовое прогнозирование. – Томск: Изд-во Томского ун-та, 1991. – 167 с.

Для обеспечения назначения справедливых наказаний за совершение преступлений в УК РК обозначены положения, которые судами должны учитываться при назначении наказаний:

1. Определена степень общественной опасности преступлений путем разделения их на четыре категории в соответствии со статьей 11 УК РК на небольшой тяжести, средней тяжести, тяжкие и особо тяжкие в зависимости от санкции;

2. В Общей части УК РК в статьях, дающих понятие вида уголовного наказания, указаны минимальные и максимальные сроки и размеры для каждого вида наказания, пределы которых суды должны соблюдать.

Приведен перечень смягчающих и отягчающих ответственность и наказание обстоятельств, которые подлежат обязательному учету при назначении наказания;

3. Установлены правила определения рецидива преступлений и назначения наказания при определенном виде рецидива;

4. Определены максимальные пределы назначения наказаний при неоконченном преступлении, деятельном раскаянии виновного, по совокупности преступлений или по совокупности приговоров;

5. Предусмотрена возможность назначения более мягкого вида наказания, чем предусмотрено за данное преступление;

6. В статье 52 УК РК закреплены основные начала назначения наказания.

Не будем раскрывать все из них, обратим внимание лишь на смягчающие и отягчающие ответственность и наказание обстоятельства. Н.С. Таганцев подчеркивал: «В простейшей форме выбор судом наказания должен соответствовать следующей схеме: в тех случаях, когда деяние представляет обыкновенный тип данного рода преступлений или обстоятельства, отягчающие или смягчающие, уравнивают друг друга, там должна быть применяема средняя мера назначенного в законе наказания; наличие или перевес обстоятельств, смягчающих вину, будет приближать ответственность к назначенному за данное деяние низшему пределу наказания; наличие же или перевес обстоятельств, отягчающих вину, – к его высшему пределу»⁷³⁵.

Обращаясь к сложившейся в мировой практике структуре смягчающих и отягчающих вину обстоятельств, имеющей место в большинстве законодательства государств мира, отдельные авторы предлагают применять балльную систему, применяемую в некоторых штатах Северной Америки. Например, в штате Нью-Йорк наказания выносятся в зависимости от числа баллов, в которые оценено преступление. Отягчающие и смягчающие обстоятельства соответствуют баллам (например, прежняя судимость – 4 балла), поэтому на судебном процессе обвинение старается их добавить, а защита вычесть. Потом баллы переводятся в месяцы по специальной таблице. По мнению автора, балльная система назначения наказания имеет перспективу и могла бы быть внедрена в уголовное законодательство России. Это не только повысит авторитет закона и правосудия, но и облегчит

⁷³⁵Таганцев Н.С. Русское уголовное право: лекции. Часть Общая. – М., 1994. – Т. 2. – С. 388.

решение проблемы безопасности судейского корпуса. Проблема объективного правосудия может быть решена только в том случае, если индивидуализацию наказания возьмет на себя сам законодатель. А это можно сделать путем установления балльной системы⁷³⁶. Проанализировав возможные способы разрешения вопроса о справедливости назначения наказания, можно сделать вывод, что правильное применение имеющихся в законе положений при назначении наказания вполне достаточно для того, чтобы лица, совершившие преступления, получали справедливые наказания, которые бы соответствовали как тяжести совершенного преступления, так и личности виновного. Обращение к математическим методам позволит снизить вероятность субъективного отношения при назначении наказания и ненужную жестокость. Вместе с тем обращение к информационным технологиям при назначении наказания связано с быстро меняющимися процессами в обществе, угрозой появления новых видов преступности, что потребует применения абсолютно новых ответных форм на вызовы преступности.

Нравственные начала уголовного процесса, заложенные А.Ф. Кони, особенно актуальны при судебном разбирательстве с участием присяжных заседателей. Именно они являются отражением экономической, социальной и политической обстановки в стране, выражая своим вердиктом отношение различных слоев общества к совершенному преступлению. Поэтому одного лишь законодательного введения указанной формы правосудия не достаточно для стабилизации криминальной обстановки в государстве. Необходим комплексный подход, связанный с формированием моральных и нравственных начал всех членов общества, начиная с общеобразовательной и профессиональной подготовки вплоть до применения мер государственного принуждения, в том числе и посредством судов с участием присяжных заседателей. Пока же остается лишь быть оптимистичным и верить в то, что ближайшее будущее человечества – свободное демократическое общество, но с надежным дифференцированным и жестким социально-правовым контролем за реальными и возможными криминальными процессами⁷³⁷.

§ 3. Суд с участием присяжных заседателей и вопросы наказания в виде смертной казни

В науке уголовного права самым проблемным видом наказания является смертная казнь. Конституция Республики Казахстан предусматривает применение смертной казни как исключительной меры наказания за особо тяжкие преступления. Смертная казнь преследовала всегда цель возмездия, и конечно, устрашения. Конечно, в большей степени это кара, возмездие,

⁷³⁶Дементьев С.И. Теневая юстиция и пути ее преодоления // Философские и исторические основы уголовного права: мат-лы III междунар. науч.-практ. конф., посв. памяти М.И. Ковалева (10 февраля 2006 года). – Екатеринбург: Изд. дом «Уральская государственная юридическая академия», 2007. – С. 64-65.

⁷³⁷Лунеев В.В. Преступность XX века: мировые, региональные и российские тенденции. – М., 2005. – С. 479.

совершаемое от имени государства. Отношение к смертной казни в обществе никогда не было однозначным. Трудно дать общую оценку этому наказанию, поэтому законодатель подчеркивает ее исключительный характер.

Проблема смертной казни постоянно обсуждается, и происходит это на фоне ее практического применения в разных странах, с учетом разных социально-экономических формаций и существующих политических режимов. В мировом сообществе сегодня баланс стран, отменивших смертную казнь и сохранивших ее как высшую меру наказания, не равен. Согласно устоявшемуся в обществе мнению смертная казнь – ее наличие или отсутствие, это своего рода показатель экономического положения государства, его цивилизованности, нравственного здоровья граждан, населяющих его. В. И. Зубков считал, что обращение государства к применению такого специфического вида наказания, как смертная казнь, обуславливается многими факторами, а не только уровнем его развитости, просвещенности и нравственности общества, приверженностью к демократическим устоям государственности и общественного бытия, как это иногда пытаются представить сторонники отмены смертной казни. Подобные утверждения не являются бесспорными, в основном же они носят пропагандистский характер, не принимая в расчет внутренних особенностей конкретной страны, вынужденной иметь в своем арсенале средств борьбы с преступностью и смертную казнь⁷³⁸. Согласно обзору, подготовленному Роджером Худом в 1988 году и представленному восьмому конгрессу ООН, за последние 25 лет после доклада Морриса 25 стран отменили смертную казнь полностью, а 10 – отменили ее в отношении общеуголовных преступлений. Среди государств, сохранивших институт смертной казни, в 9 странах за последние 10 лет никто не был казнен. Четыре из них отменили смертную казнь де-факто. Только две страны (Мозамбик и Непал), отменившие ранее смертную казнь, ввели ее вновь. Еще 13 стран, в которых в течение 10 лет и более не казнили ни одного человека и которые поэтому рассматривались как отменившие ее де-факто, в течение последнего двадцатипятилетия возобновили смертные казни. Из них только три страны вернулись к ее фактической отмене. В целом по состоянию на конец 1988 года насчитывалось 35 стран, полностью отменивших смертную казнь, 18 отменили ее за общеуголовные преступления и 26 стран отменили ее де-факто. 101 страна сохраняла смертную казнь в качестве уголовного наказания. Ряд стран из них откликнулись на призыв ООН о сокращении перечня преступлений, за которые предусматривается эта мера наказания⁷³⁹.

Во многих регионах мира наблюдается сильное сопротивление призывам ООН к отмене смертной казни, так как считается, что она оказывает особое сдерживающее на преступников воздействие. В.В. Лунеев на основе

⁷³⁸Уголовно-исполнительное право России: теория, законодательство, международные стандарты, отечественная практика конца 19 – начала 21 века: учебник для вузов / Под ред. д.ю.н., проф. А.И. Зубкова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: 2003. – С. 167-168.

⁷³⁹Смертная казнь. Анализ мировых тенденций // Международный обзор уголовной политики. ООН, Нью-Йорк. – 1990. – № 38. – С.5.

сравнительного анализа делает вывод, что изучение тенденций преступности в связи с введением или отменой смертной казни в Австралии, Канаде, Англии и некоторых штатах США, Нигерии и других странах показывает, что достаточных доказательств, подтверждающих сдерживающий характер смертной казни, нет⁷⁴⁰. Свои выводы В.В. Лунеев соотносит с заключением Р. Худа, который пишет: «основной вывод состоит в том, что в данном исследовании не удалось научно доказать наличие сдерживающего эффекта смертной казни по сравнению с пожизненным заключением. В принципе, мало вероятно, что такое доказательство можно будет найти»⁷⁴¹.

По мнению И.И. Рогова, «главным аргументом сторонников смертной казни является утверждение о том, что она служит фактором устрашения, сдерживающим преступность. Однако многочисленные исследования так и не смогли научно подтвердить причинную связь между наличием или отменой смертной казни и уровнем преступности»⁷⁴².

Показатели преступности в странах, отменивших смертную казнь, неизменно подтверждают тот факт, что отмена смертной казни не ведет к росту числа преступлений. Например, в Канаде, количество убийц на 100 тыс. человек населения сократилось с максимального показателя в 3,40 в 1975 г., за год до отмены смертной казни, до 2,41 в 1980 г., и с тех пор продолжало снижаться. В 1999 г., спустя 23 года после запрещения смертной казни, показатель убийств на 100 тыс. человек составлял 1,76, на 44,7% ниже, чем в 1975 г. Общее количество убийств в стране, по состоянию на 1999 г., продолжало сокращаться третий год подряд⁷⁴³. Страны, переживающие переходный период, не являются исключением. В Литве ни один преступник не был казнен, начиная с 1996 г., а число убийств неуклонно снижается⁷⁴⁴. В Грузии смертная казнь была отменена в ноябре 1997 г., и с тех пор наблюдается заметное сокращение количества преднамеренных убийств⁷⁴⁵.

Результаты исследований, проведенных в США, где применение смертной казни варьируется в зависимости от штата, свидетельствуют о неэффективности смертной казни в плане предотвращения преступлений в масштабе всей страны. В штатах, законодательства которых предусматривают смертную казнь, уровень преступности или количество убийств отнюдь не ниже, чем в тех штатах, где смертная казнь не применяется. А в штатах, где смертная казнь сначала была отменена, а затем

⁷⁴⁰Лунеев В.В. Преступность XX века: мировые, региональные и российские тенденции. – М., 2005. – С. 42.

⁷⁴¹Смертная казнь. Анализ мировых тенденций // Международный обзор уголовной политики. ООН, Нью-Йорк. – 1990. – № 38. – С.84.

⁷⁴²Рогов И.И. Перспективы отмены смертной казни в Республике Казахстан // Отмена смертной казни в Республике Казахстан: за и против: мат-лы междунар. практ. конф. 30 сентября – 1 октября 2002 г. – Алматы, 2002.

⁷⁴³Роджер Худ, Смертная казнь: глобальная перспектива. Перераб. изд. – Оксфорд: Кларендон Пресс, 2000. – С. – 187.

⁷⁴⁴Александрас Добрынинас, Опыт Литвы в вопросе об отмене смертной казни // В сб. Отмена смертной казни в Албании: мат-лы междунар. конф., организованной Парламентом Албании в рамках сотрудничества с Советом Европы и Европейской комиссией. Тирана, 31 марта – 1 апреля 2000. – 419 с.

⁷⁴⁵Эрик Свандзе. Опыт Грузии в вопросе об отмене смертной казни // В сб. Отмена смертной казни в Албании: мат-лы междунар. конф., организованной Парламентом Албании в рамках сотрудничества с Советом Европы и Европейской комиссией. Тирана, 31 марта – 1 апреля 2000. – 419 с.

восстановлена, не отмечается существенных изменений ни в уровне преступности, ни в количестве убийств⁷⁴⁶.

15 ноября 2003 года Президент Республики Казахстан издал Указ № 1227 «О подписании Республикой Казахстан Международного пакта о гражданских и политических правах и Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах». Пункт 1 статьи 6 Международного пакта о гражданских и политических правах прямо говорит, что «право на жизнь есть неотъемлемое право каждого человека. Это право охраняется законом». Указом Президента Республики Казахстан от 17 декабря 2003 г. № 1251 в Республике Казахстан введен мораторий на смертную казнь. Данный Указ был подписан Главой государства в соответствии с пунктом 1 статьи 15 Конституции Республики Казахстан, закрепляющим право каждого на жизнь, был направлен на реализацию положений Концепции правовой политики РК о дальнейшей гуманизации уголовного законодательства и является закономерным продолжением курса на ограничение применения смертной казни. Казахстан фактически признал неприемлемым в настоящее время подвергать кого бы то ни было смертной казни. Этим сделан довольно решительный шаг по интеграции нашей страны в мировое сообщество в вопросах соблюдения основных прав и свобод человека.

Согласно Указу Президента РК, вступившие в законную силу приговоры судов, по которым к лицам, признанным виновными в совершении особо тяжких преступлений, в качестве наказания применена смертная казнь, как того требуют ст. 470-471 УПК РК, в исполнение не приводятся. Мораторий на исполнение приговора о смертной казни введен на неопределенный срок, вплоть до отмены смертной казни как вида уголовного наказания. В целях обеспечения правильного и единообразного претворения в действие моратория, 10 марта 2004 года был принят Закон Республики Казахстан № 529-ІІ ЗРК «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Уголовно-исполнительный кодексы Республики Казахстан в связи с введением моратория на исполнение смертной казни». С 1 января 2004 года в республике введено в действие пожизненное лишение свободы и урегулировано правовое положение лиц, осужденных к смертной казни, подпавших под действие моратория на ее исполнение.

В мае 2006 года Конституционный Совет РК рассмотрел вопрос, связанный со смертной казнью, и пришел к выводу, что в УК РК смертная казнь должна остаться только за преступления, связанные с террористическими актами. Последовательным продолжением закрепленного программными документами курса на ограничение применения смертной казни в Республике Казахстан и дальнейшим шагом к гуманизации уголовного законодательства стало принятие политического решения о необходимости изучения вопроса об отмене смертной казни в Республике

⁷⁴⁶Смертная казнь под прицелом. Совет Европы и смертная казнь. Директорат по Правам Человека Совета Европы, октябрь 2001. – С. 18-19.

Казахстан. 19 июля 2006 года принято постановление Правительства РК «О создании Комиссии по изучению вопроса об отмене смертной казни в Республике Казахстан» № 687. Задачами созданной Комиссии являются тщательное и всестороннее изучение вопроса об отмене смертной казни в Республике Казахстан, сбор необходимого фактического материала и объективной информации.

Закономерным итогом проделанной работы стало решение, нашедшее отражение в Законе Республики Казахстан от 21 мая 2007 года «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан», где пункт 2 статьи 15 изложен в следующей редакции: «2. Никто не вправе произвольно лишать человека жизни. Смертная казнь устанавливается законом как исключительная мера наказания за террористические преступления, сопряженные с гибелью людей, а также за особо тяжкие преступления, совершенные в военное время, с предоставлением приговоренному права ходатайствовать о помиловании».

Однако актуальность вышеперечисленных проблем с принятием указанного Закона не утрачивается, поскольку смертная казнь как вид уголовного наказания из Уголовного кодекса Республики Казахстан не исключена.

Согласно ч. 1 ст. 543 УПК РК 1997 г. «суд с участием присяжных заседателей рассматривал дела о преступлениях, указанных в части второй статьи 291 УПК РК за исключением дел о применении принудительных мер медицинского характера к лицам, совершившим указанные в части второй статьи 291 УПК деяния в состоянии невменяемости либо заболевшим душевной болезнью после их совершения».

В ч. второй ст. 291 УПК РК 1997 г. приводился перечень 17 статей УК РК, подсудных суду с участием присяжных заседателей. По окончании предварительного следствия по этой категории уголовных дел обвиняемый при ознакомлении с материалами уголовного дела имел право ходатайствовать о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей. В соответствии с ч. 1 ст. 49 УК РК 1997 г. за совершение данных преступлений предусматривалась смертная казнь. Возможность применения смертной казни была обусловлена категоризацией преступлений, установлением в санкции статей Особенной части УК РК данного вида наказания за совершение определенных преступлений. Указанные ограничения распространения вида наказания – смертной казни имели существенное значение прежде всего в законотворческой деятельности. При любых изменениях и дополнениях уголовного законодательства, издании новых законов, устанавливающих уголовную ответственность, смертная казнь не могла предусматриваться в них в качестве наказания произвольно, без учета положений ст. 49 УК РК и норм международного права.

Уголовное законодательство Казахстана выдерживает в настоящее время рекомендации Комитета по правам человека, который постановил, что «наказание смертной казнью таких преступлений, как измена, сексуальные извращения, хищения государственными служащими, ограбление с

применением силы, групповые гомосексуальные акты или многократное уклонение от военной службы, противоречат статье 6 МПГПП, ограничивающей применение смертной казни самыми тяжкими преступлениями»⁷⁴⁷.

В ст. 31 УПК Российской Федерации «Подсудность уголовных дел» в п. 1 ч. 3 перечислено 48 составов преступлений, подсудных суду присяжных, но в российском законодательстве смертная казнь не выступает критерием отнесения к подсудности данного института. В отличие от казахстанского законодательства, где критерием отнесения к подсудности суда с участием присяжных являлась смертная казнь. Следует отметить, что этот критерий созвучен с рекомендациями научно-практического семинара, состоявшегося в г. Алматы в 1997 году на тему: «Проблемы и практика применения смертной казни в Казахстане и других странах СНГ», в резолюции которого было отмечено, «рекомендовать правительствам стран СНГ ввести в своих государствах институт суда присяжных как элемент обеспечения конституционных прав граждан, обвиняемых в преступлениях, предусматривающих наказание в виде смертной казни»⁷⁴⁸.

В правоприменительной практике Казахстана смертная казнь назначалась в основном за совершение убийства двух и более лиц, сопряженного с разбоем, совершенного в составе банды или организованной преступной группы. Из указанных 17 статей УК РК 1997 г., подсудных суду с участием присяжных заседателей, реально совершались убийства при отягчающих обстоятельствах (ст. 96 ч. 2 УК РК 1997 г.) и посягательство на жизнь лица, осуществляющего правосудие или предварительное следствие (ст. 340 УК РК 1997 г.).

К.Ж. Балтабаев справедливо указывает, что, имея в УК такое количество статей со смертной казнью, Казахстану сложно будет получить благосклонное отношение к себе Совета Европы. Количество санкций с исключительной мерой наказания можно было сократить, оставив их только в статьях, предусматривающих ответственность за умышленные преступления, связанные со смертью человека⁷⁴⁹. Это мнение находит свое подтверждение в настоящее время. На первоначальном этапе критерием отнесения уголовных дел к подсудности суда с участием присяжных заседателей являлась санкция в виде смертной казни за указанные выше преступления. Следует отметить, что этот критерий имел место еще в Основах законодательства Союза ССР и союзных республик о судеустройстве 1990 года, где говорилось: «в порядке, установленном законодательством союзных республик, по делам о преступлениях, за совершение которых законом предусмотрены смертная казнь либо лишение

⁷⁴⁷Заключительные выводы Комитета по правам человека: Судан. 19 ноября 1997 г, пар. 13.

⁷⁴⁸Проблемы и практика применения смертной казни в Казахстане и других странах СНГ: сб. мат-лов междунар. науч.-практ. семинара. – Алматы: Казахстанское международное бюро по правам человека и соблюдению законности, 1999. – С. 218.

⁷⁴⁹Балтабаев К.Ж. Исполнение наказаний: Законодательство Республики Казахстан и международные нормы. – Алматы, 1999. – С. 212.

свободы на срок свыше десяти лет, вопрос о виновности подсудимого может решаться судом присяжных (расширенной коллегией народных заседателей)».

Концепция правовой политики от 20 сентября 2002 года была ориентирована на постепенное сужение сферы применения смертной казни. Эта политика имела фундамент и фактические результаты налицо в уголовном законодательстве РК. Тенденция к уменьшению количества преступлений, за которые предусмотрена смертная казнь, объективно отражает сложившееся положение в области правосудия. Это является свидетельством соблюдения принципа экономного использования карательных средств при наказании преступника. Он нашел выражение в резком уменьшении санкции в виде смертной казни по сравнению с УК Казахской ССР (1959 г.). В Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года констатируется, что сфера применения смертной казни сокращена и ограничена исключительно террористическими преступлениями, сопряженными с гибелью людей, и особо тяжкими преступлениями, совершенными в военное время, что в условиях Казахстана означает отмену смертной казни де-юре.

В Постановлении Пленума Верховного Суда Республики Казахстан от 30 апреля 1999 года № 1. «О соблюдении судами законности при назначении уголовного наказания» обращалось внимание, что «при обсуждении вопроса о назначении наказания смертной казни суды должны иметь в виду, что правила ч. 2 ст. 373 УПК РК о том, что все вопросы разрешаются большинством голосов судей, не применяются. В соответствии с ч. 4 ст. 373 УПК РК смертная казнь может быть назначена только по единогласному решению судей, входящих в состав суда. Применение смертной казни во всех случаях должно быть мотивировано в приговоре на основе установленных обстоятельств совершенного преступления и данных, с исчерпывающей полнотой характеризующих подсудного, в том числе и его психическое состояние»⁷⁵⁰.

Важным обстоятельством является то, что приговор о смертной казни приводится в исполнение не ранее чем по истечении одного года с момента его вступления в силу. Данное обстоятельство позволяет осужденному обратиться с кассационной жалобой о пересмотре приговора и обратиться с ходатайством о помиловании. При этом в законе предусмотрена, в порядке помилования, замена смертной казни пожизненным лишением свободы на срок 25 лет с отбыванием наказания в исправительной колонии. Статистические данные свидетельствуют, в апелляционном порядке в Верховном Суде Республики Казахстан за 2000–2004 годы были рассмотрены уголовные дела указанной категории в отношении 127 лиц, осужденных к смертной казни. В отношении одного лица приговор суда

⁷⁵⁰Постановление Пленума Верховного Суда Республики Казахстан от 30 апреля 1999 года № 1. «О соблюдении судами законности при назначении уголовного наказания» // Сборник постановлений Пленума Верховного Суда РК (1998-1999 г.г.). – Алматы: ТОО «Аян Эдет», 1999. – С. 28.

вступил в законную силу без пересмотра в апелляционном порядке⁷⁵¹.

Как уже отмечалось ранее, законодательство нашего государства, регламентирующее судопроизводство с участием присяжных заседателей, не имеет нормы, предусматривающей снисхождение к виновному, но фактически положения пунктов 5-8 ч. 1 ст. 390 УПК РК 2014 г. это предполагают. Подобная тенденция имеет место в уголовном правосудии Российской Федерации. Так, уголовный кодекс Российской Федерации за убийство при отягчающих обстоятельствах предусматривает наказание в виде лишения свободы сроком до 20 лет или пожизненного лишения свободы либо смертной казни. Несмотря на тяжелую обстановку с преступностью, в России смертную казнь в последние годы суды применяли все реже и реже. Так, в 1990 г. к смертной казни были осуждены 223 человека, в 1991 г. – 174, 1992 г. – 159, 1993 г. – 154, 1994 г. – 160, 1995 г. – 143. Однако реально смертная казнь исполнялась лишь в отдельных случаях, особенно в начале 90-х годов. Так, из 56 рассмотренных в 1992 г. Комиссией по вопросам помилования при Президенте РФ дел осужденных к смертной казни и представленных на рассмотрение Президенту лишь одно ходатайство о помиловании Президентом было отклонено, а все остальные удовлетворены. В 1993 г. из рассмотренных 153 дел Президент помиловал в 149 случаях, в 1994 г. из 137 рассмотренных дел было помиловано 124 человека, в 1995 г. из 56 рассмотренных дел было помиловано всего 5 человек, а в 1996 г. все представленные Комиссией на рассмотрение Президенту РФ 53 дела им были полностью отклонены⁷⁵².

Анализ вынесения судами приговоров к исключительной мере наказания показывает, что за последние 7 лет наблюдается устойчивая тенденция к их уменьшению. Если в 1997 г. высшая мера наказания была назначена в отношении 64 лиц, то в последующих годах их число уменьшилось и составило 63, 63, 40, 39, 22, 17 лиц, соответственно, в 2004 году – 5 лиц⁷⁵³.

По сведениям К.Ж. Балтабаева, с 1991 по 1996 годы в Казахстане было казнено 407 осужденных. Средний ежегодный показатель жестокости суверенного Казахстана – 67 человек. Аналогичный показатель в России составил цифру 29. Там за рассматриваемый период казнено всего 178 человек. Рассматриваемый индекс жестокости в Казахстане в 2,3 раза выше, чем в России⁷⁵⁴.

Согласно другим сведениям по состоянию на 2004 год, в России за последние 9 лет, согласно данным бывшего председателя Комиссии по помилованию при Президенте Российской Федерации Анатолия Приставкина, казнено 160 человек. Последняя казнь состоялась в декабре

⁷⁵¹ Яшкина Ж. Право человека на жизнь // Закон и правосудие. – 2006. – 30 августа.

⁷⁵² Цивилев Р.М. Смертная казнь в России: немного статистики // Всероссийская конференция по проблемам отмены смертной казни. – М., 2000. – С. 159.

⁷⁵³ Кабакаев М.К. Пенитенциарная система и соблюдение прав человека // Правозащитное предназначение органов прокуратуры на современном этапе: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. Алматы, 23-24 ноября 2004 г. – Алматы, 2004. – С. 261.

⁷⁵⁴ Балтабаев К.Ж. Исполнение наказаний: Законодательство Республики Казахстан и международные нормы. – Алматы, 1999. – С. 213.

1996 года. Население России составляет приблизительно 150 млн. человек. В Казахстане за последние 9 лет, по оценкам Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности, казнено около 400 человек, причем за первый квартал 2002 года казнено 17 человек, за 1-й квартал 2003 года казнено было 3 человека. Население Казахстана – около 15 млн. человек⁷⁵⁵.

В отличие от Российской Федерации, назначение судами Казахстана наказания в виде смертной казни в последнее время практикуется крайне редко, о чем свидетельствуют статистические данные. Так, в период с 2000 года по 1 квартал 2005 года судами республики рассмотрено всего 3870 уголовных дел о преступлениях, предусмотренных частями 1 и 2 статьи 96 УК РК на 3920 лиц⁷⁵⁶. По сведениям председателя Коллегии по уголовным делам Верховного суда Республики Казахстан, судами республики в 2000-2001 годы к исключительной мере наказания – смертной казни осуждалось примерно 40 человек в год. В процентном отношении это составляло 0,05% от числа осужденных за преступления, за которые может быть применена такая мера наказания. В последующие годы количество так называемых «смертных» приговоров уменьшилось почти вдвое. С введением же в действие наказания в виде пожизненного лишения свободы случаи применения смертной казни в судебной практике стали единичными⁷⁵⁷.

Официальная статистика свидетельствует о том, что в период с 30 июня 2004 года по 30 июня 2005 года в Казахстане было вынесено два смертных приговора. Оба приговора были вынесены по обвинениям в совершении убийства. Ни один приговор не вступил в силу (т.е. не все апелляционные инстанции были пройдены)⁷⁵⁸.

В постановлении Пленума Верховного Суда РФ «О практике назначения судами уголовного наказания» от 11 июня 1999 года указано, что «при вердикте присяжных о снисхождении к виновному нельзя применить не только смертную казнь или пожизненное лишение свободы, но суд обязан назначить наказание в виде лишения свободы, не превышающее двух третей максимального срока». По мнению заместителя председателя Ставропольского краевого суда М. Тащилина, «логическое толкование данной нормы позволяет сделать вывод, что речь идет о применении к лицам, совершившим особо тяжкое преступление, альтернативной санкции, содержащей три вида наказаний: лишение свободы на определенный срок, пожизненное лишение свободы и смертную казнь. Вердикт о снисхождении распространяется на два последних, наиболее строгих вида, а менее строгий

⁷⁵⁵Жовтис Е.А. Смертная казнь: история, теория, аргументы «за» и «против» // Казахстан на пути к отмене смертной казни. – Алматы: «Фонд 21 век», 2004. – С. 47.

⁷⁵⁶Яшкина Ж. Право человека на жизнь // Закон и правосудие. – 2006. – 30 августа.

⁷⁵⁷Юрченко Р.Н. Смертная казнь и исполнение приговора в Республике Казахстан // Смертная казнь и пожизненное лишение свободы: проблемы исполнения в Республике Казахстан: научно-практическое исследование законодательства Республики Казахстан и судебной практики по вопросам, возникающим при применении смертной казни, и проблемам исполнения приговора в виде пожизненного лишения свободы. – Алматы: Раритет, 2005. – С. 9.

⁷⁵⁸Смертная казнь в регионе ОБСЕ. Справочный документ: мат-лы совещания ОБСЕ по человеческому измерению. Сентябрь 2005 года. – Варшава, 2005. – С. 22.

вид наказания назначается в пределах санкции. По толкованию данной нормы закона Пленумом Верховного суда Российской Федерации виновное лицо не только «избегает» высшей меры наказания, пожизненного лишения свободы, но и определенный срок лишения свободы значительно сокращается. Анкетирование среди присяжных заседателей показало, что их вердикты о снисхождении к виновным были направлены исключительно на стремление воспрепятствовать возможному применению профессиональным судьей смертной казни, желанием сохранить подсудимому жизнь. И не более»⁷⁵⁹.

Анализ процесса, связанного с отменой смертной казни, свидетельствует, что страны, которые вводят мораторий на смертную казнь, оказываются в сложном положении. С одной стороны, это проявление гуманизма, с другой – мораторий не может носить бессрочный характер. Должно быть принято окончательное решение либо отказаться от смертной казни, или сохранить ее за ограниченное количество преступлений. Другого пути нет. Казахстан стремится выполнять требования в подписанных им соглашениях, что налагает на него большие обязательства, для чего необходимо обозначить пути разрешения поставленных задач. Иначе в обществе будет постоянно присутствовать синдром возможности возврата к тем ценностям, к которым оно уже привыкло, либо они более привычны.

В целом в Казахстане прослеживается тенденция к полной отмене смертной казни, но решение этого вопроса связано не только с правовым, но и с экономическим развитием страны. Вместе с тем глубоко прав В.В. Лунеев, прогнозируя возможную ситуацию в этом вопросе, он пишет: «Однако интенсивный рост опасных преступлений и доминирование в общественном мнении народа нетерпимости к гуманизации уголовно-правовой кары за совершение тяжких преступлений, особенно в условиях беспомощности правоохранительных органов, могут существенно повлиять на наметившуюся тенденцию, как это уже не раз бывало»⁷⁶⁰.

Это мнение имеет серьезное основание, которое вытекает из того, что вместо исключительного наказания, смертная казнь в Уголовном кодексе Российской Федерации вошла в систему наказаний. Следующим этапом ужесточения борьбы со следствиями причин, т.е. с насильственными преступлениями, будут, видимо, все более настойчивые предложения отмены моратория и реанимации смертной казни⁷⁶¹. В Казахстане имеет место схожая ситуация. 29 октября 2008 года депутат Мажилиса Парламента Республики Казахстан Н. Сабильянов от имени более 60 мажилисменов выступил за возвращение смертной казни в отношении лиц, совершивших преднамеренное убийство детей. Депутатский запрос направлен в адрес Президента Республики Казахстан. Поводом послужило убийство трех

⁷⁵⁹Гащилин М. Индивидуализация наказания в суде присяжных// Российская юстиция. – 2000. – № 5 (май). – С. 5.

⁷⁶⁰Лунеев В.В. Преступность XX века: мировые, региональные и российские тенденции. – М., 2005. – С. 43.

⁷⁶¹Петин И.А. Механизм преступного насилия. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. – С. 302.

малолетних детей и их матери Алии Есемсеитовой 21 октября 2008 года. Но не только за умышленные преступления, а и за ненасильственные преступления ставится вопрос о сохранении смертной казни. На законодательном уровне в Казахстане ставится вопрос о применении смертной казни за преступления, связанные с незаконным оборотом наркотиков⁷⁶².

Обеспокоенность, исходящая от роста наркомании, была отражена и в Послании Президента РК народу Казахстана, в котором борьба с распространением наркотиков отнесена к числу приоритетных задач. Вопросы борьбы с наркобизнесом были отражены в выступлении Б.А. Мухамеджанова на страницах «Казахстанской правды», где приведены доводы, свидетельствующие о быстром и глобальном распространении наркотиков, наносящих человеческой цивилизации огромный и непоправимый ущерб. Довольно убедительны его аргументы о необходимости ужесточения санкций, вплоть до высшей меры⁷⁶³.

МВД РК был подготовлен проект законодательных поправок, предусматривающих ужесточение наказания за наркопреступления вплоть до высшей меры. Правительство Республики Казахстан в 2007 году представляло в Парламент Республики поправки в уголовное законодательство, ужесточающие наказание за наркопреступления.

Следует согласиться с выводом В.П. Лукина, «что суд присяжных необходим в случаях, когда человеку может быть назначена суровая мера наказания и когда общество, государство должны создать дополнительную систему гарантий от возможных нарушений его прав, защитив от судебной ошибки»⁷⁶⁴. Не менее убедительным является мнение И.И. Рогова, «в целях уменьшения количества приговоров относительно смертной казни, полагаю целесообразным ввести суд присяжных, которые будут более требовательны при вынесении вердикта о виновности подсудимого»⁷⁶⁵.

По мнению большинства ученых и практикующих юристов, усиление уголовной ответственности за совершение отдельных особо тяжких преступлений вплоть до применения смертной казни является естественной реакцией государства на все возрастающую криминализацию нашего общества. Однако тотальное ужесточение наказания должно сдерживаться соответствующими уголовно-процессуальными (в том числе и судебными) процедурами, позволяющими применять указанный вид наказания только в исключительных случаях, исходя из доказанности обвинения и личности преступника. В этой связи, как уже нами указывалось ранее, необходимо

⁷⁶²Назарбаев Н.А. Казахстан – 2030. Процветание, безопасность и улучшение благосостояния всех казахстанцев: Послание Президента страны народу Казахстана // Каз. правда. – 1997. – 11 октября.

⁷⁶³Фоменко Ю., Бредихина Т. Миссия: правовое государство // Каз. правда. – 2006. – 29 декабря.

⁷⁶⁴Лукин В.П. Проблемы совершенствования деятельности суда присяжных в современной России: Специальный доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации. – М.: ИД «Юриспруденция», 2004. – С. 14.

⁷⁶⁵Рогов И.И. Перспективы отмены смертной казни в Республике Казахстан // Отмена смертной казни в Республике Казахстан: за и против: мат-лы междунар. практ. конф. 30 сентября – 1 октября 2002 г. – Алматы, 2002.

ввести обязательность процедуры суда с участием присяжных заседателей для всех преступлений, предусматривающих наказание в виде смертной казни, независимо от признания или непризнания своей вины обвиняемым. Подобный подход, с одной стороны, будет гарантировать общество от возможных судебных ошибок, необоснованного обвинения или произвола со стороны правоохранительных органов, а с другой стороны, изменит отношение к собиранию и оценке доказательств в досудебных стадиях процесса.

Заключение

Научная проработка проблем, связанных с введением в отечественное судопроизводство – суда с участием присяжных заседателей, подтвердила актуальность, новизну, теоретическую и практическую значимость настоящего исследования.

На основе полученных результатов решена крупная научная проблема, имеющая важное теоретическое и практическое значение – в науке уголовно-процессуального права разработана новая теоретическая концепция судебного разбирательства с участием присяжных заседателей.

Полученные в ходе исследования научные положения позволили сформулировать ряд достоверных теоретических выводов, а также практических предложений по совершенствованию уголовно-процессуального законодательства, приведению его в соответствие с международными актами, регламентирующими деятельность судов присяжных.

К числу наиболее существенных теоретических положений относятся следующие выводы и предложения:

1. Особенности производства в суде с участием присяжных заседателей свидетельствуют о том, что исследуемый институт – это особый вид сложного производства, осуществляемый судом первой инстанции. Сущность данного института заключается в следующем:

– в дифференциации уголовно-процессуальной формы, предусматривающей различные процедуры установления виновности и размера наказания исходя из категорий преступлений, перечень которых содержится в ст. 631 УПК РК;

– в разумном балансе равновесия между интересами стороны защиты и обвинения, соблюдение которого достигается путем оценки их доводов независимыми представителями различных слоев населения в соответствии с функциональной направленностью суда как органа, вершащего правосудие.

2. При производстве в суде первой инстанции в качестве его дифференцированных форм выступают различия в составе суда (единоличное рассмотрение и судом с участием присяжных заседателей). Упрощенные процедуры (ст. 382 УПК РК) возможны только для производства, осуществляемого единолично судьей, а сложные процедуры могут распространяться на две вышеуказанные формы.

3. Глобализация мирового правового пространства – одна из основных объективных причин введения в Казахстане суда с участием присяжных заседателей, отвечающего международным стандартам правосудия. В то же время Казахстан создает свою национальную модель института присяжных заседателей, на основе существующей континентальной модели, подвергающейся модернизации с учетом современного состояния и запросов общественной практики.

4. Процесс становления института присяжных заседателей в Республике Казахстан зависит от целого ряда взаимосвязанных внешних и внутренних

факторов и может формироваться субъектами права в зависимости от существующих внутривластных, демографических, организационных и социально-экономических условий. Влияние внешних факторов на политические и государственные институты Казахстана будет возрастать. Правовые институты не смогут и не будут находиться в изоляции вне процессов общемирового развития права, что будет порождать взаимовлияние и отражение внутренних факторов. Это потребует быстрой координации института присяжных заседателей с другими институтами и отраслями национального и международного права, не исключая заимствования тех или иных элементов, способствующих его модернизации. Ограничение влияния внешних факторов на институт присяжных заседателей будет возможным только при наличии понимания его предназначения и постоянной его трансформации. Разумная правовая политика, отличающаяся прагматичностью, ответственностью, предсказуемостью, и оптимальный режим реализации принятых Законов о новом институте судопроизводства должны опираться на постоянные исследования, диагностику, социологический мониторинг, включая изменения в общественной жизни, международном праве.

5. Исходя из ранее сложившихся исторических условий и национальных особенностей, а также с учетом опыта функционирования суда присяжных в Российской Федерации, Казахстан воспринял модель судопроизводства со смешанной коллегией, в которой один профессиональный судья наряду с десятью присяжными заседателями совместно исследуют материалы уголовного дела, результатом которого является вынесение законного, обоснованного и справедливого приговора на основании вердикта присяжных заседателей. По своему содержанию реформированное судопроизводство принадлежит охранительному типу, поскольку суд на всех стадиях процесса лишен обвинительной функции. При определении выбора между двумя моделями судопроизводства с участием присяжных заседателей – англо-саксонской и континентальной, определяющее значение сыграло то, что исторически судопроизводство Казахстана базировалось на европейской (континентальной) модели, предусматривающей проведение расследования органами уголовного преследования под судебным контролем с некоторыми элементами состязательности, а судебного разбирательства – независимым судом с обеспечением реальной состязательности и равноправия сторон, разделения функций обвинения, защиты и рассмотрения дела по существу.

6. Повышение уровня правовых знаний присяжного заседателя является действенным средством преодоления стереотипа негативного отношения к исполнению возложенных на него обязанностей, который сохраняется у значительной части населения. С этой целью нужно проводить постоянную работу среди простых граждан, потенциальных присяжных заседателей, по разъяснению законодательства, сути института суда присяжных заседателей.

7. Для сведения к минимуму вторжение в частную жизнь граждан необходимо осуществлять проверку кандидатов в присяжные заседатели не со всего первичного списка, а с граждан, прошедших случайную выборку на

основе добровольности и письменного согласия граждан, исключаящего нарушение конституционных прав граждан.

8. В целях обеспечения беспристрастности формирования внутреннего убеждения при принятии соответствующих решений, лица, включенные в предварительный список кандидатов в присяжные заседатели, обязаны пройти тест на психологическую устойчивость.

9. Необходимо предусмотреть ответственность присяжного заседателя за умышленные действия, направленные на нарушение порядка отправления правосудия, предусмотренные законодательством Республики Казахстан.

10. Причинами, негативно влияющими на доступ граждан к правосудию, являются: нехватка квалифицированных специалистов в судебной системе; загруженность судей; нарушение сроков рассмотрения дел; сложность судебных процедур; неразвитость общественных институтов, обеспечивающих юридическую защиту различных групп населения; низкая правовая культура граждан. Поэтому необходимо принять меры к безотлагательному укреплению межрайонных специализированных судов по уголовным делам опытными судьями в соответствии с условиями реформирования системы правосудия.

11. Введение обязательного отображения судебного разбирательства с участием присяжных заседателей на дополнительные средства фиксации информации (видеозапись) позволит снять проблему непрерывности судебного разбирательства в случае непредвиденного выбытия судьи или присяжных заседателей, влекущего назначения судебного разбирательства заново.

12. Снижение возрастного ценза присяжного заседателя в Казахстане до 23-х лет может снять проблему привлечения необходимого количества кандидатов в присяжные заседатели.

13. Введение в действие новой формы судопроизводства с участием присяжных заседателей приводит к возникновению нового признака подсудности в уголовно-процессуальном праве Казахстана – добровольного. Признаком добровольной подсудности должно выступать волеизъявление обвиняемого, который заявил ходатайство о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей либо заявил отказ от заявленного ходатайства до проведения предварительного слушания и в ходе его. Волеизъявление обвиняемого становится обязательным для принятия решения о том, какой суд и в каком составе будет рассматривать его дело в первой инстанции.

Ограничение срока подачи ходатайства обвиняемого о рассмотрении его дела с участием присяжных заседателей только этапом ознакомления с материалами дела грубо нарушает его право на судебную защиту предоставленных ему прав и свобод. Обвиняемый вправе заявить такое ходатайство с момента предъявления обвинения вплоть до назначения судебного следствия.

14. В целях обеспечения принципа равенства сторон необходимо предусмотреть порядок вынесения особого мнения судей, в случае

несогласия с решениями присяжных заседателей. В подобных ситуациях, при несогласии с вердиктом присяжных о виновности либо невиновности обвиняемого, председательствующий может заявить свое особое мнение, которое заносится в протокол судебного разбирательства. Особое мнение судьи должно учитываться в случаях кассационного обжалования постановленного обвинительного или оправдательного приговора.

15. Вопросный лист присяжного заседателя необходимо дополнить вопросом о наличии обстоятельств, исключающих преступность и наказуемость, при положительном ответе на который присяжные заседатели могли бы оправдать подсудимого. Необходимость включения в вопросный лист такого вопроса вызвана тем, что деяние, даже при наличии признаков преступления, в силу определенных обстоятельств не является преступным. Ответ на подобный вопрос способствовал бы принятию справедливого решения председательствующим при решении им вопроса о квалификации и наказании подсудимого.

Положительный ответ является основанием для оправдания подсудимого либо будет способствовать принятию справедливого решения председательствующим при решении им вопроса о квалификации и наказании подсудимого.

16. В целях повышения эффективности защиты от предъявленного обвинения в судах с участием присяжных заседателей необходимо:

1) Разработать механизм контроля за качеством оказываемой юридической по назначению юридической помощи.

2) Сформировать законодательные, организационные и финансовые механизмы, позволяющие избежать частой сменяемости адвокатов, назначаемых в качестве защитников в рамках одного и того же уголовного дела, и обеспечить соответствующее качество предоставляемой ими юридической помощи.

3) Определить более высокие ставки оплаты труда адвокатов, участвующих в качестве защитников в уголовном судопроизводстве по назначению органов предварительного расследования, прокуратуры и суда. Рассмотреть возможность дифференциации оплаты труда адвокатов в зависимости от сложности дел, уровня цен в регионе. Усовершенствовать процедуры учета времени и расходов адвокатов, чтобы сделать их независимыми от следователей и судей.

4) Разработать минимальные стандарты качества работы и правила профессиональной этики адвокатов по уголовным делам, на основании которых осуществлять контроль над работой адвокатов со стороны коллегий и объединений адвокатов, при этом, не нарушая процессуальных свобод и гарантий адвокатов.

17. Меры по обеспечению безопасности участников уголовного процесса, определенные в Законе Республики Казахстан «О государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе», не могут в полном объеме гарантировать личную безопасность присяжных заседателей. Поэтому надо рассматривать этот вопрос в рамках отдельной программы обеспечения

безопасности судей и присяжных заседателей, механизм которой должен существенно отличаться от мер в указанном выше законе Республики Казахстан. В этой программе акцент должен делаться на обеспечение личной безопасности, путем совершенствования физической защиты защищаемых лиц.

18. Необходимо ввести обязательность процедуры суда с участием присяжных заседателей для всех преступлений, предусматривающих наказание в виде смертной казни, независимо от признания или непризнания своей вины обвиняемым. Подобный подход, с одной стороны, будет гарантировать общество от возможных судебных ошибок, необоснованного обвинения или произвола со стороны правоохранительных органов, а с другой стороны, изменит отношение к собиранию и оценке доказательств в досудебных стадиях процесса.

Очевидно, что сформулированные предложения по совершенствованию уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан направлены на повышение эффективности деятельности судов с участием присяжных заседателей и усиление основополагающих принципов уголовного процесса.

Внесение перечисленных дополнений и изменений в национальное законодательство может обеспечить доступ к правосудию путем реального участия граждан в его осуществлении в качестве присяжных заседателей.

Шнарбаев Б.К.

Суд с участием присяжных заседателей в Казахстане

Учебное пособие

Формат 60x84 1/16

Бумага офисная.

Печать офсетная

27,25 усл. печ. л.

Тираж 500 экз.

Отпечатано: ТОО «New Line Media»
г. Костанай, пр. Аль-Фараби, 115, оф. 512
тел.: 8(7142) 53-11-47, 53-06-71
e-mail: geosprint@mail.ru