



UNODC

Управление Организации Объединенных Наций
по наркотикам и преступности
Программный офис в Кыргызской Республике

A photograph of a wooden gavel resting on a stack of books, with a pair of brass scales of justice in the foreground. The background is a soft, out-of-focus light grey.

**Анализ проекта
Уголовно-процессуального кодекса
Кыргызской Республики**

**ОСНОВНЫЕ ВЫВОДЫ
и рекомендации**

август 2014

**АНАЛИЗ ПРОЕКТА УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА
КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКИ**

основные выводы и рекомендации

август 2014

В настоящей публикации представлен анализ проекта Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики, автором которого является Ковалёв Н.П., доцент (Associate Professor) кафедры криминологии Университета Уилфрида Лориер (Канада), доктор философии в области права (Ph.D.) Анализ подготовлен в рамках проекта Управления ООН по наркотикам и преступности «Поддержка реформы уголовного правосудия в Кыргызской Республике» при финансовой поддержке Бюро по борьбе с международным оборотом наркотических веществ и правоохранительной деятельности Государственного департамента Соединенных Штатов Америки.

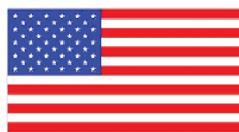
Публикация предназначена для представителей государственных органов и гражданского общества, а также читателей, проявляющих интерес к правовым вопросам. Авторские права на материалы, содержащиеся в настоящей публикации, принадлежат УНП ООН.

Мнения, выраженные в данной публикации, не отражают точку зрения ООН, ее программ/проектов или правительств.



UNODC

Управление Организации Объединенных Наций
по наркотикам и преступности
Программный офис в Кыргызской Республике



Содержание

Введение.....	1
Общие комментарии по структуре и содержанию проекта УПК КР.....	1
Отдельные аспекты уголовного судопроизводства.....	1
Задачи и принципы уголовного судопроизводства.....	2
Суд.....	6
Участники процесса.....	8
Иные лица, участвующие в уголовном судопроизводстве.....	11
Доказательства.....	14
Задержание и заключение под стражу.....	18
Суд присяжных.....	26
Рекомендации для внесения изменений и дополнений в проект УПК КР.....	34

Введение

1. Предметом данного анализа является проект Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики (далее проект УПК КР). Автор анализа не претендует на полноту рассмотрения всех проблемных вопросов, содержащихся в проекте УПК КР, а лишь предлагает для обсуждения некоторые аспекты, которые на его взгляд, требуют пересмотра. Основными задачами анализа являются: во-первых, определение того, насколько положения, содержащиеся в проекте УПК КР, являются последовательными по своему содержанию, во-вторых, насколько положения проекта УПК КР соответствуют международным стандартам в области прав человека, а также моделям уголовного судопроизводства, принятых в развитых демократических государствах; в-третьих, выработка предложений, не нашедших своего отражения в проекте УПК КР.

Общие комментарии по структуре и содержанию проекта УПК КР

2. Проект УПК КР по своей структуре очень похож на действующий УПК КР: оба документа состоят из общей и особенной частей. Вместе с тем, проект нового УПК КР содержит большее количество разделов – 17 вместо 14, а также глав – 69 вместо 49 как в действующем УПК КР.

3. Проект нового УПК содержит целый ряд прогрессивных положений по дальнейшему реформированию правовой системы Кыргызской Республики и переходу от инквизиционной модели к более состязательной модели уголовного судопроизводства. Однако, наряду с позитивными нормами в тексте проекта УПК КР содержится ряд недостатков, которые, на наш взгляд, могут быть устранены законодателем для того, чтобы содействовать более последовательному реформированию уголовного судопроизводства в Кыргызской Республике.

4. Одним из общих недостатков проекта УПК КР, на наш взгляд, является отсылочный характер многих статей. При этом статьи нередко ограничиваются такими общими формулировками, как например, «в случаях и в порядке, установленных законом» или «в порядке, установленным настоящим Кодексом». Было бы предпочтительным если бы в тексте УПК КР отсылочные нормы указывали на конкретные законодательные акты, а также статьи в законодательном акте. Это, во-первых, исключило бы возможность неоднозначной интерпретации отсылочных норм; а во-вторых, обеспечило бы более эффективную реализацию прав и свобод участников уголовного судопроизводства.

5. Другим общим недостатком текста является неясность некоторых новых терминов, как, например, депонирование или проступок. В этой связи, необходимо дополнить определения некоторых новых терминов, которые ранее не употреблялись законодателем.

Отдельные аспекты уголовного судопроизводства

6. В этой части анализа рассмотрены отдельные аспекты уголовного судопроизводства в Кыргызской Республике, которые на наш взгляд, требуют внимательного рассмотрения.

¹Данный анализ подготовлен Ковалёвым Н.П., доцентом (Associate Professor) кафедры криминологии Университета Уилфрида Лориер (Канада), доктор философии в области права (Ph.D.) Анализ подготовлен в рамках проекта Управления ООН по наркотикам и преступности при финансовой поддержке Отдела по борьбе с международным оборотом наркотических веществ и правоохранительной деятельности Государственного департамента Соединенных Штатов Америки. Мнения, выраженные в данном заключении, не обязательно отражают точку зрения ООН, УНП ООН, доноров проекта и правительства. Предложения и замечания по данному анализу направлять на электронные адреса nkovaev@wlu.ca или vera.tkachenko@unodc.org

Задачи и принципы уголовного судопроизводства

Задачи уголовного судопроизводства (ст. 6)

7. Авторы проекта УПК КР закрепляют в ст. 6 перечень задач уголовного судопроизводства. Перед правоприменителем ставятся двойственные задачи. С одной стороны, правоохранительные органы должны защищать интересы общества в борьбе с преступностью, а с другой стороны, они должны защищать интересы граждан обвиняемых в совершении преступлений от злоупотреблений самих же правоохранительных органов. Представляется, что текст проекта УПК КР, представленного для анализа существенно отличается от текста действующего УПК КР. В частности, в тексте проекта отсутствует положение согласно которому, что «в случае незаконного обвинения или осуждения невиновного - незамедлительную и полную его реабилитацию»². Иными словами проект нового УПК КР нарушает баланс между интересами общества и интересами граждан, в отношении которых осуществляется уголовное преследование. Авторам проекта УПК КР предлагается включить соответствующие положения в текст проекта для того, чтобы обеспечить интересы подсудимых, а также несправедливо осужденных.

Законность (ст. 7)

8. Статья 7 проекта УПК КР не содержит важного положения, которое содержится в тексте действующего УПК КР, согласно которому запрещается при осуществлении правосудия использовать доказательств, полученных с нарушением уголовно-процессуального закона³. Представляется, что авторам законопроекта следует внести соответствующее дополнение в текст ст. 7, которая бы запрещала использование доказательств, полученных с нарушением закона.

Независимость судей (ст. 9)

9. Представляется, что авторам проекта УПК КР необходимо указать на недопустимость вмешательства в деятельность судей при осуществлении правосудия со стороны правоохранительных органов или каких-либо других представителей власти. На наш взгляд, принцип независимости судей также должен включать запрет на какие-либо контакты между одной из сторон и судьей вне судебного разбирательства, так называемые ex parte консультации. Частные консультации между судьей и стороной обвинения за пределами судебного заседания и без участия стороны защиты являются серьезной проблемой для независимости в ряде бывших республик СССР⁴. Представляется, что Кыргызская Республика не является исключением. Так, например, согласно исследованию Американской Ассоциации Юристов в Кыргызской Республике телефонное право и вмешательство органов власти в осуществление правосудия являлись существенной проблемой⁵. Таким образом, необходимо закрепить дополнительные гарантии независимости судей в ходе уголовного судопроизводства путем запрета на любые контакты и консультации по поводу конкретных уголовных дел между судьями

²Сравните текст ст. 4 действующего УПК КР и ст. 6 проекта УПК КР.

³Сравните ст. 6 ч. 3 УПК КР и ст. 7 проекта УПК КР.

⁴См. например, Центр Содействия Международной защите, Басманное Правосудие. Уроки самообороны. Пособие для адвокатов. Москва: Публичная Репутация, 2003 г.

⁵ABA/CEELI, Judicial Reform Index for Kyrgyzstan 2003, p. 25, доступно по адресу <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/UNTC/UNPAN017563.pdf>.

и сторонами, участвующими по делу, а также любыми другими государственными лицами вне судебного разбирательства.

10. Вместе с тем следует отметить, что запрет на *ex parte* консультации не должен распространяться на консультации между стороной обвинения и судьей по предварительному расследованию (см. пункты 20-21 данного анализа), так как сама специфика некоторых процессуальных действий, таких как обыск, предполагает отсутствие стороны защиты при обсуждении оснований для санкционирования этих действий судом. При этом следует закрепить положение в УПК КР, что следственный судья (судья по предварительному расследованию) не выступает в качестве представителя стороны обвинения и что все контакты между судьей и стороной обвинения и органами милиции должны быть четко закреплены в протоколе судебного заседания.

Неприкосновенность личности (ст. 13)

11. Статья 13 предусматривает, что максимальный срок задержания до вынесения судебного решения должен составлять 48 часов. Данная норма соответствует положению ст. 24 Конституции КР. Вместе с тем, на наш взгляд, необходимо в ст. 13 проекта УПК указать, что срок задержания должен исчисляться с момента фактического задержания.

Неприкосновенность жилища (ст. 16)

12. Согласно ст. 30 Конституции Республики Кыргызстан гражданам гарантируется «право на неприкосновенность жилища и иных объектов, находящихся у него в собственности или ином праве». Так же Конституция декларирует, что «никто не может проникать в жилище и иные объекты против воли человека, в пользовании которого они находятся», а также, что «производство обыска, выемки, осмотра и осуществление иных действий, а также проникновение представителей власти в жилище и иные объекты, находящиеся в собственности или ином праве, допускаются лишь на основании судебного акта». В отличие от Конституции ст. 16 проекта УПК КР гарантирует право на неприкосновенность только жилища, но не иных объектов, находящихся в собственности или ином праве граждан. В данном случае речь может идти об офисном помещении или другом помещении, которое находится в собственности или ином праве. Таким образом необходимо привести положения ст. 16 проекта УПК КР с положениями Конституции.

Презумпция невиновности (ст. 19)

13. Хотя принцип презумпции невиновности декларируется в тексте проекта УПК КР его эффективная реализация зависит от многих факторов. На наш взгляд, проект УПК КР содержит ряд положений которые мешают реализации данного принципа.

14. Одним из таких положений является институт возвращения уголовного дела для

устранения препятствий его рассмотрения судом (дополнительного расследования) (ст. 307). Судья в ходе предварительного слушания по ходатайству сторон или по собственной инициативе может направить уголовное дело назад прокурору для устранения препятствий его рассмотрения судом. Другими словами существует риск того, что вместо того, чтобы вынести оправдательный приговор судья может содействовать органам прокуратуры в исправлении нарушений и упразднении недостатков следствия для того, чтобы добиться обвинительного приговора. Практика возвращения уголовного дела прокурору, на наш взгляд, подрывает не только принцип презумпции невиновности, но также и принцип состязательности и равноправия сторон.

15. Во-вторых, беспристрастность суда и право обвиняемого считаться невиновным пока его виновность не будет доказана в суде зависит от степени знакомства судьи с обстоятельствами уголовного дела до судебных слушаний. Согласно ст. 296 проекта УПК КР авторы законопроекта сохраняют советскую практику изучения судьями материалов уголовных дел до судебных слушаний для вынесения одного из следующих решений: о назначении судебного заседания; о направлении дела по подсудности либо о прекращении дела (ст. 296). Для того, чтобы принять одно из этих обоснованных решений судья должен изучить материалы уголовного дела, которые отражают только версию обвинения и следствия еще до того, как он выслушал хотя бы одного свидетеля или аргументы защиты. Некоторые российские психологи утверждают, что изучение только версии обвинения влияет не только на сознание судьи, но и на его подсознание⁶. Ряд европейских ученых также изучали вопрос о влиянии чтения материалов следствия до судебного заседания. В одном научном исследовании, проведенном в Германии, профессиональные судьи, которые служили в качестве объектов для исследования, были поделены на две группы. Первую группу судей попросили изучить материалы следствия до суда, другую же группу напротив просили воздержаться от их изучения до суда. Результаты эксперимента показали, что все те судьи которые прочитали материалы следствия до суда признали подсудимого виновным; во-второй группе только 27% судей решили признать подсудимого виновным при идентичных доказательствах. Результаты данного исследования демонстрируют, что досудебное изучение материалов следствия ухудшает положение обвиняемого и ослабляет значение принципа презумпции невиновности⁷. В этой связи, рекомендуется авторам проекта УПК КР предусмотреть правило по которому судья не может знакомиться с материалами уголовного дела до судебного разбирательства, а все решения, в том числе решения перечисленные в ст. 296 проекта УПК КР, должны приниматься только после того, как судья имел возможность ознакомиться с позициями обеих сторон в судебном заседании.

16. В-третьих, некоторые категории обвиняемых не могут быть выпущены на свободу под залог до суда только потому, что они обвиняются в совершении особо тяжкого преступления (ст. 113 ч. 3 проекта УПК КР). Хотя Комитет ООН по Правам Человека в одном из своих решений признал, что отказ обвиняемому в залоге априори не наносит ущерб праву подсудимого считаться невиновным до решения суда, тем не менее, можно утверждать, что автоматическое лишение права лица, обвиняемого в совершении преступления наказуемого лишением свободы на срок более чем десять лет⁸, на осво-

⁶См. Панасюк, А.Ю. «Презумпция виновности» в системе профессиональных установок судей //Государство и право. 1994, № 3. С. 70 – 79.

⁷W.A. Wagenaar, P.J. van Koppen & H.F.M. Crombag, *Anchored Narratives. The Psychology of Criminal Evidence*. St. Martin's Press 1993. P. 27.

⁸Ст. 13 Уголовного Кодекса Кыргызской Республики (далее по тексту УК КР).

бождение под залог перед судом наносит ущерб принципу презумпции невиновности. В этой связи, рекомендуется снять ограничение на использования залога в отношении лиц, обвиненных в совершении особо тяжких преступлений.

17. В-четвертых, насколько нам известно ни действующее законодательство Кыргызской Республики, ни проект УПК КР не запрещает государственным служащим, включая представителей правоохранительных органов и прокуратуры, публично высказываться, в том числе в средствах массовой информации и вне судебного заседания, относительно виновности обвиняемого. Существует опасность того, что данный пробел в законодательстве может быть использован правоохранительными органами для давления на суд, например в политических и других процессах имеющих большой общественный резонанс. Таким образом, необходимо дополнить ст. 19 проекта УПК КР положением согласно которому органам следствия, дознания, прокуратуры и суда запрещается в какой-либо форме высказывать свою позицию относительно виновности обвиняемого в каких-либо средствах массовой информации, а также публично, за исключением случаев выступления стороны обвинения в ходе судебного разбирательства.

Язык уголовного судопроизводства (ст. 23)

18. Статья 23 проекта УПК КР гласит, что судопроизводство ведется либо на государственном либо на официальном языке. Согласно ст. 10 п. 2 Конституции Кыргызской Республики в качестве официального языка в Кыргызской Республике используется русский. На наш взгляд, следует прямо указать в тексте ст. 23 УПК КР, что уголовное производство осуществляется либо на кыргызском или русском языках. Также необходимо также закрепить положение о том, по какому принципу определяется язык уголовного судопроизводства при расследовании и рассмотрении конкретного уголовного дела. В частности, возможно ввести положение согласно, которому язык судопроизводства определяется органом ведущим следствие или судом на основании выбора языка судопроизводства обвиняемым. Как правило, обвиняемые для которых кыргызский язык является родным могут избрать государственный язык в качестве языка судопроизводства, а в случаях когда для обвиняемого кыргызский не является родным обвиняемый будет иметь возможность выбрать русский язык в качестве языка судопроизводства. Такое правило будет способствовать реализации принципа равенства всех перед законом и судом, гарантированного ст. 15 УПК КР. В тех случаях, если в деле участвуют несколько обвиняемых или подсудимых, в случае невозможности достижения согласия между обвиняемыми относительно выбора языка судопроизводства, необходимо предусмотреть правило о выделении уголовных дел в отдельные судопроизводства в зависимости от выбора языка подсудимыми.

19. Принцип выбора языка судопроизводства обвиняемым тесно связан с его правом на выбор состава суда присяжных. Подсудимому должно быть обеспечено право на рассмотрение коллегии присяжных заседателей, которые владеют тем же языком, что и подсудимый. Данное правило будет дополнительной гарантией беспристрастности

присяжных в отношении подсудимого. В противном случае это может отразиться на субъективной беспристрастности суда присяжных. Иными словами подсудимый не будет воспринимать коллегии присяжных, в состав которой не входит ни один представитель, владеющий тем же языком, что и подсудимый, в качестве беспристрастной. В связи с требованием ст. 643 ч. 2 п. 2 проекта УПК РК существует риск того, что в состав коллегии присяжных могут войти лица не владеющие языком на котором говорит подсудимый. Таким образом, право обвиняемого на выбор языка судопроизводства должно быть гарантировано во всех процессах с участием присяжных заседателей.

Суд

Следственный судья

20. Исходя из текста статей 5, 32 и других статей проекта УПК можно сделать вывод, что авторы законопроекта предлагают ввести новый судебный институт, в полномочия которого бы входили, прежде всего, судебный контроль за соблюдением прав, свобод и интересов лиц в досудебном производстве. Это очень прогрессивный шаг в судебной реформе Кыргызской Республики. Вместе с тем, следует отметить, что на наш взгляд, выбор названия для нового института – следственный судья является не совсем удачным. Во-первых, термин следственный может интерпретироваться как юристами, так и гражданами как судья занимающийся расследованием уголовных дел. Действительно, в зарубежном законодательстве и юридической литературе термин следственный судья скорее всего ассоциируется с французским институтом следственного судьи или *juge d'instruction*, который был введен во Франции в 1810 г., а затем был введен и в других европейских странах.⁹ Традиционной функцией европейского следственного судьи являлось проведение предварительного расследования. В дореволюционной России данный институт назывался судебный следователь. В последние годы в некоторых странах Европы наметилась тенденция упразднения должности следственного судьи и передачи функций следствия органам полиции и прокуратуры. Вместе с тем, в некоторых европейских странах, например в Германии, Франции и Италии в последние годы была введена специальная должность судьи, который решает вопросы о применении ареста и надзирает за соблюдением прав и свобод личности в ходе предварительного следствия. Так, в Германии такой судья называется *Ermittlungsrichter* или судья по предварительному следствию, во Франции – *juge des libertés et de la detention* или судья по правам и предварительному заключению, в Италии – *giudice per le indagini preliminari* или судья по предварительному расследованию.¹⁰ В этих европейских странах данный судья не участвует ни в предварительном расследовании, ни в рассмотрении уголовного дела по существу, т.е. принятии решения о виновности или невиновности подсудимого. Исходя из анализа текста проекта УПК КР авторы законопроекта предлагают ввести институт не следственного судьи, а институт судьи по правам и свободам на предварительном следствии.

⁹См. например, Л.В. Головкин, Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. Москва: СПАРК, 1995, стр. 67.

¹⁰Delmas-Marty, M. and Spencer, J.R. (eds.) (2005). *European Criminal Procedures*. Cambridge: Cambridge University Press.

21. Из текста ст. 30 и ст. 32 не совсем ясно какими именно полномочиями обладает следственный судья (судья по правам на предварительном следствии). На наш взгляд, авторам законопроекта следует четко закрепить перечень полномочий данного должностного лица, а не ограничиваться отсылочной нормой, содержащейся в ст. 32 ч. 3 проекта УПК КР.

22. Как уже было сказано выше, мы полностью поддерживаем передачу полномочий санкционировать арест и давать разрешение на некоторые другие следственные действия специальному судье. Следует отметить, однако, что нам представляется, что проект УПК КР неоправданно предоставляет полномочия по применению некоторых мер пресечения и иных мер обеспечения уголовного судопроизводства, в частности залога (ст. 113) и запрета на приближение (ст. 126), органам следствия и прокуратуры. Вопрос о применении залога как альтернативы заключения под стражу должен решаться исключительно судьей, а не следователем пусть даже при формальном разрешении судьи. Право применять залог и тем более определять его сумму может также привести к злоупотреблениям со стороны правоохранительных органов, а также коррупции. Что касается такой меры как запрет на приближение к определенному лицу, то так как данная мера направлена на ограничение прав обвиняемого, то необходимо, чтобы решение о ее применении также применялось независимым от следствия и обвинения лицом, а не прокурором или следователем.

Состав суда первой инстанции (ст. 34) и подсудность дел суду с участием присяжных заседателей (ст. 291)

23. Проект УПК КР предусматривает, что все дела в первой инстанции, за исключением пяти составов преступлений¹¹, должны будут рассматриваться судьей единолично. На наш взгляд, ограниченное количество подсудности суда присяжных и отсутствие коллегиальности в суде первой инстанции не будет способствовать защите прав и свобод граждан обвиняемых в подавляющем большинстве тяжких и особо тяжких преступлений. Представляется, что необходимо предоставить подсудимому право выбрать форму судопроизводства по всем уголовным делам об особо тяжких преступлениях, т.е. деяниях, за совершение которых УК КР предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше десяти лет либо пожизненное лишение свободы,¹² а также по делам, затрагивающим интересы СМИ и свободы слова, в частности, публичные призывы к осуществлению террористической деятельности,¹³ публичные призывы к насильственному захвату власти,¹⁴ возбуждение национальной, расовой, религиозной или межрегиональной вражды.¹⁵ Подсудность суда присяжных по делам, затрагивающим интересы СМИ, предусмотрена в некоторых странах, например, в Бельгии,¹⁶ и позволяет защитить интересы не только отдельных граждан (подсудимых), но и интересы свободы слова – необходимого условия существования гражданского общества и правового государства. Введение суда присяжных по делам, затрагивающим интересы свободы слова, предоставит больше гарантий СМИ и оградит их от заказных дел против журналистов критикующих коррупцию среди чиновников.

¹¹Согласно ст. 291 проекта УПК КР к подсудности суда присяжных будут отнесены только некоторые дела об убийстве: ст. 131, 132, 133, 134 и 139 проекта УК КР.

¹²Ст. 19 ч. 4 проекта УК КР.

¹³Ст. 239 ч. 2 проекта УК КР.

¹⁴Ст. 308 ч. 2 проекта УК КР.

¹⁵Ст. 311 ч. 1 проекта УК КР.

¹⁶Ст. 150 Конституции Бельгии гласит: «Институт присяжных рассматривает все уголовные дела, а также правонарушения политического характера а также правонарушений, связанных с прессой, за исключением правонарушений связанных с прессой по мотивам расизма или ксенофобии» (Le jury est établi en toutes matières criminelles et pour les délits politiques et de presse, à l'exception des délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie.). См. La Constitution Belge. Доступно в Интернете по адресу: http://www.senate.be/doc/const_fr.html.

Полномочия присяжных заседателей (ст. 33, 367 и 401)

24. Согласно положениям статей 33, 367 и 401 полномочия присяжных заседателей ограничиваются вопросами факта, а не права. В случае признания подсудимого виновным присяжные заседатели также могут признать осужденного заслуживающим снисхождения, что в свою очередь ограничивает размер наказания двумя третями максимального размера наказания.¹⁷ Представляется, что авторам законопроекта также следует рассмотреть вопрос о дальнейшем расширении полномочий присяжных заседателей путем права выносить решение об особом снисхождении, при котором председательствующий должен будет назначить наказание ниже минимального размера наказания предусмотренного Уголовным Кодексом КР. Данная норма содержалась в уголовном и уголовно-процессуальном законодательстве Российской Федерации до вступления нового УПК РФ в силу в 2003 г. Согласно положению ст. 430 УПК РСФСР «признание подсудимого заслуживающим особого снисхождения обязывает председательствующего судью назначить ему наказание ниже низшего предела, предусмотренного законом за данное преступление, или перейти к другому, более мягкому виду наказания в соответствии с положениями статьи 64 Уголовного кодекса Российской Федерации».¹⁸ Хотя российский законодатель упразднил положение об особом снисхождении данные изменения подвергались критике некоторыми российскими и канадскими учеными. Так например, И.С. Новиков в своих работах отмечает, что правило о простом снисхождении вряд ли применимо к пожилым осужденным, а также страдающим хроническими инфекционными заболеваниями, как например, туберкулез, и для которых длительный срок заключения является по сути дела пожизненным.¹⁹ Автор данного анализа в одной из своих работ также указывал, что отсутствие возможности существенно повлиять на размер наказания может подтолкнуть присяжных вынести оправдательный вердикт виновному лицу для того, чтобы оно избежало слишком, по их мнению, сурового наказания – случай так называемой нуллификации закона.²⁰ Необходимость возврата к закону об особом снисхождении высказывалась также рядом адвокатов опрошенных в Российской Федерации в 2004 г.²¹ Вместе с тем, рекомендуется дополнить законодательство положением, согласно которому вопрос о снисхождении или особом снисхождении должен рассматриваться присяжными только после вынесения оглашения обвинительного вердикта и только после их ознакомления с характеристикой подсудимого. Для этого необходимо разделить совещание присяжных на две части. Этот вопрос будет рассмотрен ниже в данном анализе.

Участники процесса

Права и обязанности подозреваемого (ст. 46)

25. Проект нового УПК КР расширяет перечень прав лиц, подозреваемых в преступлениях. В частности, подозреваемые получают следующие новые права: на один бесплатный звонок; требовать проверки законности и обоснованности задержания; право на медицинский осмотр и помощь врача, после фактического задержания. Безусловно, эти новые положения УПК КР будут способствовать более эффективной защите

¹⁷Ст. 415 ч. 3 УПК КР.

¹⁸Ст. 430 УПК РСФСР (в ред. Федерального закона от 21.12.1996 г. № 160-ФЗ).

¹⁹Новиков, И. С. К вопросу о назначении наказания в суде с участием присяжных //Lex Russica. -2006. - № 1. - С. 158, стр. 160.

²⁰Nikolai Kovalev, Criminal Justice Reform in Russia, Ukraine, and the Former Republics of the Soviet Union. Trial by Jury and Mixed Courts, Lewiston: 2010, стр. 496-497.

²¹Там же.

прав и свобод лиц, задержанных по подозрению в совершении преступлений. Вместе с тем, следует отметить, что некоторые из прав перечисленных в ст. 46 проекта УПК КР нуждаются в дополнении и разъяснении. Так например, право на бесплатный звонок не должно ограничиваться только одним звонком, так как в некоторых случаях задержанные не смогут дозвониться до своего адвоката и члена семьи с первого раза, а органы полиции будут использовать право на один звонок в буквальном смысле и не давать возможности связаться со своим адвокатом или членом семьи.

26. Рекомендуются дополнить ст. 46 УПК КР положением о праве подозреваемого позвонить по телефону дежурного адвоката, который мог бы дать быструю, бесплатную и конфиденциальную консультацию по телефону до прихода защитника в место, где содержится подозреваемый. Мы понимаем, что в Кыргызской Республике может не существовать телефона горячей линии защитников. В этой связи, необходимо внести также дополнения и изменения в законодательство об адвокатуре, которое бы обязывало коллегии адвокатов предоставлять круглосуточные услуги по телефонам горячей линии. При этом расходы на содержание дежурных адвокатов должны покрываться из государственного бюджета.

27. Положение ст. 46 ч. 1 п. 13 проекта УПК КР предусматривает право подозреваемого участвовать в следственных действиях, проводимых по его ходатайству или ходатайству его защитника или законного представителя. Однако, данное право обусловлено разрешением следователя или органа дознания. Вместе с тем, аналогичное право закреплено за потерпевшим в ст. 41 ч. 2 п. 7 и за гражданским истцом в ст. 43 ч. 4 п. 9 за тем лишь исключением, что потерпевшему и гражданскому истцу разрешения следователя или органа дознания на участие в следственном действии не требуется. Представляется, что норма ст. 46 ч. 1 п. 13 противоречит принципу равноправия и состязательности сторон на стадии предварительного расследования, поэтому необходимо упразднить разрешительный порядок использования права подозреваемого на участие в следственных действиях.

28. Ст. 46 ч. 3 проекта УПК КР предусматривает полномочие органа, ведущего досудебное производство изымать образцы биологического происхождения, в том числе крови и выделений человеческого организма, а также подвергать подозреваемого личному обыску без его согласия. На наш взгляд данные положения нарушают конституционные права личности на личную неприкосновенность (ст. 24 Конституции КР), а также право на неприкосновенность частной жизни, на защиту чести и достоинства (ст. 29 Конституции). Как мы указывали в анализе законодательства КР об оперативно-розыскной деятельности, на наш взгляд, сбор образцов с тела человека, затрагивает личностный или физический аспект прайвеси граждан.²² В этой связи необходимо закрепить норму, согласно которой личный обыск подозреваемых и изъятие образцов биологического происхождения, без согласия подозреваемого может быть произведено только по решению судьи по предварительному расследования (следственного судьи).

²²См. Анализ законодательства Кыргызской Республики «Об оперативно-розыскной деятельности» п. 9 с.

29. Положение ст. 46 ч. 5 проекта УПК КР закрепляет очень важную гарантию против применения пыток к лицам содержащимся под стражей. Для того, чтобы исключить случаи конфликта интересов следует дополнить это положение требованием, что медицинский осмотр должен осуществляться неподконтрольными правоохранительным органам, в том числе администрации изолятора временного содержания, врачами.

Обвиняемый (ст. 48)

30. Все права которыми обладает подозреваемый должны также распространяться и на обвиняемого, поэтому необходимо закрепить соответствующее положение в ст. 48 УПК КР.

Защитник, его права и обязанности (ст. 50-54)

31. Норма ст. 50 ч. 2 проекта УПК КР гласит, что в суде в качестве защитника могут участвовать близкие родственники, законные представители подсудимого и сотрудник уполномоченного государственного органа по защите детей. Хотя, с одной стороны, данная норма прямо не противоречит принципу обеспечения подсудимому права на защиту (ст. 21 проекта УПК КР), тем не менее органы суда и сам подсудимый могут интерпретировать ее содержание не в интересах подсудимого. Суд и сам подсудимый могут интерпретировать положение об участии близких родственников и законных представителей как альтернативу участия профессионального адвоката в уголовном судопроизводстве. Близкие родственники и другие законные представители подсудимого, которые не обладают юридическими знаниями не способны оказать квалифицированную помощь подсудимому на стадии судебного производства. Таким образом, следует дополнить ст. 50 положением, что участие близких родственников и других представителей в качестве защитников допускается наряду, но не взамен участия защитника адвоката. Что касается участия сотрудника уполномоченного государственного органа по защите детей, то данное должностное лицо должно выступать не в качестве защитника, а в качестве эксперта или специалиста, так как оно также может не обладать юридическими знаниями необходимыми для осуществления защиты в уголовном процессе.

32. Согласно положению ст. 50 ч. 3 проекта УПК КР защитник «вправе участвовать в производстве по уголовным делам и делам о проступках при предъявлении ордера поручения и лицензии». Данная норма закона может препятствовать вступлению защитника в уголовное дело на самом раннем этапе уголовного дела, так как в случаях задержания подозреваемый или обвиняемый не будет иметь возможности подписать соглашение с адвокатом, а адвокат не сможет составить ордер до встречи с потенциальным клиентом. В этой связи, предлагается сделать исключение для встреч адвоката с задержанным подозреваемым и обвиняемым, а также участия адвоката в допросе подозреваемого или обвиняемого. В таких случаях, вместо ордера должно быть достаточно устного подтверждения соглашения между адвокатом и его клиентом подтвержденное адвокатом и его клиентом.

Иные лица, участвующие в уголовном судопроизводстве

Свидетель (ст. 59)

33. Так как согласно ст. 5 п. 55, ст. 14 ч. 2 проекта УПК КР каждое лицо обладает правом не свидетельствовать против себя рекомендуется дополнить ст. 59 положением о том, что свидетель не обязан давать показания против себя.

Эксперт и специалист (ст.ст. 60 и 61)

34. Анализ роли показаний эксперта и специалиста в состязательном уголовном процессе представлен ниже в пп. 63 данного анализа.

Переводчик (ст. 62)

35. Ряд статей проекта УПК КР также гарантирует право участников судопроизводства пользоваться бесплатно услугами переводчика. Положения УПК КР не содержат определенных правил, по которым органы ведущие уголовное судопроизводство определяют допустимость и квалифицированность переводчиков в суде. В Кыргызской Республике отсутствуют механизмы сертификации и аккредитации судебных переводчиков, а также, насколько нам известно, не существует какой-либо негосударственной ассоциации судебных переводчиков. В этой связи, существует риск того, что в качестве переводчиков в уголовном судопроизводстве могут быть допущены лица, не владеющие навыками судебного (юридического) перевода и вследствие некачественного перевода могут быть нарушены права участников уголовного судопроизводства на услуги переводчика, а также на полноценное участие в уголовном процессе. На наш взгляд, законодателю необходимо урегулировать на законодательном уровне вопрос сертификации, аккредитации и профессионального регулирования судебных переводчиков.

36. На наш взгляд для эффективной работы судов, обеспечения прав и свобод участников уголовного процесса не владеющих государственным либо официальными языками и осуществления правосудия на началах равенства перед законом и судом законодателю необходимо внести следующие изменения в законодательство, касающиеся судебных переводчиков. Необходимо принять специальный закон о судебных переводчиках, который бы регулировал вопросы квалификации, сертификации, аккредитации и профессиональной этики судебных переводчиков. Вопросы регулирования профессии судебных переводчиков можно было бы делегировать Министерству Юстиции Кыргызской Республики. Рассмотреть вопрос о возможности принятия смешанной модели участия штатных и внештатных судебных переводчиков. Подобная модель действует в федеральных судах США.

Отводы (ст. 72)

37. Согласно положению ст. 72 ч. 4 проекта УПК КР отвод, заявленный судьей, рассматриваемому делу единолично, разрешается этим же судьей единолично с вынесением постановления. Данная норма не способна обеспечить справедливое и независимое рассмотрение отвода заявленного судьей. Судья не должен участвовать в решении о своем отводе. Для того, чтобы гарантировать независимое и беспристрастное рассмотрение вопроса об отводе судьей рекомендуется дополнить ст. 72 нормой, требующей участие судьи вышестоящего суда в решении вопроса об отводе. Следует отметить, что судья является единственным участником процесса, который рассматривает вопрос о своем собственном отводе согласно положениям проекта УПК КР. В отношении других участников процесса вопрос об их отводе решается либо вышестоящим органом или другим независимым от этого участника органом: отвод следователя решается прокурором, отвод прокурора решается либо вышестоящим прокурором, либо судом. Таким образом, авторы законопроекта признают, что решение об отводе не должно приниматься лицом в отношении которого заявлен отвод, но также, что данное лицо не должно быть подотчетно лицу в отношении которого заявлен отвод.

Меры безопасности лиц, участвующих в уголовном судопроизводстве (глава 9)

38. Несмотря на то, что в некоторых случаях государство должно обеспечивать безопасность участников уголовного судопроизводства и положения Главы 9 в целом направлены на достижение этой задачи, тем не менее следует признать, что некоторые нормы этой главы способны привести к тому, что права подсудимого могут быть нарушены. Так же, на наш взгляд, некоторые нормы этой главы входят в противоречие с некоторыми принципами уголовного судопроизводства, как например, осуществление уголовного судопроизводства на основе равноправия и состязательности сторон.

39. Согласно положению ст. 83 проекта УПК КР орган, ведущий уголовное судопроизводство в качестве одной из мер безопасности участников уголовного судопроизводства может ограничить доступ к сведениям о защищаемом лице. Это означает, что защитник не имеет доступа к сведениям относительно личности лица, в отношении, которого избрана данная мера, что ставит его в заведомо невыгодное положение и противоречит принципу состязательности и равноправия сторон.

40. При использовании в судопроизводстве так называемого «засекреченного» или «анонимного» свидетеля (под псевдонимом) обвинения, сторона защиты лишается права удостовериться в личности свидетеля, заявить ему отвод на основании его заинтересованности в исходе дела, а также провести в полном объеме допрос такого свидетеля.

41. Хотя использование анонимных свидетелей допускается во многих демократических странах, тем не менее, существуют определенные ограничения на использование их показаний в качестве доказательств вины подсудимого. Так, например, Европей-

ский суд по правам человека в своих решениях определил следующие факторы, которые необходимо учитывать при использовании анонимных свидетелей: (1) важность свидетельских показаний против подсудимого; (2) реальность страха свидетеля о своей безопасности; (3) возможность для суда и защиты обозреть поведение свидетеля во время показаний свидетеля; (4) гарантии предоставленные защите.²³ Европейский суд по правам человека в ряде своих решений нашел нарушения права подсудимого на справедливое правосудие в делах, где обвинительный приговор основывался целиком или главным образом на показаниях анонимных свидетелей, а также где сторона защиты имела не достаточные возможности наблюдать и задать вопросы свидетелю в ходе перекрестного допроса.²⁴

42. Кроме решений Европейского суда по правам человека ряд других международных органов разработали рекомендации в отношении анонимных свидетелей в уголовном судопроизводстве. В частности Комитет министров Совета Европы принял ряд рекомендации касающихся этого вопроса. Так, например, в пп. 19-21 Рекомендации № R (2005) 9 Комитет министров указал следующие принципы при использовании анонимных свидетелей:

19. По возможности и в соответствии с законами государства анонимность лиц, которые могут давать показания, должна быть исключительной мерой. Если такие лица просят гарантий анонимности и/или такие гарантии предоставлены им компетентными органами, уголовно-процессуальный закон должен предусматривать наличие процедуры засвидетельствования, направленной на поддержание благоприятного баланса между нуждами уголовного судопроизводства и правами сторон. С помощью этой процедуры стороны должны получить возможность оспорить утверждение о необходимой анонимности свидетеля, неразглашении его/ее надежности и источника его/ее сведений.

20. Любое решение о предоставлении анонимности должно приниматься только в том случае, если компетентный судебный орган считает, что жизнь или свобода участвующего в процессе лица или его или ее близких находится под серьезной угрозой, показания выглядят значительными, а данное лицо - заслуживающим доверия.

21. В случае предоставления анонимности приговор не должен основываться исключительно или в значительной степени на показаниях, данных анонимными свидетелями.²⁵

43. На наш взгляд авторам проекта УПК КР необходимо закрепить принципы аналогичные принципам разработанным европейскими юристами. В частности, рекомендуется закрепить исключительный характер использования анонимности свидетелей. Также необходимо предусмотреть норму о том, что анонимность свидетелю должна

²³Madeleine Colvin and Jonathan Cooper, *Human Rights in the Investigation and Prosecution of Crime*, Oxford University Press, 2009, P. 331.

²⁴См. например, *Kostovski v Netherlands*, (1989) 12 EHRR 434; *Van Mechelen v Netherlands* (1997) 25 EHRR 647.

²⁵Recommendation Rec(2005)9 of the Committee of Ministers to member states on the protection of witnesses and collaborators of justice. Adopted by the Committee of Ministers on 20 April 2005 at the 924th meeting of the Ministers' Deputies, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=849237&Site=COE>.

предоставляться только по решению суда и только в случае, если суд посчитает, что жизнь или свобода участвующего в процессе лица или его близких, находится под серьезной угрозой, показания выглядят значительными, а данное лицо – заслуживающим доверия. Следует также закрепить норму, что приговор не может основываться исключительно или в значительной степени на показаниях, данных анонимными свидетелями.

44. Еще одной проблемой при обеспечении мер безопасности свидетелей в судебном разбирательстве является допрос свидетеля без визуального наблюдения (ст. 84 проекта УПК КР). На наш взгляд, данная норма должна применяться только в отношении подсудимого, а также публики в зале судебного заседания. Адвокат, участвующий в уголовном деле в качестве защитника должен иметь возможность визуально наблюдать поведение свидетеля, а также слышать настоящий голос свидетеля.

Доказательства

Протоколы допроса свидетелей и потерпевших (ст. 85)

45. Проект УПК КР, как и его предшественник ныне действующий УПК КР признает в качестве доказательств протоколы следственных действий, в том числе протоколы допросов свидетелей и потерпевших.²⁶ При этом допускается оглашение протоколов допросов свидетелей в случае их отсутствия в суде и невозможности их допроса стороной защиты. Практика оглашения показаний свидетелей в случае их отсутствия в зале судебного заседания противоречит ряду принципов, как международного права, так и положениям проекта УПК КР.

46. Во-первых, данная практика нарушает право подсудимого (обвиняемого) допрашивать свидетелей показывающих против него, что гарантировано ст. 14(3)(e) МПГПП и являющегося согласно ст. 1 ч. 3 проекта УПК КР составной частью права, регулирующего уголовное судопроизводство.²⁷ Во-вторых, это нарушает принцип непосредственности и устности судебного разбирательства, провозглашённым в ст. 310 проекта УПК КР.

47. Ст. 350 ч. 1 п. 2 проекта УПК ограничивается весьма общей формулировкой: «при отсутствии в судебном заседании потерпевшего или свидетеля по причинам, исключающим возможность его явки в суд». Существует риск того, что судьи могут трактовать данное положение весьма широко. Например, в случае, когда свидетель проживает в другом районе Кыргызской Республики или за границей и не имеет средств приехать на судебное слушание, то это может рассматриваться в качестве причины, исключающей возможность его явки в суд. Совершенно ясно, что существуют случаи когда у обвинения нет возможность доставить свидетеля в суд, например по причине смерти данного свидетеля или потерпевшего до суда. Однако законодатель должен предусмотреть другие гарантии того, чтобы обвиняемый имел возможность допросить данного свидетеля в ходе предварительного следствия. В противном случае существует риск

²⁶Ст. 350 проекта УПК КР.

²⁷Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г. был ратифицирован Кыргызской Республикой в 1994 г. и вступил в силу 7 января 1995 г.

того, что правоохранительные органы могут злоупотреблять этим положением и препятствовать доставке свидетелей в суд используя отговорку, что явка свидетеля в суд невозможна и тем самым лишая сторону защиты на проверку достоверности показаний свидетеля данных на предварительном следствии. В-третьих, оглашение показаний потерпевшего и свидетеля стороны обвинения противоречит принципу равноправия сторон, так как у стороны защиты, нет права огласить показания свидетелей опрошенных ею в ходе своего независимого расследования, так как подобные сведения не признаются в качестве доказательств. Хотя положение ст. 54 ч. 2 п. 2 проекта УПК КР предоставляет защитнику право «получать письменные заявления и объяснения свидетелей», УПК не гарантирует, что такие письменные заявления, истребованные защитником у частных лиц будут признаны судом в качестве доказательств, что автоматически гарантировано для протоколов допросов свидетелей, составленных следователем или дознавателем.

48. Таким образом, рекомендуется внести запрет на использование показаний свидетелей данных ими на предварительном следствии если свидетели или потерпевшие недоступны в ходе судебного разбирательства, за исключением случаев, когда защите было предоставлено право допросить этих свидетелей в ходе депонирования показаний свидетеля в соответствии с положениями ст. 217 УПК КР.

Недопустимые доказательства (ст. 85)

49. Ст. 85 ч. 3 проекта УПК КР гласит, что «доказательства, полученные с нарушением требований настоящего Кодекса, являются недопустимыми, признаются не имеющими юридической силы и не могут быть положены в основу решения по делу». Не оспаривая положительный характер данной нормы УПК, нам представляется, что эта норма имеет декларативный характер, так как ее реализация не обеспечивается надлежащими гарантиями.

50. Например, согласно ст. 12 ч. 2 проекта УПК КР «недопустимо применение угроз, насилия и иных незаконных мер при проведении допросов, а также иных следственных и судебных действий», а значит, если обвиняемый в ходе допроса был подвержен таким мерам, то его признательные показания должны быть признаны недопустимым доказательством. Однако, возникает целый ряд вопросов. Во-первых, на какой из сторон лежит бремя доказывания фактов относительно применения насилия или других незаконных методов на предварительном следствии? Иными словами, из текста проекта УПК не ясно должен ли подсудимый доказывать, что он был подвержен пыткам и, таким образом, его признательные показания были недобровольными либо это обвинение должно доказать вне разумного сомнения, что признательные показания были получены законно. Если бремя доказывания фактов пыток будет возложено на подсудимого, жертву пыток, вряд ли он сможет доказать это, так как судебное слушание проходит спустя месяцы, а иногда и год после применения пыток и не остается ни следов ни медицинского освидетельствования которые можно было бы представить в суде. Другими словами, хотя проект УПК КР запрещает применение пыток, обвиня-

емый не защищен от использования в отношении него незаконных методов, так как закон и практика основаны на презумпции законности процессуальных действий правоохранительных органов. Это означает, что многие обвинительные приговоры могут быть основаны на признательных показаниях и других доказательствах полученных незаконными методами. Таким образом законодателю рекомендуется принять положение согласно которому, что в случаях заявления подсудимым о применении к нему пыток и иных незаконных мер при проведении допросов, органы обвинения обязаны доказать суду обратное.

51. Другой мерой которая бы препятствовала практике пыток и других незаконных методов допроса должна стать обязательная видеозапись всех следственных действий с участием подозреваемого (обвиняемого). В настоящий момент применение звуко- и видеозаписи при допросе признается обязательным только в исключительных случаях, предусмотренных в ст. 213 проекта УПК КР. Обязательная видеозапись допросов не должна ограничиваться только лишь записью признательных показаний, а должна включать непрерывную запись всего процесса допроса с момента, когда подозреваемый (обвиняемый) приводится в комнату для допроса и заканчиваться на моменте окончания допроса. Запись допроса и других следственных действий обеспечило бы сторону обвинения доказательствами того, что допрос велся без применения незаконных методов следствия в случаях, когда подсудимый отказывается от своих признательных показаний в суде и ссылается на то, что к нему применялись недопустимые меры. В последнее время многие страны вводят правила об обязательной видеозаписи всех допросов подозреваемых и обвиняемых. Так, например, в Италии если подозреваемый находится под арестом, то закон требует от органа, который осуществляет допрос обязательной аудио или видеозаписи допроса.²⁸

52. В мае 2014 г. Министерство Юстиции США объявило о том, что с июля 2014 г. вводится новая инструкция, согласно которой все допросы подозреваемых, проводимые федеральными правоохранительными органами будут в обязательном порядке записываться на видео.²⁹

53. В Канаде, в частности в провинции Онтарио, суды в ходе развития прецедентного права сформулировали общее правило, согласно, которому если у полиции имеется в распоряжении оборудование для видеозаписи, и они его не использовали при допросе подозреваемого, то полученные признательные показания должны ставиться судом под сомнение.³⁰

Право не свидетельствовать против себя (ст.ст. 46 и 105)

54. Хотя проект УПК КР гласит, что подозреваемый вправе «отказаться от дачи показаний» и быть информированным перед допросом об этом праве» (ст. 46 ч. 1 п. 7 и ст. 105 ч. 2 проекта УПК КР). Однако право не свидетельствовать против себя, на наш взгляд, не в достаточной степени гарантировано положениями проекта УПК КР. На наш взгляд, УПК КР следовало бы дополнить следующими положениями.

²⁸Ed Cape, Jacqueline Hodgson, Ties Prakken and Taru Spronken, Suspects in Europe: Procedural Rights at the Investigative Stage of the Criminal Process in the European Union, Intersentia, 2007, p. 136.

²⁹U.S. Department of Justice, Office of the Deputy Attorney General, Memorandum: Polic Concerning Electronic Recording of Statements, May 12, 2014, http://www.scribd.com/doc/225522987/Recording-Policy-FINAL-2?secret_password=PILGhJ0cXQk1oPivIuw0.

³⁰См. решение по делу R. v. Moore-McFarlane (2001), 47 C.R. (5th) 203, 160 C.C.C. (3d) 493 (Ont. C.A.).

55. Во-первых, проект УПК КР ничего не говорит о праве подозреваемого (обвиняемого) или обязанности правоохранительных органов информировать подозреваемого о том, что все, что он скажет следователю или другим сотрудникам правоохранительных органов может быть использовано против него в суде. В связи с этим, следует дополнить УПК соответствующим положением. Примечательно, что подобное право закреплено на стадии судебного разбирательства в отношении подсудимого (ст. 345 ч. 1).

56. Во-вторых, проект УПК КР лишь частично говорит о значении отказа подозреваемого (обвиняемого или подсудимого) от дачи показаний. Проект УПК КР только в статье 407 ч. 3 п. 6 говорит, что председательствующий в своем напутственном слове «обращает внимание коллегии 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». Однако в делах, где судья участвует единолично, проект УПК КР прямо не запрещает судье истолковывать молчание обвиняемого на предварительном следствии и в суде как свидетельство виновности подсудимого. Отсутствие такого запрета умаляет значение права не свидетельствовать против себя, а также подрывает принцип презумпции невиновности, так как вынуждает лицо обвиняемое в совершении преступления доказывать свою невиновность.

Заключение эксперта (ст.ст. 60, 192 и 351)

57. Предлагаемый проектом УПК КР порядок назначения экспертизы на досудебной стадии, на наш взгляд, противоречит принципу равноправия сторон. В отличие от состязательного процесса существующего в странах общего права и некоторых стран континентального права, где каждая из сторон может выбрать и вызвать своего эксперта в суд, согласно ст.ст. 60, 192 и ст. 351 проекта УПК КР назначить проведение экспертизы, а также назначить самого эксперта может только следователь (сторона обвинения) на досудебной стадии либо судья на стадии судебного разбирательства. В некоторых странах бывшего Советского Союза, например, Азербайджан, защита имеет право провести свою альтернативную экспертизу, но должна попросить следователя включить результаты экспертизы в материалы уголовного дела (УПК Азербайджана, ст. 268.1.4.). Другими словами, если следователь откажет в приобщении заключения эксперта стороны защиты, результаты альтернативной экспертизы не могут рассматриваться в качестве доказательств в ходе судебного разбирательства. Для того, чтобы обеспечить стороны защиты возможностью представить результаты альтернативной экспертизы и обеспечить подлинную состязательность кыргызстанскому законодателю необходимо предоставить право стороне защиты вызывать в суд альтернативных экспертов. Кроме этого, необходимо позволить альтернативным экспертам для проведения альтернативной экспертизы иметь доступ к вещественным доказательствам и другим материалам находящимся в распоряжении следствия. Без права стороны защиты представлять результаты альтернативной экспертизы, институт частной независимой от государства экспертизы не сможет эффективно функци-

онировать, так как следственные органы будут назначать в качестве экспертов только лояльных и «проверенных» для следствия экспертов. Вместе с тем, следует отметить, что, так как, решение о назначении альтернативного эксперта принимается стороной защиты, то и расходы на проведение альтернативной экспертизы должны покрываться стороной защиты, а не государством. Решение о проведении альтернативной экспертизы и представлении образцов для экспертного анализа стороне защиты может приниматься судьей по предварительному следствию в ходе предварительного следствия.

Задержание и заключение под стражу

Основания задержания (ст. 98)

58. Статья 98 проекта УПК КР содержит весьма широкий список оснований для задержания лица подозреваемых в совершении преступлений. На наш взгляд, некоторые из этих оснований слишком широки и могут привести к злоупотреблениям со стороны правоохранительных органов. Так, например, согласно п. 4 ч. 1 ст. 98 проекта УПК КР подозреваемый может быть задержан если в полученных в соответствии с законом материалах оперативно-розыскной деятельности в отношении лица имеются достоверные данные о совершенном или готовящемся им тяжком или особо тяжком преступлении. На наш взгляд, данное положение может слишком широко толковаться сотрудниками правоохранительных органов. Кроме того, достоверность материалов ОРД в случае задержания не подлежит предварительной проверке судебным органом.

Во многих правовых государствах полицейские, когда хотят задержать конкретного человека, должны обратиться к судье до задержания подозреваемого, и до того, как ему стало известно о намерении полиции задерживать его. В случае если полиция убеждает судью в необходимости задержания (ареста), они получают на это ордер и осуществляют задержание. Однако, кыргызстанское законодательство не содержит подобного положения и любое задержание производится милицией без предварительного на то разрешения со стороны суда. Вместо этого законодательство предусматривает в качестве меры пресечения заключение под стражу, как правило после того как лицо уже было задержано.³¹ Такая практика, на наш взгляд, противоречит международным стандартам в области защиты прав человека и способствует применению незаконных методов следствия для сбора необходимых доказательств для санкционирования ареста. УПК КР должен предусмотреть две различные процедуры. Первая процедура должна касаться судебного санкционирования задержания или ареста по ордеру суда, при которой суд выносит решение о задержании лица, до его фактического задержания. Вторая процедура будет применяться в случаях, когда лицо было задержано по решению суда либо задержано без такого решения в случаях задержания на месте преступления.

59. Необходимость введения института задержания (ареста) по ордеру суда в Кыргызской Республике объясняется рядом причин. Во-первых, кыргызстанская милиция может использовать возможность необоснованного задержания лица до санкции суда для получения признательных показаний даже в случаях, когда нет серьезных основа-

³¹Ст. 115 УПК КР.

ний подозревать задерживаемое лицо в совершении преступления. Нередко для получения признательных показаний и раскрытия преступления полиция грубо нарушает уголовно-процессуальное законодательство, путем применения пыток, запугивая, шантажируя и обманывая задержанных. Часто такие показания признаются судом допустимыми, так как подсудимому чрезвычайно трудно убедить судью в том, что к нему применялись незаконные методы следствия и дознания и, что его признательные показания были недобровольными. Наличие признательных показаний в деле часто приводит к обвинительному приговору даже в случаях, когда подсудимый отказывается от признательных показаний на стадии судебного разбирательства, и нет прямых доказательств его вины. В таких случаях очень высока вероятность осуждения невиновных лиц. Институт задержания (ареста) по ордеру суда сократит случаи необоснованного задержания (ареста) лица милицией с целью «выбивания» признательных показаний.

60. Решение о заключении под стражу, кроме случаев задержания на месте преступления, даже на короткий срок до 48 часов, является серьезным ограничением прав и свобод человека. Законность и обоснованность такого вмешательства государства в права и свободы граждан должно быть определено исключительно судом, основным защитником прав и свобод граждан от посягательств государства. Причем определение обоснованности и законности применения ареста к подозреваемому должно быть сделано, по возможности, не постфактум, а наоборот, до того, как государство нарушило права и свободы человека. В противном случае государство вряд ли способно компенсировать нарушение прав лица после его необоснованного и незаконного задержания.

61. Институт задержания (ареста) по ордеру суда повысит ответственность следственных органов перед судебной властью. Неограниченные полномочия милиции задерживать лицо на срок до 48 часов порождают чувство безнаказанности у сотрудников правоохранительных органов. Это также будет стимулировать сотрудников милиции более эффективно расследовать преступления не только благодаря признательным показаниям задержанного, а путем тщательного криминалистического исследования следов преступления и других вещественных доказательств. Это в свою очередь повысит не только профессиональный уровень органов следствия и дознания, но и уровень доверия населения к правоохранительным органам. В этой связи представляется, что законодателю необходимо рассмотреть вопрос о том, что кроме случаев задержания на месте преступления правоохранительные органы должны обращаться в суд за специальным ордером на задержание (арест) подозреваемого. При этом суд должен иметь возможность для проверки материалов ОРД перед тем как выдать ордер на арест подозреваемого. Целесообразно рассмотреть каким образом данный вопрос регулируется в ряде зарубежных стран.

62. Германское право различает задержание на месте преступления (*in flagrante delicto*) от ареста по ордеру суда. Если существуют основания для выдачи ордера на арест, либо обвиняемый не явился по повестке судьи или прокурора, судья может также выдать

³²Mireille Delmas-Marty and J.R. Spencer, *European Criminal Procedure*, Cambridge University Press, 2002, p. 334.

специальный приказ принуждающий обвиняемого явиться в суд (*Vorführungsbefehl*). Судья выдает ордер на арест (*Haftbefehl*) в том случае, если имеются серьезные доказательства против подозреваемого в совершении преступления (*dringender Tatverdacht*).³²

63. В итальянском праве различают два вида задержания. Первый вид задержания (*arresto*) осуществляется полицией в случаях задержания на месте преступления (*flagranza*). Для того, чтобы полиция смогла произвести такое задержание необходимо, чтобы противоправное действие входило в категорию умышленных преступлений (*non colposo*), наказуемых лишением свободы как минимум 5 лет. Другим видом задержания является фермо (*fermo*), к которому прокурор может прибегать в случаях, если существуют реальные причины полагать, что лицо, которое подозревается в совершении определенных преступлений, перечисленных в уголовно-процессуальном законодательстве, скорее всего скроется от следствия и суда. Кроме этого полиция и прокуратура должны обладать серьезными уликами виновности подозреваемого, а не ограничиться простым подозрением.³³

64. Во Франции, как и в других странах, лицо может быть задержано на месте преступления. Застигнув на месте преступления правонарушителя, любой гражданин может задержать его и доставить в ближайший полицейский участок. В случае задержания на месте преступления одного из подозреваемых, и если следственный судья недоступен, прокурор (*procureur de la République*) может выдать приказ о приводе других подозреваемых к следственному судье (*mandat d'amener*). Кроме этих двух случаев лицо может быть задержано (арестовано) только на основании ордера, выданного следственным судьей или председательствующим судьей Следственной Палаты.³⁴

Порядок задержания (ст. 99)

65. На наш взгляд, проект УПК КР не в достаточной мере гарантирует право подозреваемого в совершении преступления быть информированным о его правах с момента его фактического задержания. Согласно положению ст. 99 ч. 1 проекта УПК КР протокол о задержании подозреваемого составляется в момент его фактического задержания. При этом закон требует, чтобы подозреваемый был проинформирован о его правах в момент его фактического задержания (ст. 99 ч. 1). Существует вероятность того, что сотрудники правоохранительных органов смогут злоупотреблять своими полномочиями и не информировать подозреваемых об их правах в момент фактического задержания, а также неправильно фиксировать время фактического задержания, для того, чтобы незаконно продлить допустимый срок задержания под стражей свыше 48 часов. Для того, чтобы предупредить подобные нарушения прав подозреваемых авторам проекта УПК КР рекомендуется ввести правило, согласно которому орган, осуществляющий задержание подозреваемого, обязан проводить аудио- и видеозапись задержания. Данная запись должна иметь непрерывный характер и фиксировать сам момент задержания, а также момент информирования подозреваемого о его правах. Для того, чтобы исключить факты давления на подозреваемого с момента задержания

³³Craig Bradley, *Criminal Procedure: A Worldwide Study* 2nd ed. Durham, Carolina Academic Press, 2007, p. 306.

³⁴Там же, pp. 207-208.

и до момента его допроса в милицейском участке необходимо также обязать правоохранительные органы проводить аудио- и видеозапись подозреваемого в милицейской машине, а также в милицейском участке.

Срок задержания и процедура заключения под стражу (ст.ст. 99 и 115)

66. Согласно ряду положений УПК КР подозреваемый может быть задержан до применения меры пресечения на срок до 48 часов. Кроме того, если органы следствия намерены ходатайствовать перед судьей о применении меры пресечения в виде заключения под стражу, то задержанный должен быть доставлен в суд до истечения 46 часов с момента фактического задержания (ст. 99 ч. 6). Хотя международные стандарты по правам человека прямо не указывают конкретных максимальных сроков задержания подозреваемого перед тем как доставить его к судье, тем не менее Комитет ООН по правам человека усомнился в том, что 48 часов является разумным. В частности член Комитета Бертил Веннергрэн в ходе обсуждения доклада по правам человека в ФРГ указал, что 48-часовой срок задержания без решения суда является суровым, однако г-н Веннергрэн признал, что на практике было бы сложным снизить такой срок до 12 часов.³⁵

67. В демократических, правовых государствах максимальный срок задержания подозреваемого перед доставкой в суд составляет 48 и менее часов. В частности, в Германии полиция должна доставить задержанного к судье без промедления, в любом случае на следующий день после задержания, т.е. в течение 48 часов. В Италии прокурор должен в течение 48 часов получить от судьи санкцию на арест, иначе задержание теряет законную силу. Во Франции полиция может задержать подозреваемого на срок не более чем 24 часа для проведения допроса. Прокурор либо следственный судья могут продлить срок задержания до 48 часов. По истечении этого срока подозреваемый должен быть либо освобожден из под стражи, либо оставлен под стражей по решению судьи по предварительному заключению.³⁶ В некоторых других странах, как например, Великобритания, Канада и США гарантирован еще более короткий срок в течении которого подозреваемый должен предстать перед судьей: 24 часа в Канаде и США и 36 часов в Великобритании.³⁷

68. Вопрос срока задержания до доставки в суд непосредственно связан с процедурой заключения под стражу. Согласно ст. 115 ч. 4 проекта УПК КР ходатайство следователя об мере пресечения в виде заключения под стражу вместе с другими материалами должно быть представлено в суд не позднее 2-х часов до истечения срока задержания, то есть не позднее 46 часов после задержания. Данный срок является неоправданно долгим. Представляется необходимым объяснить какими мотивами руководствовались авторы законопроекта при выборе максимального срока задержания на 46 часов до передачи материалов уголовного дела в суд. Кроме этого, важно прояснить логику положения, согласно которому материалы уголовного дела должны поступить судье заранее до проведения судебного слушания. Представляется, что, сохранив эти положения закона в предложенном варианте, существует риск того, что правоохранитель-

³⁵Official Records of the Human Rights Committee 1989/90 Volume I, para 41, 50.

³⁶Ковалев, Н. Замечание к законопроекту Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам применения меры пресечения в виде ареста». Варшава. 17 сентября 2007 г.

³⁷Ковалев, Н. Роль прокурора в уголовном процессе на этапе ареста и заключения под стражу подозреваемого (обвиняемого). <http://www.lexkz.net/UserFiles/File/NoteRoleOfProsecutor.pdf>.

ные органы будут злоупотреблять своим положением и максимально использовать данный срок для сбора необходимых доказательств для обоснования задержания и заключения под стражу, в том числе для получения признательных показаний от задержанного. Что касается поступления дела к судье до судебного заседания, то это можно обосновать желанием авторов проекта УПК КР предоставить суду возможность ознакомиться с материалами дела до проведения заседания, ускорив процесс рассмотрения в суде. Трудно согласиться с такой логикой авторов законопроекта. Представляется, что ознакомление судьи с материалами уголовного дела заранее до заслушивания обеих сторон способно вызвать у судьи предубеждение против задержанного, а также способно превратить судебное заседание в формальную процедуру выдачи санкции на арест.

Основания для заключения под стражу (ст.ст. 107 и 111)

69. Аналогично основаниям для задержания проект УПК КР содержит, на наш взгляд, ряд несправедливых и дискриминационных оснований для применения меры пресечения в виде заключения под стражу. Наряду с общими основаниями для применения мер пресечения закрепленными ст. 107 проекта УПК КР, ст. 111 содержит ряд норм, которые являются, на наш взгляд, непропорциональными, дискриминационными и несправедливыми по отношению к некоторым категориям обвиняемых.

70. Одно из оснований для заключения лица под стражу, а именно если оно не имеет постоянного места жительства на территории Кыргызской Республики является непропорциональной, несправедливой и дискриминационной по отношению к иностранным гражданам либо гражданам Кыргызской Республики постоянно проживающим за рубежом. Примечательно, что заключение под стражу к данной категории лиц может применяться даже если они обвинены в совершении преступления наказуемого лишением свободы на срок до пяти лет (ст. 115 ч. 1 п. 1). Существует риск того, что в некоторых случаях обвиняемый может содержаться под стражей до вынесения приговора на более длительный срок чем максимальное наказание которое ему грозит в случае вынесения обвинительного приговора. Более того Комитет ООН по правам человека в своем решении в деле Хилл против Испании указал, что один лишь факт того, что обвиняемый иностранец не является достаточным основанием для его заключения под стражу до суда и одно лишь предположение государства участника МПГиПП, что иностранец может покинуть территорию этого государства если будет выпущен под залог не оправдывает исключение из правила закрепленного в статье 9 параграфе 3 МПГПП.³⁸ Другими словами, Комитет ООН по правам человека высказал свое неодобрение практике заключения подозреваемых или обвиняемых только лишь на основании того, что они не имеют постоянного места жительства на территории страны, где против них возбуждено уголовное дело.

Сроки содержания под стражей (ст. 116)

71. Хотя ст. 116 ч. 1 определяет обычный срок содержания под стражей до суда в 2 ме-

³⁸Майкл и Бриан Хилл против Испании (Michael and Brian Hill v. Spain) CCPR/C/59/D/526/1993 (1997), § 12.3.

сяца, данный срок может быть продлен до 6 месяцев, затем до 9 и вплоть до 12 месяцев. Следует отметить также, что в случаях направления дела на дополнительное расследование срок содержания под стражей может быть и более продолжительным, чем 12 месяцев.

72. Представляется, что данные сроки продления содержания под стражей носят чрезмерно продолжительный, а в некоторых случаях дискриминационный характер. Во-первых, период на который может продлеваться срок содержания под стражей каждый раз не должен быть продолжительнее двух месяцев. Иными словами после первых двух месяцев содержания под стражей судья должен иметь возможность проверить законность и обоснованность содержания под стражей каждые два месяца, вместо того, чтобы продлевать срок заключения на четыре месяца, как это предлагается в проекте Кодекса.

Залог (ст. 113)

73. Статья 9(3) МПГПП гласит, что заключение под стражу должно рассматриваться в качестве исключительной меры пресечения, а не в качестве общего правила. Это касается в том числе и тяжких преступлений. Это означает, что государство должно стремиться к применению других мер пресечения. Одной из таких мер должен стать залог. Вместе с тем законодательные нормы закрепленные в проекте УПК КР ограничивают применение залога. Во-первых, залог не может применяться в случаях особо тяжких преступлений, что нарушает принцип презумпции невиновности. Во-вторых, функция применения залога находится в компетенции следователя, что является неоправданным. Эта функция должна быть передана в исключительную компетенцию судьи, который решает вопрос о заключении подозреваемого, обвиняемого под стражу, так как он должен иметь возможность выбора между заключением под старжу и более мягкой мерой пресечения.

Привлечение в качестве обвиняемого (ст.ст. 256-257)

74. Одним из недостатков проекта УПК КР является неурегулированность вопроса о сроках привлечения в качестве обвиняемого. Кодекс не указывает максимальный срок в течении которого задержанному лицу должно быть предъявлено обвинение с момента его задержания (см. ст.ст. 256-257). Иными словами не ясно в течении какого периода задержанное лицо может оставаться подозреваемым. Представляется, что законодатель должен четко определить максимальный срок в течении которого, органы следствия должны вынести решение о привлечении в качестве обвиняемого. На наш взгляд, данный срок не может превышать 48 часов с момента фактического задержания. Иными словами задержанное лицо не должно быть заключено под стражу если в отношении него не вынесено постановление о привлечении в качестве обвиняемого. Представляется также, что предъявление обвинения должно быть сделано не позднее суток с момента вынесения постановления о привлечении в качестве обвиняемого, а не двух суток как это предусмотрено ст. 257 ч. 1 проекта УПК КР.

Подсудность (ст. 291)

75. Хотя целесообразность существования военных судов трудно оспорить, тем не менее подсудность некоторых уголовных дел, а точнее некоторых категорий подсудимых военным судам, предлагаемая проектом УПК КР требует пересмотра. В частности, ст. 291 проекта УПК КР позволяет военным судам рассматривать дела в отношении гражданских лиц если при обвинении группы лиц в совершении одного или нескольких преступлений, если дело в отношении хотя бы одного из обвиняемых подсудно военному суду. Рассмотрение уголовных дел в отношении гражданских лиц военными судами недопустимо, так как это не соответствует международным стандартам в области прав человека. Хотя МПГПП напрямую не запрещает судить гражданских лиц военным судом, Комитет ООН по правам человека в своих Комментариях Общего Порядка № 13 к статье 14 МПГПП сделал вывод, что уголовные дела в отношении гражданских лиц должны рассматриваться только в особо исключительных случаях и проводиться в условиях, при которых действительно полностью соблюдаются все гарантии, предусмотренные в статье 14.³⁹ Основным недостатком системы военных судов, существующей в Кыргызской Республике, как и во многих других странах, является особый статус военных судей, который затрагивает вопрос их зависимости от Министерства обороны, в том числе их финансовой зависимости. Так например, ст. 10 п. 2 Конституционного Закона «О статусе суде Кыргызской Республики» гласит, что судьям военных судов, имеющим воинские звания, квалификационные классы не присваиваются, а доплата к их должностным окладам производится за воинские звания.⁴⁰ Это означает, что судьи находятся в прямой материальной зависимости от Министерства обороны, так как от воинского звания зависит размер их заработной платы. Кроме того, так как судьи военных судов имеют воинские звания и являются военнослужащими на них распространяются воинские уставы, в том числе выполнять приказы вышестоящего начальства. Несомненно, это дает все основания усомниться в независимости судей военных судов. Таким образом, рассмотрение уголовных дел гражданских лиц такими судами нарушает их право на независимый суд гарантированный МПГПП.

Гласность судебного разбирательства (ст. 311)

76. Помимо дел связанных с государственной и иной тайной, а также интимной жизнью в делах о половых преступлениях проект УПК КР позволяет суду рассматривать дело в закрытом судебном разбирательстве также в случаях «когда этого требуют интересы обеспечения безопасности участников процесса и свидетелей, членов их семей и близких родственников».⁴¹ Данное исключение из принципа гласности судебного процесса не предусмотрено ст. 14(1) МПГПП. Более того, формулировка данного основания имеет очень неоднозначный характер и может привести к очень широкому толкованию. Представляется, что данное положение может привести к исключению граждан желающих наблюдать за процессом из зала судебного заседания во многих делах, что не будет способствовать интересам гласности и открытого правосудия.

³⁹General Comment No. 13: Equality before the courts and the right to a fair and public hearing by an independent court established by law (Art. 14). Para 4. 13/04/84. available at [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/bb722416a295f264c125](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/bb722416a295f264c125)

⁴⁰Конституционный Закон Кыргызской Республики «О статусе судей Кыргызской Республики» от 9 июля 2008 г. № 141 (в редакции Закона КР от 10 августа 2012 № 167).

⁴¹Ст. 311 ч. 2 проекта УПК КР. 63ed0049dfbd?Opendocument.

Право подсудимого быть судимым в его присутствии (ст. 316)

77. Хотя Комитет по правам человека признал, что разбирательство дела в отсутствие подсудимого или *in absentia* в некоторых случаях допустимо в интересах правильного отправления правосудия, тем не менее он подчеркнул, что рассмотрение уголовного дела в отсутствие подсудимого требует того, что несмотря на отсутствие обвиняемого, все необходимые меры были приняты для того, чтобы проинформировать его о дате и месте судебного разбирательства в отношении него с требованием его явки.⁴² Согласно ст. 316 проекта УПК КР разбирательство дела в отсутствие подсудимого допустимо в случае, когда подсудимый находится вне пределов Кыргызской Республики и уклоняется от явки в суд. При этом проект УПК КР не закрепляет эффективного механизма для оповещения обвиняемого до процесса. Во-первых, проект УПК КР не указывает, что повестка для явки в суд должна быть обязательно вручена обвиняемому. Во-вторых, проект УПК КР ничего не говорит о том, что процесс в отсутствие подсудимого может проводиться только после надлежащего оповещения обвиняемого и в этой связи формулировка «уклоняется от явки в суд» является не совсем обоснованной. Для того, чтобы исключить злоупотребления институтом рассмотрения уголовного дела в отсутствие подсудимого необходимо ввести ряд ограничительных норм. Необходимо запретить рассмотрение уголовных дел кроме случаев когда сторона обвинения сможет представить суду неопровержимые доказательства того, что обвиняемый был оповещен путем вручения повестки либо иным способом. Также следует предусмотреть право подсудимого на автоматический пересмотр дела другим составом суда после того как обвиняемый был задержан и экстрадирован в Кыргызскую Республику.

Протокол судебного заседания (ст.ст. 329-330)

78. В отличие от стран, в которых все происходящее в ходе судебного разбирательства фиксируется профессиональным стенографом, в Кыргызской Республике секретарь, который не обладает навыками стенографии, ведет протокол судебного заседания. Только исходя из этого факта, очевидно, что протокол судебного заседания не может дословно отражать ход уголовного судопроизводства, в том числе показания свидетелей, представление других доказательств и выступления сторон. Хотя статья 329 ч. 2 проекта УПК КР допускает «для обеспечения полноты протокола при его ведении» использование стенографирования, а также технических средств, эти способы фиксирования хода судебного разбирательства сами по себе не являются обязательными. Хотя согласно ст. 330 УПК КР стороны имеют право подать замечания на протокол судебного заседания, судья может отклонить замечания сторон. Достоверность протоколов судебного заседания может иметь существенное значение при возникновении спора относительно хода судебного разбирательства в суде кассационной и надзорной инстанции. В связи с этим, наряду с протоколом судебного заседания суду необходимо производить аудиозапись всего судебного разбирательства. В этой связи, рекомендуется внести обязательное требование фиксирования хода судебного разбирательства на аудионосителе.

⁴²Mbenge v. Zaire, Communication No. 16/1977, 25 March 1983, para 14.1.

Роль председательствующего в судебном заседании (ст. 345)

79. Проект УПК КР требует от председательствующего судьи принимать меры для обеспечения состязательности и равноправия сторон. Однако некоторые нормы Кодекса могут создать ситуации при которых председательствующий будет играть роль не беспристрастного арбитра, а дополнительного обвинителя. В частности, в отличие от пассивной роли председательствующего в состязательной модели уголовного процесса, кыргызстанские судьи, как и их коллеги в других странах бывшего Советского Союза очень часто доминируют при допросе свидетелей и подсудимых. Согласно ст. 345 ч. 3 проекта УПК КР председательствующий может задавать вопросы подсудимому не только после допроса его сторонами, но и так называемые «уточняющие» вопросы в любой момент допроса. Представляется, что для того, чтобы обеспечить полную беспристрастность председательствующего в ходе процесса необходимо лишить его полномочия допрашивать свидетелей или подсудимого даже после их допроса сторонами.

Суд присяжных

80. Проект УПК КР как и действующий закон об уголовном судопроизводстве содержит положения о суде с участием присяжных заседателей. Данные положения нуждаются, на наш взгляд, в ряде изменений и дополнений. Выше в пп. 22-23 данного анализа уже обсуждались ряд вопросов связанных подсудностью суда с участием присяжных заседателей и их полномочиями. Ниже мы рассматриваем вопросы связанные непосредственно с процедурой отбора присяжных и принятием вердикта.

Ходатайство о рассмотрении дела судом с участием присяжных заседателей (ст.ст. 270, 289-290)

81. Согласно ст. 270 ч. 3 проекта УПК КР обвиняемый вправе заявлять о своем желании быть судимым судом с участием присяжных заседателей по окончании предварительного следствия непосредственно следователю. При этом, та же статья гласит, что следователь разъясняет особенности рассмотрения уголовного дела судом с участием присяжных заседателей, и о возможности заявить такое ходатайство перед судом до назначения судебного заседания. Представляется, что, так как следователь заинтересован в успешном исходе уголовного дела, то он будет стараться повлиять на обвиняемого с целью того, чтобы последний не ходатайствовал о рассмотрении уголовного дела судом с участием присяжных заседателей. Более того, почему право заявлять ходатайство о рассмотрении дела судом с участием присяжных заседателей должно быть заявлено именно следователю, а не судье в ходе предварительного слушания? Возможный аргумент авторов законопроекта, что такая процедура необходима для экономии времени или по каким-либо другим причинам, является несостоятельным, так как в ходе предварительного слушания судья выясняет у подсудимого подтверждает ли он

свое ходатайство о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей и только на этой стадии выносится окончательное решение об удовлетворении данного ходатайства и о назначении уголовного дела к слушанию судом с участием присяжных заседателей либо о направлении уголовного дела в суд без рассмотрения судом с участием присяжных заседателей (проект ст. 389-390 УПК). Представляется, что право на суд с участием присяжных заседателей должно быть гарантировано всем обвиняемым, которые обвиняются в преступлении по которым предусмотрен суд присяжных. Рекомендуются предусмотреть право обвиняемого на отказ от суда с участием присяжных заседателей судье в ходе предварительного слушания, которое должно быть обязательным по всем делам подсудным суду присяжных.

Порядок формирования предварительного состава кандидатов в присяжные заседатели (ст. 392)

82. Возможно также ввести положение о включении в предварительный список информации о возрасте и профессии кандидатов в присяжные. Такое положение существует во многих странах, в том числе и в России. Желательно также предусмотреть право сторон получать копию предварительного списка кандидатов в присяжные, чтобы иметь возможность удостовериться, что суд не подменил список, а также для того, чтобы адвокатура и прокуратура вели собственные реестры присяжных, которые уже участвовали в процессе в течение года. В данном случае это не будет угрожать безопасности присяжных, а только способствовать контролю против нарушений со стороны уполномоченного органа и суда.

83. Для того, чтобы обеспечить участие как можно большего числа граждан в суде, а также для того, чтобы не принуждать одних и тех же граждан из года в год выполнять обязанности присяжных, рекомендуется пересмотреть положение п. 6 ч. 3 ст. 392 проекта УПК КР и увеличить срок, в течение которого одно и то же лицо может участвовать в суде присяжных. Этот срок для категории особо тяжких преступлений составляет в разных странах не менее 5 лет.

Немотивированные отводы (ст. 395)

84. Смысл права сторон на немотивированный отвод кандидатов в присяжные заседатели заключается в том, чтобы отвести кандидатов в присяжные, предубежденных против одной из сторон и которых не удалось отвести на основании мотивированного отвода. В данном праве будет особенно нуждаться сторона защиты в случаях, когда судья умышленно старается включить в состав коллегии присяжных, явно настроенных против защиты. Именно против злоупотреблений со стороны председательствующего предусматривается право на немотивированный отвод. Другой причиной практики немотивированного отвода является невозможность раскрытия предвзятости кандидата в присяжные заседатели против одной из сторон при наличии оснований сомневаться в способности отдельных присяжных заседателей судить беспристрастно в конкретном уголовном деле. Такие основания могут быть установлены на основе психологического портрета наиболее благоприятного (модельного) присяжного по данно-

му делу, составленного каждой из сторон с возможным привлечением специалистов в области социальной психологии и т.д.⁴³

85. Желательно предоставить сторонам право на немотивированный отвод, неограниченный минимальным числом в два присяжных заседателя, как это предусмотрено ст. 395 проекта УПК КР. В мировой практике, где признается право сторон на немотивированный отвод, категории дел, которые будет рассматривать кыргызстанский суд с участием присяжных заседателей, т.е. особо тяжкие преступления, предусматривают довольно большое число немотивированных отводов, иногда насчитывающих 20 отводов каждой стороной в делах, возможное наказание по которым предусматривает пожизненное заключение или смертную казнь. В связи с этим представляется, что каждой стороне необходимо предоставить большее число немотивированных отводов, но не менее девяти (мы исходим из того, что число присяжных в коллегии девять). Примечательно, что многие российские юристы-практики, как прокуроры, так и адвокаты, после многолетнего опыта работы с присяжными заседателями пришли к выводу о необходимости увеличения минимального количества немотивированных отводов в уголовном процессе РФ.⁴⁴ За увеличение количества минимального количества немотивированных отводов выступают также и некоторые ведущие российские ученые специалисты по суду присяжных. Так например, разработчик закона о суде присяжных в России профессор С.А. Пашин предлагает увеличить число немотивированных отводов, которые можно заявлять кандидатам в присяжные заседатели, до шести от каждого подсудимого.⁴⁵

86. Вместе с тем, важно сохранить баланс между правом сторон на немотивированные отводы и справедливым представительством населения в суде присяжных. Так, например, сторона обвинения по делу об убийстве потерпевшего – представителя этнического большинства подсудимым –представителем этнического меньшинства может постараться отвести всех представителей этнических меньшинств из состава коллегии. В данной ситуации можно предусмотреть правило о том, что сторона обвинения должна в каждом таком случае дать разумное основание для такого отвода, кроме причин, связанных с принадлежностью кандидата к той или иной этнической группе населения.

Интерьер зала судебного заседания с участием присяжных заседателей (ст. 400)

87. Интерьер зала судебного заседания, а также расположение мест для присяжных, подсудимых и свидетелей в разных государствах отличается. В США подсудимые сидят вместе со своими адвокатами за столом для защиты. В Великобритании и Канаде они помещаются в специальные, так называемые, доки для подсудимых. В Кыргызской Республике, как в других странах на постсоветском пространстве, подсудимые, которые находятся под стражей, и даже те, к которым применены меры пресечения, не связанные с предварительным заключением, помещают в металлическую клетку. Подобная практика, несомненно, будет оказывать психологическое воздействие на присяжных заседателей. В связи с этим целесообразно предусмотреть запрет на установку

⁴³Таких специалистов в США называют консультантами по присяжным заседателям (jury consultants). Их услугами пользуются как сторона защиты, так и сторона обвинения.

⁴⁴Эта информация получена автором данного анализа из серии интервью и анкетирования прокуроров и адвокатов РФ. См. Nikolai Kovalev, Selection of Jurors and Lay Assessors in Comparative Perspective: Eurasian Context, 2 Russian Law Journal 9-62 (2014).

⁴⁵Пашин С.А., Концепция судебной реформы в России, (2004), доступно в Интернете по адресу <http://sutyajnik.ru/rus/cases/etc/koncepcia_sud_reformi.htm>.

подобных конструкций в зале суда с участием присяжных заседателей. Представляется, что более целесообразным расположить скамью присяжных не напротив места, где будут сидеть подсудимые, а напротив специально отведенного места для дачи свидетельских показаний (в странах англо-американской системы права это место называется witness box – свидетельская кабина). Ведь главным для присяжных является внимательное прослушивание и обозрение свидетельских показаний, а не разглядывание подсудимого.

Замена выбывших присяжных заседателей запасными (ст. 400)

88. Многие российские юристы, в особенности адвокаты, утверждают, что в современной практике российского суда присяжных распространена тактика затягивания процесса, а также исключение «неудобных» присяжных заседателей по надуманным основаниям председательствующим судьей с целью роспуска коллегии в случаях, когда обвинение и судья чувствуют, что шансы защиты добиться оправдательного приговора достаточно велики. В связи с этим необходимо закрепить положение, что каждое выбытие присяжного заседателя должно фиксироваться в протоколе судебного заседания, и стороны должны убедиться в том, что присяжный выбыл на основании исключительных уважительных причин, исчерпывающий список которых должен быть также закреплен в УПК и в законе «О присяжных заседателях в судах Кыргызской Республики».

Судебное следствие в суде с участием присяжных заседателей (ст.ст. 343, 402)

89. Проект УПК КР не предусмотрел возможности для защиты высказать свою позицию в самом начале судебного следствия, но сохранил процедуру выяснения позиции подсудимого (ст. 343 ч. 2). На наш взгляд, предпочтительнее исключить данное положение из судебного следствия с участием присяжных заседателей и заменить ее речью защитника, который бы и озвучил позицию защиты. В суде присяжных умение публично выступать – необходимое качество адвоката, поэтому именно он должен в понятной и логичной форме донести позицию своего клиента до суда с участием присяжных заседателей. Выяснение же позиции подсудимого в действующем законодательстве Кыргызской Республики носит ярко выраженный инквизиционный, а не состязательный характер. Более того, если подсудимый считает себя виновным, он сам может об этом заявить в любой момент судебного следствия. Процедура выяснения позиции подсудимого противоречит ч. 2 ст. 402 о запрете председательствующему задавать вопросы подсудимому. Для того чтобы устранить эти противоречия, необходимо исключить положение ст. 343 из судебного следствия с участием присяжных заседателей.

90. Для того, чтобы обеспечить последовательное исследование доказательств, было бы логичным использовать порядок представления и исследования доказательств, применяемый в состязательном процессе: сначала представление и исследование доказательств стороны обвинения, в том числе допрос свидетелей, осмотр вещественных доказательств и т.д., а затем представление и исследование доказательств стороны

защиты. Хотелось бы отметить положительный характер ч. 2 ст. 402 проекта УПК КР, запрещающей председательствующему задавать вопросы подсудимому и свидетелям в суде с участием присяжных заседателей. Это большой и важный шаг в сторону состоятельности процесса.

Форма вердикта и вопросный лист (ст. 406)

91. В мировой практике существует два типа вердиктов: обычный вердикт и специальный вердикт. Обычный вердикт характерен для классической англо-американской модели суда присяжных и представляет собой решение о виновности или невиновности подсудимого в предъявленном ему обвинении, в виде односложного ответа: «виновен» или «невиновен». Специальный же вердикт есть порождение французского законодателя и представляет собой ответы на частные вопросы, служащие установлению отдельных правовых фактов, а именно факта совершения деяния как такового, факта совершения деяния подсудимым и, наконец, виновности подсудимого в совершенном деянии. Таким образом, обычный вердикт опускает два первых частных вопроса, а специальный вердикт направлен на организацию процесса принятия решения определенным образом. Тот и другой тип вердикта имеет как своих сторонников, так и противников. В частности, российский законодатель предпочел форму специального вердикта. Причинами такого выбора являются, во-первых, рецепция модели суда присяжных, существовавшей в царский период, а, во-вторых, мнение о том, что специальный вердикт облегчает задачи присяжных заседателей принять решение. На самом деле, представляется, что главная задача специального вердикта состоит в том, чтобы уменьшить шансы подсудимого быть оправданным в ситуациях, когда вопрос о виновности вызывает определенные сомнения. Положительные ответы на два первых вопроса специального вердикта логически подводят присяжных к тому, что подсудимый виновен, даже в тех случаях, когда вина его спорна. Представляется, что специальный вердикт не может служить на пользу защите, ведь вряд ли какому-либо разумному человеку придет в голову признать подсудимого виновным в действии, которое не было совершено или в котором подсудимый не участвовал. Вместе с тем, велик риск того, что чисто технический подход присяжных к ответам на вопросы может привести к осуждению невиновного. Кроме того, российский опыт показывает, что вопросные листы с описанием всех частных вопросов превращают работу присяжных в бюрократический процесс, когда судья считает, что существуют противоречия между ответами на вопросы. В ходе изучения уголовных дел рассмотренных российскими судами присяжных автор данного анализа неоднократно сталкивался с случаями когда присяжные часто возвращаются судьей в совещательную комнату для устранения недостатков в ответах вопросного листа. Неудивительно, что присяжные запутываются в громоздких вопросных листах.

92. Чтобы избежать повторения подобных ошибок, рекомендуется законодателю выбрать тип обычного вердикта, при котором присяжные должны ответить на простой и понятный вопрос: виновен ли подсудимый в совершении преступления, в котором его обвиняют? Для того чтобы избежать судебных ошибок, в частности оправдания виновного либо осуждения подсудимого, виновного в менее тяжком преступлении, пред-

ставляется необходимым предусмотреть требование закона об обязательном включении по ходатайству защиты вопросов, связанных с виновностью в менее тяжком преступлении. Например, наряду с основным вопросом о виновности подсудимого в совершении убийства, по ходатайству защиты должны быть внесены один из следующих вопросов: о виновности подсудимого в совершении убийства при превышении пределов необходимой обороны, либо о виновности в совершении убийства при превышении мер, необходимых для задержания лица, совершившего преступление, либо о виновности в причинении смерти по неосторожности. Как показывает российский опыт, председательствующие часто игнорируют данные ходатайства защиты. Положительное требование закона предоставит защите больше прав, а также, как указывалось выше, сократит число судебных ошибок.

Напутственное слово председательствующего (ст. 407)

93. Представляется, что содержание напутственного слова, представленного в ст. 407 проекта УПК КР, содержит один спорный вопрос: должен ли судья «напоминать 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». Судья, имеющий свое мнение относительно виновности или невиновности подсудимого, хотя и не может «выражать при этом своего отношения к этим доказательствам и делать выводов из них», тем не менее, может достаточно субъективно отнестись к освещению разных доказательств, что может выразиться, например, в том, что он посвятит свое напутственное слово подробному изложению доказательств стороны обвинения, а затем уделить, для «проформы», некоторое время доказательствам стороны защиты. Таким образом, судья выразит свое отношение к тем или иным доказательствам и намеренно или невольно «подскажет» присяжным заседателям, какие доказательства следует рассматривать в первую очередь, а какие можно проигнорировать. Более того, российский опыт показывает, что судья все же иногда выражает собственное мнение относительно доказательств во время напутственного слова и преподносит доказательства, представленные стороной обвинения, достаточными для доказательства вины. Так, например, по одному делу, рассмотренному Московским городским судом с участием присяжных заседателей, председательствующий в своем напутственном слове при обсуждении показаний эксперта сказала: «По словам эксперта, вина подсудимых доказана...» Подсудимые были признаны виновными вердиктом присяжных заседателей. И хотя сторона защиты обжаловала данный приговор на основании многочисленных процессуальных нарушений, в том числе и этого явного нарушения УПК РФ, Верховный суд РФ оставил данный приговор без изменений.⁴⁶ Необходимо отметить, что в практике Верховного суда РФ данное дело не является единичным.⁴⁷ В связи с этим на наш взгляд следует запретить судье напоминать об исследованных доказательствах по делу, чтобы исключить его предвзятую интерпретацию этих доказательств.

⁴⁶Nikolai Kovalev, сноска 21 выше, стр. 420.

⁴⁷Там же, стр. 418.

Принятие вердикта (ст. 410)

94. В классической модели суда присяжных вердикт должен выноситься присяжными заседателями единогласно. Это правило обусловлено наличием специального стандарта доказывания вины в уголовном процессе, именуемого «вне разумного сомнения» (beyond a reasonable doubt). Юридический словарь Блэка дает следующее определение термина «разумное сомнение» - «это сомнение, которое не позволяет присяжному быть твердо уверенным в вине подсудимого, или убеждение в том, что существует реальная вероятность того, что подсудимый невиновен».⁴⁸ В соответствии с данным правилом, подсудимый может быть признан виновным, если у присяжных заседателей после рассмотрения и оценки всех доказательств не окажется разумного сомнения в виновности подсудимого. Абсолютной гарантией отсутствия такого сомнения является наличие единогласия среди присяжных. Однако, в 70-х гг. XX в. Верховный суд США и британский парламент, по очереди, приняли решение о том, что супермажоритарный вердикт десяти или девяти из двенадцати присяжных является также допустимым и не нарушает стандарта доказывания «вне разумного сомнения». Данные решения были отчасти вызваны проблемой так называемых «зависших присяжных» или «тупиковых присяжных», когда один или несколько присяжных отказываются согласиться с большинством своих коллег и достигнуть единодушия. Возникает вопрос о том, какое минимальное количество присяжных достаточно для вынесения справедливого вердикта в составе коллегии. Верховный суд США в своем решении (большинством голосов 5 против 4)⁴⁹ по делу Джонсон против Луизианы признал, что для вынесения обвинительного вердикта необходимо «значительное большинство» присяжных заседателей, и посчитал, что «значительным большинством» могут являться девять присяжных или 75% от общего числа коллегии.⁵⁰ Результаты исследований американских ученых в области психологии присяжных заседателей показывают, что в большинстве случаев, связанных с «тупиковыми присяжными», число несогласных с большинством присяжных составляет от одного до трех.⁵¹

95. Кыргызстанский законодатель в отличие от российского вводит коллегию присяжных состоящей из девяти присяжных заседателей. Это правило соответствует числу присяжных, принятых в Испании и Гибралтаре (территория Великобритании), а также в некоторых штатах США, например Вирджиния по делам о проступках (misdemeanor). Вместе с тем, в отличие от российского законодательства кыргызстанский закон предусматривает супермажоритарный вердикт как для осуждения, так и для оправдания. Это правило также отчасти следует правилу закрепленному в испанском законодательстве. Следует отметить, однако, что в Испании правило квалифицированного большинства действует только в отношении обвинительного вердикта присяжных. Испанские присяжные могут вынести оправдательный вердикт простым большинством голосов, т.е. пятью из девяти голосов. На наш взгляд, кыргызскому законодателю необходимо последовать примеру испанского законодательства в отношении оправдательных вердиктов. Преимуществом этого правила является снижение возможности «зависших присяжных» в случае когда шесть присяжных из девяти проголосуют за оправдание подсудимого.

⁴⁸Black's Law Dictionary, 9th edition, 2009, стр. 1380.

⁴⁹Верховный суд США состоит из девяти членов, пять из которых составляют большинство. По данному делу четыре судьи высказались в защиту правила, согласно которому вердикт присяжных заседателей должен быть единодушным.

⁵⁰Johnson v. Louisiana, 406 U.S. 356 (1972).

⁵¹Kalven, H. and Zeisel, H. (1966), The American Jury p. 460.

Положение о стандарте доказывания (предложение)

96. Имеет смысл также законодательно закрепить стандарт доказывания «вне разумного сомнения» и обязать судью в своем напутственном слове говорить присяжным заседателям, что вина подсудимого должна быть доказана стороной обвинения вне разумного сомнения, и, что присяжные должны вынести оправдательный вердикт, если у них возникнут разумные сомнения в его виновности. В настоящий момент в законодательстве Кыргызской Республики не существует определенного стандарта доказывания. Принцип оценки доказательств по внутреннему убеждению не является стандартом, так как не говорит о степени убеждения в виновности. Так, можно быть уверенным в виновности человека на сто процентов, а можно и на пятьдесят один процент. Для того чтобы понять сущность стандарта «вне разумного сомнения», приведем фрагмент напутственного слова для присяжных, используемого американскими федеральными судьями в уголовном процессе. «Доказанность вне разумного сомнения есть доказанность, которая дает вам (присяжным) твердую уверенность в виновности подсудимого. В мире есть всего несколько вещей, о существовании которых мы знаем с абсолютной уверенностью, и в уголовном процессе закон не требует доказывания, которое рассеивает все возможные сомнения. Если, основываясь на рассмотренных вами доказательствах, вы твердо убедитесь, что подсудимый виновен в предъявляемом ему преступлении, вы должны признать его виновным. Если, с другой стороны, вы посчитаете, что существует реальная возможность, что он не виновен, вы должны толковать это сомнение в его пользу и признать его невиновным». ⁵² Таким образом, введение положения о стандарте доказывания поможет реализации конституционного принципа презумпции невиновности.

Обжалование и опротестование приговора, постановленного на основе вердикта присяжных заседателей (ст.ст. 420 и 444)

97. Статья 420 проекта УПК КР предусматривает возможность отмены и изменения оправдательного приговоров, основанных на вердикте коллегии присяжных заседателей. Такими основаниями являются существенное нарушение норм, закрепленных в ч. 2 ст. 444 проекта УПК КР, т.е. как правило процессуальные нарушения. На наш взгляд, предоставление суду апелляционной инстанции широких полномочий по отмене оправдательных приговоров, основанных на вердикте присяжных заседателей, приведет к злоупотреблениям со стороны суда апелляционной инстанции и массовым отменам оправдательных приговоров. Подтверждением нашего предположения может служить практика российского суда присяжных.

98. Практика отмены оправдательных приговоров Верховным судом РФ вызывает серьезную озабоченность у российских адвокатов и правозащитников. Среди некоторых российских правоведов существует мнение, что суд присяжных потерял свою ценность как гарант прав подсудимого на справедливый и беспристрастный суд. Немаловажную роль в этом сыграла практика Верховного суда. Более того, согласно исследованию, проведенному Л.М. Карнозовой, судьи прямо признают, что иногда подыгрывают прокурору, намеренно допуская процессуальные ошибки в ходе процесса для того, чтобы

⁵²Lempert, R.O., Gross, S.R. and Liebman, J.S. (2000), A Modern Approach to Evidence, p. 1245.

⁵²Lempert, R.O., Gross, S.R. and Liebman, J.S. (2000), A Modern Approach to Evidence, p. 1245.

подстраховаться на случай оправдательного вердикта присяжных.⁵³

99. Для того, чтобы избежать подобных случаев кыргызстанскому законодателю рекомендуется последовать модели англо-американского суда присяжных, в которой оправдательный приговор, основанный на оправдательном вердикте присяжных заседателей, не может быть отменен ни при каких условиях, даже в случаях нарушения процессуального закона. Обвинительный же вердикт может быть обжалован в апелляционном порядке в вышестоящий суд только на основании нарушения уголовно-процессуального закона. Идея англо-американской правовой системы о невозможности отменить оправдательный вердикт покоится на концепции «двойного риска» (double jeopardy). Смысл этой концепции заключается в том, что никто не может быть подвергнут опасности быть осужденным два раза за одно и то же преступление. Понятно, что эта концепция действует только в отношении оправдательного вердикта. Будучи подвергнут риску осуждения единожды, оправданный не может быть поставлен в условия риска повторно, иначе одно и то же лицо может быть судимо и оправдано бесчисленное количество раз. Кроме того, суд присяжных отражает волю народа, и, отменяя решение присяжных заседателей, государство в лице вышестоящего суда тем самым ставит под сомнение действительность конституционной нормы о народном суверенитете. Было бы несправедливо, если бы государство, ссылаясь на ошибки представителей той же государственной власти в лице прокурора и судьи, отменяло бы оправдательный приговор. С другой стороны, при ограничении прав защиты на представление доказательств, которые могли повлиять на вынесение оправдательного вердикта, обвинительный вердикт может и должен быть обжалован. В связи с этим следует ввести запрет на обжалование приговора, основанного на оправдательном вердикте присяжных, однако, предусмотрев при этом возможность пересмотра обвинительного приговора по жалобам подсудимого, потерпевшего или прокурора.

Отмена вступившего в силу оправдательного приговора

100. Глава 56 проекта УПК КР предусматривает рассмотрение уголовных дел по которым был вынесен вступивший в законную силу оправдательный приговор. Право государства отменять оправдательные приговоры вступившие в законную силу нарушает положениям статьи 14(7) МПГПП, которая, в частности гласит, что никто не должен быть вторично судим за преступление, за которое он уже был окончательно оправдан.

Рекомендации для внесения изменений и дополнений в проект УПК КР

101. В ст. 9 УПК необходимо указать на недопустимость вмешательства в деятельность судей при осуществлении правосудия со стороны правоохранительных органов или каких-либо других представителей власти. Принцип независимости судей также должен включать запрет на какие-либо контакты между одной из сторон и судьей вне судебного разбирательства, так называемые ex parte консультации. Вместе с тем следует отметить, что запрет на ex parte консультации не должен распространяться на консультации между стороной обвинения и судьей по предварительному расследова-

нию. При этом следует закрепить положение в УПК КР, что следственный судья (судья по предварительному расследованию) не выступает в качестве представителя стороны обвинения и что все контакты между судьей и стороной обвинения и органами милиции должны быть четко закреплены в протоколе судебного заседания.

102. В ст. 13 проекта УПК необходимо указать, что срок задержания должен исчисляться с момента фактического задержания.

103. Необходимо привести положения ст. 16 проекта УПК КР с положениями ст. 30 Конституции.

104. Рекомендуется упразднить институт возвращения уголовного дела для устранения препятствий его рассмотрения судом.

105. Рекомендуется предусмотреть правило по которому судья не может знакомиться с материалами уголовного дела до судебного разбирательства, а все решения, в том числе решения перечисленных в ст. 296 проекта УПК КР, должны приниматься только после того, как судья имел возможность ознакомиться с позициями обеих сторон в судебном заседании.

106. Рекомендуется снять ограничение на использования залога в отношении лиц, обвиненных в совершении особо тяжких преступлений.

107. Необходимо дополнить ст. 19 проекта УПК КР положением, согласно которому органам следствия, дознания, прокуратуры и суда запрещается в какой-либо форме высказывать свою позицию относительно виновности обвиняемого в каких-либо средствах массовой информации, а также публично, за исключением случаев выступления стороны обвинения в ходе судебного разбирательства.

108. Необходимо прямо указать в тексте ст. 23 УПК КР, что уголовное производство осуществляется либо на кыргызском либо на русском языках. Необходимо также закрепить положение о том, по какому принципу определяется язык уголовного судопроизводства при расследовании и рассмотрении конкретного уголовного дела. В частности, возможно ввести положение согласно, которому язык судопроизводства определяется органом ведущим следствие или судом на основании выбора языка судопроизводства обвиняемым. В тех случаях, если в деле участвуют несколько обвиняемых или подсудимых, в случае невозможности достижения согласия между обвиняемыми относительно выбора языка судопроизводства, необходимо предусмотреть правило о выделении уголовных дел в отдельные судопроизводства в зависимости от выбора языка подсудимыми. Подсудимому должно быть обеспечено право на рассмотрение коллегии присяжных заседателей, которые владеют тем же языком, что и подсудимый.

109. Рекомендуется изменить название нового судебного института вместо следствен-

ного судьи, использовать название судья по правам и свободам на предварительном следствии. Необходимо четко закрепить перечень полномочий данного должностного лица, а не ограничиваться отсылочной нормой, содержащейся в ст. 32 ч. 3 проекта УПК КР. Необходимо передать полномочия применять такие меры пресечения как залог и запрет на приближения в введение следственного судьи.

110. Необходимо предоставить подсудимому право на суд с участием суда присяжных по всем уголовным делам об особо тяжких преступлениях, т.е. деяниях, за совершение которых УК КР предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше десяти лет либо пожизненное лишение свободы, а также по делам, затрагивающим интересы СМИ и свободы слова, в частности, публичные призывы к осуществлению террористической деятельности, публичные призывы к насильственному захвату власти, возбуждение национальной, расовой, религиозной или межрегиональной вражды.

111. Рекомендуется расширить полномочия присяжных заседателей путем предоставления им полномочия выносить решение об особом снисхождении, при котором председательствующий должен будет назначить наказание ниже минимального размера наказания предусмотренного Уголовным Кодексом КР. Рекомендуется дополнить законодательство положением, согласно которому вопрос о снисхождении или особом снисхождении должен рассматриваться присяжными только после вынесения оглашения обвинительного вердикта и только после их ознакомления с характеристикой подсудимого. Для этого необходимо разделить совещание присяжных на две части.

112. Право на бесплатный звонок, закрепленное в ст. 46 проекта УПК КР, не должно ограничиваться только одним звонком. Рекомендуется дополнить ст. 46 УПК КР положением о праве подозреваемого позвонить по телефону дежурного адвоката, который мог бы дать быструю, бесплатную и конфиденциальную консультацию по телефону до прихода защитника в место, где содержится подозреваемый. Необходимо внести также дополнения и изменения в законодательство об адвокатуре, которое бы обязывало коллегии адвокатов предоставлять круглосуточные услуги по телефонам горячей линии. При этом расходы на содержание дежурных адвокатов должны покрываться из государственного бюджета.

113. Рекомендуется упразднить разрешительный порядок использования права подозреваемого на участие в следственных действиях, как это закреплено в ст. 46 ч. 1 п. 13 проекта УПК КР.

114. Рекомендуется закрепить норму согласно которой личный обыск подозреваемых и изъятие образцов биологического происхождения без согласия подозреваемого может быть произведено только по решению судьи по предварительному расследования (следственного судьи).

115. Положение ст. 46 ч. 5 проекта УПК КР следует дополнить требованием, что меди-

цинский осмотр должен осуществляться неподконтрольными правоохранительным органам, в том числе администрации изолятора временного содержания, врачами.

116. Рекомендуется дополнить ст. 50 положением, что участие близких родственников и других представителей в качестве защитников допускается наряду, но не взамен участию защитника адвоката. Участие сотрудника уполномоченного государственного органа по защите детей должно допускаться не в качестве защитника, а в качестве эксперта или специалиста.

117. Рекомендуется дополнить ст. 59 положением о том, что свидетель не обязан давать показания против себя.

118. Рекомендуется дополнить ст. 72 нормой, требующей участие судьи вышестоящего суда в решении вопроса об отводе судье нижестоящего суда.

119. Рекомендуется закрепить принципы аналогичные принципам, разработанным европейскими юристами в отношении анонимных свидетелей. В частности, рекомендуется закрепить исключительный характер использования анонимности свидетелей. Также необходимо предусмотреть норму о том, что анонимность свидетелю должна предоставляться только по решению суда и только в случае, если суд посчитает, что жизнь или свобода участвующего в процессе лица или его близких находится под серьезной угрозой, показания выглядят значительными, а данное лицо – заслуживающим доверия. Следует также закрепить норму, что приговор не может основываться исключительно или в значительной степени на показаниях, данных анонимными свидетелями. Адвокат, участвующий в уголовном деле в качестве защитника должен иметь возможность визуально наблюдать поведение свидетеля, а также слышать настоящий голос свидетеля.

120. Рекомендуется ввести запрет на использование показаний свидетелей данных ими на предварительном следствии, если свидетели или потерпевшие недоступны в ходе судебного разбирательства, за исключением случаев, когда защите было предоставлено право допросить этих свидетелей в ходе депонирования показаний свидетеля в соответствии с положениями ст. 217 УПК КР.

121. Рекомендуется принять положение согласно которому, что в случаях заявления подсудимым о применении к нему пыток и иных незаконных мер при проведении допросов, органы обвинения обязаны доказать в суде обратное.

122. Рекомендуется ввести требование об обязательной видеозаписи всех следственных действий с участием подозреваемого (обвиняемого).

123. Рекомендуется дополнить УПК КР положением, обязывающим правоохранительные органы информировать подозреваемого о том, что все, что он скажет следователю или другим сотрудникам правоохранительных органов может быть использовано про-

тив него в суде.

124. Рекомендуется дополнить УПК КР положением запрещающим судье, рассматривающим дело единолично, истолковывать молчание обвиняемого на предварительном следствии и в суде как свидетельство виновности подсудимого.

125. Необходимо предоставить право стороне защиты вызывать в суд альтернативных экспертов. Кроме этого, необходимо позволить альтернативным экспертам для проведения альтернативной экспертизы иметь доступ к вещественным доказательствам и другим материалам находящимся в распоряжении следствия. Так как, решение о назначении альтернативного эксперта принимается стороной защиты, то и расходы на проведение альтернативной экспертизы должны покрываться стороной защиты, а не государством. Решение о проведении альтернативной экспертизы и представлении образцов для экспертного анализа стороне защиты может приниматься судьей по предварительному следствию в ходе предварительного следствия.

126. Рекомендуется провести законодательное разделение между институтами судебного санкционирования задержания (ареста) и заключения под стражу. Первая процедура должна касаться судебного санкционирования задержания или ареста по ордеру суда, при которой суд выносит решение о задержании лица, до его фактического задержания. Вторая процедура будет применяться в случаях, когда лицо было задержано по решению суда либо задержано без такого решения в случаях задержания на месте преступления.

127. Рекомендуется ввести правило, согласно которому орган, осуществляющий задержание подозреваемого, обязан проводить аудио- и видеозапись задержания. Данная запись должна иметь непрерывный характер и фиксировать сам момент задержания, а также момент информирования подозреваемого о его правах. Необходимо также обязать правоохранительные органы проводить аудио- и видеозапись подозреваемого в милицейской машине, а также в милицейском участке.

128. Срок 46 часов, указанный в ст. 115 ч. 4 проекта УПК КР, является неоправданно долгим. Рекомендуется упразднить процедуру ознакомления судьи с материалами уголовного дела при решении вопроса о заключении под стражу заранее до заслушивания обеих сторон, так способно вызвать у судьи предубеждение против задержанного, а также способно превратить судебное заседание в формальную процедуру выдачи санкции на арест.

129. Рекомендуется при продлении срока содержания под стражей до суда судья должен иметь возможность проверить законность и обоснованность содержания под стражей каждые два месяца, вместо того, чтобы продлевать срок заключения на четыре месяца, как это предлагается в проекте Кодекса.

130. Необходимо четко определить максимальный срок в течении которого, органы

следствия должны вынести решение о привлечении в качестве обвиняемого. Данный срок не может превышать 48 часов с момента фактического задержания. Предъявление обвинения должно быть сделано не позднее суток с момента вынесения постановления о привлечении в качестве обвиняемого, а не двух суток как это предусмотрено ст. 257 ч. 1 проекта УПК КР.

131. Рекомендуется изменить содержание ст. 291 проекта УПК КР, касающейся подсудности военных судов. В частности, следует запретить рассмотрение уголовных дел гражданских лиц такими судами.

132. Рекомендуется ограничить случаи закрытого судебного разбирательства исключительно делами связанных с государственной и иной тайной, а также интимной жизнью в делах о половых преступлениях.

133. Рекомендуется запретить рассмотрение уголовных дел кроме случаев когда сторона обвинения сможет представить суду неопровержимые доказательства того, что обвиняемый был оповещен путем вручения повестки либо иным способом. Также следует предусмотреть право подсудимого на автоматический пересмотр дела другим составом суда после того как обвиняемый был задержан и экстрадирован в Кыргызскую Республику.

134. В этой связи, рекомендуется внести обязательное требование фиксирования хода судебного разбирательства на аудионосителе.

135. Рекомендуется лишить председательствующего судью полномочий допрашивать свидетелей или подсудимого даже после их допроса сторонами.

136. Право на суд с участием присяжных заседателей должно быть гарантировано всем обвиняемым, которые обвиняются в преступлении по которым предусмотрен суд присяжных. Рекомендуется предусмотреть право обвиняемого на отказ от суда с участием присяжных заседателей судье в ходе предварительного слушания, которое должно быть обязательным по всем делам подсудным суду присяжных.

137. Рекомендуется ввести положение о включении в предварительный список кандидатов в присяжные заседатели информации о возрасте и профессии кандидатов в присяжные. Рекомендуется также предусмотреть право сторон получать копию предварительного списка кандидатов в присяжные, чтобы иметь возможность удостовериться, что суд не подменил список, а также для того, чтобы адвокатура и прокуратура вели собственные реестры присяжных, которые уже участвовали в процессе в течение года.

138. Рекомендуется пересмотреть положение п. 6 ч. 3 ст. 392 проекта УПК КР и увеличить срок, в течение которого одно и то же лицо может участвовать в суде присяжных. Этот срок для категории особо тяжких преступлений должен составлять не менее 5 лет.

139. Рекомендуется предоставить сторонам право на большее количество немотивиро-

ванных отводов, например 9 для каждого подсудимого и обвинения.

140. Рекомендуется предусмотреть правило о том, что сторона обвинения должна в делах связанных с межнациональными преступлениями дать разумное основание для немотивированных отводов, кроме причин, связанных с принадлежностью кандидата к той или иной этнической группе населения.

141. Рекомендуется предусмотреть запрет на установку и помещение подсудимых в металлические клетки в зале суда с участием присяжных заседателей. Представляется, что более целесообразным расположить скамью присяжных не напротив места, где будут сидеть подсудимые, а напротив специально отведенного места для дачи свидетельских показаний.

142. Необходимо закрепить положение о том, что каждое выбытие присяжного заседателя должно фиксироваться в протоколе судебного заседания, и стороны должны убедиться в том, что присяжный выбыл на основании исключительных уважительных причин, исчерпывающий список которых должен быть также закреплен в УПК и в законе «О присяжных заседателях в судах Кыргызской Республики».

143. В суде с участием присяжных заседателей рекомендуется использовать порядок представления и исследования доказательств, применяемый в состязательном процессе: сначала представление и исследование доказательств стороны обвинения, в том числе допрос свидетелей, осмотр вещественных доказательств и т.д., а затем представление и исследование доказательств стороны защиты.

144. Рекомендуется выбрать тип обычного вердикта, при котором присяжные должны ответить на простой и понятный вопрос: виновен ли подсудимый в совершении преступления, в котором его обвиняют? Необходимо также предусмотреть требование закона об обязательном включении по ходатайству защиты вопросов, связанных с виновностью в менее тяжком преступлении.

145. Рекомендуется запретить судье напоминать присяжным заседателям об исследованных доказательствах по делу, чтобы исключить его предвзятую интерпретацию этих доказательств.

146. Кыргызскому законодателю необходимо последовать примеру испанского законодательства в отношении оправдательных вердиктов. Вынесение оправдательного вердикта простым большинством голосов, при этом сохранить квалифицированное большинство для обвинительных вердиктов.

147. Рекомендуется ввести положение о стандарте доказывания вне разумного сомнения.

148. Рекомендуется ввести запрет на обжалование приговора, основанного на оправ-

дательном вердикте присяжных, однако, предусмотрев при этом возможность пересмотра обвинительного приговора по жалобам подсудимого, потерпевшего или прокурора.

149. Рекомендуется ввести запрет на отмену вступивших в законную силу оправдательных приговоров.



UNODC

Управление Организации Объединенных Наций
по наркотикам и преступности
Программный офис в Кыргызской Республике