



Страсбург, 13 декабря 2021 года

CDL-AD(2021)049

Заключение № 1056 / 2021

Язык оригинала: английский

ЕВРОПЕЙСКАЯ КОМИССИЯ ЗА ДЕМОКРАТИЮ ЧЕРЕЗ ПРАВО
(ВЕНЕЦИАНСКАЯ КОМИССИЯ)

КАЗАХСТАН

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

ПО ПРОЕКТУ ЗАКОНА
«ОБ УПОЛНОМОЧЕННОМ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА»

принято Венецианской комиссией
на 129-й пленарной сессии
(Венеция и онлайн, 10–11 декабря 2021 г.)

на основе комментариев

г-на Яна ХЕЛЬГЕСЕНА (член Комиссии, Норвегия)
г-на Йоргена Стина СОРЕНСЕНА (член Комиссии, Дания)
г-на Димитриса ХРИСТОПУЛОСА (эксперт, Греция)

Opinion co-funded
by the European Union



Оглавление

I. Введение	3
II. Предварительные замечания.....	3
A. Сфера охвата заключения	3
B. Применимые международные нормы	4
III. Анализ проекта закона «Об Уполномоченном по правам человека».....	4
A. Конституционная основа УПЧ	4
B. Юрисдикция Уполномоченного	5
1. На уровне законодательной техники.....	6
2. На уровне содержания	6
a) В отношении сферы компетенции	6
b) В отношении заявителей.....	7
C. Деятельность Уполномоченного	7
D. неприкосновенность.....	8
1. Чрезмерно широкая неприкосновенность.....	8
2. Чрезмерно узкая неприкосновенность	8
a) Неограниченная уголовная ответственность	8
b) неприкосновенность сотрудников УПЧ	9
c) Временной аспект иммунитета	9
d) Материальные аспекты функционального иммунитета.....	10
E. Избрание Уполномоченного	10
1. В отношении процедуры избрания.....	10
2. В отношении отбора кандидатов	11
3. В отношении срока полномочий	11
F. Прекращение полномочий.....	12
1. Основания для досрочного освобождения	12
2. Порядок освобождения от должности.....	13
3. Механизм обжалования в судебном порядке	13
G. Ограничения	13
H. Расследования по инициативе Уполномоченного	14
I. Процесс рассмотрения жалоб	14
1. Сроки.....	14
2. Разглашение информации.....	15
J. Ежегодный доклад.....	15
K. Бюджет института	16
L. Национальный центр по правам человека	17
1. Структура или состав штата сотрудников.....	17
2. Категория сотрудников.....	17
IV. Заключение	18

I. Введение

1. В письме от 23 сентября 2021 года г-н Шакиров, Заместитель Председателя Сената Парламента Республики Казахстан, обратился к Венецианской комиссии с просьбой подготовить заключение по «проекту закона "Об уполномоченном по правам человека Республики Казахстан"» (CDL-REF (2021)087), далее — «проект закона».
2. Докладчиками по настоящему заключению выступили г-н Ян Хельгесен, г-н Йорген Стин Соренсен и г-н Димитрис Христулос.
3. 17 и 18 ноября 2021 года докладчики вместе г-жой Каролин Мартин и г-ном Сергеем Кузнецовым из Секретариата провели онлайн-встречи с г-жой Азимовой, Уполномоченным по правам человека в Республике Казахстан, г-ном Шакировым, Заместителем Председателя Сената Парламента Казахстана, и представителями различных НПО. Делегация хотела бы выразить благодарность властям за организацию встреч.
4. Настоящее заключение подготовлено на основе перевода проекта закона на английский язык. Перевод может не всегда точно отражать оригинальную версию по всем пунктам, поэтому некоторые затронутые вопросы могли возникнуть из-за проблем с переводом.
5. Настоящее заключение было подготовлено на основе комментариев докладчиков и итогов онлайн-встреч. После обмена мнениями с г-ном Шакировым настоящее заключение было принято Венецианской комиссией на 129-й пленарной сессии (Венеция/онлайн, 10–11 декабря 2021 года).

II. Предварительные замечания

A. Сфера охвата заключения

6. В настоящем заключении анализируется проект закона в свете применимых международных норм, касающихся институтов омбудсмена.
7. В рамках запроса на подготовку заключения докладчики получили проекты поправок к ряду текстов, таких как Кодекс об административных правонарушениях и Бюджетный кодекс. Эти поправки направлены на совершенствование законодательства, которое может быть затронуто принятием проекта закона об уполномоченном.
8. За отведенное время докладчики не смогли проанализировать целесообразность и последствия различных поправок, внесенных в разные тексты. Таким образом, настоящее заключение касается исключительно самого проекта закона, в том виде, в каком он представлен в документе CDL-REF (2021)087.
9. Кроме того, докладчикам сообщили, что с момента направления запроса на подготовку заключения проект закона был рассмотрен нижней палатой Парламента в двух чтениях с многочисленными поправками. Несмотря на это, по просьбе Сената докладчики опирались в своем анализе на текст, направленный Сенатом и представленный в документе CDL-REF (2021)087.
10. Комиссия считает, что перед принятием и обнародованием проекта закона необходимо учесть анализ и рекомендации, представленные в настоящем заключении, в дальнейшем законодательном процессе.

В. Применимые международные нормы

11. Закон проекта, учреждающий должность Уполномоченного по правам человека (далее — «УПЧ») Казахстана в качестве национального правозащитного учреждения, будет проанализирован в свете «Парижских принципов» Организации Объединенных Наций, касающихся национальных правозащитных учреждений¹. Действующему Уполномоченному присвоен статус В².

12. 16 декабря 2020 года Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций приняла резолюцию A/RES/75/186 «Роль институтов омбудсмена и посредника в поощрении и защите прав человека, благого управления и верховенства права»³.

13. В преамбуле резолюции ООН A/RES/75/186 признаются «*принципы защиты и поощрения института омбудсмена (Венецианские принципы)*»; в пункте 2 постановляющей части настоятельно рекомендуется государствам-членам создать институт омбудсмена «*в соответствии с принципами защиты и поощрения института омбудсмена (Венецианские принципы)*». В пункте 8 постановляющей части «*рекомендует[ся] институтам омбудсмена и посредника, где они существуют: а) надлежащим образом строить свою деятельность, руководствуясь всеми соответствующим международными документами, включая Парижские принципы и Венецианские принципы*».

14. Таким образом, Венецианские принципы также служат нормой, на которую необходимо опираться при анализе настоящего проекта закона. Венецианская комиссия приняла Принципы защиты и укрепления института омбудсмена («Венецианские принципы») на 118-й пленарной сессии (Венеция, 15–16 марта 2019 года). Венецианские принципы были одобрены Комитетом министров Совета Европы на 1345-м заседании заместителей министров 2 мая 2019 года, Парламентской ассамблеей Совета Европы в Резолюции 2301(2019) от 2 октября 2019 года и Конгрессом местных и региональных властей Совета Европы — Резолюция 451(2019), 29–31 октября 2019 года⁴.

III. Анализ проекта закона «Об Уполномоченном по правам человека»

15. По информации властей, проект закона был подготовлен с целью совершенствования законодательства в области защиты прав человека и граждан посредством определения основных положений, регулирующих статус Уполномоченного по правам человека и его представителей в регионах.

16. Он призван заменить Указ № 947 главы государства от 19.09.2002 года, который учреждал институт Уполномоченного по правам человека.

А. Конституционная основа УПЧ

17. С 2017 года институт Уполномоченного отображен в Конституции Казахстана. Однако, как представляется, в Конституции УПЧ упоминается исключительно в статье 55-1-1

¹ См. Организация Объединенных Наций, Генеральная Ассамблея, Принципы, касающиеся статуса национальных учреждений (Парижские принципы), приняты резолюцией Генеральной Ассамблеи 48/134 от 20 декабря 1993 года, URL:

<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/statusofnationalinstitutions.aspx>.

² См. УВКПЧ ООН | Подкомитет ГАНПЗУ по аккредитации (ПКА).

³ См. Организация Объединенных Наций, Генеральная Ассамблея, Роль институтов омбудсмена и посредника в поощрении и защите прав человека, благого управления и верховенства права, резолюция принята Генеральной Ассамблеей 16 декабря 2020 года [по докладу Третьего комитета (A/75/478/Add.2, пункт 89)].

⁴ Венецианская комиссия, CDL-AD(2019)005, Принципы защиты и укрепления института омбудсмена («Венецианские принципы»), принцип 3.

раздела IV «Парламент», в которой в качестве одного из полномочий Парламента указано: *«1-1) по представлению Президента Республики Казахстан избрание на должность сроком на пять лет и освобождение от должности Уполномоченного по правам человека в Республике Казахстан».*

18. Согласно принципу 2 Венецианских принципов, *«Институт омбудсмана, включая его полномочия должен основываться на прочной правовой базе, предпочтительно быть закреплён на конституционном уровне, а его характеристики и функции могут быть дополнительно проработаны на законодательном уровне».*

19. Исходя из этих принципов предпочтительно, чтобы существовало отдельное конституционное положение, которое бы предусматривало существование УПЧ, его основные полномочия и основной порядок его избрания и освобождения от должности. Желательно, чтобы перечисленные три основных элемента закреплялись на конституционном уровне.

20. Вместе с тем Комиссия приветствует укрепление правовой базы института, так как УПЧ будет предусматриваться законом, а не президентским указом, как в настоящее время.

21. Комиссия рекомендует, чтобы институт УПЧ и его полномочия были закреплены в Конституции в дополнение к существующим положениям о порядке его избрания и освобождения от должности.

В. Юрисдикция Уполномоченного

22. Статья 1.1 проекта закона «Правовой статус и основа деятельности Уполномоченного» гласит следующее: *«Должность Уполномоченного по правам человека в Республике Казахстан (далее — Уполномоченный) учреждается в соответствии с Конституцией Республики Казахстан в целях обеспечения защиты прав и свобод человека и гражданина, а также их соблюдения и уважения государственными органами, органами местного государственного управления и самоуправления, должностными лицами и государственными служащими Республики Казахстан».*

23. Венецианская комиссия приветствует тот факт, что проект закона ссылается на Конституцию как прочную основу УПЧ (однако это необходимо рассматривать в контексте пункта 18 выше). Что касается других частей статьи 1.1, по всей видимости, юрисдикция Уполномоченного излагается в разных статьях проекта закона. В проекте закона отсутствует общее положение, касающееся юрисдикции УПЧ. Юрисдикция рассматривается скорее с точки зрения определения целей деятельности Уполномоченного, а не сферы компетенции.

24. В статье 1.1 упоминаются *«государственные органы, органы местного государственного управления и самоуправления, должностные лица и государственные служащие Республики Казахстан».* Далее в статье 7.2 проекта закона некоторые субъекты (Президент Республики Казахстан, Первый Президент Республики Казахстан — Елбасы) исключены из юрисдикции Уполномоченного. Наконец, определенные субъекты упоминаются в статье 8, касающейся *«прав Уполномоченного при рассмотрении жалобы»*, который имеет право в соответствии со статьей 1.1 проекта закона *«запрашивать и получать от государственных органов, органов местного государственного управления и самоуправления, должностных лиц и организаций необходимые для рассмотрения жалобы сведения. При этом не могут быть истребованы дела и материалы, находящиеся в производстве суда».*

25. Кроме того, статья 1.4 гласит следующее: *«Уполномоченный в рамках своей деятельности принимает участие в работе международных организаций по правам человека, других неправительственных правозащитных организаций».*

26. В статье 7.1 проекта закона, в свою очередь, указано: *«1. Уполномоченный в пределах своей компетенции рассматривает жалобы граждан Республики Казахстан и находящихся на территории Республики Казахстан иностранцев и лиц без гражданства (далее – заявители)».*

27. В отношении юрисдикции Уполномоченного, как предусмотрено в проекте закона, необходимо сделать несколько замечаний, касающихся разных уровней:

1. На уровне законодательной техники

28. Для повышения законодательного качества проекта закона было бы предпочтительно, чтобы юрисдикция Уполномоченного была четко определена в одной статье или одном разделе, а не рассматривалась в разных частях проекта закона, как это имеет место в настоящей версии.

2. На уровне содержания

а) *В отношении сферы компетенции*

29. В принципе 1 Венецианских принципов в общем смысле напоминает о том, что *«институты омбудсменов призваны играть важную роль в укреплении демократии, верховенства права, качественного государственного управления и защиты и поощрения прав человека и основных свобод».* Принцип 12 Венецианских принципов более предметно гласит: *«Мандат омбудсмана должен включать предупреждение и исправление случаев ненадлежащего управления, а также защиту и поощрение прав человека и основных свобод».* Как отмечала Венецианская комиссия в предыдущих заключениях, включение защиты и поощрения прав человека в круг полномочий Уполномоченного является одним из положений, закрепление которого особенно приветствуется⁵. Таким образом, Венецианская комиссия рекомендует добавить поощрение прав человека и основных свобод в круг полномочий Уполномоченного.

30. Кроме того, в соответствии с принципом 13.2, *«институциональная компетенция омбудсмана включает государственное управление на всех уровнях. Мандат омбудсмана включает все общественные интересы и государственные услуги, предоставляемые обществу, будь то государством, муниципалитетами, государственными органами или частными организациями».* Необходимо, чтобы проект закона лучше отражал этот принцип в следующих двух аспектах. Во-первых, принцип 13.2 включает в юрисдикцию омбудсмана все государственные услуги, предоставляемые общественности как государственными, так и частными организациями. В проекте закона следует включить в юрисдикцию Уполномоченного частные организации, предоставляющие государственные услуги. Во-вторых, необходимо, чтобы деятельность Президента и Первого Президента, за исключением случаев, которые попадают в сферу вопроса суверенитета главы государства, были включены в компетенцию омбудсмана в области осуществления контроля⁶. Исключение, предусмотренное в статье 7.2, следует рассматривать именно в этом ключе.

⁵ См. Венецианская комиссия, CDL-AD(2004)041, Совместное заключение Венецианской комиссии, Комиссара по правам человека и Генерального директората Совета Европы по правам человека по закону об омбудсмене Сербии, пункт 7.

⁶ См. Венецианская комиссия, CDL(2001)083, Консолидированное заключение по закону об омбудсмене Республики Азербайджан, пункты 6, 7 и 18.

31. Последнее, но не менее важное: как представляется, текущая формулировка «*государственные органы*», указанная в проекте закона, также охватывает органы судебной власти, что не соответствует принципу 13 Венецианских принципов. Относительно судебных органов власти Венецианские принципы четко предусматривают, что «*компетенция омбудсмана в отношении судебной системы ограничивается обеспечением процессуальной эффективности и административного функционирования этой системы*». В ходе обсуждений с властями докладчики поняли, что судебные органы власти не входят в сферу компетенции Уполномоченного, однако поскольку речь идет о важном пункте, желательно ясно подчеркнуть это в проекте закона, чтобы исключить любую неопределенность. Это не лишает Уполномоченного возможности оказывать помощь гражданам, например, в направлении ходатайств в суды или представлении интересов граждан в судах, как указано в Венецианском принципе 19.2.

b) В отношении заявителей

32. Статья 7 проекта закона «*Рассмотрение жалобы*» гласит следующее: «*1. Уполномоченный в пределах своей компетенции рассматривает жалобы граждан Республики Казахстан и находящихся на территории Республики Казахстан иностранцев и лиц без гражданства (далее — заявители)*».

33. Венецианская комиссия рекомендует предусмотреть, чтобы компетенция Уполномоченного распространялась на заявителей, относящихся к юрисдикции всех физических и юридических лиц, находящихся под юрисдикцией Республики Казахстан. Вместо фразы «*на территории Республики Казахстан*» лучше было бы указать любое физическое или юридическое лицо, находящееся под юрисдикцией властей Республики Казахстан. Такая формулировка в результате позволила бы включить, например, лиц, находящихся под юрисдикцией посольств и консульств. Она бы также включала лиц, проживающих в других государствах, которым при этом необходима помощь, например, с обращением во внутригосударственные органы власти Казахстана для получения определенных разрешений и т. д.

34. В заключение в отношении юрисдикции Уполномоченного Венецианская комиссия рекомендует привести проект закона в соответствие с принципами 13.2 и 13.3 Венецианских принципов. Следует добавить поощрение прав человека в сферу компетенции УПЧ. Исключение из юрисдикции деятельности Президента следует ограничить случаями, которые носят исключительный или политический характер. Юрисдикцию Уполномоченного следует изложить в одном месте, а не рассредоточивать по всему тексту проекта закона. Необходимо, чтобы юрисдикция УПЧ охватывала заявителей, находящихся под юрисдикцией властей Казахстана. Компетенцию в отношении судебной системы следует ограничить обеспечением процессуальной эффективности и административного функционирования этой системы.

С. Деятельность Уполномоченного

35. Статья 1.4. проекта закона гласит: «*Уполномоченный в рамках своей деятельности принимает участие в работе международных организаций по правам человека, других неправительственных правозащитных организаций*».

36. Однако УПЧ в принципе не может принимать участие в работе организаций гражданского общества и международных организаций, если только его не пригласят для этого. Подобное положение носило бы весьма навязчивый характер, особенно в отношении гражданского общества. Таким образом, рекомендуется изменить формулировку данного пункта.

37. Статья 2 проекта закона «Принципы деятельности Уполномоченного» гласит следующее: *«Деятельность Уполномоченного основывается на принципах: 1) законности, 2) объективности и справедливости, 3) открытости, 4) независимости, ответственности и непредвзятости в интересах прав и свобод человека и гражданина».*

38. Деятельность омбудсмена опирается на принципы верховенства права. Венецианская комиссия приветствует тот факт, что изложенные в статье принципы, составляют нормативную основу верховенства права. Более того, будет целесообразно включить в статью непосредственно концепцию верховенства права.

39. Венецианская комиссия рекомендует пересмотреть или убрать пункт 4 статьи 1 и добавить в статью 2 принцип верховенства права.

D. Неприкосновенность

40. Вопрос неприкосновенности УПЧ рассматривается в статьях 3.1⁷, 3.2⁸ и 3.5⁹. В соответствии с принципом 23 Венецианских принципов: «Омбудсмен, его или её заместители и сотрудники, имеющие право принятия решений, директивных органов пользуются иммунитетом от судебного преследования в отношении заявлений, сделанных устно или письменно в официальном качестве (функциональный иммунитет). Такой функциональный иммунитет применяется также после того, как омбудсмен, заместители или сотрудник, принимающий решения, увольняются».

41. Принимая во внимание указанную норму, содержание иммунитета, как изложено в положениях проекта закона, представляется либо чрезмерно узким, либо чрезмерно широким.

1. Чрезмерно широкая неприкосновенность

42. В формулировке статьи 3, которая гласит, что *«Уполномоченный в течение срока своих полномочий обладает неприкосновенностью»*, как представляется, речь идет не только о функциональном иммунитете, он также, по всей видимости, распространяется на частную сферу. Так не должно быть. Как и остальные, омбудсмены несут ответственность по закону за действия, совершенные не при исполнении должностных полномочий.

2. Чрезмерно узкая неприкосновенность

а) Неограниченная уголовная ответственность

43. В соответствии с буквой статьи 3.1 проекта закона, уголовная ответственность неограниченна в случае а) *«задержания на месте преступления»*, б) совершения *«тяжкого или особо тяжкого преступления»* или с) *«согласия Генерального Прокурора»*.

⁷ Статья 3.1 гласит следующее: *«Уполномоченный в течение срока своих полномочий обладает неприкосновенностью. Уполномоченный в течение срока своих полномочий без согласия Генерального Прокурора Республики Казахстан не может быть задержан, подвергнут содержанию под стражей, домашнему аресту, приводу, мерам административного взыскания, налагаемым в судебном порядке, привлечен к уголовной ответственности, кроме случаев задержания на месте преступления либо совершения тяжкого или особо тяжкого преступления».*

⁸ Статья 3.2 гласит следующее: *«Порядок привлечения Уполномоченного к уголовной и (или) административной ответственности устанавливается законами Республики Казахстан».*

⁹ Статья 3.5 гласит следующее: *«Уполномоченный вправе отказаться от дачи свидетельских показаний по гражданскому или административному делу, делу об административном правонарушении либо уголовному делу об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с исполнением им своих должностных обязанностей».*

44. Часть положения, касающаяся согласия Генерального прокурора, является неподходящей, когда речь идет о деятельности, связанной с исполнением должностных обязанностей. Эта часть, как представляется, фактически указывает на то, что Государственный прокурор может в любом случае лишить Уполномоченного неприкосновенности. Данную часть положения следует убрать. Ее можно заменить, указав, что Парламент принимает решение о том, стоит или нет лишать Уполномоченного иммунитета в соответствии с условиями, изложенными в международных нормах относительно освобождения от должности (см. пункты 68–79 ниже).

45. Что касается совершения *«тяжкого или особо тяжкого преступления»*, предусмотренного в пункте b), данное определение представляется крайне неясным. Указание минимальных мер наказаний позволило бы уточнить определение.

46. Комиссия рекомендует пересмотреть статью 3.1 с тем, чтобы лучше обозначить пределы неограниченной уголовной ответственности и, таким образом, неприкосновенности Уполномоченного, посредством уточнения понятия тяжкого преступления и указания, что Парламент, а не Генеральный прокурор принимает решение о лишении Уполномоченного неприкосновенности.

b) Неприкосновенность сотрудников УПЧ

47. Согласно принципу 23 Венецианских принципов, *«омбудсмен, его или её заместители и сотрудники, имеющие право принятия решений, директивных органов пользуются иммунитетом от судебного преследования в отношении заявлений, сделанных устно или письменно в официальном качестве (функциональный иммунитет)»*¹⁰. Это особенно важно, поскольку Уполномоченный также наделен полномочиями в отношении Национального превентивного механизма (далее — НПМ).

48. В этой связи необходимо, чтобы законодательство, касающееся Уполномоченного, отвечало соответствующим положениям Факультативного протокола к Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (далее — ФПКПП), который Казахстан ратифицировал в 2008 году, в особенности статье 35, которая гласит, что *«членам национальных превентивных механизмов предоставляются привилегии и иммунитеты, которые необходимы для независимого осуществления ими своих функций»*.

49. В Руководящих принципах, касающихся национальных превентивных механизмов (2010 года), Подкомитет по предупреждению пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания уточнил, что и членам НПМ, и их сотрудникам предоставляются привилегии и иммунитеты, которые необходимы им для независимого осуществления своих функций.

50. Таким образом, следует дополнить статью 3 проекта закона, чтобы в ней было прямое упоминание функционального иммунитета сотрудников Уполномоченного.

c) Временной аспект иммунитета

51. Согласно принципу 23 Венецианских принципов, функциональный иммунитет, который предоставляется омбудсмену и распространяется на сотрудников, должен быть расширен

¹⁰ См. CDL-AD(2004)041, указ. соч., пункты 7 и 18, и Венецианская комиссия, CDL-AD(2016)033, Армения — Заключение по проекту Конституционного закона о Защитнике прав человека, пункт 20

по времени таким образом, чтобы он применялся и после окончания мандата омбудсмена или после прекращения работы сотрудника в институте омбудсмена. Проект закона не предусматривает временной аспект неприкосновенности. Иммунитет должен также сохраняться после прекращения работы в институте, и это следует уточнить в проекте закона.

d) Материальные аспекты функционального иммунитета

52. С целью дальнейшего усиления содержания иммунитета и в соответствии с передовой практикой в этой области, в проекте закона также следует включить в сферу охвата защиты официальные документы и помещения института. Предлагается четко закрепить, что эта защита распространяется на все документы института, в том числе корреспонденцию и записки, предназначенные для служебного пользования, а также багаж и средства коммуникации, принадлежащие Уполномоченному¹¹.

53. Подводя итог, Комиссия рекомендует ограничить неприкосновенность функциональным иммунитетом и привести положения о неприкосновенности в соответствие с принципом 23, ясным образом включив все элементы функционального иммунитета, описанные в указанном принципе, и распространив действие функционального иммунитета на всех сотрудников института, а также после ухода из института.

54. Кроме того, Венецианская комиссия рекомендует пересмотреть статью 3.1, чтобы лучше обозначить пределы неограниченной уголовной ответственности и, таким образом, неприкосновенности Уполномоченного, уточнив понятие тяжкого преступления, передав Парламенту, а не Государственному прокурору, право лишения Уполномоченного иммунитета, чтобы соблюсти требования принципа 11 Венецианских принципов. Некоторые конкретные материальные аспекты функционального иммунитета также могут быть доработаны в проекте закона, чтобы соответствовать передовой практике по такому важному для института вопросу.

Е. Избрание Уполномоченного

55. Статья 4 проекта закона касается порядка избрания Уполномоченного.

1. В отношении процедуры избрания

56. Принцип 6 Венецианских принципов гласит: *«Омбудсмен избирается или назначается в соответствии с процедурами, укрепляющими в максимально возможной степени авторитет, беспристрастность, независимость и легитимность этого института. Омбудсмен предпочтительно избирается парламентом соответствующим квалифицированным большинством голосов».*

57. Согласно статье 4.1 проекта закона, Уполномоченный избирается Сенатом сроком на пять лет по представлению Президента Республики Казахстан.

58. Хотя вполне возможно, что назначение Уполномоченного Президентом Республики и затем верхней палатой Парламента может рассматриваться в качестве обеспечения *«максимально возможной степени авторитета, беспристрастности, независимости и легитимности этого института»*, Венецианские принципы, тем не менее, предусматривают, что такое избрание должно производиться соответствующим

¹¹ См. Венецианская комиссия, CDL-AD(2015)034, Заключение по проекту закона об омбудсмене по правам человека Боснии и Герцеговины, пункты 67–69.

квалифицированным большинством. Таким образом, избрание большинством голосов могло бы укрепить беспристрастность, независимость и легитимность Уполномоченного.

59. С целью укрепления беспристрастности, независимости и легитимности Уполномоченного Комиссия предлагает составителям проекта закона рассмотреть возможность проведения отбора квалифицированным большинством Парламента, как предусмотрено Венецианскими принципами.

2. В отношении отбора кандидатов

60. Согласно Принципам: «7. Процедура отбора кандидатов должна включать открытое объявление вакансии и быть публичной, прозрачной, основанной на качествах кандидатов, объективной и установленной законом. 8. Критерии назначения омбудсмена должны быть достаточно свободными, чтобы поощрять широкий круг потенциальных кандидатов. Важнейшими критериями являются высокие моральные качества, добросовестность и надлежащая профессиональная компетентность и опыт, в том числе в области прав человека и основных свобод».

61. В статье 4.2 текущей версии проекта закона перечисляется ряд требований, что заслуживает одобрения. Венецианская комиссия неоднократно подчеркивала важность указания требований, а также тот факт, что критерии отбора не должны носить чрезмерно ограничительный характер¹².

62. Однако не включены некоторые требования, изложенные в Венецианских принципах, такие как открытое объявление вакансии, тестирование и предварительный отбор, хотя они отвечали бы условиям «основанный на качествах кандидатов», «объективный и прозрачный», предусмотренным Венецианскими принципами. Предварительный отбор может быть практическим рабочим инструментом, а не обязательным ограничением для кандидатов. Это крайне важно для обеспечения демократической легитимности лица, занимающего должность¹³.

3. В отношении срока полномочий

63. Согласно Венецианским принципам: «10. Срок полномочий омбудсмена должен превышать срок полномочий назначающего его органа. Желательно ограничиться одним сроком без возможности переизбрания; в крайнем случае, мандат омбудсмена может быть продлен только один раз. Предпочтительно, чтобы один срок был не менее семи лет».

64. В соответствии со статьей 50.5 Конституции, Сенат избирается сроком на 6 лет, что больше срока полномочий УПЧ, который, как закреплено в статье 4.1, составляет 5 лет. Это свидетельствует о том, что пятилетний срок полномочий слишком короткий не только с точки зрения Венецианских принципов, но и по отношению к сроку полномочий сенаторов. Необходимо, чтобы срок полномочий составлял не менее 7 лет.

65. Желательно, чтобы проект закона предусматривал отдельное положение, не допускающее возможности переизбрания. Действительно, принцип единственного срока полномочий является гарантией, способствующей независимости УПЧ и ограничивающей

¹² См. Венецианская комиссия, CDL-AD(2004)041 указ. соч. пункт 7; CDL-AD(2006)038, Заключение о внесении изменений в Закон «О Защитнике прав человека Армении», пункты 21–24.

¹³ См. Венецианская комиссия, CDL-AD(2015)035, Совместное заключение Венецианской комиссии и Генерального директората Совета Европы по правам человека и верховенству права (ГД-1) по проекту изменений в закон «О защитнике прав человека Армении», пункты 12 и 13.

риск обвинений в том, что его решения/рекомендации могут выноситься в интересах переизбрания¹⁴.

66. Комиссия рекомендует установить более длительный срока полномочий, не менее 7 лет, и предпочтительно предусмотреть отдельное положение о невозможности возобновления срока полномочий.

67. Подводя итог, Комиссия рекомендует пересмотреть положения, касающиеся избрания Уполномоченного с тем, чтобы они соответствовали Венецианским принципам, в частности, установить открытую и прозрачную процедуру отбора, включающую открытое объявление вакансии, тестирование и предварительный отбор, предусмотреть избрание квалифицированным большинством, более длительный срок полномочий и предпочтительно невозможность возобновления срока полномочий.

Г. Прекращение полномочий

68. В соответствии с принципом 11 Венецианских принципов: *«Омбудсмен отстраняется от должности исключительно в соответствии с исчерпывающим перечнем четких и разумных условий, установленных законом. Отстранение от должности должно быть возможно исключительно на основе существенных критериев “недееспособность” или “неспособность выполнять свои служебные функции”, “нарушения” или “проступок”, которые должны толковаться узко. Парламентское большинство, необходимое для отстранения от должности, должно быть по меньшей мере равным и предпочтительно превышать то, которое требуется для избрания. Процедура отстранения от должности должна быть публичной, прозрачной и установленной законом».*

69. Этот принцип необходимо рассматривать в контексте конкретной ситуации каждого отдельного государства. Как представляется, условия, равно как и процедуры, имеют основополагающее значение, так как они составляют прочные гарантии независимости Уполномоченного.

70. В статье 5 проекта закона подробно рассматривается вопрос *«прекращения полномочий Уполномоченного».*

1. Основания для досрочного освобождения

71. В статье 5.3 перечисляются *«основания для досрочного освобождения».*

72. Условия 2), 4), 5), 6) и 7) представляются достаточно точными, в то время как условия 1), 3) и 8) — проблемными.

73. Условие 1): *«Несоблюдение требований и ограничений, установленных настоящим Законом и законами Республики Казахстан».* Это предложение априори является неточным и открытым для множества толкований, особенно в свете перечисленных семи оснований для досрочного освобождения, изложенных далее. Указанное предложение следует убрать или по крайней мере сузить до «серьезных» нарушений, чтобы исключить мелкие правонарушения, такие как незначительное нарушение правил дорожного движения или несвоевременная оплата штрафа за парковку.

¹⁴ См. Венецианская комиссия, CDL-AD(2015)017, Заключение по закону «О Народном адвокате (Омбудсмене) Республики Молдова», пункт 45.

74. Условие 3) относительно состояния здоровья УПЧ следует, возможно, исключить, так как условие 4), касающееся вступления в законную силу решения суда, представляется достаточным.

75. Условие 8) относительно совершения проступков также, возможно, следует исключить, так как условие 1) представляется достаточным.

2. Порядок освобождения от должности

76. Чтобы соответствовать Венецианским принципам, проект закона должен предусматривать открытую и прозрачную процедуру. Необходимо, чтобы процедура освобождения от должности проводилась в Парламенте в рамках публичного слушания в отношении Уполномоченного. Таким образом, рекомендуется предусмотреть процедуру, предусматривающую публичное слушание, с целью придания огласки дела и точки зрения Уполномоченного¹⁵.

77. Как указано в принципе 11 Венецианских принципов, необходимо, чтобы проект предусматривал, что решение об освобождении от должности принимается требуемым большинством, которое как минимум должно быть равным квалифицированному большинству, требуемому для избрания (желательно превышать его). Это имеет основополагающее значение для защиты правового статуса Уполномоченного, в особенности его независимости, и для недопущения политизации его возможного освобождения от должности¹⁶.

3. Механизм обжалования в судебном порядке

78. Как ранее заявляла Венецианская комиссия в других случаях, следует предусмотреть в проекте закона порядок обжалования решения об освобождении от должности в судебном порядке (предположительно, в Конституционном суде)¹⁷.

79. Подводя итог, в отношении освобождения от должности Уполномоченного Венецианская комиссия рекомендует исключить нечетко сформулированные условия, перечисленные в статье 5.1, или по крайней мере сузить их ясным образом. Что касается порядка освобождения от должности, то его следует привести в соответствие с Венецианскими принципами, предусмотрев открытые и прозрачные процедуры, а также принятие решения квалифицированным большинством Парламента, желательно выше того уровня, что требуется для избрания. Возможно, следует закрепить установление механизма обжалования в судебном порядке. Это бы отразило передовую практику в данной области.

G. Ограничения

80. Согласно Венецианским принципам: *«9. Омбудсмен не должен в течение срока своих полномочий заниматься политической, административной или иной профессиональной деятельностью, несовместимой с его независимостью или беспристрастностью. Омбудсмен и его сотрудники обязаны соблюдать этические кодексы саморегулирования».*

81. В статье 6 проекта закона предусматривается, что *«Уполномоченный не вправе заниматься политической деятельностью».*

¹⁵ См. CDL-AD(2015)017, указ. соч., пункт 61.

¹⁶ См. CDL-AD(2015)017, указ. соч., пункт 60.

¹⁷ См. CDL-AD(2015)017, указ. соч., пункт 61.

82. Это положение соответствует Венецианским принципам. Независимость омбудсмена является ключевым элементом института, и любое положение, направленное на ее укрепление, разумеется, приветствуется. В этой связи включение требования относительно того, что омбудсмен не должен быть членом какой-либо политической партии за два года до своего назначения, еще более закрепило бы указанный аспект. Данное требование можно было бы указать, например, в дополнение к требованиям, перечисленным в статье 4.2 проекта закона.

Н. Расследования по инициативе Уполномоченного

83. В соответствии с принципом 16 Венецианских принципов: *«Омбудсмен обладает дискреционными полномочиями, по собственной инициативе или в результате подачи жалобы расследовать дела с должным учетом имеющихся административных средств правовой защиты. Омбудсмен имеет право просить о сотрудничестве любых лиц или организаций, которые могут оказать ему или ей помощь в проведении расследований. Омбудсмен имеет юридически закрепленное право на неограниченный доступ ко всем соответствующим документам, базам данных и материалам, включая те, которые в противном случае могли бы быть юридически недоступными или конфиденциальными. Омбудсмен должен иметь право на беспрепятственный доступ к зданиям, учреждениям и лицам, в том числе лишенным свободы. Омбудсмен имеет право опрашивать или требовать письменные объяснения у должностных лиц и органов власти и, кроме того, уделяет особое внимание информаторам в государственном секторе и обеспечивает их защиту».*

84. Как следует из статьи 8.2 проекта закона, Уполномоченный может проводить по своей инициативе расследования исключительно на основе информации, полученной из *«официальных источников или средств массовой информации».*

85. Такое ограничение неприемлемо. Например, лица, сообщающие о нарушениях, как правило, являются крайне важным источником информации при проведении расследований по собственной инициативе.

86. Комиссия отмечает, что довольно непривычно указывать в принципе какие-либо ограничения в отношении расследований по собственной инициативе, и рекомендует привести полномочия Уполномоченного в области проведения собственных расследований в соответствие с принципом 16 Венецианских принципов.

I. Процесс рассмотрения жалоб

87. В статье 9 проекта закона, озаглавленной *«Особенности рассмотрения жалобы»*, перечислен ряд элементов процесса рассмотрения жалоб.

1. Сроки

88. Статья 9.2 проекта закона гласит следующее: *«Рекомендации и ходатайства Уполномоченного подлежат рассмотрению в течение пятнадцати календарных дней со дня их поступления, по итогам которого Уполномоченному сообщается о результатах их рассмотрения. В тех случаях, когда необходимо проведение дополнительного изучения, срок рассмотрения рекомендации и ходатайства Уполномоченного продлевается субъектом, к которому они направлялись, не более чем на тридцать календарных дней, о чем сообщается Уполномоченному в течение трех рабочих дней со дня продления срока рассмотрения».*

89. Комиссия предлагает зафиксировать реалистичные сроки, которые могут быть соблюдены. Как представляется, более реалистичным было бы заменить *«пятнадцать*

календарных дней» на один месяц и «тридцать календарных дней» — на шестьдесят календарных дней.

2. Разглашение информации

90. Статья 9.3 проекта закона гласит: *«Материалы, полученные при рассмотрении жалобы, до вынесения Уполномоченным окончательного решения разглашению не подлежат».*

91. В соответствии с общепринятыми принципами конфиденциальности, касающимися личной информации и т. д., омбудсмен принимает решение о том, какие сведения могут быть разглашены в связи с публикацией выводов омбудсмена. Возможно, следует убрать это положение, если только не существует особого основания для его существования.

92. В соответствии со статьей 9.4, *«Уполномоченный не вправе разглашать ставшие ему известными в процессе рассмотрения жалобы сведения о частной жизни заявителя и других лиц без их письменного согласия».*

93. Публикация выводов омбудсмена является основополагающей частью выполнения его полномочий. Как отмечалось выше, омбудсмен принимает решение о том, какие сведения могут быть разглашены в связи с такой публикацией. При этом зачастую будет необходимо опубликовать обстоятельства дела. Омбудсмен не имеет права разглашать ставшей ему известной информацию, если она была получена в результате нарушения права на уважение частной и семейной жизни заинтересованного человека. Это позволило бы обеспечить, чтобы информация разглашалась надлежащим и соразмерным образом в общественных интересах.

94. Комиссия рекомендует пересмотреть сроки, зафиксированные в пункте 2, и ограничения, перечисленные в пунктах 3 и 4 статьи, чтобы предоставить Уполномоченному возможность свободно решать, какие сведения он может публично разглашать при должном уважении права на частную и семейную жизнь любого заинтересованного лица.

J. Ежегодный доклад

95. В соответствии со статьей 12.1 проекта закона, УПЧ представляет доклад Президенту Республики.

96. Согласно принципу 20 Венецианских принципов, *«Омбудсмен отчитывается перед парламентом о своей деятельности не реже одного раза в год. В данном докладе омбудсмен может информировать парламент о несоблюдении требований государственными органами. Омбудсмен также представляет доклады по конкретным вопросам, если он считает это целесообразным. Доклады омбудсмена предаются гласности. Они должным образом учитываются властями. Это относится и к докладам омбудсмена, назначаемого исполнительной властью».*

97. В подкрепление того факта, что УПЧ назначается Парламентом и отчитывается главным образом перед ним, необходимо, чтобы доклады представлялись Парламенту. Более того, указание того, что Уполномоченный представляет доклад Парламенту, привело бы положение в соответствие с международными нормами. Уполномоченный, безусловно, может также направлять свой доклад Президенту.

98. Комиссия рекомендует указать в проекте закона, что Уполномоченный отчитывается перед Парламентом, что не исключает возможности представлять доклад Президенту.

К. Бюджет института

99. Принцип 21 Венецианских принципов предусматривает: *«Институту омбудсмена должны быть предоставлены достаточные и независимые бюджетные ресурсы. Закон предусматривает, что бюджетные ассигнования, выделяемые институту омбудсмена, должны быть достаточными для обеспечения полного, независимого и эффективного выполнения им своих обязанностей и функций. Необходимо проконсультироваться с омбудсменом по поводу проекта бюджета и дать ему/ей возможность предоставить проект бюджета на предстоящий финансовый год. Утвержденный бюджет института не сокращается в течение финансового года, за исключением случаев, когда это сокращение применяется в целом и к другим государственным учреждениям. Независимая финансовая проверка бюджета омбудсмена должна учитывать только законность финансовых процедур, а не выбор приоритетов при выполнении полномочий»*¹⁸.

100. В Парижских принципах, касающихся НПМ, этому аспекту также уделяется большое внимание. Таким образом, пункт 2 раздела *«Состав и гарантии независимости и плюрализма»* гласит: *«Национальное учреждение должно располагать инфраструктурой, обеспечивающей бесперебойное осуществление его деятельности, в частности достаточным финансированием. Цель такого финансирования должна заключаться в том, чтобы предоставить национальному учреждению возможность иметь свой персонал и свои помещения, с тем чтобы оно могло быть независимым от правительства и не подлежать финансовому контролю, который может влиять на его независимость»*¹⁹.

101. Статья 16 *«Финансовое и материально-техническое обеспечение»* проекта закона содержит общие положения, согласно которым финансирование института осуществляется из средств государственного бюджета, в котором предусматриваются отдельной бюджетной программой средства, необходимые для обеспечения деятельности института. Как уточняется в статье 16.3, Уполномоченный вправе привлекать на договорной основе организации и специалистов.

102. Эти положения статьи заслуживают одобрения. Однако стоит подчеркнуть, что распоряжение бюджетом должно производиться в соответствии с принципом 21 Венецианских принципов и что было бы целесообразно предусмотреть законодательные положения с этой целью. Кроме того, необходимо, чтобы закон предусматривал, что аппарат Уполномоченного самостоятельно распоряжается бюджетными средствами, находящимися в его распоряжении.²⁰

103. В проекте закона можно было бы четко указать, что Уполномоченный представляет свой бюджет на предстоящий год²¹, как предусмотрено в Венецианском принципе 21.3.

104. Комиссия, ссылаясь на приведенные выше международные нормы и свои предыдущие заключения, может лишь подчеркнуть, что необходимая независимость

¹⁸ CDL-AD(2019)005, указ. соч., принцип 21

¹⁹ Организация Объединенных Наций, Генеральная Ассамблея, Принципы, касающиеся статуса национальных учреждений (Парижские принципы), приняты резолюцией Генеральной Ассамблеи 48/134 от 20 декабря 1993 года, Состав и гарантии независимости и плюрализма, URL: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/statusofnationalinstitutions.aspx>.

²⁰ См. CDL-AD(2015)017, указ. соч., пункт 74

²¹ См. Венецианская комиссия, CDL-AD(2007)020, Заключение о возможной реформе института омбудсмена в Казахстане, пункт 30.

института измеряется независимостью его главы, сотрудников и бюджета как с точки зрения объема, так и с точки зрения управления²².

105. Комиссия рекомендует уточнить в проекте закона самостоятельное распоряжение бюджетом и четко указать, что Уполномоченному необходимо предлагать бюджет института на предстоящий год.

L. Национальный центр по правам человека

106. Статья 17 проекта закона касается «Национального центра по правам человека». Эта статья представляется несколько неясной, но, очевидно, относится в действительности к секретариату УПЧ.

107. В этом отношении принцип 22 гласит следующее: *«Институт омбудсмена должен иметь достаточный штат сотрудников и надлежащую структурную гибкость. В состав института может входить один или несколько заместителей, назначаемых омбудсменом. Омбудсмен должен иметь возможность нанимать своих сотрудников»*.

108. Как Венецианская комиссия имела возможность отметить ранее, независимость сотрудников является ключевым элементом института омбудсмена, необходимым в соответствии с международными нормами, будь то Парижские или Венецианские принципы²³.

109. Эту независимость следует отразить в составе и категории сотрудников.

1. Структура или состав штата сотрудников

110. В принципе 22 Венецианские принципы ссылаются на один из основополагающих элементов независимости омбудсмена, а именно возможность нанимать заместителей и сотрудников.

111. Таким образом, Уполномоченному необходимо не только назначать или освобождать от должности главу центра, но и всех сотрудников.

2. Категория сотрудников

112. Статья 17.6 предусматривает следующее: *«Сотрудники Национального центра являются государственными служащими, осуществляющими свою деятельность на основании законодательства о государственной службе»*.

113. Как неоднократно заявляла Венецианская комиссия относительно внесения изменений в закон о Защитнике прав человек Армении: *«Учитывая исключительную роль института Защитника прав человека и его полномочия, а также необходимые гарантии его независимости, сотрудники, если они не причислены к государственным служащим, должны иметь отдельный особый статус, регулируемый этим законом»*²⁴. *«Необходимо, чтобы специальный статус сотрудников отражал принцип 3 "Венецианских принципов", который гласит, что "институту омбудсмена присваивается соответствующий высокий ранг, который также отражается в вознаграждении омбудсмена и в его пенсионном обеспечении". Этот принцип*

²² См. Венецианская комиссия, CDL-AD(2021)35 Армения — Заключение по законодательству, касающемуся сотрудников института омбудсмена, пункт 86.

²³ См. CDL-AD(2021)35, указ. соч., пункты 16–19.

²⁴ См. CDL-AD(2006)038, указ. соч. пункт 78, CDL-AD(2021)35, указ. соч., пункт 25.

распространяется на главу центра, но его следует понимать как принимаемый ко все сотрудникам»²⁵.

114. Комиссия рекомендует привести проект закона в соответствие с требованиями принципа 22 Венецианских принципов и в особенности предусмотреть, чтобы Уполномоченный имел возможность нанимать своих сотрудников. Сотрудникам, как и главе института, следует присвоить соответствующую высокую категорию, отдельный особый статус, регулируемый законом.

IV. Заключение

115. Венецианская комиссия приветствует значительные усилия, приложенные с целью укрепления правовой базы института Уполномоченного по правам человека (УПЧ), так как отныне этот институт предусматривается законом, а не президентским указом.

116. Тем не менее Венецианская комиссия рекомендует закрепить в Конституции существование института УПЧ, его полномочия и порядок его избрания и освобождения от должности.

117. В целях приведения проекта закона в соответствие с международными нормами Венецианская комиссия рекомендует:

- относительно юрисдикции Уполномоченного следует включить частные организации, предоставляющие государственные услуги, ограничить исключения из юрисдикции, прояснить компетенцию в отношении судебной власти и добавить поощрение прав человека в круг полномочий Уполномоченного;
- относительно избрания Уполномоченного предусмотреть открытую и прозрачную процедуру отбора, включающую открытое объявление вакансии, тестирование и предварительный отбор, избрание квалифицированным большинством Парламента, более длительный срок полномочий и желательность невозможности возобновления срока полномочий;
- относительно неприкосновенности Уполномоченного ограничить неприкосновенность функциональным иммунитетом, распространить функциональный иммунитет на сотрудников института и после ухода сотрудника из института, предусмотреть возможность лишения неприкосновенности квалифицированным большинством Парламента;
- относительно срока полномочий Уполномоченного необходимо, чтобы порядок освобождения от должности предусматривал открытые и прозрачные процедуры и решение об этом принималось квалифицированным большинством Парламента;
- относительно полномочий Уполномоченного в области проведения собственных расследований убрать ограничения;
- относительно бюджета института предусмотреть, чтобы бюджетом распоряжались самостоятельно и чтобы Уполномоченный предлагал бюджет института на предстоящий год;

²⁵ См. CDL-AD(2021)035, указ. соч., пункт 26.

- относительно штата сотрудников института предоставить Уполномоченному возможность нанимать своих сотрудников в соответствии с категориями согласно отдельному особому статусу, который регулируется законом;
- относительно ежегодного доклада предусмотреть, чтобы Уполномоченный представлял доклад Парламенту.

118. Венецианская комиссия остается в распоряжении властей Казахстана для любой дальнейшей помощи.