

Марат КОГАМОВ,

доктор юридических наук, профессор, начальник Академии финансовой полиции

31 декабря 2003 года Конституционный Совет Республики Казахстан принял нормативное постановление, которым внесена определенность по вопросам санкционирования ареста в досудебных стадиях уголовного процесса. Его основные выводы, по результатам официального толкования статей 16, 75, 76, 83 и других норм Конституции, сводятся к следующему: Нормы Конституции закрепляют исходные положения компетенции суда и прокуратуры по санкционированию ареста и содержания под стражей. Соответствующие им процессуальные полномочия суда и прокуратуры определяются законом.

Согласно Конституции, только суд и прокурор предоставлено право санкционирования ареста и содержания под стражей. При этом за арестованным сохраняется право судебного обжалования санкции суда или прокурора на арест.

Согласно Конституции, санкционирование следственных действий, оперативно-розыскных мероприятий, ареста и содержания под стражей является одной из форм высшего надзора прокуратуры в досудебных стадиях уголовного процесса и составной частью уголовного преследования, осуществляемого прокуратурой.

Согласно Конституции, суд не наделен правом санкционирования следственных и оперативно-розыскных действий в досудебных стадиях.

Согласно Конституции, полномочия прокуратуры не подлежат ограничению и исключению законом.

Поводом для проведения конституционного производства послужило Обращение группы депутатов Парламента РК об официальном толковании пункта 2 статьи 16, пунктов 1, 2 статьи 75, пункта 1 статьи 77, статьи 81, пункта 1 статьи 83 и пункта 1 статьи 84 Конституции Республики Казахстан.

При подготовке нормативного постановления Конституционным Советом наряду с другими материалами также использованы заключения юристов – научных работников. В этой связи, будет нелишним ознакомление юридической общественности и юристов-практиков с содержанием научного заключения, подготовленного и автором этих строк.

Фрагментарно мною были сформулированы следующие ответы на вопросы, поставленные в Обращении депутатов.

Вопрос 1: Является ли предусмотренное законом санкционирование оперативно-розыскных мероприятий, следственных действий, задержания, ареста и содержания под стражей лица на стадии досудебного производства одной из форм предупредительного Конституцией высшего надзора прокуратуры за законностью оперативно-розыскной деятельности, дознания и следствия, а также осуществлением прокуратуры уголовного преследования?

Ответ: Да, является. Прежде всего, важно отметить высокую определенность Кон-

ституционный Совет постановил, что «...правовое установление конкретного механизма осуществления прокурором функции уголовного преследования... относится к сфере законодательного регулирования Парламента Республики Казахстан» (п. 1). Это означает, что в соответствии с конституционным разъяснением, прокуратура отнесена к органам уголовного преследования, в пределах компетенции, установленной законами. Данное положение подтверждено Парламентом страны, установлением в УПК системы норм, характеризующих уо-



ра на арест и продление срока ареста подозреваемого, обвиняемого, а также санкции прокурора на принудительное помещение подозреваемого, обвиняемого в медицинское учреждение (ст. ст. 109-111). Всегда, таким образом, требуется жалоба участника досудебного процесса в суд.

В связи с тем, что суд не является субъектом ОРД, судебный контроль в этой сфере Законом РК «Об оперативно-розыскной деятельности» не установлен. В соответствии с УПК наиболее тесно связаны с ходом оперативно-розыскной деятельности органов дознания, только следователь и прокурор (ст. ст. 62, 64, 197 УПК). В этой связи, с учетом сущности правосудия по уголовным делам и отделения функции разрешения дела от функции обвинения (ст. 57 УПК), результатами оперативно-розыскной деятельности пользуются только те органы, которые осуществляют функцию уголовного преследования. Важно иметь в виду, что суд в судебных стадиях имеет право исключения из уголовного дела фактических данных, недопустимых в качестве доказательств (ст. 116 УПК). Это относится и к результатам оперативно-розыскной деятельности, используемым в доказывании по уголовным делам (ст. ст. 124-130, 379, 381).

В смысле ст. ст. 57, 59 УПК осуществление судебного контроля в досудебном производстве нельзя отнести к осуществлению правосудия по уголовным делам, т.к. процессуальная форма данного контроля су-

ставляются различными органами и должностными лицами. Необходимость сохранения судом объективности и беспристрастности провозглашается в целом ряде норм уголовного-процессуального права, регламентирующих конституционные принципы правосудия в уголовном процессе (ст. ст. 77, 79 Конституции, ст. ст. 10-14, 19-25 и т.д.). Особенно важно здесь, что суд, рассматривающий уголовное дело, не связан с мнением сторон (п. 3 ст. 24 УПК).

Судебное санкционирование оперативно-розыскных мероприятий, следственных действий, ареста и содержания под стражей в досудебных стадиях, безусловно, ослабит независимость суда и активность органов уголовного преследования, принизит требовательность к уголовным делам со стороны судей, которые будут рассматривать их, по существу, по первой инстанции. Мы вернемся к ситуации, от которой даже предостерегал УПК Казахской ССР 1959 г. (бывший институт предания обвиняемого суду) – исключение преждевременного преследования судом вопроса о виновности лица в совершении преступления.

Кроме того, суд по существу будет управлять расследованием уголовного дела и выступать в качестве дополнительного административного руководителя следователя, а также фактически через санкционирование превратится в орган уголовного преследования, т.е. встанет на позицию одной из сторон процесса, что недопустимо. На-

Наконец, презумпция невиновности не запрещает ареста лица до постановления приговора и, тем самым, подчеркивает главную особенность уголовного процесса, о которой я упоминал выше – присутствие постоянного компромисса между публичными интересами и интересами личности (п. 3 ст. 77 Конституции).
Весьма важно подчеркнуть, что применение ареста, в строгом соответствии с положениями национальных законов, судебным или другим компетентным независимым органом, прямо предусмотрено нормами международного права. В их числе:

1. **Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, утвержденный ООН 9 декабря 1988 года** (принципы 2, 4, 9, 37);

2. **Минимальные стандартные правила ООН в отношении мер, не связанных с тюремным заключением (Токийские правила), принятые ООН 14 декабря 1990 года** (пункты 3.3, 3.5, 3.10, 5.1);

3. **Международный пакт о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 года** (ст. 9).

В порядке сравнения представляет интерес регламентация санкционирования ареста по Конституциям некоторых стран СНГ.

Так, по Конституции **Российской Федерации 1993 г.**, арест, заключение под стражу и содержание под стражей допу-

КТО САНКЦИОНИРУЕТ АРЕСТ?

ловное преследование в досудебных стадиях уголовного процесса. Так, согласно п.п. 12, 13, 14 ч. 1 ст. 7 УПК, прокурор отнесен к органам уголовного преследования, стороне обвинения, наряду со следователем, органом дознания, дознавателем. Суд в число органов уголовного преследования и сторон уголовного процесса Парламентом страны не включен (п.п. 11, 12, 18 ч. 1 ст. 7 УПК).

«Суд не является органом уголовного преследования, не выступает на стороне обвинения или защиты и не выражает каких бы то ни было интересов, помимо интересов права» - устанавливает п. 5 ст. 23 УПК.

В рассматриваемом контексте требует учета и вносит понимание в вопросы санкционирования прокурором оперативно-розыскных и процессуальных действий, а также в сущность осуществляемого им уголовного преследования, ряд положений Постановления Конституционного Совета РК от 5 августа 2002 г. № 5 - **«О соответствии Конституции РК Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам прокурорского надзора»**.

Так, конституционное разъяснение гласит: «В Республике Казахстан, утверждая себя правовым государством (п. 1 ст. 1 Конституции), признаются и гарантируются конституционные права и свободы человека и гражданина (п. 1 ст. 12 Кон-

ституции)». Судебное преследование существенно отличается от процедур, принятых при рассмотрении дела судом по существу в судебных стадиях. Правосудие по уголовным делам предполагает наделение суда полномочиями носителя судебной власти, которым не обладают другие государственные органы, в том числе прокурор. Только суд правомочен:

1. признать лицо виновным в соверше-

нии преступления и назначить ему наказание; 2. признать лицо невиновным в совершении преступления и прекратить уголовное преследование; 3. признать лицо виновным в совершении преступления и оправдать его; 4. признать лицо виновным в совершении преступления и отменить наказание, назначенное судом в предыдущем процессе.

Дело в том, что оперативно-розыскные мероприятия, следственные действия, меры процессуального принуждения, со-

держиваются только по судебному решению (п. 2 ст. 22).

По Конституции **Украины 1996 г.**, никто не может быть арестован или содержаться под стражей иначе как по мотивированному решению суда и только на основаниях и в порядке, установленных законом (ч. 2 ст. 29).

По Конституции **Республики Узбекистан 1991 г.**, никто не может быть подвергнут аресту или содержанию под стражей иначе как на основании закона (ч. 2 ст. 25).

По Конституции **Республики Беларусь 1996 г.**, ограничение или лишение личной свободы возможно в случаях и порядке, установленных законом. Лицо, заключенное под стражу, имеет право на судебную проверку законности его задержания или ареста (ч. 1 ст. 25).

По Конституции **Республики Армения 1995 г.**, человек может быть подвергнут аресту, обыску не иначе, как в установленном законом порядке. Он может быть заключен под стражу только по решению суда – в установленном законом порядке (ст. 18).

По Конституции **Азербайджанской Республики 1995 г.**, право на свободу может быть ограничено только в предусмотренном законом порядке путем задержания, ареста или лишения свободы (п. 2 ст. 28).

По Конституции **Республики Молдова 1994 г.**, обыск, задержание или арест лица допускаются только в случаях и по-



нни преступления и назначить ему нака-

зывают процессуальный арсенал органов

Статья 83 Конституции в установлении правосубъектности прокуратуры (ст. 83). Согласно Конституции, прокуратура Казахстана не является юридически и фактически каким-либо придатком Парламента. Правительство, судебной власти и занимает самостоятельное место в системе форм, видов государственной деятельности и подотчетна только Президенту страны. Будучи юридическим телохранителем государства, прокуратура оперативно защищает права и свободы человека и гражданина и компенсирует известную медлительность законодательной, исполнительной и судебной ветвей власти. Высший надзор занимает в деятельности прокуратуры в отличие от других государственных органов первое и постоянное место.

Поэтому современная конституционная самостоятельность прокуратуры, как единой централизованной независимой системы, присущая государствам с Президентской формой правления, исключает иные формы ее организации. К тому же, организация и деятельность отечественного прокурорского надзора, не имеет точного аналога в правовых системах других стран.

Согласно п. 4 ст. 83 Конституции Республики Казахстан, «компетенция, организация и порядок деятельности прокуратуры Республики определяется законом». В настоящее время таким законом выступает Закон Республики Казахстан «О прокуратуре» от 21 декабря 1995 г., который достаточно тесно взаимосвязан с отраслевым законодательством Республики, в том числе оперативно-розыскным и уголовно-процессуальным. В совокупности Закон РК «О прокуратуре» и другие законы по вопросам прокурорского надзора устанавливают систему согласованных норм, обеспечивающих ведение прокуратурой определенного Конституцией высшего надзора за точным и единообразным применением нормативно-правовых актов на территории Республики, за законностью оперативно-розыскной деятельности, дознания и следствия, в том числе в случаях, порядке и пределах, установленных УПК в форме уголовного преследования.

Собственно, обеспечение высшего надзора за точным и единообразным применением законодательства осуществляется прокуратурой, главным образом, с помощью актов прокурорского надзора: прощест, постановление, предписание, заявление, санкция, указание, представление, разъяснение закона (ст. 18-27 Закона РК «О прокуратуре»).

Санкция, т.е. дача прокурором письменного согласия, в соответствии с Законом РК «О прокуратуре» (ст. 21), УПК РК (п. 36 части 1 ст. 7, п. 3 ст. 62) и Законом РК «Об оперативно-розыскной деятельности» от 15 сентября 1994 г. (п. 4-8 ст. 12), установлена применительно к определенному кругу процессуальных, следственных и оперативно-розыскных мероприятий.

Для правильного понимания вопроса важными также являются соответствующие положения Постановления Конституционного Совета РК от 26 декабря 2000 г. № 23/2 «Об официальном толковании п. 1 ст. 83 и п. 1 ст. 84 Конституции РК». Конститу-

ституции), в связи с чем обеспечение режима законности является одним из важных направлений деятельности государства, его органов и должностных лиц. И поэтому государство вправе устанавливать меры по выявлению нарушений законности и механизмы, предусматривающие их устранение. Такое полномочие, согласно ст. 61 Конституции, относится к компетенции Парламента Республики.

И далее: «Прокуратура, являющаяся составной частью государственной системы защиты конституционного строя, прав и свобод человека и гражданина, осуществляет высший надзор за точным и единообразным применением законов, указов Президента Республики Казахстан и иных нормативных актов на территории Республики (п. 1 ст. 83 Конституции). С целью устранения любых нарушений законности она принимает меры в рамках своей компетенции, устанавливаемой законом (п. 1 и 4 ст. 83 Конституции Республики)». При этом «возможность установления законом порядка и способа реализации указанной конституционной задачи, в частности, права прокурора своим постановлением инициировать проведение оперативно-розыскных мероприятий, вытекает из положений п. 4 ст. 83 Конституции. ...такое полномочие может принадлежать прокуратуре во всех формах и видах осуществляемого ею прокурорского надзора, а не только в рамках уголовно-процессуальных отношений. ...согласно нормам п. 1 ст. 83 Конституции, прокуратура с использованием правовых средств надзора в пределах, предусмотренных законом, обязана обеспечить законность в оперативно-розыскной деятельности органов, уполномоченных ее осуществлять».

Выше я указал на существование и действие целой системы законодательства и норм, устанавливающих компетенцию и пределы прокурорского надзора в сфере оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности, к которым самое прямое отношение имеет Законодатель. Они приняты Парламентом РК.

В порядке замечания по тексту автором Обращения.

Задержание лица в соответствии с п. 2 ст. 16 Конституции, ст. ст. 132-138 УПК не требует санкции прокурора.

Вопрос 2: Предусматривает ли Конституция осуществление судом инициативного надзора (контроля) на стадии досудебного производства по уголовным делам путем санкционирования оперативно-розыскных мероприятий, следственных действий, ареста и содержания под стражей, при отсутствии чьих-либо обращений за судебной защитой своих прав и свобод, является ли такая деятельность осуществлением правосудия?

Ответ: Нет, не предусматривает. Разве что, в соответствии с п. 2 ст. 16 Конституции, при санкционировании ареста прокурором арестованный имеет право судебного обжалования решения прокурора. Более развернуто идея судебного контроля на стадии досудебного производства регламентирована УПК, который устанавливает судебный порядок рассмотрения жалоб на решения прокурора, решения и процессуальные действия следователя, органа дознания, дознавателя, в том числе судебное обжалование санкции проку-

ратуры, в связи с чем принудительные меры медицинского характера либо принудительные меры воспитательного воздействия;

3. отменить или изменить решение, принятое недействующим судом (п.п. 1, 2 ст. 59 УПК).

Следовательно, никакому другому органу в государстве эти права не делегированы (п.п. 1, 2 ст. 75 Конституции, ст. 11 УПК).

Как деятельность, правосудие по уголовным делам представляет из себя систему упорядоченных процессуальных действий суда с участием сторон обвинения и защиты в судебных стадиях. Для каждой судебной стадии характерны начало и конец, собственные задачи и круг участников, соответствующие судебные процедуры и судебные решения.

Важно также иметь в виду, что принцип осуществления правосудия только судом не ограничивается разбирательством в суде первой инстанции. Им характеризуются все последующие судебные стадии в уголовном процессе, где правосудие осуществляется в тех формах, какие соответствуют существу и назначению разрешаемых в этих стадиях задач (апелляционное производство, исполнение судебных решений, пересмотр решения суда в порядке надзора или по вновь открывшимся обстоятельствам).

В целом для суда более характерен процессуальный надзор со стороны вышестоящего суда за деятельностью нижестоящего суда, что соответствует ст. 81 Конституции и подробно регламентировано УПК РК.

В рассматриваемом вопросе полезно обратиться и к разъяснениям Конституционного Совета в его Постановлении от 5 мая 1999 г. № 8/2 «О представлении Мангистауского областного суда о признании неконституционной ч. 6 ст. 292 УПК РК». В частности, Конституционный Совет установил, что «требования п. 1 ст. 14 Конституции согласуются со ст. 75 Конституции Республики, в которой говорится, что правосудие в Республике осуществляется только судом посредством установленных форм судопроизводства. При этом, с целью недопущения ущемления прав и свобод человека и гражданина или создания преимущества для какой-то категории лиц, не допускается учреждение каких-либо органов с функциями и полномочиями судов. И в этом смысле человек и гражданин равны в своих правах и обязанностях перед судом, являющимся государственным органом, наделенным исключительным правом отправления правосудия».

Вопрос 3: Будет ли судебное санкционирование оперативно-розыскных мероприятий, следственных действий, ареста и содержания под стражей на стадии досудебного производства по уголовным делам соответствовать конституционным принципам независимости суда, т.е. объективного и беспристрастного осуществления им правосудия?

Ответ: Нет, не будет. Прежде всего, в соответствии с п. 1 ст. 84 Конституции суд должен быть отделен от деятельности органов дознания и предварительного расследования по уголовным делам. Эта же мысль установлена п. 2 ст. 23 УПК: «Уголовное преследование, защита и разрешение дела судом отделены друг от друга и осуще-

ствленоуголовного преследования, который ими используется для решения задач уголовного судопроизводства. И не их вина в том, что их полномочия гораздо острее, чем полномочия стороны защиты. В этом особенность уголовного процесса, в котором всегда присутствует компромисс между публичными (официальными) и частными интересами и началами.

Вопрос 4: Следует ли понимать конституционную норму о том, что «арест и содержание под стражей допускаются только в предусмотренных законом случаях и лишь с санкции суда или прокурора» таким образом, что суд дает санкцию на арест и содержание под стражей лица в ходе судебного разбирательства, а прокурор – на стадии дознания и предварительного следствия? Правильно ли будет понимать предусмотренная Конституцией альтернатива «суд или прокурор» как применение санкции на арест и содержание под стражей «на стадии судебного или досудебного производства по уголовному делу», соответственно, судом или прокурором?

Ответ: Прежде чем ответить на данный вопрос, следует отметить, что в самом общем виде для судебного контроля в досудебных стадиях за арестом характерен длительный исторический период его осуществления. Однако в разные исторические периоды в контроле за вопросом избрания или отмены ареста также активно участвовали, в пределах компетенции, прокуроры. При этом избрание ареста было правом органа, ведущего уголовный процесс: органа дознания, следователя, прокурора, суда. Однако суд был вправе избрать меру пресечения, в том числе в виде ареста, в основном, в судебных стадиях. Заключение под стражу, как правило, имел право обжаловать в суде решение об аресте.

Таким образом, действующий порядок избрания ареста, обжалования санкции прокурора в суд в досудебных стадиях, а также избрания ареста, продления срока ареста судом в судебных стадиях, соответствует требованиям п. 2 ст. 16 Конституции, которая вкладывает именно такой смысл в права суда или прокурора на санкционирование ареста. Суд санкционирует арест в судебных стадиях, прокурор – в досудебных стадиях. Эту особенность санкционирования ареста в разных стадиях движения уголовного дела разными органами, ведущими уголовный процесс, подчеркивает наличие в первом предложении п. 2 ст. 16 Конституции **разделительного союза «или», имеющего значение взаимоклассификации: «...и лишь с санкции суда или прокурора...».**

Очевидно и следующее. В действующем виде судебный контроль за арестом (ст. 110 УПК) несет раннюю правосудитивную, профилактическую, ограничительную функцию и, в определенном смысле, выражает объективность и несвязанность суда с расследованием уголовного дела.

Суд не становится дополнительным административным руководителем следователя и это соответствует п. 1 ст. 84 Конституции, которым дознание и предварительное расследование по уголовным делам отделены от суда и прокуратуры. Для исправления следственных ошибок у суда имеются другие процессуальные возможности, особенно в судебных стадиях.

производится на основании ордера на срок не более 30 дней. Законность ордера может быть обжалована арестованным судьей, который обязан вынести обоснованное решение. Срок ареста может быть продлен не более чем до 6-ти месяцев, а в исключительных случаях, с согласия Парламента – до 12-ти месяцев.

Вопрос 5: Допустимо ли ограничение законом конституционных полномочий прокуратуры по осуществлению высшего надзора за точным и единообразным применением Конституции, законов, указов Президента Республики Казахстан и иных нормативных правовых актов, а также принятию мер по выявлению и устранению любых нарушений законности?

Ответ: Нет, недопустимо. Это обусловлено необходимостью внесения изменений и дополнений в ст. 83 Конституции Республики Казахстан, которая устанавливает правосубъектность прокуратуры в государстве и ее подотчетность лишь Президенту Республики. Порядок изменения и дополнения в Конституцию РК установлен ст. 91 Конституции.

В соответствии с Законом РК «О нормативных правовых актах» от 24 марта 1998г., в случаях обнаружения неясностей и различного понимания нормативных правовых актов, противоречий в практике их применения, может быть дано официальное толкование содержащихся в нормативном акте правовых норм (п. 1 ст. 44). При этом нормы законодательных актов должны толковаться в полном соответствии с положениями Конституции РК (п. 3 ст. 44).

Поэтому вне разумных сомнений современное Обращение депутатов Парламента в Конституционный Совет РК по вопросу законности законопроекта «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан и Закон Республики Казахстан «О прокуратуре», затрагивающего компетенцию органов прокуратуры Республики Казахстан и суда.

Вопрос 6: Означает ли нахождение ст. 83, устанавливающей конституционные основы деятельности органов прокуратуры, в разделе VII «Суды и правосудие» Конституции, наличие у органов прокуратуры отдельных полномочий по осуществлению судебной власти?

Ответ: Нет, не означает. Занимая положение, которое не укладывается в традиционную систему разделения ветвей государственной власти, являясь юридическим инструментом Президента, прокуратура дополняет возможности судебной власти и развивает систему гарантий прав и свобод человека и гражданина, вовлеченного в орбиту правосудия. При этом действующий прокурорский надзор предполагает восстановление нарушенных прав и, независимо от процессуальных форм, установленных правосудием и требующих вмешательства суда, судебных процедур.

Таким образом, определенная схожесть выполняемых прокуратурой и судами функций объясняет включение ст. 83 в раздел VII Конституции. При этом прокуратура в ее современном виде не выступает в качестве элемента правосудия или носителя судебной власти, однако занимает самостоятельное место в обеспечении законности в системе государственности Казахстана.