# Право на защиту и реформирование уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан

***Роза Муслимовна ЖАМИЕВА,***
*кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой уголовного права, процесса и криминалистики Карагандинского университета имени академика Е. А. Букетова*
***roza_mus@mail.ru***
*100026, Республика Казахстан, г. Караганда, ул. Университетская, д. 28*

***Бакытжан Алдабергенович ЖАКУПОВ,***
*кандидат юридических наук, ассоциированный профессор, доцент кафедры уголовного процесса Карагандинской академии МВД РК имени Б. Бейсенова, Республика Казахстан*
***roza_mus@mail.ru***
*100026, Республика Казахстан, г. Караганда, ул. Университетская, д. 28*

© Р. М. Жамиева, Б. А. Жакупов, 2022

***Аннотация.*** *Приводится анализ норм по вопросам юридической помощи и адвокатской деятельности применительно к уголовно-процессуальному регулированию. Отмечаются положительные стороны уточнения правового положения свидетеля, имеющего право на защиту, расширение полномочий адвоката в уголовном процессе, включая возможность производства самостоятельного опроса, а также право стороны защиты на ознакомление с бóльшим объемом документов. Выявлены существенные противоречия, несоответствие норм права некоторым принципам уголовного процесса, а также коллизии отдельных предписаний. Результаты исследования следующие. Требуется устранить избыточную смысловую нагрузку некоторых норм относительно свидетеля, имеющего право на защиту.*

*Излишняя детализация ограничивает спектр реализации полномочий адвоката. Результаты опроса играют роль предварительной беседы по причине неясной процессуальной природы опроса как средства доказывания, неустойчивого доказательственного значения средства фиксации. Это позволяет приравнять результаты опроса, проведенного адвокатом, оформленные в виде акта опроса, к иным документам.*

*Считаем возможным осуществление адвокатом опроса священнослужителя и приобщение его результатов к уголовному делу, потому что у опрашиваемого другой процессуальный статус — лицо, предположительно владеющее информацией, относящейся к уголовному делу, но не свидетель. Также указанное действие не является допросом в полноценном его смысле.*

*Права обвиняемого значительно ущемляются, если он абсолютно лишен возможности ознакомиться со списком свидетелей обвинения, вместе с обвинительным актом, до начала судебного заседания. Положения закона такую ситуацию не исключают, а с высокой степенью вероятности допускают.*

***Ключевые слова:*** *свидетель, имеющий право на защиту; юридическая помощь; уголовное судопроизводство; полномочия защитника; опрос адвокатом; ознакомление с материалами дела; принцип благоприятствования защите; принцип состязательности.*

**DOI: 10.17803/2311-5998.2022.89.1.096-104**

***R. M. ZHAMIYEVA,***
*Cand. Sci. (Law), Associate professor, Head of Department of Criminal Law, Procedure and Forensic Science, Academician Y. A. Buketov Karaganda University, Republic of Kazakhstan*
***roza_mus@mail.ru***
*28, ul. University, Karaganda, Republic of Kazakhstan, 100026*

***B. A. ZHAKUPOV,***
*Cand. Sci. (Law), Associate professor, Associate professor of Department of Criminal Procedure, Karaganda Academy of the Ministry of Internal Affairs of the Republic of Kazakhstan named after B. Beysenov, Republic of Kazakhstan*
***roza_mus@mail.ru***
*28, ul. University, Karaganda, Republic of Kazakhstan, 100026*

## The Right to Defense and Reform of the Criminal Procedure Legislation of the Republic of Kazakhstan

***Abstract.*** *The article provides an analysis of the norms on legal aid and advocacy in relation with criminal procedure regulation. The positive aspects of clarifying the legal status of a witness who has the right to defense, expanding the powers of a lawyer in criminal proceedings, including the possibility of conducting an independent interview, as well as the right of the defense party to get acquainted with a large volume of documents, are noted.*
*Revealed significant contradictions. inconsistency of the norms of law with some principles of the criminal procedure, as well as conflicts of certain prescriptions. The research results are as follows. It is required to eliminate the excessive semantic load of some norms regarding the witness who has the right to defense. Excessive detailing limits the range of implementation of the lawyer's powers The results of the survey play the role of a preliminary conversation due to the unclear procedural nature of the survey as a means of proof, the unstable evidentiary value of the means of fixation. This makes it possible to equate the results of a survey conducted by a lawyer, drawn up in the form of a survey report, to other documents.*
*We consider it possible for a lawyer to interview a clergyman and attach its results to a criminal case, because the respondent has a different procedural status — a person who presumably possesses information related to a criminal case, but not a witness. Also, this action is not an interrogation in its full sense.*
*The rights of the accused are significantly infringed if he is absolutely deprived of the opportunity to familiarize himself with the list of witnesses for the prosecution, together with the indictment, before the start of the trial. The provisions of the law do not exclude such a situation, but, with a high degree of probability, allow it.*
***Keywords:*** *witness entitled to defense, legal assistance, criminal proceedings, powers of a defense attorney, questioning by a lawyer, familiarization with the case materials, the principle of favoring the defense, the principle of competition.*

Вопросы обеспечения прав личности всегда были актуальны в связи с тем, что сфера уголовного судопроизводства является сферой принуждения. Несмотря на то, что международные стандарты переориентировали казахстанскую практику правоприменения на создание паритета между обвинением и защитой, необходимость реформирования законодательства возникает регулярно.

Можно оспаривать целесообразность частых внесений изменений и дополнений в уголовное и уголовно-процессуальное законодательство Республики Казахстан, но тем не менее некоторые реформы вызваны потребностью в совершенствовании правового статуса участников процесса, в обеспечении стороны защиты максимально возможными полномочиями.

Некоторые проекты законов вызывают споры, дискуссии. Не является исключением недавний проект по реформированию законодательств по вопросам адвокатской деятельности и юридической помощи, который вступил в юридическую силу[1]. Он вызвал такой резонанс, что был отправлен Президентом Республики Казахстан в Конституционный Совет РК для дачи заключения о его соответствии Конституции РК. По итогам анализа представленных заключений экспертов, профессиональных организаций адвокатов и юридических консультантов было вынесено решение о признании конституционным данного законопроекта с серьезными замечаниями о его противоречии действующему законодательству[2].

Мы принимали активное участие в качестве экспертов по уголовно-процессуальному блоку изменений и дополнений, многие выводы и результаты исследования, к сожалению, не нашли отражения в нормативном постановлении Конституционного Совета Республики Казахстан. Но думаем, что проблемы регулирования средств реализации права на защиту заслуживают внимания специалистов.

В процессе доктринального анализа и толкования норм проекта мы провели анализ некоторых институтов на предмет их соответствия общепризнанным уголовно-процессуальным категориям и концептам. Упоминание слова «проект» не должно смущать, потому что законодатель не изменил свою позицию по принципиальным вопросам.

Изменения в области уголовно-процессуального законодательства, несомненно, представляют собой значительные шаги в направлении демократизации, гуманизации судопроизводства, а также внедрения состязательных начал. Они способствуют расширению полномочий адвоката, конкретизации правового статуса свидетеля, имеющего право на защиту в казахстанском уголовном судопроизводстве.

---

[1] Закон Республики Казахстан от 9 июня 2021 г. № 49-VII ЗРК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам адвокатской деятельности и юридической помощи» // URL: https://adilet.zan.kz/rus/docs/Z2100000049#z171 (дата обращения: 3 июля 2021 г.).

[2] Нормативное постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 4 июня 2021 г. № 1 «О проверке на соответствие Конституции Республики Казахстан Закона Республики Казахстан “О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам адвокатской деятельности и юридической помощи”» // URL: https://ksrk.gov.kz/index.php/ru/solutions/normativnoe-postanovlenie-konstitucionnogo-soveta-respubliki-kazakhstan-ot-4-iyunya-2021 (дата обращения: 3 июля 2021 г.).

В соответствии с предлагаемыми изменениями закона предполагается перевод свидетеля из статуса иных лиц, участвующих в уголовном процессе (гл. 10 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан — УПК РК), в статус участников процесса, защищающих свои или представляемые права и интересы (гл. 9 УПК РК)[3]. Такое изменение является необходимым, потому что введение в 2015 г. нового участника — свидетеля, имеющего право на защиту, вызывало много вопросов ввиду неоднозначности его правового положения[4].

Обозначим исходные принципиальные позиции в данном аспекте. Мы не делаем различия между субъектом уголовно-процессуальных отношений и участником уголовного процесса. Считаем, что невозможно быть участником правоотношений, не участвуя активно в уголовно-процессуальной деятельности.

На наш взгляд, говоря о разделении функций в уголовном процессе, нельзя избежать употребления такой категории, как «интерес в исходе дела», что косвенно констатируют некоторые авторы[5].

Таким образом, в казахстанском уголовном процессе традиционно принято деление всех участников на три группы. Казахстанский законодатель позволяет брать за основу классификации *наличие (отсутствие), а также характер интересов* в исходе уголовного дела. Категория интереса как объекта уголовно-процессуального исследования применительно к функции защиты ранее поднималась нами[6]. В первой группе — представители государства — суд и органы уголовного преследования, они отстаивают *публичный*, государственный интерес в исходе уголовного дела.

Вторая группа — это участники, которые имеют либо представляют *частный* уголовно-правовой либо гражданского-правовой интерес в исходе уголовного дела: потерпевший, подозреваемый, гражданский истец, защитник и др.

В третью группу по определению должны входить все иные участники уголовного процесса, которые *не имеют интереса в исходе уголовного дела.* Роль этих участников — содействовать осуществлению правосудия, быть источником доказательственной информации[7].

---

[3] Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 4 июля 2014 г. № 231-V ЗРК // URL: https://adilet.zan.kz/rus/docs/K1400000231 (дата обращения: 3 июля 2021 г.).

[4] См.: *Ахпанов А. Н., Хан А. Л.* О процессуальном статусе свидетеля, имеющего право на защиту: теоретические и прикладные аспекты // URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=32836204#pos=6;-106 (дата обращения: 3 июля 2021 г.) ; *Филатов В. Н.* Статус свидетеля, имеющего право на защиту (свой среди чужих или чужой среди своих) // URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37818782#pos=2;-52 (дата обращения: 3 июля 2021 г.) ; *Ким К. В.* Подозрение в досудебном уголовном судопроизводстве // Право и государство. 2019. № 3 (84). С. 141—142.

[5] *Смирнов А. В., Калиновский К. Б.* Уголовный процесс : учебник для вузов. СПб., 2004. С. 99—101.

[6] *Жамиева Р. М.* Частные и публичные интересы в уголовном судопроизводстве // Актуальные проблемы права России и стран СНГ. 2007 : материалы IX Международной научно-практической конференции 29—30 марта. 2007. Челябинск : Цицеро. С. 186—189.

[7] *Жамиева Р. М.* Уголовно-процессуальное право Республики Казахстан. Общая часть : учебное пособие. Караганда, 2014. С. 126—127.

По действующему законодательству свидетель, имеющий право на защиту, входит в третью группу, что затрудняет реализацию им своих прав как фактически заподозренного лица и противоречит основанию классификации — отсутствие интереса в исходе дела. В то время как обычный свидетель не имеет интереса в исходе дела, свидетель, имеющий право на защиту, в силу его процессуального происхождения, должен быть заинтересованным в конечном результате, следовательно, речь идет о его возможном переходе в статус подозреваемого. Его процессуальное положение было промежуточным между свидетелем и подозреваемым. При недостаточности доказательств для признания подозреваемым нет возможности констатировать незаинтересованность данного субъекта, так как против него имеются сведения о его причастности к правонарушению. Общепринято в специальной литературе такой статус обозначать как фактически заподозренное лицо.

Поэтому отнесение свидетеля, имеющего право на защиту, к участникам процесса (гл. 9 УПК РК), а не к иным участвующим в деле лицам (гл. 10 УПК РК), является принципиальным новшеством в УПК РК, так как наделяет свидетеля, имеющего право на защиту, правами и обязанностями. Это позволяет ему быть не пассивным источником доказательственной информации, а активным участником судопроизводства с наделением таким объемом прав и обязанностей, который сопоставим с правовым статусом подозреваемого и позволяет эффективно осуществлять право на защиту.

В то же время в предлагаемом проекте изменений в УПК вызывает вопрос п. 2 ч. 2 ст. 65-1, где закреплено право получения от лица, осуществляющего досудебное расследование, *разъяснения о статусе свидетеля, имеющего право на защиту*. Данная норма является избыточной, потому что она поглощает п. 1, где закреплено право данного субъекта получить *разъяснение принадлежащих ему прав*. Правовой статус, в соответствии с теорией права, включает в себя как обязательный элемент права и обязанности. Понятны намерения законодателя включить норму, аналогичную разъяснению подозрения для подозреваемого, но в данной ситуации, применительно к свидетелю, имеющему право на защиту, с точки зрения юридической техники норма о разъяснении статуса не выполняет своей смысловой нагрузки. Целесообразно было бы положения в п. 1 ч. 2 ст. 65-1 проекта сформулировать как обязанность разъяснения оснований признания свидетелем, имеющим право на защиту.

Также в действующем УПК РК есть ч. 2 ст. 110, где закреплены обязанности органа, ведущего уголовный процесс, разъяснять права и обязанности участника процесса.

Мы приходим к выводу, что закрепление правового статуса свидетеля, который имеет право на защиту, позволяет устранить методологическое и нормативное несоответствие текущего правового положения данного участника, четче определить его правовое положение с учетом наличия интереса в исходе уголовного дела, но требуется устранить избыточную смысловую нагрузку некоторых норм.

***Анализ норм, закрепляющих полномочия адвоката.*** На наш взгляд, в целом они способствуют дальнейшему развитию принципа состязательности и равноправия сторон по следующим причинам. Например, предоставление права адвокату проводить опрос свидетелей, конкретизация процедуры запроса

адвоката/защитника на производство экспертизы существенно укрепляют полномочия адвоката/защитника.

Но при этом выявлены несоответствия, в некоторых случаях противоречия таким уголовно-процессуальным принципам, как принцип состязательности, принцип обеспечения права на квалифицированную юридическую помощь.

Нормы, конкретизирующие процедуру ознакомления с процессуальными документами до окончания досудебного расследования, и перечень документов, с которых адвокат может снять копии или получить их от субъекта досудебного расследования, вызывают вопросы относительно обоснованности и необходимости столь детальной регламентации. Базовой в защитительной деятельности является проблема соотношения средств и способов защиты[8].

В иерархичной и диалектичной системе защитительной деятельности средства защиты — это процессуальные категории, элементы формы уголовно-процессуальной деятельности по осуществлению защиты, для достижения ее целей. Способы защиты, в свою очередь, — это содержательная часть реализации средств защиты, правила, приемы защитительной деятельности (как процессуальной, так и непроцессуальной). Средства защиты всегда должны носить абстрактный характер, способ — более конкретен и содержателен. Обе категории создают симбиоз, который определяет как законность, так и целесообразность деятельности адвоката/защитника, позволяют сочетать свободу защитительной деятельности с ответственностью за ее законность и результативность.

Анализ закона демонстрирует излишнюю детализацию средств защиты, в частности права на ознакомление с материалами дела, права получения или снятия копий с документов. Это значительно ограничивает формы деятельности адвоката и осведомленность стороны защиты о позиции обвинения. Вследствие этого можно констатировать наличие нарушения принципа благоприятствования защите (от лат. favor defensionis — преимущества защиты). Данный принцип существует для того, чтобы создавать условия успешной реализации другого принципа — состязательности и равноправия сторон, особенно учитывая инквизиционный характер досудебного расследования в смешанном уголовном процессе, каким является казахстанское уголовное судопроизводство. То есть введение данных поправок не исправляет ассиметрию в полномочиях между публичным уголовным преследованием и частной защитой от обвинения, а, наоборот, усиливает ее, существенно ограничивая возможность свободы действий адвоката. Если бы подобная детализация присутствовала в проекте (как необходимый минимум полномочий, с возможностью расширенного применения средств защиты — права на ознакомление и получение копий либо копирование материалов дела), то тогда можно было бы говорить о развитии состязательных начал.

Предлагаемая редакция в проекте закона исключает некоторые полномочия адвоката, например знакомиться с протоколом задержания подозреваемого. Задержание не является следственным действием, это мера принуждения. Отнесение задержания к процессуальному действию не следует прямо из регламентирующих его норм, сама категория «процессуальное действие» недостаточно

[8] *Жамиева Р., Каиржанов Е.* Тактика адвокатской защиты по уголовным делам. Алматы, 2000. С. 52—58.

исчерпывающе разработана как на законодательном (п. 36 ст. 7 УПК РК), так и на доктринальном уровне. Этот факт может вызывать коллизии и казусы в процессе применения норм.

Предлагаемые к ч. 4 ст. 70 УПК РК дополнения о праве адвоката давать краткие консультации в присутствии лица, осуществляющего досудебное расследование, существенно ограничивают возможности стороны защиты и противоречат положениям ч. 1 ст. 70 УПК РК о праве адвоката на свидания с клиентом, без ограничения их количества и продолжительности, а также принципу защиты адвокатской тайны, гарантиям и принципам оказания юридической помощи, закрепленным в профильном законе. Все это неблагоприятно сказывается на реализации состязательных начал в досудебном расследовании.

Таким образом, мы считаем, что изменения в части полномочий адвокатов в уголовном процессе не создают дополнительных возможностей для реализации цели развития принципа состязательности и равноправия сторон. Напротив, излишняя детализация ограничивает спектр реализации полномочий адвоката, сферу действия принципа благоприятствования защите, который представляет собой условие полноценной состязательности в уголовном процессе.

***Анализ положений о роли и доказательственном значении результатов опроса, проводимого адвокатом.*** Результаты опроса, несомненно, играют положительную роль. Но возникает вопрос об отнесении его к виду доказательств по ч. 2 ст. 111 УПК РК, а также о том, как это доказательство будет оцениваться, в каком качестве использоваться. В любом случае приравниваться к показаниям участника процесса результаты опроса не могут, но, вероятно, будут оцениваться как документ.

Формулировки в проекте закона, в частности ч. 4 ст. 210-1 УПК РК о том, что ход и результаты опроса могут быть отражены в письменном виде либо на электронном носителе, и по ходатайству адвоката могут быть приобщены к уголовному делу, не позволяют определить роль и доказательственное значение результатов опроса в материалах дела. И неясно, к какому виду процессуальных действий будет относиться опрос, не исключает ли это возможность последующего допроса? Или данное действие является предварительной беседой?

Если результаты опроса будут оцениваться как иные документы, то возникает вопрос о достоверности этого источника и необходимости произвести допрос, потому что свидетель, опрашиваемый адвокатом, не предупреждается об уголовной ответственности за дачу ложных показаний и отказ от дачи показаний.

Резюмируем, что результаты опроса играют роль предварительной беседы, поэтому по причине неясной процессуальной природы опроса как средства доказывания, неустойчивого доказательственного значения средства фиксации позволяет приравнять результаты опроса, проведенного адвокатом, оформленные в виде акта опроса, к иным документам.

Также был поставлен вопрос о возможности опроса адвокатом священнослужителя, о том, как данное положение соотносится с принципом недопустимости допроса в качестве свидетеля священнослужителей в соответствии с ч. 2 ст. 78 УПК РК и другими положениями института свидетельского иммунитета.

Свидетельский иммунитет регламентируется положениями ст. 28 УПК РК, которая закрепляет право священнослужителя не свидетельствовать против того,

кто доверился ему на исповеди. В то же время положения п. 4 ч. 2 ст. 78 УПК РК вводят запрет на допрос священнослужителя в качестве свидетеля об обстоятельствах, которые стали ему известны на исповеди. Очевидна коллизия норм, где одна норма является диспозитивной (не обязан свидетельствовать, но при желании — может), а другая — запрещающей (запрет на допрос в качестве свидетеля).

При этом требования новой статьи, ст. 210-1 УПК РК, упоминают не свидетеля, а лицо, предположительно владеющее информацией, относящейся к уголовному делу. Поэтому на него не могут распространяться положения ст. 78 УПК РК, но применимо действие принципа свидетельского иммунитета, в части полной добровольности священников при разглашении ими тайны исповеди во время опроса адвокатом по ст. 210-1 УПК РК. Если нет запрета, то возможно проведение допроса и приобщение его к делу. Вопрос состоит в последующей оценке данного вида доказательства и возможности допроса священнослужителя в качестве свидетеля.

Таким образом, мы пришли к выводу, что возможно осуществление адвокатом опроса священнослужителя и приобщение его результатов к уголовному делу, потому что в этой ситуации у опрашиваемого другой процессуальный статус — лицо, предположительно владеющее информацией, относящейся к уголовному делу, но не свидетель. Также указанное действие не является допросом в полноценном его смысле. В соответствии со ст. 78 УПК РК исключен последующий допрос священнослужителя в качестве свидетеля. Материалы — результаты опроса могут использоваться в уголовном деле как иные документы.

При производстве исследования о проблеме исключения для ознакомления обвиняемым списка свидетелей обвинения нами были выявлены следующие противоречия в законодательстве.

В процессе анализа выявлено противоречие как в проекте, так и в действующем законе относительно права на ознакомление адвоката со списком свидетелей обвинения (см. п. 5 ст. 70 УПК РК). Процедура ознакомления с материалами дела в соответствии с положениями ст. 294—297 УПК РК всегда и обязательно предшествует составлению обвинительного акта (ст. 298—300).

В соответствии с ч. 7 ст. 299 УПК РК списки свидетелей прилагаются к обвинительному акту. Это означает, что на момент ознакомления с материалами дела списков свидетелей обвинения, равно как и обвинительного акта, не существует. Обвинительный акт обязательно предъявляется для ознакомления после предания обвиняемого суду и не позднее, чем за трое суток до начала судебного разбирательства.

Формулировки п. 5 ч. 1 ст. 70 УПК РК могут толковаться как ограничение на ознакомление со списком свидетелей обвинения бессрочно и безусловно, независимо от стадии уголовного процесса. Такая трактовка закона существенно ограничивает право обвиняемого на защиту, усиливает процессуальное неравенство сторон, нарушает принцип состязательности и благоприятствования защите.

Таким образом, мы считаем, что права обвиняемого значительно ущемляются, если он абсолютно лишен возможности ознакомиться одновременно со списком свидетелей обвинения и обвинительным актом, до начала судебного заседания. Положения как действующего закона, так и проекта такую ситуацию не исключают, а с высокой степенью допускают.

Анализ изменений и дополнений в законодательство по исследуемому предмету позволил прийти к выводу, что существуют системные противоречия в нормах права на уровне институтов, отраслей и межотраслевом уровне. Более того, некоторые положения вступают в противоречие со специальными законами, регламентирующими деятельность того или иного субъекта. Думаем, что необходим тщательный анализ не только с точки зрения юридической техники, но и на теоретико-правовом уровне с использованием познаний в общей теории уголовного процесса.

## БИБЛИОГРАФИЯ


1. *Ахпанов А. Н., Хан А. Л.* О процессуальном статусе свидетеля, имеющего право на защиту: теоретические и прикладные аспекты // URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=32836204#pos=6;-106 (дата обращения: 3 июля 2021 г.).
2. *Жамиева Р. М.* Уголовно-процессуальное право Республики Казахстан. Общая часть : учебное пособие. — Караганда, 2014. — 308 с.
3. *Жамиева Р. М.* Частные и публичные интересы в уголовном судопроизводстве // Актуальные проблемы права России и стран СНГ. 2007 : материалы IX Международной научно-практической конференции 29—30 марта 2007 г. — Челябинск : Цицеро. — С. 186—189.
4. *Жамиева Р., Каиржанов Е.* Тактика адвокатской защиты по уголовным делам. — Алматы, 2000. — 228 с.
5. *Ким К. В.* Подозрение в досудебном уголовном судопроизводстве // Право и государство. — 2019. — № 3 (84). — С. 131—145.
6. *Смирнов А. В., Калиновский К. Б.* Уголовный процесс : учебник для вузов. — СПб., 2004. — 697 с.
7. *Филатов В. Н.* Статус свидетеля, имеющего право на защиту (свой среди чужих или чужой среди своих). 17 марта 2020 // URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37818782#pos=2;-52 (дата обращения: 3 июля 2021 г.).