



Страсбург / Варшава, 16 июня 2014 г.

CDL-AD(2014)018
Or. Engl.

Заключение Венецианской комиссии
№ 770 / 2014
Заключение БДИПЧ ОБСЕ
№ JUD-KYRG/248/2014

ЕВРОПЕЙСКАЯ КОМИССИЯ ЗА ДЕМОКРАТИЮ ЧЕРЕЗ ПРАВО
(ВЕНЕЦИАНСКАЯ КОМИССИЯ)

БЮРО ОБСЕ ПО ДЕМОКРАТИЧЕСКИМ ИНСТИТУТАМ
И ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА
(БДИПЧ ОБСЕ)

СОВМЕСТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ

**ПО ПРОЕКТУ ИЗМЕНЕНИЙ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЙ БАЗЫ
В СФЕРЕ ДИСЦИПЛИНАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ СУДЕЙ
В КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ**

на основе комментариев

г-на Николае САНУ (член, Молдова)
г-на Виктора ГУМИ (член, Албания)
г-на Кароли БАРДА (эксперт БДИПЧ ОБСЕ, Венгрия)

**принято Венецианской Комиссией
на 99-ой пленарной сессии
(Венеция, 13-14 июня 2014 г.)**

Содержание

I.	Введение.....	3
II.	Предмет анализа	4
III.	Резюме	4
IV.	Анализ и рекомендации.....	8
	1. <i>Международные стандарты в области статуса и дисциплинарной ответственности судей.....</i>	8
	2. <i>Определения дисциплинарных проступков</i>	9
	3. <i>Функциональный иммунитет и уголовная и дисциплинарная ответственность судей.....</i>	14
	3.1 <i>Материальный объем иммунитета судей.....</i>	15
	3.2. <i>Сроки действия иммунитета судей</i>	19
	3.3 <i>Процессуальные гарантии для защиты независимости судей.....</i>	19
	4. <i>Соразмерность дисциплинарных санкций.....</i>	21
	5. <i>Состав Дисциплинарной комиссии, выдвижение кандидатов и отбор ее членов</i>	23
	5.1. <i>Требования по обеспечению гендерного баланса.....</i>	23
	5.2. <i>Процесс выдвижения и отбора членов Дисциплинарной комиссии.....</i>	26
	6. <i>Качество дисциплинарного производства.....</i>	29
	6.1. <i>Возбуждение дисциплинарного производства.....</i>	29
	6.2. <i>Решение о дисциплинарной ответственности судьи</i>	30
	6.3. <i>Обжалование решения</i>	34
	7. <i>Использование гендерно-нейтрального языка в законотворческом процессе</i>	36

I. Введение

1. 13 февраля 2014 года секретарь Совета по правовой реформе при Администрации Президента Кыргызской Республики обратился к Центру ОБСЕ в Бишкеке с просьбой об оказании помощи в анализе пакета изменений нормативно-правовой базы в сфере дисциплинарной ответственности судей, с целью оценки соответствия этих изменений обязательствам в рамках ОБСЕ и международным стандартам в области прав человека.

2. 17 марта 2014 года Центр ОБСЕ в Бишкеке передал Бюро ОБСЕ по демократическим институтам и правам человека (здесь и далее БДИПЧ ОБСЕ) неофициальный английский перевод последней версии проекта изменений, любезно предоставленный Представительством ПРООН в Кыргызской Республике. Данный пакет включает в себя проект изменений в следующие законодательные акты (CDL-REF(2014)019, здесь и далее «Проект изменений»):

- Конституционный закон «О статусе судей Кыргызской Республики» (здесь и далее «Конституционный закон»);
- Закон Кыргызской Республики «Об органах судейского самоуправления Кыргызской Республики»;
- Гражданско-процессуальный кодекс Кыргызской Республики;
- Уголовный кодекс Кыргызской Республики.

3. В письме от 28 апреля 2014 года, г-н Токтогул Туманов, председатель Комитета по судебным вопросам и законности Жогорку Кенеша КР, обратился к Европейской комиссии за демократию через право Совета Европы (здесь и далее «Венецианская комиссия») с просьбой дать заключение по проекту изменений в Конституционный закон. Ранее изменения в данный закон были внесены в 2011 году.¹ Тогда Венецианская комиссия опубликовала свое заключение по проекту этих изменений (здесь и далее «Заключение Венецианской комиссии 2011 года»)². Г-н Николае Эсану и г-н Виктор Гуми выступали в качестве докладчиков Венецианской комиссии.

4. Ввиду того, что Венецианская комиссия и БДИПЧ ОБСЕ получили от кыргызских властей просьбы одинакового содержания, было решено, что они подготовят совместное заключение по проекту изменений.

5. Во время своего визита в Бишкек 20 мая 2014 года, совместная делегация Венецианской комиссии и БДИПЧ ОБСЕ провела встречи с представителями парламентских комитетов по судебным вопросам, конституционному законодательству, государственному устройству и правам человека; Совета судей; Администрации Президента; Конституционной палаты; а также гражданского общества. Настоящее совместное заключение составлено с учетом информации, полученной в ходе этого визита.

6. Настоящее заключение было принято на 99-ой пленарной сессии Венецианской комиссии (которая состоялась в Венеции 13-14 июня 2014 года) после консультаций с г-ном Токтогулом Тумановым, председателем Комитета по судебным вопросам и законности Жогорку Кенеша КР.

¹ См. Закон «О внесении изменений и дополнений в Конституционный закон «О статусе судей Кыргызской Республики» (2011) на сайте: http://legislationline.org/download/action/download/id/4426/file/Law%20on_status_of_judges_2011_en.pdf.

² Заключение Венецианской комиссии по законопроекту внесении изменений в Конституционный закон «О статусе судей», CDL-AD(2011)017, от 20 июня 2011 г, принятое Венецианской комиссией на 87-й пленарной сессии (17-18 июня 2011 года) см. на сайте: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)017-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)017-e).

II. Предмет анализа

7. Настоящее Совместное заключение относится к представленному для анализа проекту изменений, а также к законам, в которые предлагается внести данные изменения. Заключение ограничивается проектом изменений и не содержит полного и всестороннего анализа всей правовой и институциональной структуры, регулирующей вопросы статуса и дисциплинарной ответственности судей в Кыргызской Республике.

8. Совместное заключение затрагивает ключевые проблемы и основные вопросы, вызывающие озабоченность. В интересах краткости, заключение сосредоточено на проблемных вопросах, а не на положительных сторонах проекта изменений. Последующие рекомендации основаны на нормах международного гуманитарного права и принципе верховенства закона, а также обязательствах в рамках ОБСЕ, стандартах Совета Европы и оптимальном опыте других государств-участников ОБСЕ и членов Совета Европы. Там, где это необходимо, документ содержит ссылки на соответствующие рекомендации, представленные в заключении Венецианской комиссии 2011 года.

9. Настоящее Совместное заключение основано на неофициальном английском переводе проекта изменений, любезно предоставленном Представительством ПРООН в Кыргызской Республике, и может содержать ошибки, проистекающие из перевода.

10. В этой связи БДИПЧ ОБСЕ и Венецианская комиссия заявляют, что данное Совместное заключение никоим образом не умаляет значения письменных или устных рекомендаций или комментариев, которые БДИПЧ ОБСЕ и Венецианская комиссия могут представить в будущем в отношении соответствующих законодательных актов или других связанных с ними законов.

III. Резюме

11. В первую очередь, БДИПЧ ОБСЕ и Венецианская комиссия выражают поддержку усилиям Кыргызской Республики по изменению правовой и институциональной структуры, регулирующей вопросы дисциплинарной ответственности судей, с целью приведения ее в соответствие с международными стандартами независимости судебной системы, в особенности, в связи с положениями, направленными на усиление независимости и беспристрастности судей, а также на обеспечение четкого разделения задач между Дисциплинарной комиссией, которая уполномочена проводить расследования, и Советом судей, который принимает решения о наложении дисциплинарного взыскания. БДИПЧ ОБСЕ и Венецианская комиссия также с одобрением отмечают искреннее стремление добиться определенного уровня сбалансированного представительства обоих полов в составе Дисциплинарной комиссии.

12. В то же время, проект изменений можно усовершенствовать, внося в него определенные исправления и дополнения с тем, чтобы обеспечить эффективность его положений и их полное соответствие международным стандартам. Следует также подчеркнуть важность правильного толкования и добросовестного исполнения этих положений. В частности, необходимо четко и тщательно сформулировать основания для привлечения судей к дисциплинарной ответственности, а также представить дисциплинарные процедуры на рассмотрение независимому и беспристрастному органу с целью соблюдения права подлежащих дисциплинарному воздействию судей на справедливое судебное разбирательство. С учетом вышесказанного, БДИПЧ ОБСЕ и Венецианская комиссия рекомендуют следующее:

1. Основные рекомендации

- A. изъять несоответствие Кодексу чести судей в качестве основания для возбуждения дисциплинарного производства и указать основания для привлечения судей к дисциплинарной ответственности в отдельных, четко сформулированных положениях; [п.п. 25-29]
- B. дополнить статью 28 Конституционного закона другими возможными типами дисциплинарного взыскания с тем, чтобы обеспечить соответствие принципу соразмерности мер дисциплинарного взыскания; [п.64]
- C. внести в проект изменений следующие дополнения, направленные на то, чтобы решения о дисциплинарной ответственности судьи принимались независимым и беспристрастным органом:
 - 1) в статье 29 Конституционного закона указать, что член Совета судей имеет право воздержаться от голосования при наличии конфликта интересов, а судья может потребовать отвода одного из членов Совета; [п. 99]
 - 2) изъять из части 5 статьи 28 Конституционного закона положение о полномочиях Президента и Жогорку Кенеша по досрочному освобождению судей, или, по крайней мере, добиться того, чтобы Президенту представлялось только окончательное решение Совета судей, и чтобы решение апелляционного суда было обязательным для исполнения Советом судей; [п.п. 100-104 и 111-113]
- D. уточнить и дополнить статью 29 Конституционного закона с тем, чтобы обеспечить соблюдение права судьи на справедливое судебное разбирательство, особенно в той части, которая касается открытого слушания дела, равноправия сторон, права на беспристрастное разбирательство, а также мотивировки и гласности решения; [п.п. 106-108];
- E. расширить основания для обжалования решений, указанные в части 6 статьи 29 Конституционного закона, включив в их перечень рассмотрение фактов, доказательств и правильность применение закона; [п.113]

2. Дополнительные рекомендации

- F. изъять из пункта 1 (2) статьи 5-1 Конституционного закона ссылку на «этику государственных служащих»; [п. 31]
- G. внести в статью 14 Конституционного закона следующие изменения:
 - 1) в пункте 1 указать орган, уполномоченный санкционировать арест или обыск; [п. 56]
 - 2) изъять слово «противоправный» из пункта 2, так как оно имеет отношение к функциональному иммунитету (или пояснить его значение); [п.п.40-41]
 - 3) рассмотреть возможность изъятия из сферы действия функционального иммунитета судей некоторых преднамеренных преступлений, таких как взяточничество, коррупция или использование служебного положения в личных целях; [п.п. 42, 59-61]
 - 4) рассмотреть возможность обеспечения личного иммунитета судей от гражданских исков о возмещении материального ущерба, нанесенного вследствие действия или бездействия судей при исполнении ими своих обязанностей; [п. 49]
- H. внести в статью 28 Конституционного закона следующие изменения:
 - 1) в части 2 дать определение понятию «форма вины судьи»; [п. 65]

- 2) указать, что расхождения в юридических толкованиях между судами высшей и низшей инстанций, оценка фактов или взвешивание доказательств, либо ошибочное применение закона,³ не должны влечь за собой дисциплинарную ответственность, за исключением случаев преднамеренной или грубой небрежности; [п. 36]
 - 3) изъять из части 6 ссылку на передачу материалов на рассмотрение собранию судей; [п.110]
- I. внести в часть 2 статьи 29 Конституционного закона следующие изменения:
- 1) указать, кто вправе возбуждать дисциплинарное производство в отношении судьи; [п. 95]
 - 2) указать, что рассмотрение жалобы Дисциплинарной комиссией должно проходить с соблюдением конфиденциальности, если судья не обратится с просьбой об ином; [п. 90]
 - 3) четко указать в п. 3 (четвертый абзац), что жалоба, направленная на отмену судебного акта, должна быть признана неприемлемой; [п. 35]
 - 4) отдельно пояснить, что тот факт, что решение судьи было отменено или изменено на основании жалобы, не является основанием для дисциплинарной ответственности; [п. 35]
 - 5) установить определенный срок подачи жалобы в случае бездействия Дисциплинарной комиссии; [п. 91]
 - 6) четко указать, будут ли считаться приемлемыми анонимные жалобы, а также пояснить, что приемлемыми будут считаться только доказательства, полученные в соответствии с правилами, предусмотренными Гражданско-процессуальным кодексом; [п. 93]
- J. уточнить в части 6 статьи 29 Конституционного закона, кто вправе обжаловать решение; [п.114]
- K. внести в новую статью 29-1 Конституционного закона следующие исправления:
- 1) указать в пункте 1, что к определенному сроку максимальный порог гендерного представительства должен быть равен пяти членам одного пола из девяти; [п. 72]
 - 2) указать, что выдвижение кандидатов, а также правила и процедуры избрания членов Совета судей из числа представителей судебной власти и назначения представителей гражданского общества должны соответствовать требованиям гендерного представительства, указанным в пункте 1 данной статьи, и должны быть определены в постановлении Совета судей; [п. 73-75]
 - 3) указать, что выдвижение кандидатов в члены Дисциплинарной комиссии из числа судей, а также избрание председателя и заместителя председателя комиссии должно осуществляться путем тайного голосования; [п.п. 77 и 84]
 - 4) ввести определенные гарантии с целью обеспечения прозрачности и открытости процесса жеребьевки при избрании членов комиссии от гражданского общества; [п. 80]

³ См. пункт 25 Рекомендаций Киевской конференции БДИПЧ ОБСЕ, который гласит, что «дисциплинарные производства против судей должны касаться случаев грубого и непростительного непрофессионального поведения, которые наносят вред репутации всего судейского сообщества. Дисциплинарная ответственность не должна распространяться на содержание решений или вердиктов, в том числе в случаях расхождения юридических толкований между судами, а также на случаи судебных ошибок или критику судебной системы».

- 5) уточнить условия выдвижения кандидатов от гражданского общества Жогорку Кенешем или Президентом; [п. 81]
 - 6) внести в п. 7 дополнения, уточняющие, будут ли судьям *возмещены расходы, связанные с деятельностью* в Дисциплинарной комиссии, а также предусмотреть механизм для пропорционального распределения рабочей нагрузки судей; [п.п. 85-86]
 - 7) четко заявить, что все члены Дисциплинарной комиссии являются независимыми, равноправными и действуют от собственного имени, независимо от выдвинувших их кандидатуры органов и/или от их основных работодателей; [п. 87]
 - 8) указать, при каких обстоятельствах член резервного состава временно заменяет постоянного члена Дисциплинарной комиссии; [п. 88]
 - L. в части 5 статьи 30 Конституционного закона обозначить общие принципы, которым должен следовать Совет судей при принятии решения о согласии на возбуждение уголовного или административного производства; [п. 62]
 - M. пересмотреть статью 9 Закона «Об органах судейского самоуправления» для обеспечения ее полного соответствия положениям Конституционного закона и изъять из части 3 статьи 10-1 упоминание о передаче материалов на рассмотрение собранию судей; [п.п. 82-83 и 110]
 - N. дополнить или уточнить проект изменений в Гражданско-процессуальный кодекс следующим образом:
 - 1) в статье 258-4 указать, какие лица могут подать заявление, уточнить, что срок в десять дней начинается с момента оповещения соответствующего судьи о принятом решении, а также пояснить правила определения данного срока; [п.п. 114-115]
 - 2) указать в статье 258-5, что некоторые уважительные причины могут являться основанием для переноса слушания; [п.116]
 - 3) в случае принятия незаконного решения, необходимо предусмотреть возможность его отмены, а также средства правовой защиты; [п.117]
 - O. внести в Уголовный кодекс следующие поправки:
 - 1) указать, что определение «должностное лицо» включает в себя судей, а также уточнить положения статьи 303 относительно преступных деяний, квалифицируемых как коррупция; [п. 43]
 - 2) полностью изъять статью 328 или, по крайней мере, перефразировать ее с тем, чтобы она касалась только злоумышленных деяний, и уточнить определение составляющих элементов уголовного преступления; [п.48]
 - P. рассмотреть возможность создания консультативного органа по вопросам этики при Совете судей; [п.30]
 - Q. пересмотреть проект изменений, чтобы обеспечить использование гендерно-нейтральных формулировок во всех его положениях. [п.119]
13. БДИПЧ ОБСЕ и Венецианская комиссия готовы и далее оказывать властям Кыргызстана любую помощь в случае необходимости.

IV. Анализ и рекомендации

1. Международные стандарты в области статуса и дисциплинарной ответственности судей

14. Независимость судебной системы является основополагающим принципом и осуществленным элементом любого демократического государства, основанного на принципе верховенства закона. На международном уровне независимость судебной системы закреплена в основных документах в области прав человека, включая Всеобщую декларацию прав человека (статья 10) и Международный пакт о гражданских и политических правах (здесь и далее «МПГПП») (статья 14).

15. Несмотря на то, что Кыргызская Республика не является членом Совета Европы (здесь и далее СЕ), настоящее Заключение содержит ссылки на Европейскую конвенцию о защите прав человека (здесь и далее «ЕКПЧ») и другие документы Совета Европы, которые являются полезными и надежными источниками информации в сфере независимости судебной системы. Совместное заключение также содержит ссылки на заключения и публикации Венецианской комиссии, членом которой Кыргызская Республика является с 1 января 2004 года.

16. Государства-участники ОБСЕ также обязались обеспечить независимость судебных систем, зафиксировав это обязательство в Копенгагенском (1990 г.), Московском (1991г.) и Стамбульском (1999 г.) документах.⁴

17. На основании указанных международных документов, различными международными форумами был разработан ряд подробных рекомендаций, которые могут способствовать разработке практических шагов, необходимых для обеспечения независимости судебных органов, особенно в сфере дисциплинарной ответственности судей. В перечень этих документов, среди прочего, входят:

- Основные принципы ООН, касающиеся независимости судебных органов;⁵
- Доклад Венецианской комиссии о независимости судебной системы – Часть I: Независимость судей (2010)⁶ (здесь и далее «Доклад Венецианской комиссии о независимости судей»);
- Рекомендации Киевской конференции БДИПЧ ОБСЕ по вопросам независимости судебной власти в странах Восточной Европы, Южного Кавказа и Центральной Азии⁷ (здесь и далее «Рекомендации Киевской конференции БДИПЧ ОБСЕ»).

18. В Совместном заключении также содержатся ссылки на следующие документы, которые не являются обязательными для Кыргызской Республики, но могут служить в качестве полезного руководства:

⁴ См. п. 5 Копенгагенского документа ОБСЕ (1990 г.); п.п.19-20 Московского документа ОБСЕ (1991 г.); п. 45 Стамбульского документа ОБСЕ (1999 г.). См. также Брюссельскую декларацию о системах уголовного правосудия (2006 г.), Решение No. 5/06 Совета министров об организованной преступности (Брюссель, 2006 г.) и Решение Совета министров No. 7/08 о дальнейшем укреплении верховенства права в регионе ОБСЕ (Хельсинки, 2008 г.).

⁵ Основные принципы ООН, касающиеся независимости судебных органов, одобренные Резолюциями Генеральной ассамблеи №№40/32 от 29 ноября 1985 г. и 40/146 от 13 декабря 1985 г., см. на сайте: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx>.

⁶ См. CDL-AD(2010)004 на сайте [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2010\)004.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2010)004.aspx).

⁷ Рекомендации Киевской конференции БДИПЧ ОБСЕ по вопросам независимости судебной власти в странах Восточной Европы, Южного Кавказа и Центральной Азии (2010 г.) были разработаны группой независимых экспертов Minerva Research Group on Judicial Independence под руководством БДИПЧ и Института сравнительного общественного права и международного права Макса Планка, см. Рекомендации на сайте <http://www.osce.org/odihr/KyivRec?download=true>.

- Рекомендация Комитета министров Совета Европы «О независимости, эффективности и роли судей» от 2010 года (здесь и далее «Рекомендация CM/Rec(2010)12»);⁸ а также решения Европейского суда по правам человека⁹ (здесь и далее «ЕСПЧ»);
- Заключение Консультативного совета европейских судей (здесь и далее «КЕСЕ»);
- Европейская хартия о статуте для судей;¹⁰
- Международные принципы, касающиеся независимости и подотчётности судей, адвокатов и прокуроров — практическое руководство.¹¹

19. Данные документы¹² содержат множество разнообразных принципов, однако все они содержат три основных требования для национального законодательства, регулирующего вопросы дисциплинарной ответственности судей, согласно которым: (i) необходимо четко различать действия или бездействие, составляющие дисциплинарный проступок; (ii) меры дисциплинарного взыскания должны быть соразмерны соответствующему дисциплинарному проступку; (iii) дисциплинарное производство должно осуществляться надлежащим образом. Последующий обзор и анализ проекта изменений осуществлен с точки зрения соответствия этим основным требованиям.

20. Основные принципы независимости судебных органов на внутригосударственном уровне изложены в Разделе VI Конституции Кыргызской Республики¹³ и в Конституционном законе.

2. Определения дисциплинарных проступков

21. В предлагаемой редакции Конституционного закона, второй и третий абзацы части 1 статьи 28 определяют дисциплинарный проступок как «виновное действие или бездействие судьи, не соответствующее требованиям безупречного поведения, установленного настоящим Конституционным законом, положениями Кодекса чести судьи». В предлагаемой редакции, статья 6 Конституционного закона гласит, что под «безупречностью поведения» судьи понимается отсутствие фактов нарушения обязанностей, предусмотренных статьей 5-1 Конституционного закона. При рассмотрении во взаимосвязи с предлагаемой редакцией статьи 28 Конституционного закона, действия, несовместимые с требованиями, предусмотренными статьей 5-1 настоящего закона, могут привести к дисциплинарной ответственности судей, и, в конечном счете, к их досрочному освобождению с занимаемой должности в случае удовлетворения условий, указанных в исправленных частях 5-6 статьи 28 Конституционного закона.

22. В частности, в предлагаемой редакции закона, пункт 8 части 2 статьи 26 предусматривает досрочное освобождение судей с занимаемой должности в случае «совершения систематического либо грубого дисциплинарного проступка, подтвержденного решением Совета судей». Похвально, что в отличие от

⁸ Рекомендацию CM/Rec(2010)12 Комитета министров государствам-членам о независимости, эффективности и роли судей, принятую Комитетом министров 17 ноября 2010 г. на 1098-м совещании на уровне заместителей министров иностранных дел, см. на сайте <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1707137>.

⁹ См., например, *Н.Ф. против Италии*, Решение ЕСПЧ от 2 августа 2001 г. (Заявление № 37119/97).

¹⁰ Европейская хартия о статуте для судей (Страсбург, 8-10 июля 1998 г.), принята Европейской ассоциацией судей, опубликована Советом Европы [DAJ/DOC (98)23].

¹¹ Международные принципы, касающиеся независимости и подотчётности судей, адвокатов и прокуроров — практическое руководство, МС ООН, Женева (Швейцария), 2007.

¹² Основные принципы ООН, Доклад Венецианской комиссии о независимости судебной системы и Рекомендации Киевской конференции БДИПЧ ОБСЕ.

¹³ Раздел VI Конституции посвящен вопросам суда и правосудия (статьи 75-84). Согласно пункту 1 статьи 93 Конституции, правосудие в Кыргызской Республике осуществляется только судом. Пункт 1 статьи 94 гласит, что «судьи независимы и подчиняются только Конституции и законам». Пункт 3 статьи 94 запрещает «всякое вмешательство в деятельность по осуществлению правосудия».

существующей версии, предлагаемая формулировка квалифицирует характер проступка (то есть, в соответствии с ней, дисциплинарный проступок должен быть «систематическим» либо «грубым»), однако данное положение следует рассматривать во взаимосвязи со статьей 28 Конституционного закона, а, следовательно, косвенно, и во взаимосвязи со статьей 5-1 того же закона, которая чересчур широко или недостаточно четко формулирует причины досрочного освобождения судей с занимаемой должности, например, такие как несоответствие положениям Кодекса чести судьи (см. п.п. 25-29 ниже) и упоминание «достоинства судьи» (см. п. 32 ниже).¹⁴

23. Необходимо отметить, что на международном уровне не существует единого подхода к организации системы судейской дисциплины и, что методы, используемые в разных странах, сильно разнятся в плане выбора между довольно широким определением оснований для дисциплинарной ответственности судей и единым списком дисциплинарных нарушений.¹⁵ Однако в своем настоящем виде основания для привлечения судей к дисциплинарной ответственности сформулированы слишком широко или недостаточно четко, поэтому предлагается сформулировать их более четко. Например, статьи Конституционного закона, которые содержат определение дисциплинарных проступков и/или предусматривают применение мер дисциплинарного взыскания, должны содержать более четкий список оснований или ссылки на конкретные подпункты статей Конституционного закона, вместо того, чтобы прямо или косвенно ссылаться на статью 5-1 Конституционного закона целиком.

24. Статья 5-1 содержит перечень требований, предъявляемых к действующим судьям. Замечание общего порядка Комитета по правам человека ООН №32 по статье 14 МПГПП гласит: «Государства должны принимать конкретные меры, гарантирующие независимость судебной системы [...] с помощью конституционных гарантий или принятия законов, устанавливающих четкие процедуры и объективные критерии [...] прекращения полномочий членов судейского корпуса и применяемых по отношению к ним дисциплинарных санкций».¹⁶ Хотя предлагаемый проект не предусматривает внесение изменений в статью 5-1 Конституционного закона, необходимо подчеркнуть, что, так как грубое или систематическое нарушение требований, предусмотренных данной статьей, может привести к применению мер дисциплинарного воздействия (см. предлагаемую редакцию частей 5 и 6 статьи 28 Конституционного закона), важно, чтобы эта статья была сформулирована достаточно четко. Ссылка на требование «предсказуемости», обозначенное ЕСПЧ, служит хорошим ориентиром, согласно которому, поведение, ведущее к дисциплинарному взысканию, должно быть определено достаточно четко с тем, чтобы лицо, в отношении которого оно может быть применено, могло предусмотреть последствия своих действий и скорректировать свое поведение соответствующим образом.¹⁷ Наличие более конкретного и детального определения оснований для дисциплинарного производства также будет способствовать ограничению права усмотрения и субъективности при возбуждении такого производства.

¹⁴ См. также стр. 70 (п. 10) Отчета о втором раунде мониторинга по выполнению Стамбульского плана действий по борьбе с коррупцией для Кыргызстана, на сайте <http://www.oecd.org/corruption/acn/49882439.pdf>.

¹⁵ См. *Волков против Украины*, Решение ЕСПЧ от 25 мая 2013 г. (Заявление № 21722/11), п.п. 81-82, на сайте [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115871#{"itemid":\["001-115871"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115871#{), ссылка на доклад по сравнительному анализу законодательства, озаглавленный «Независимость судебной власти в переходный период», и составленный Институтом сравнительного общественного права и международного права Макса Планка (2012 г.).

¹⁶ См. пункт 19 Замечания общего порядка №32 Комитета по правам человека ООН по статье 14 МПГПП: «Равенство перед судами и трибуналами и право каждого на справедливое судебное разбирательство», ССРР/С/ГС/32, 23 августа 2007 г. (здесь и далее «Замечание общего порядка №32 Комитета по правам человека ООН», см. на сайте: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fGC%2f32&Lang=en).

¹⁷ См. *Н.В. против Италии*, Решение ЕСПЧ от 2 августа 2001 г. (Заявление № 37119/97), п.п. 29-30; *Волков против Украины*, Решение ЕСПЧ от 25 мая 2013 г. (Заявление №. 21722/11), п. 173ff.

25. Пункт 2 части 1 статьи 5-1 Конституционного закона гласит, что судья обязан «соблюдать требования Кодекса чести судей Кыргызской Республики, а также установленную законодательством этику государственных служащих, и избегать всего, что могло бы опорочить авторитет и достоинство судьи». Это подразумевает, что несоответствие этическим принципам профессионального поведения, включенным в Кодекс чести судей, может повлечь за собой дисциплинарные санкции. Необходимо отметить, что, учитывая характер правил профессиональной этики, их не следует приравнивать к законодательному акту¹⁸ и прямо использовать в качестве основания для дисциплинарного взыскания. Кроме этого, этические нормы зачастую сформулированы в довольно общих и неопределенных терминах,¹⁹ что не соответствует требованию «предсказуемости».

26. Цель кодекса этики состоит в том, чтобы сформулировать общие правила, рекомендации или нормы надлежащего поведения, которые регулируют деятельность судей и позволяют им оценивать то, как лучше подходить к конкретным вопросам, с которыми они сталкиваются во время исполнения своих обязанностей или в свободное от работы время. В большинстве стран кодексы этики имеют неофициальный статус, и нарушение этических норм не дает прямого основания для дисциплинарного взыскания.

27. Это прямо противоречит цели дисциплинарного производства, которая состоит в том, чтобы предупреждать проступки или ненадлежащие действия, которые влекут за собой определенные дисциплинарные санкции.²⁰ Согласно КСЕС, «принципы поведения должны существовать отдельно от дисциплинарных правил, которыми судьи руководствуются в своей деятельности, для того, чтобы нарушение одного из этих принципов поведения не считалось дисциплинарным проступком, либо гражданским или уголовным правонарушением».²¹ Нарушение этических норм должно, в конечном счете, вести к моральной, а не дисциплинарной ответственности.²²

28. В свете вышесказанного напрашивается вывод, что использование несоблюдения требований Кодекса чести судей, который может содержать положения, сформулированные в общих и неопределенных терминах, в качестве основания для возбуждения дисциплинарного производства, может негативно сказаться на независимости судей, так как подобные положения допускают произвольное толкование, что может привести к злоупотреблению и принятию произвольных решений.²³ В то же время, серьезные нарушения этических норм могут потенциально свидетельствовать о проступках и проявлениях халатности, которые должны вести к дисциплинарным санкциям в соответствии с законом. Такие санкции должны быть основаны на конкретных и четких положениях закона, и должны применяться надлежащим образом в ответ на неоднократное нарушение норм судейской этики. Следовательно, авторам проекта рекомендуется указать в Конституционном законе, в четкой и «предсказуемой» форме, какой тип поведения влечет за собой конкретную форму дисциплинарной ответственности (эти положения могут также основываться на этических принципах, если они будут сформулированы описанным выше образом).

¹⁸ См. п.п. 44 и 46-47 Заключения №3 КСЕС.

¹⁹ См. п. 31 Заключения Венецианской комиссии на Проект кодекса судейской этики Республики Таджикистан, CDL-AD(2013)035, от 10 декабря 2013 г., принятого Венецианской комиссией на 97 пленарной сессии (6-7 декабря 2013 г.) на сайте [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2013\)035-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2013)035-e).

²⁰ См. п. 60 Заключения №3 КСЕС. См. также п.п. 72-73 Рекомендации CE CM/Rec(2010)12 Комитета министров СЕ.

²¹ См. п. 48 (i) Заключения №3 КСЕС.

²² Цит. док., сноска 20, п. 36 (Заключение Венецианской комиссии на Проект кодекса судейской этики Республики Таджикистан).

²³ Цит. док., сноска 20, п. 30 (Заключение Венецианской комиссии на Проект кодекса судейской этики Республики Таджикистан).

29. То же замечание применимо к формулировке, содержащейся во втором абзаце части 1 статьи 28, в котором упомянуто «грубое или систематическое нарушение правил поведения во внеслужебной деятельности, установленных Кодексом чести судьи». Притом, что судьи должны вести себя достойно в частной жизни, стандарты поведения судей в их частной жизни не могут быть изложены слишком конкретно, учитывая постоянную эволюцию нравственных ценностей в конкретной стране.²⁴

30. В отношении этических правил, следует заметить, что КСЕС «выступает за создание в рамках судебной системы одного или нескольких органов или назначение лиц, имеющих консультативную функцию и выполняющих роль советников, к которым судьи могли бы обратиться, если они не уверены в том, является ли данная деятельность в частной сфере совместимой с их статусом судьи. Наличие таких органов или лиц должно поощрять обсуждение в рамках судебной системы содержания и значения этических правил».²⁵ В этой связи, как указывает Венецианская комиссия, важно обеспечить строгое разделение обязанностей и ответственности между консультативным органом по вопросам этики и дисциплинарным органом, так как судья не должен столкнуться с риском того, что его/ее запрос совета у рекомендательного органа будет переведен в другую процедуру, которая может привести к дисциплинарному взысканию.²⁶ Заинтересованным сторонам в Кыргызской Республике следует обсудить формирование таких консультативных органов по вопросам этики.

31. Пункт 2 части 1 статьи 5 Конституционного закона также гласит, что судья обязан соблюдать «установленную законодательством этику государственных служащих». Это вызывает некоторые вопросы в плане гарантии независимости судей. Во-первых, считается, что судьи должны играть ведущую роль в разработке принципов профессиональной этики, применимых к их профессии.²⁷ Ссылка на этику государственных служащих предполагает, что свод этических правил, обычно устанавливаемых органами исполнительной власти, в разработке и обсуждении которых судьи, вероятно, не участвовали, будет применен и к судебному корпусу. Во-вторых, хотя БДИПЧ ОБСЕ и Венецианская комиссия не анализировали содержание этических правил, применимых к государственным служащим, некоторые из содержащихся в них этических принципов, могут поставить под угрозу независимость судебной системы. Это такие принципы, как подотчетность внутренней иерархии и/или начальству или соблюдение определенных процедур или механизмов принятия решений. Согласно требованиям судебской независимости, судьи должны быть свободны от ненадлежащего влияния не только со стороны органов, не входящих в судебную систему, но и от давления со стороны самой судебной системы, например от указаний и давления со стороны их коллег или руководителей судебных органов.²⁸ И, наконец, здесь применимы комментарии относительно неопределенной терминологии, связанной с этическими правилами, которые представлены в п. 25 выше. По этой причине, рекомендуется изъять ссылку на «установленную законодательством этику государственных служащих» из пункта 2 части 1 статьи 5-1 Конституционного закона.²⁹

²⁴ См. п. 29 Заключения №3 КСЕС.

²⁵ См. п. 29 Заключения №3 КСЕС.

²⁶ Цит. док., сноска 20, п. 46 (Заключения Венецианской комиссии на Проект кодекса судебской этики Республики Таджикистан).

²⁷ См. п. 49 iii) Заключения №3 КСЕС, согласно которому, «вышеуказанные принципы должны разрабатываться самими судьями». См. также п. 73 Рекомендации CE CM/Rec(2010)12 Комитета министров CE.

²⁸ См. *Парлов-Ткалчич против Хорватии*, Решение ЕСПЧ от 22 декабря 2009 г. (Заявление № 24810/06), п. 86, на сайте [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96426#{"itemid":"001-96426"}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96426#{).

²⁹ См. также стр. 70 (п.9) Отчета о втором раунде мониторинга по выполнению Стамбульского плана действий по борьбе с коррупцией для Кыргызстана на сайте <http://www.oecd.org/corruption/acn/49882439.pdf>.

32. Пункт 2 части 1 статьи 5-1 Конституционного закона гласит, что судья обязан «избегать всего, что могло бы опорочить авторитет и достоинство судьи». Такое понятие как «достоинство судьи» относительно расплывчатое и слишком субъективное для того, чтобы составить основание для дисциплинарной жалобы. Согласно пункту 6 части 1 статьи 5-1, судья обязан «соблюдать правила трудового распорядка, установленные в соответствующем суде». Правила трудового распорядка, установленные в суде, могут включать в себя широкий спектр судебных актов или задач, поставленных перед судьей, некоторые из которых могут быть абсолютно незначительными. В то же время, дисциплинарное производство против судей должно касаться случаев грубого и непростительного непрофессионального поведения, которые наносят вред репутации всего судейского сообщества.³⁰ Кроме того, невозможно предсказать, на какие виды деятельности распространяется данное положение. Таким образом, ни одно из вышеуказанных положений (пункты 2 и 6 части 1 статьи 5-1) не должны служить основанием для применения дисциплинарных санкций.

33. В соответствии с пунктом 9 части 2 статьи 5-1 Конституционного закона, судья не вправе совмещать свою судейскую деятельность с другой оплачиваемой работой, за исключением «педагогической, научной и творческой деятельности в той мере, в какой она не мешает исполнению судейских обязанностей». Создается впечатление, что в последней части этого предложения подразумевается невозможность технически совместить судейские обязанности с другой работой, например, ввиду нехватки времени, в то время как при определенных обстоятельствах, такая работа может ставить под угрозу независимость и беспристрастность судей. Поэтому рекомендуется четко указать в пункте 9 части 2 статьи 5-1 Конституционного закона, что педагогическая, научная и творческая деятельность не должна ставить под угрозу независимость и беспристрастность судьи, и, кроме того, не должна вызывать у объективного наблюдателя обоснованные сомнения в его/ее независимости и беспристрастности. Авторы проекта могут также рассмотреть возможность того, чтобы обязать судью сообщать о любой оплачиваемой работе в случае наличия таковой.

34. И, наконец, согласно части 3 статьи 5-1 Конституционного закона, «судьи не могут состоять в партиях, выступать в поддержку или против какой-либо политической партии». Венецианская комиссия уже представила свои комментарии на этот счет в Заключении 2011 года, и эти комментарии остаются актуальными по сей день.³¹ Однако со временем некоторые ограничения могут составить непропорциональное вмешательство в свободу выражения.³² В этом смысле неясно, следует ли понимать запрет на выступление «в поддержку или против какой-либо политической партии» как полный запрет на выражение мнений о политических вопросах, включая деятельность судебной системы. ЕСПЧ напоминает об «охлаждающем эффекте», который страх такого наказания, как освобождение от занимаемой должности, имеет на осуществление свободы выражения мнения, к примеру, для судей, желающих принять участие в общественной дискуссии об эффективности судебных органов.³³ Следовательно, если выражение «выступать в поддержку или против какой-либо политической партии» подразумевает выступление с заявлениями относительно

³⁰ См. п. 25 Рекомендаций Киевской конференции БДИПЧ ОБСЕ.

³¹ См. п. 17 Заключения Венецианской комиссии от 2011 года. См. также п. 62 Доклада Венецианской комиссии о независимости судебной системы – Часть I: Независимость судей, который гласит, что «судьи не должны ставить себя в положение, при котором их независимость или непредвзятость могут быть поставлены под сомнение. Это оправдывает национальные правила о несовместимости судейской должности с другими функциями, а также является причиной, по которой во многих государствах существует запрет на участие судей в политической деятельности».

³² В связи с важностью фактора времени см. напр. *Вайнау против Венгрии*, Решение ЕСПЧ от 8 июля 2008 г. (Заявление № 33629/06), на сайте: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-87404#{"itemid":\["001-87404"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-87404#{).

³³ См. п.п. 94-96 и 99-100 в деле *Кудешкина против России*, Решение ЕСПЧ от 26 февраля 2009 г. (Заявление №. 29492/05) на сайте: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91501>.

деятельности судебной системы, тогда тот факт, что это может привести к увольнению, представляет собой несоразмерное вмешательство.

35. Исправленный вариант части 2 статьи 29 Конституционного закона гласит, что в возбуждении дисциплинарного производства отказывается “в случае оспаривания судебного акта”. Данное положение лишено ясности. Оно может указывать на жалобу, направленную на оспаривание судебного акта. Подобная жалоба должна быть признана неприемлемой, так как она нацелена на отмену судебного акта, для чего необходимо обратиться в соответствующую судебную инстанцию. Однако данное положение также допускает толкование, в соответствии с которым жалоба признается неприемлемой, если судебный акт одновременно оспаривается в суде. Оспаривание судебного акта и анализ действий судьи с целью определения ее или его дисциплинарной ответственности это два разных вопроса, которые не следует смешивать. Следовательно, формулировку новой редакции части 2 статьи 29 Конституционного закона необходимо уточнить с тем, чтобы четко указать, что любая жалоба, направленная на отмену судебного акта, является неприемлемой. Помимо этого, в статье 29 Конституционного закона необходимо отметить, что тот факт, что решение судьи было отменено или изменено на основании жалобы, не является основанием для дисциплинарной ответственности.

36. В соответствии с Рекомендацией CM/Rec(2010)12, толкование закона, оценка фактов или взвешивание доказательств судьями с целью вынесения решения по делу, не должны влечь за собой гражданскую или дисциплинарную ответственность, за исключением случаев преднамеренной или грубой небрежности.³⁴ Авторам проекта изменений следует рассмотреть возможность включения схожего положения в статью 28 Конституционного закона, уточнив, что аспекты, относящиеся к содержанию судебного акта, в том числе расхождения в толковании закона судами высшей и низшей инстанций, оценка фактов или взвешивание доказательств, либо ошибочное применение закона,³⁵ не должны влечь за собой дисциплинарную ответственность, за исключением случаев преднамеренной или грубой небрежности³⁶ (см. также п. 47 ниже).

3. Функциональный иммунитет и уголовная и дисциплинарная ответственность судей

37. В первую очередь необходимо подчеркнуть, что защита судей от ответственности за выносимые ими судебные решения является необходимым условием судебской независимости и выражается как функциональный иммунитет от ответственности за действия, совершенные при исполнении судебных полномочий. Важно, чтобы судьи надлежащим образом осуществляли свои полномочия, не поступаясь своей независимостью из страха перед тем, что потерпевшая сторона, включая государственные органы, может возбудить против них уголовное преследование или гражданский иск.³⁷

38. В том, что касается неприкосновенности судей, необходимо отделить вопрос материального объема функционального иммунитета, который должен обеспечивать

³⁴ См. п. 66 Рекомендации CE CM/Rec(2010)12 Комитета министров CE.

³⁵ См. п. 25 Рекомендаций Киевской конференции БДИПЧ ОБСЕ, который гласит, что «дисциплинарные производства против судей должны касаться случаев грубого и непростительного непрофессионального поведения, которые наносят вред репутации всего судебного сообщества. Дисциплинарная ответственность не должна распространяться на содержание решений или вердиктов, в том числе в случаях расхождения юридических толкований между судами, а также на случаи судебных ошибок или критику судебной системы».

³⁶ См. п. 25 Рекомендаций Киевской конференции БДИПЧ ОБСЕ.

³⁷ См. напр. п. 85 в деле *Эрнст против Бельгии*, Решение ЕСПЧ от 15 октября 2003 г. (Заявление №. 33400/96), на сайте: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?#{\"itemid\":\[\"001-65779\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?#{\), согласно которому, запрет на возбуждение дел против судей с целью обеспечения их независимости удовлетворяет требование о соразмерности используемых средств и преследуемой цели.

правовое основание для признания жалобы против судьи неприемлемой, от процессуальных гарантий, которые существуют для обеспечения такого функционального иммунитета; эти вопросы рассмотрены отдельно в следующих разделах данного документа.

3.1 Материальный объем иммунитета судей

39. Часть 1 статьи 14 Конституционного закона гласит, что «судья обладает правом неприкосновенности и не может быть задержан и арестован, подвергнут обыску или личному досмотру, кроме случаев, когда он застигнут на месте совершения преступления». Создается впечатление, что часть 2 статьи 14 того же закона вводит идею функционального иммунитета (неприкосновенности) судей от уголовной или административной ответственности, налагаемой в судебном порядке за «противоправные деяния, совершенные им в период осуществления полномочий судьи» в ином порядке, чем установлено настоящим Конституционным законом. Существует некоторое несоответствие между частью 1 статьи 14, которая не делает различий между совершением обычных преступлений и «нарушением закона при вынесении судебного решения», и частью 2 той же статьи, которая, кажется, содержит понятие более ограниченного функционального иммунитета (см. также замечания о процессуальных гарантиях в п. 56-57 ниже). Этот аспект необходимо уточнить.

40. Кроме того, неясно, что подразумевается под «противоправными деяниями» в части 2 статьи 14 Конституционного закона. Венецианская комиссия неоднократно высказывалась в пользу ограниченного функционального иммунитета судей, который остается в силе только в том случае, если во время исполнения своих полномочий судья действует *законно*.³⁸ В своем Заключении №3 КЕСС поддерживает правило, согласно которому «судьи, которые при исполнении должностных полномочий совершают деяние, при любых обстоятельствах рассматриваемое как преступное (например, получение взятки), не могут ссылаться на свой иммунитет в случае обычного уголовного разбирательства».³⁹

41. Необходимо обеспечить баланс между неприкосновенностью судей, как средством их защиты от давления и неправомерных действий со стороны органов власти и частных лиц (напр. неправомерное преследование, необоснованные, недобросовестные или явно беспочвенные жалобы), и тем фактом, что судьи не должны быть выше закона. В принципе, судьи должны пользоваться неприкосновенностью только при отправлении обязанностей в соответствии с законом. Если судьи совершают уголовные преступления при исполнении служебных полномочий, они не должны быть защищены от уголовной ответственности.⁴⁰ Если «противоправные деяния», упомянутые в статье 14 Конституционного закона, включают в себя определенные умышленные преступления, такие как взяточничество, коррупция, использование служебного положения в личных целях или другие схожие преступления, функциональный иммунитет не должен защищать судей от ответственности. Поэтому рекомендуется изъять слово «противоправные» из статьи

³⁸ См. п. 19 Заключение *amicus curiae* Венецианской комиссии об иммунитете судей для Конституционного суда Молдовы, CDL-AD(2013)008, от 11 марта 2013, принятое Венецианской комиссией на 94-м пленарной сессии (8-9 марта 2013 г.), на сайте: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2013\)008-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2013)008-e) (здесь и далее «Заключение *amicus curiae* Венецианской комиссии об иммунитете судей в Молдове (2013)»).

³⁹ См. п. 52 Заключения КЕСС № 3.

⁴⁰ См. п. 61 Доклада Венецианской комиссии о независимости судебной системы – Часть I: Независимость судей, который гласит, что: «[судьи] должны обладать функциональным – и только функциональным – иммунитетом (иммунитетом от преследования за действия, совершенные во время исполнения своих полномочий, за исключением умышленных преступлений, таких как взяточничество»; см. также п. 3 Заключения Венецианской комиссии по Конституции Российской Федерации, принятой всенародным голосованием 12 декабря 1993 г., глава 7: Правосудие, статьи с 118 по 129 (1994).

14 Конституционного закона, или, по крайней мере, пояснить его значение, которое довольно неоднозначно в настоящей редакции.

42. Согласно статье 11 Конвенции ООН против коррупции, которая была ратифицирована Кыргызской Республикой 16 сентября 2005 года, государства-участники обязуются принять «меры по укреплению честности и неподкупности судей и работников судебных органов и недопущению любых возможностей для коррупции среди них». В этом отношении заинтересованным лицам следует обсудить и решить, с учетом обстоятельств Кыргызской Республики, должен ли Конституционный закон специально исключать из сферы действия функционального иммунитета определенные виды умышленных преступлений (такие как взяточничество, коррупция или использование служебного положения в личных целях), как это недавно сделали в других странах (напр., в Молдове).⁴¹ Хотя это может иметь своего рода «охлаждающий эффект» на судей и верховенство закона, возможно, будет правильно отдельно выделить эти преступления,⁴² так как коррупция в государственном секторе, включая органы правосудия, представляет собой особую проблему в Кыргызской Республике.⁴³ Однако такую меру следует рассматривать только как часть инициатив в рамках продолжающейся полномасштабной реформы управления и борьбы с коррупцией, так как в соответствии с международным опытом, борьба с коррупцией неотделима от процесса реформы государственной власти и управления (замечания по процессуальным гарантиям в связи с коррупцией и относящимися к ней преступлениями см. также в п.п. 59-60 ниже). Следует отметить, что даже в случае сокращения материального объема функционального иммунитета (напр., путем явного исключения таких преступлений как взяточничество, коррупция или использование служебного положения в личных целях), процессуальные гарантии, описанные в п.п. 54-62 ниже, защищают судей от шантажа, связанного с якобы совершенными ими при исполнении служебных полномочий преступлениями, гарантируя, что Совет судей даст согласие на рассмотрение только достаточно обоснованных обвинений или жалоб.

43. Что касается уголовных преступлений, связанных с получением взяток, отмечается, что статьи 310 и 311 Уголовного кодекса соответственно посвящены получению взяток в форме вознаграждения или другим типам взяток. Однако Организация экономического сотрудничества и развития (здесь и далее «ОЭСР») пришла к заключению, что определения этих преступлений не соответствовали международным стандартам, ввиду того, что определение «должностное лицо» не включает в себя судей.⁴⁴ Что касается коррупционных правонарушений, согласно ОЭСР, определение коррупции, содержащееся в статье 303 Уголовного кодекса, отличается нечеткостью и неопределенностью, поэтому его никогда не используют.⁴⁵

⁴¹ См. Заключение *amicus curiae* Венецианской комиссии об иммунитете судей в Молдове (2013 г.).

⁴² См. п.п. 43-46 Заключение *amicus curiae* Венецианской комиссии об иммунитете судей для Конституционного суда Молдовы (2013). Конституционный суд Молдовы признал конституционной отмену необходимости получения согласия Высшего совета Магистратуры для возбуждения уголовного преследования в отношении судей в случае совершения коррупционных правонарушений (постановление от 5 сентября 2013 г., <http://www.constcourt.md/lib.php?l=en&idc=7&t=/Overview/Press-Service/News/&year=2013&month=9>).

⁴³ Согласно Индексу восприятия коррупции, представленному «Transparency International» в 2013 году, Кыргызская Республика занимает 150 место среди 177 стран в плане восприятия коррумпированности государственного сектора, <http://www.transparency.org/cpi2013/results>. Также см. стр. 34-35 и 37 Отчета ОЭСР по борьбе с коррупцией в странах с переходной экономикой: Кыргызская Республика (2005), на сайте http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/fighting-corruption-in-transition-economies-kyrgyz-republic-2005_9789264010840-en#page1.

⁴⁴ См. главу «Кыргызстан» в публикации ОЭСР «Криминализация взяточничества в странах Азии и Тихого океана» («Criminalisation of Bribery in Asia and the Pacific» (2011)), OECD Publishing, на сайте http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/the-criminalisation-of-bribery-in-asia-and-the-pacific/kyrgyzstan_9789264097445-28-en#page1.

⁴⁵ Там же, стр. 299. Также см. стр. 51 публикации ОЭСР «Антикоррупционные реформы в Восточной Европе и Центральной Азии; прогресс и вызовы», 2009-2013, на сайте <http://www.keepeek.com/Digital->

Авторам проекта изменений следует изучить рекомендации ОЭСР в этом отношении и обсудить возможность внесения поправок в Уголовный кодекс.⁴⁶

44. Статья 328 Уголовного кодекса предусматривает уголовную ответственность за «вынесение заведомо неправосудного приговора, решения или иного судебного акта» судьей. В проекте изменений к данной статье также предусмотрено новоеотячающее вину обстоятельство, когда действия судьи влекут за собой «незаконное лишение права собственности». Таким образом, статья 328 Уголовного кодекса предусматривает уголовную ответственность судей, напрямую связанную с самим выполнением судьями их полномочий.

45. Притом, что несколько стран также ввели ответственность за подобные преступления,⁴⁷ договорные органы ООН в области прав человека неоднократно выражали озабоченность в связи с правовыми нормами, направленными на привлечение судей к ответственности за вынесение «неправосудных решений», которые ставят под угрозу независимость судебной системы.⁴⁸

46. Кроме того, формулировка статьи 328 Уголовного кодекса содержит неясности, что, в первую очередь, касается понятия «неправосудный», и в конкретных ситуациях может интерпретироваться, так, чтобы ослабить внутреннюю независимость судей. Например, ситуация, когда судья намеренно отступает от существующего прецедентного права, может быть квалифицирована как «неправосудное» действие и, следовательно, может подпасть под действие такой нормы, даже если это отступление является частью процессуальной независимости судьи при принятии решения по делу. Суть обязанностей судьи состоит в том, чтобы самостоятельно интерпретировать правовые нормы, и тот факт, что судья намеренно отступает от существующего прецедентного права, не должен давать оснований для уголовных санкций. Рекомендация CM/Rec(2010)12 гласит, что «толкование закона, оценка фактов или взвешивание доказательств судьями с целью принятия решений на должны влечь за собой уголовную ответственность за исключением случаев преднамеренной или грубой небрежности».⁴⁹ Кроме того, неясно, затрагивает ли статья 328 Уголовного кодекса только сам вердикт или также и наказание (напр., если оправдательный приговор был явно/без сомнения противоправным или необоснованно мягким), и это необходимо прояснить.

47. Понятие справедливого суда подразумевает гарантию справедливого и открытого слушания дела. Справедливость судебного разбирательства подразумевает отсутствие любого прямого или косвенного влияния, давления, угроз

[Asset-Management/oecd/governance/anti-corruption-reforms-in-eastern-europe-and-central-asia_9789264201903-en#page1](http://www.oecd.org/governance/anti-corruption-reforms-in-eastern-europe-and-central-asia_9789264201903-en#page1): «Согласно Отчету о втором раунде мониторинга [по выполнению Стамбульского плана действий], [коррупционное правонарушение] [...] противоречит принципу правовой определенности, являющемуся элементом принципа верховенства закона».

⁴⁶ Там же, стр. 307.

⁴⁷ См. например, Статья 446 Уголовного кодекса Испании (Código Penal), которая предусматривает уголовное наказание для «судьи или магистрата, которые выносят заведомо неправосудный приговор или постановление». См. также статью 352 Уголовного кодекса Армении (Вынесение заведомо неправосудного приговора, решения суда или иного судебного акта) и Статью 375 Уголовного кодекса Украины (Постановление судьей заведомо неправосудного решения).

⁴⁸ См. п. 17 Заключительных замечаний Комитета против пыток относительно Третьего периодического отчета Армении (2012) на сайте http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2fC%2fARM%2fCO%2f3&Lang=en. См. также п. 8 Заключительных замечаний Комитета по правам человека относительно Второго периодического отчета Корейской Народно-Демократической Республики (2001), CCPR/CO/72/PRK, на сайте <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/443/78/PDF/G0144378.pdf?OpenElement>; п. 10 Заключительных замечаний Комитета по правам человека относительно Вьетнама (2002), а также относительно Узбекистана (2001), п. 14, CCPR/CO/71/UZB, на сайте [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.CO.71.UZB.En?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.CO.71.UZB.En?Opendocument).

⁴⁹ См. п. 68 Рекомендации CE CM/Rec(2010)12 Комитета министров CE.

или вмешательства.⁵⁰ В этом смысле, опасение перед возможным преследованием на основании статьи 328 Уголовного кодекса может оказать косвенное давление на судей. По этой причине и с учетом опасений, высказанных по этому поводу договорными органами ООН в области прав человека, рекомендуется полностью изъять такое правонарушение. По крайней мере, авторам проекта необходимо, следуя формулировке Рекомендации CM/Rec(2010)12, перефразировать данное положение, с тем, чтобы пояснить, что оно относится только к деяниям, совершенным со злым умыслом, поскольку, если это не результат неточного перевода, существующая формулировка статьи 328 Уголовного кодекса («заведомо неправосудный») не соответствует понятию злого умысла. Также следует дать более четкое определение составных элементов уголовного преступления, напр. указав, что оно совершается злонамеренно с целью получения выгоды или причинения ущерба участнику процесса. Если авторы законопроекта вместо этого решат рассматривать такое поведение в свете гражданского или дисциплинарного производства, также возникнет необходимость в изменении формулировки, так как гражданская или дисциплинарная ответственность в подобных делах также должна наступать только в случаях преднамеренной или грубой небрежности.⁵¹

48. Кроме того, в проекте изменений к статье 328 Уголовного кодекса есть примечание, согласно которому «не допускается возбуждение уголовного дела в отношении судьи, если вышестоящим судом не отменен судебный акт». В принципе, лицо может понести уголовную ответственность при наличии в его/ее действиях составных элементов уголовного преступления, в том виде, в котором они определены законом, что обычно требует наличия преступного акта (*actus reus* – здесь «вынесение неправосудного приговора») в сочетании с определенной формой намерения (*mens rea* – здесь «заведомо»). Фактически, эти составные элементы могут присутствовать независимо от того, было ли отменено судебное решение, что может иметь различные основания, необязательно связанные с самим уголовным преступлением. Составные элементы преступления могут также присутствовать независимо от того, что решение не было отменено. Возможная уголовная ответственность судьи за «заведомо неправосудный приговор» и результат апелляционного производства – это два разных вопроса, которые не следует смешивать. Если цель вышеуказанного примечания состоит в том, чтобы защитить судей, для ее достижения лучше было бы дать более четкое определение составных элементов преступления, как рекомендовано в п. 45 выше. Помимо этого, данное примечание дает основание для недопустимости иска, однако его правовой эффект представляется неясным, если такое основание для неприемлемости иска не предусмотрено самим Уголовно-процессуальным кодексом.

49. Статья 14 Конституционного закона не предусматривает личный иммунитет судей от гражданских исков за финансовый ущерб, причиненный в результате неправильных действий или упущений, имевших место при осуществлении ими своих судебных функций⁵². Необходимо внести в данную статью соответствующие

⁵⁰ См. п. 25 Замечания общего порядка Комитета по правам человека № 32.

⁵¹ См. п. 66 Рекомендации CM/Rec(2010)12 Комитета министров СЕ: «Толкование закона, оценка фактов или взвешивание доказательств судьями с целью принятия решений на должны влечь за собой уголовную ответственность за исключением случаев преднамеренной или грубой небрежности». См. также Совместное заключение БДИПЧ ОБСЕ и Венецианской комиссии по поводу Конституционного закона «О судебной системе и статусе судей Казахстана», согласно которому «дисциплинарное производство должно осуществляться в случае грубого и непростительного нарушения профессиональных функций, но не должно распространяться на различия в юридическом толковании закона или судебные ошибки».

⁵² См. п. 16 Основных принципов, касающихся независимости судебных органов, который гласит, что «без ущерба для какой-либо дисциплинарной процедуры или какого-либо права на апелляцию или компенсацию со стороны государства в соответствии с национальными законами, судьям следует пользоваться личным иммунитетом от судебного преследования за финансовый ущерб, причиненный в результате неправильных действий или упущений, имевших место при осуществлении ими своих судебных функций».

дополнения. Кроме того, в Уголовном кодексе необходимо особо упомянуть неприемлемость подобных исков, если это еще сделано.

50. И, наконец, не находясь при исполнении своих должностных полномочий, судьи должны подлежать такой же гражданской, уголовной и административной ответственности, что и остальные граждане,⁵³ хотя можно предусмотреть определенные процессуальные гарантии для защиты судей от необоснованных или ложных, а также сутяжнических обвинений или жалоб, которые выдвигаются с целью оказания давления (см. п.п. 54-62 о процессуальных гарантиях ниже). Формулировку статьи 14 можно дополнить соответствующим образом.

3.2. Сроки действия иммунитета судей

51. Предлагаемые изменения к части 2 статьи 14 Конституционного закона увеличивают сроки действия функционального иммунитета судей от административной и уголовной ответственности, охватывая срок после прекращения полномочий судьи и освобождения от должности судьи. С учетом комментариев относительно «противоправных деяний», представленных в пунктах 39-41 выше, можно поприветствовать тот факт, что функциональный иммунитет распространяется на срок после прекращения полномочий судьи, давая дополнительную гарантию защиты.

52. Однако предлагаемая поправка не проводит различий между случаями, связанными с прекращением полномочий (предположительно, случаями добровольной отставки, ухода на пенсию или отставки по причинам, связанным со здоровьем) и другими случаями освобождения от должности. Тем самым, указанная поправка до некоторой степени противоречит части 1 статьи 27 Конституционного закона, которая предусматривает сохранение иммунитета судьи только в случае отставки. Разработчикам проекта следует обсудить сферу действия *ratione personae* функционального иммунитета судей. Кроме того, необходимо согласовать формулировки этих двух положений с целью достижения соответствия.

53. Следует также отметить необходимость увеличить срок действия личного иммунитета судей от гражданских исков, если в закон будет включено дополнительное положение в отношении этой формы иммунитета (см. п. 49 выше).

3.3 Процессуальные гарантии для защиты независимости судей

54. Специальный докладчик ООН по вопросу независимости судей и адвокатов считает, что процедура лишения судьи иммунитета «должна быть прописана в законе очень подробно и направлена на укрепление независимости судебной системы».⁵⁴

55. Согласно рекомендациям КЕСС, следует предусмотреть процессуальные гарантии во избежание ложных обвинений или сутяжнических исков в отношении судей. Например, в такой стране как Кыргызская Республика, где уголовное расследование или судебное разбирательство может быть возбуждено по требованию отдельного лица,

⁵³ См. п. 71 Рекомендации CM/Rec(2010)12 Комитета министров СЕ, согласно которой «не находясь при исполнении своих должностных полномочий, судьи подлежат такой же гражданской, уголовной и административной ответственности, что и остальные граждане». См. также п. 75 Заключения №3 КЕСС: «i) судьи подлежат уголовной ответственности по уголовному законодательству за правонарушения, которые были совершены ими не при исполнении ими своих судебных обязанностей; ii) уголовная ответственность не должна применяться, если судьи совершили неумышленное нарушение при осуществлении должностных полномочий». Также см. п. 53 Заключения *amicus curiae* Венецианской комиссии об иммунитете судей в Молдове (2013).

⁵⁴ См. п.п. 66-67 Ежегодного доклада Специального докладчика Совета ООН по вопросу независимости судей и адвокатов, A/HRC/11/41, 24 марта 2009 г., на сайте: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/125/63/PDF/G0912563.pdf?OpenElement>.

«должен быть механизм предотвращения или прекращения такого уголовного расследования или судебного разбирательства [...] в тех случаях, когда отсутствуют надлежащие основания для признания уголовной ответственности судьи».⁵⁵ В Заключении *amicus curiae* Венецианской комиссии об иммунитете судей в Молдове (2013) также отмечается, что необходимость сохранения процессуальных гарантий до лишения судьи иммунитета перед возбуждением уголовного преследования, зависит от ситуации в каждой отдельной стране, а также от наличия возможности выдвижения необоснованных обвинений в отношении судей.⁵⁶

56. Часть 1 статьи 14 Конституционного закона запрещает использование в отношении судьи принудительных мер (напр. арест, обыск), за исключением случаев *in flagrante delicto*, вне зависимости от типа инкриминируемого преступления. Иммунитет не распространяется на определенные деяния, совершенные во время исполнения служебных полномочий (т.е. функциональный иммунитет). Неясно, почему принудительные меры должны быть ограничены в том случае, если судья подозревается в совершении «обычного» преступления. Также неясно, кто должен санкционировать арест или обыск (предположительно, это делает Совет судей). Этот момент необходимо отдельно указать в части 1 статьи 14 Конституционного закона.

57. Статью 14 Конституционного закона, посвященную вопросу неприкосновенности судьи, следует рассматривать во взаимосвязи со статьей 30 этого же закона, которая предусматривает определенные механизмы правовых гарантий. С одной стороны, решение о возбуждении уголовного дела в отношении судьи принимается исключительно Генеральным прокурором (без права делегировать эти полномочия) (часть 1), а с другой стороны, решение о привлечении судьи к уголовной ответственности (часть 2) или административной ответственности (часть 3) принимается Генеральным прокурором с согласия Совета судей.

58. Прежде всего, необходимо поприветствовать тот факт, что согласно предлагаемым изменениям, из Конституционного закона изымаются положения, позволяющие Генеральному прокурору делегировать свои полномочия. Можно возразить, что предоставление Генеральному прокурору эксклюзивного права возбуждать уголовное дело против судьи может дать отдельному органу право единолично решать судьбу судьи, тем самым, ставя под угрозу его/ее независимость. С другой стороны, это можно рассматривать как одну из правовых гарантий независимости судей, так как согласно этому положению, возбуждение уголовного дела против судьи относится к исключительной компетенции высшего прокурорского органа, что, теоретически, должно снизить риск злоупотребления властью прокурорскими органами более низкого уровня. Для того чтобы предотвратить злоупотребления в этой сфере,⁵⁷ правила и процедуры, относящиеся к подотчетности и ответственности Генерального прокурора, должны предусматривать специальный механизм для обеспечения ответственности Генерального прокурора за выполнение им/ею своих полномочий и предотвращение злоупотребления этими полномочиями.⁵⁸

59. Законодателям также необходимо решить вопрос о том, следует ли предусмотреть исключения из процессуальных гарантий. Согласно результатам исследования, советы судей иногда отказываются лишать судью иммунитета, то есть не дают согласие на возбуждение уголовных дел против своих коллег, что может иметь губительные

⁵⁵ См. п. 54 Заключения №3 КСЕС.

⁵⁶ См. п.п. 26-27 Заключения *amicus curiae* Венецианской комиссии об иммунитете судей в Молдове (2013).

⁵⁷ См. озабоченность, выраженную в этой связи в Отчете о втором раунде мониторинга по выполнению Стамбульского плана действий по борьбе с коррупцией для Кыргызстана на сайте: <http://www.oecd.org/corruption/acn/49882439.pdf>.

⁵⁸ См. п. 120 Ежегодного доклада Специального докладчика Совета ООН по вопросу независимости судей и адвокатов за 2012 год, A/HRC/20/19, 7 июня 2012 года, на сайте: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A.HRC.20.19_En.pdf.

последствия для репутации всего судебского корпуса.⁵⁹ Один из способов предотвращения этой ситуации может заключаться в том, чтобы включить в состав Совета судей больше членов, не являющихся представителями судебского корпуса. Это могло бы снизить риск защиты собственных интересов и nepотизма⁶⁰ со стороны членов совета, а также предотвратить ситуацию, в которой судьи, уличенные во взяточничестве или коррупции, получают защиту от уголовного преследования.

60. Группа государств Совета Европы по борьбе с коррупцией (GRECO) также отмечает, что процессуальный иммунитет (правовые гарантии) иногда «создает серьезные проблемы в плане эффективности борьбы с коррупцией».⁶¹ Поэтому заинтересованным сторонам следует обсудить вопрос о том, стоит ли отменять требование о необходимости предварительного согласия Совета судей для возбуждения уголовного дела в случае некоторых особых видов преступлений, таких как взяточничество, коррупция или использование служебного положения в личных целях. Можно внести в статью 30 Конституционного закона соответствующие изменения, заявив, что в случае совершения упомянутых преступлений, согласие Совета судей не требуется (см. также п.п. 42-43 выше). В части 5 статьи 30, напротив, следует указать, что согласие Совета судей необходимо, когда против судьи выдвигаются обвинения во взяточничестве, коррупции или использование служебного положения в личных целях, если только Совет судей не признает, что жалоба явно необоснованна (в соответствии с основанием и порядком принятия решения, определяемыми Советом судей). Решение Совета судей об отказе в даче согласия также должно подлежать обжалованию.

61. С целью предупреждения злоупотреблений, в качестве дополнительной гарантии защиты можно добавить отягчающие вину обстоятельства к следующим уголовным преступлениям, совершенным в отношении судьи: «заведомо ложный донос» (статья 329 Уголовного кодекса) и/или «заведомо ложные показания, заключение эксперта, специалиста или неправильный перевод» (статья 330 Уголовного кодекса).

62. Согласно предлагаемой редакции части 5 статьи 30, основание и порядок принятия решения о даче согласия либо об отказе в даче согласия на привлечение судьи к уголовной или административной ответственности, налагаемой в судебном порядке, определяется Советом судей. Хотя Конституционный закон не может предусмотреть все детали и особенности, с учетом значения этого вопроса для независимости судебной системы, было бы желательно включить в закон хотя бы общие принципы. В Конституционном законе можно отдельно указать ситуации, в которых следует отказ в даче согласия (напр., когда разбирательство относится к факту, связанному с исполнением судебных полномочий, см. п.п. 35-36 выше), или ситуации, в которых должно быть принято решение о даче согласия, если жалоба не признана явно необоснованной (см. п. 60 выше), либо ситуации, когда судья застигнут на месте совершения преступления, согласно статье 14 Конституционного закона.

4. Соразмерность дисциплинарных санкций

⁵⁹ См. п. 24 Заключения *amicus curiae* Венецианской комиссии об иммунитете судей в Молдове (2013), содержащее ссылку на «Глобальный отчет о коррупции», опубликованный Transparency International в 2007 г., стр. 280.

⁶⁰ См. п. 7 Рекомендаций Киевской конференции БДИПЧ ОБСЕ: «Помимо значительного числа представителей судебского сообщества, избираемых самими судьями, в состав советов могут входить преподаватели права и, желательно, представители адвокатуры, для продвижения принципов прозрачности и широкого представительства». Также см. п. 16 Заключения №10 (2007) КЕС «О совете судебной власти на службе общества»: «Совет судебной власти может состоять только из судей или иметь смешанный состав, включающий как судей, так и представителей, не связанных с судебским корпусом. В обоих случаях членам Совета следует избегать своекорыстия, защиты собственных интересов и nepотизма».

⁶¹ См. стр. 41 тематической статьи организации GRECO «Immunities of Public Officials as Possible Obstacles in the Fight Against Corruption» (2005) на сайте: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/general/Compendium_Thematic_Articles_EN.pdf.

63. Предлагаемые изменения к статье 28 Конституционного закона предусматривают только два вида мер дисциплинарного взыскания : замечание и досрочное освобождение от должности.

64. Как правило, наличие разумного количества возможных санкций способствует соблюдению принципа соразмерности при принятии компетентным органом решения о выборе меры дисциплинарной ответственности. С этой точки зрения авторам проекта следует рассмотреть возможность внесения в статью 28 Конституционного закона других возможных мер дисциплинарного взыскания по примеру большинства государств. Эти меры могут включать в себя, например, понижение или смещение в должности, приостановление продвижения по службе, лишение почетных привилегий, определенных в статье 27 Конституционного закона, лишение права ведения дел, перевод на другую судебскую должность⁶² (в последнем случае необходимо будет внести соответствующие изменения в статью 23 Конституционного закона). Среди других санкций может быть временное отстранение от должности, а также досрочное освобождение от должности с сохранением пенсионных льгот или без них.

65. Можно приветствовать тот факт, что в части 2 статьи 28 Конституционного закона четко указаны критерии, которые Совет судей должен учитывать при выборе меры дисциплинарного взыскания. Эти критерии включают в себя состав и характер проступка, его последствия, форму вины судьи, а также отягчающие или смягчающие вину обстоятельства, которые определяются Советом судей. Теоретически, эти критерии должны были бы служить полезным ориентиром для применения санкций соразмерно совершенному проступку, если бы количество мер дисциплинарного взыскания не ограничивалось двумя санкциями. Кроме того, один из критериев, а именно, «форма вины судьи», неясен. Он может подразумевать характер ответственности, т.е. административная, уголовная или гражданская, либо характер деяния, т.е. намеренное, злоумышленное или грубая небрежность. Рекомендуется внести в данное положение пояснения в связи с этим вопросом.

66. Кроме того, формулировку предлагаемых изменений части 2 статьи 28 Конституционного закона можно усовершенствовать, отдельно упомянув в ней принцип соразмерности, например, четко указав, что меры дисциплинарного взыскания должны быть соразмерны серьезности совершенного дисциплинарного проступка.

67. Следует отметить как положительный факт то, что в предлагаемой редакции части 5 статьи 28 Конституционного закона досрочное освобождение судей от занимаемой должности упомянуто в качестве крайней меры, применяемой за «систематическое либо грубое нарушение требований о безупречном поведении судей». Похвально, что такой принцип отдельно закреплен в Конституционном законе, так как, согласно международным нормам, несменяемость судей является основой независимости судебной системы, и освобождение от должности, в качестве меры дисциплинарного взыскания, должно применяться лишь в самых серьезных случаях.⁶³

⁶² См. п. 52 Рекомендации CM/Rec(2010)12 Комитета министров Совета Европы, согласно которой, «судью нельзя назначать или переводить на другую судебскую должность без его согласия, за исключением случаев дисциплинарного взыскания или реформирования судебного органа».

⁶³ См. п. 20 Замечания общего порядка №32 КПЧ, согласно которому, «полномочия судей могут быть прекращены только по серьезным основаниям ненадлежащего поведения или некомпетентности в соответствии со справедливыми процедурами, обеспечивающими объективность и беспристрастность, и установленными в конституции или законе». См. также п. 18 Основных принципов ООН, касающихся независимости судей, согласно которому, «судьи могут быть временно отстранены от должности или уволены только по причине их неспособности выполнять свои обязанности или поведения, делающего их несоответствующими занимаемой должности»; см. п. 66 Доклада Специального докладчика ООН по вопросу независимости судей и адвокатов, 24 марта 2009 г., A/HRC/11/41, на сайте: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/11session/A.HRC.11.41_en.pdf, согласно которому, «принцип несменяемости может быть нарушен лишь в исключительных обстоятельствах»; также см. для справки п. 50 Рекомендации CM/Rec(2010)12 Комитета министров СЕ, согласно которому, «прекращение постоянных

Также следует поприветствовать попытку пояснить в предлагаемом проекте изменений термины «систематический» (три дисциплинарных проступка в год) и «грубый» (однократное серьезное нарушение требований, предусмотренных частью 1 статьи 5-1 Конституционного закона). Однако замечания, высказанные ранее в связи с упоминанием Кодекса чести судьи и непредсказуемостью некоторых положений части 1 статьи 5-1 (см. п.п. 21-32 выше), остаются в силе.

68. Статья 26 Конституционного закона предусматривает двенадцать оснований для досрочного освобождения судьи с занимаемой должности. Однако эти основания сильно отличаются друг от друга по своему характеру. В данном положении досрочное прекращение полномочий в связи с дисциплинарным или уголовным преступлением не отделено от досрочного прекращения полномочий в связи с добровольной отставкой, переходом на другую работу во внесудебной сфере, выходом на пенсию или отставкой по состоянию здоровья. Было бы желательно объединить эти разные категории оснований для досрочного прекращения полномочий в отдельные группы, так как они должны вести к разным последствиям в зависимости от своего характера. Например, досрочное прекращение полномочий с сохранением почетного звания судьи и определенных льгот, таких как личная неприкосновенность и принадлежность к судейскому сообществу (а также пенсионных льгот), в соответствии с частью 1 статьи 27 Конституционного закона, как правило, происходит в случае добровольной отставки или невозможности исполнять судейские функции по состоянию здоровья, что подтверждено медицинским заключением.

69. С другой стороны, досрочное прекращение полномочий на основании определенных объективных критериев, но с сохранением определенных привилегий (напр. пенсионных льгот и функционального иммунитета), как правило, происходит в связи со вступлением в политическую партию или выдвижением в качестве кандидата на политическую должность, переводом на другую работу, не связанную с отправлением правосудия, либо отказом судьи местного суда от перевода в другой местный суд на основании, указанном в пункте 2 части 1 статьи 23 Конституционного закона.

70. В заключение необходимо отметить, что в некоторых ситуациях Дисциплинарной комиссии следует тщательно изучить конкретный случай с тем, чтобы оценить, к примеру, имели ли место систематические или грубые нарушения тех или иных положений Конституционного закона, и определить необходимую меру дисциплинарного взыскания. Было бы желательно включить такие разграничения в статью 26 Конституционного закона, так как это способствовало бы надлежащему применению принципа соразмерности.

5. Состав Дисциплинарной комиссии, выдвижение кандидатов и отбор ее членов

5.1. Требования по обеспечению гендерного баланса

71. В первую очередь, БДИПЧ ОБСЕ и Венецианская комиссия приветствуют искреннее стремление добиться определенного уровня сбалансированного представительства обоих полов в составе Дисциплинарной комиссии. Эта цель соответствует принципам Пекинской платформы действий, которая призывает государства стремиться к гендерному балансу в судебной системе,⁶⁴ а также

полномочий возможно лишь в случаях серьезных нарушении норм дисциплинарной или уголовной ответственности, установленных законом».

⁶⁴ См. п. 190 Стратегической цели G.1. Пекинской платформы действия, которая призывает правительства «поставить цель достижения равного представительства женщин и мужчин в правительственных органах и комитетах, равно как и государственно-административных образованиях, и в судебных инстанциях», Глава I доклада Четвертой всемирной конференции по положению женщин,

Рекомендациям Киевской конференции БДИПЧ ОБСЕ⁶⁵ и практике правового государства.⁶⁶ В то же время, для того чтобы предпринимаемые меры были эффективными и полностью соответствовали международным стандартам, их необходимо немного скорректировать и дополнить, к примеру, в плане предлагаемого соотношения полов, а также механизмов по обеспечению соответствия международным стандартам. Также следует отметить необходимость поддерживать повышение представительства меньшинств в судебном сообществе.⁶⁷

72. Притом, что данное положение является положительной мерой, указанное соотношение относится к цели достижения 30-процентного представительства женщин в руководстве, которая была установлена Экономическим и социальным советом ООН (здесь и далее «ЭКОСОС») на 1995 год.⁶⁸ Так как в новой статье 29-1 Конституционного закона порог гендерного представительства не превышает 70% лиц одного пола (т.е. не более шести из девяти членов), это не способствует принятию мер для улучшения существующего ныне 30-процентного гендерного баланса, что может привести к образованию так называемого «стеклянного потолка» для представителей недостаточно представленного пола. Существующий в этой сфере опыт показывает, что определенные задачи и цели с четко установленными сроками достижения являются важным инструментом, гарантирующим необходимые результаты.⁶⁹ Соответственно, заинтересованным сторонам следует задуматься над необходимостью установления сроков снижения порога в 70% для создания соответствующих стимулов, чтобы со временем достичь более сбалансированного представительства обоих полов в составе Дисциплинарной комиссии. Этого можно добиться, указав в части 1 статьи 29-1, что к определенному сроку максимальный порог гендерного представительства должен быть равен пяти членам одного пола из девяти.

73. Кроме того, введение такого целевого показателя не даст желаемого результата без включения требований о достижении гендерного баланса в процесс выдвижения кандидатов, а также в соответствующие правила и процедуры, регулирующие процессы выбора (Советом судей), жеребьевки (для представителей гражданского общества) и назначения (Жогорку Кенешем и Президентом) членов Дисциплинарной комиссии.⁷⁰ Это можно осуществить, к примеру, путем выдвижения одного кандидата

Пекин, 4-15 сентября 1995 г. (A/CONF.177/20 and Add.1), на сайте: <http://www.un.org/esa/gopher-data/conf/fwcw/off/a--20.en>.

⁶⁵ См. п. 24 Рекомендаций Киевской конференции БДИПЧ ОБСЕ, согласно которому: «В целом представляется желательным, чтобы состав судебного сообщества отражал состав общества в целом».

⁶⁶ См. п. 81 «Об адекватном представительстве женщин в судебных органах» годового отчета Специального докладчика ООН по вопросу о независимости судей и адвокатов за 2011 год на сайте: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/130/15/PDF/G1113015.pdf?OpenElement>.

⁶⁷ См. п. 24 Рекомендаций Киевской конференции БДИПЧ ОБСЕ.

⁶⁸ Рекомендация VI Резолюции E/RES/1990/15 Экономического и социального Совета ООН, принятой 24 мая 1990 г. на сайте: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NR0/765/31/IMG/NR076531.pdf?OpenElement> (стр. 22). Следует отметить, что Парламентская ассамблея Совета Европы устанавливает более высокие целевые показатели для своих членов, а именно, государства-члены обязаны обеспечить, как минимум, 40-процентное представительство мужчин или женщин в процессе принятия политических или общественных решений – См. вступительную часть Приложения к Рекомендации CM/Rec(2003)3 Комитета министров ЕС государствам-членам о сбалансированном представительстве женщин и мужчин в процессе принятия политических и общественных решений, принятого 30 апреля 2002 г. (здесь и далее «Рекомендация CM/Rec(2003)3 Комитета министров ЕС», на сайте: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2229>). См. также п. 6.1 Резолюции 1489 (2006) Парламентской ассамблеи Совета Европы, о механизмах, гарантирующих участие женщин в процессе принятия решений, принятой 17 марта 2006, на сайте: http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta06/ERES1489.htm#P16_112.

⁶⁹ См. например, п. VI Пояснительной записки к рекомендации Rec (2003)3 Комитета министров Совета Европы.

⁷⁰ Вопросы выдвижения и избрания судей в международные судебные органы см. в Документе №4 «О выдвижении и избрании судей», материалы Международного уголовного суда, автор: Тордис Ингадоттир (июнь 2002 г.), на сайте http://www.pict-pecti.org/publications/ICC_paprs/election.pdf.

каждого пола (кандидатов, выдвигаемых собранием судей соответствующих судов, и кандидатов от гражданского общества),⁷¹ адаптации способов голосования⁷², процессов жеребьевки⁷³ и назначения кандидатов (соответственно Жогорку Кенешем и Президентом)⁷⁴ с целью достижения гендерного баланса в составе комиссии, а также соблюдения гендерного баланса при составлении резервного списка.⁷⁵ Так как в некоторых обстоятельствах может не существовать возможности выдвижения двух кандидатов разных полов, либо кандидат одного из полов может отказаться от участия, необходимо предусмотреть исключение из данного положения при определенных обстоятельствах.

74. В заключение необходимо отметить, что в Конституционном законе нет положений, относящихся к условиям, при которых может быть нарушен гендерный целевой показатель.⁷⁶ С целью обеспечения эффективности статьи 29-1 Конституционного закона, авторам проекта изменений следует внести дополнения в данное положение, указав, при каких условиях может быть нарушен показатель гендерного баланса.⁷⁷

75. Несмотря на отсутствие необходимости подробно описывать все вышесказанное в Конституционном законе, по крайней мере, следует четко обозначить в новой статье 29-1 данного закона главный принцип, согласно которому, выдвижение кандидатов, а также правила и процедуры избрания членов комиссии от судейского корпуса и назначения представителей гражданского общества (соответственно, путем жеребьевки и назначения Жогорку Кенешем или Президентом) должны соответствовать гендерным требованиям, обозначенным в части 1 статьи 29-1

⁷¹ К примеру, в некоторых странах, при выдвижения кандидатов, общественные органы или организации обязаны предлагать двух кандидатов разных полов (напр., в Дании, Приложение IV к Пояснительной записке к Рекомендации CM/Rec(2003)3 Комитета министров СЕ.

⁷² Например, установив, что каждый из принимающий участие в голосовании членов Совета судей обязан проголосовать, по крайней мере, за одного из двух кандидатов из списка А (кандидаты одного пола) и двух кандидатов из списка В (кандидаты другого пола), а также за пятого кандидата из одного из двух списков.

⁷³ К примеру, для того, чтобы обеспечить соответствие показателям гендерного баланса для представителей от гражданского общества, можно проводить жеребьевку отдельно для кандидатов каждого пола.

⁷⁴ См. п. 8 Резолюции Генеральной ассамблеи ООН от 19 марта 2012 г. на сайте http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/130&Lang=E. Резолюция призывает государства «назначать женщин на государственные должности всех уровней, в том числе, при необходимости, в органах, ответственных за разработку конституционных, избирательных, политических или институциональных реформ». Также см. п.п. 9-10 Приложения к Рекомендации CM/Rec(2003)3 Комитета министров СЕ. Если в будущем авторы проекта сочтут необходимым понизить порог до пяти членов одного пола из девяти (в соответствии с рекомендацией, представленной в п. 67 Совместного заключения), назначение членов комиссии Жогорку Кенешем можно будет производить уже выбора членов комиссии Советом судей среди представителей судейского корпуса, а также жеребьевки для представителей гражданского общества. После Жогорку Кенеша назначение будет производить Президент, в соответствии с требованиями обеспечения гендерного баланса, указанными в части 1 статьи 29-1 Конституционного закона.

⁷⁵ Например, в правилах, регулирующих процесс назначения, следует указать, что новый член комиссии из резервного списка должен быть того же пола, что и его/ее предшественник.

⁷⁶ См. п. 39 Доклада Рабочей группы ООН за 2013 год по вопросу о дискриминации в отношении женщин в законодательстве и на практике (A/HRC/23/50), принятого 19 апреля 2013 года, на сайте: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A.HRC.23.50_EN.pdf. В докладе затрагивается другая, имеющая отношение к данному вопросу тема. Согласно указанному пункту доклада, «наиболее эффективно квоты действуют, когда они сопровождаются санкциями и пристальным мониторингом со стороны учитывающих гендерные аспекты независимых органов».

⁷⁷ В разных странах существуют различные подходы к этому вопросу. Например, согласно проекту закона «О равноправии мужчин и женщин», который рассматривается парламентом Франции, назначения членов исполнительных комитетов административных органов должны быть отменены в случае нарушения гендерного баланса (за исключением назначения членов из числа недостаточно представленного пола); в то же время, отмена назначения не означает отмены решений, которые уже были приняты указанным органом; см. проекту закона «О равноправии мужчин и женщин» на сайте: <http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pj12-717-ei/pj12-717-ei.html>.

Конституционного закона, и должны быть определены в постановлении Совета судей. Нормативный акт более низкого уровня, который будет принят Советом судей, может содержать более подробное описание данных правил и процедур и использовать некоторые из способов, описанных в п. 73 ниже. Проект изменений к статьям 9 и 10-1 закона «Об органах судейского самоуправления» также следует дополнить, отдельно указав, что избрание представителей судейского корпуса членами Совета судей, а также способы жеребьевки, определенные Советом судей, должны соответствовать требованиям гендерного баланса.

5.2. Процесс выдвижения и отбора членов Дисциплинарной комиссии

76. Новая статья 29-1 Конституционного закона определяет состав Дисциплинарной комиссии (четверо судей и четверо представителей гражданского общества). Такой состав заслуживает одобрения, так как он должен способствовать прозрачности работы комиссии и участию общественности в дисциплинарных разбирательствах, а также предупреждению возникновения судейского корпоративизма.⁷⁸ Кроме того, согласно части 3 статьи 29-1 Конституционного закона, в состав Дисциплинарной комиссии не должны входить члены Совета судей, Совета по отбору судей и депутаты Жогорку Кенеша, что является еще одной гарантией независимости и беспристрастности,⁷⁹ и представляет собой положительное нововведение.

77. Что касается предложений по представителям судебной власти в состав Дисциплинарной комиссии, которые вносятся собранием судей, в части 4 статьи 29-1 необходимо отдельно указать, что выдвижение кандидатов должно осуществляться путем тайного голосования. Необходимо соответствующим образом изменить часть 3 статьи 10-1 Закона «Об органах судейского самоуправления».

78. Как указано в п. 73 выше, было бы желательно предусмотреть в законе выдвижение по одному кандидату каждого пола и соответствующим образом скорректировать проект изменений к части 3 статьи 10-1 Закона «Об органах судейского самоуправления».

79. Судьи-члены Дисциплинарной комиссии должны избираться Советом судей среди кандидатов, номинированных собраниями судей различных судов. Среди номинированных кандидатов может быть один судья Верховного суда и Конституционной палаты Верховного суда. Выборы в Совете судей также должны проводиться путем тайного голосования, поэтому, рекомендуется внести соответствующие дополнения в часть 4 статьи 29-1 Конституционного закона.

80. Согласно предлагаемой редакции части 5 статьи 29-1 Конституционного закона, кандидаты в члены Дисциплинарной комиссии от гражданского общества выдвигаются путем жеребьевки от учебных и научных учреждений, адвокатуры и других некоммерческих организаций, за исключением политических партий. Хотя система жеребьевки может предотвратить факты политизации, коррупции и/или частных соглашений относительно состава Дисциплинарной комиссии, такой механизм не всегда может гарантировать отбор лучших кандидатов в плане их ценных качеств и заслуг. Предпочтительнее было бы провести конкурсный отбор кандидатов на основе принципов честности, профессионализма и прозрачности,⁸⁰ однако это также зависит от ситуации в стране. Во время встреч в Бишкеке отмечалось, что такой механизм может, до некоторой

⁷⁸ См. п. 9 Рекомендаций Киевской конференции БДИПЧ ОБСЕ.

⁷⁹ Там же.

⁸⁰ 58 Совместного заключения БДИПЧ ОБСЕ, Директората по правам человека и Венецианской комиссии по законопроекту о дисциплинарной ответственности судей Республики Молдова от 24 марта 2014 г., принятого Венецианской комиссией на 98-й пленарной сессии (21-22 марта 2014 г.), на сайте: http://www.legislationline.org/download/action/download/id/5196/file/Joint_VC_Opinion_JUD_MLD_24March2014_en.pdf.

степени, предотвратить коррупцию или частные сделки при наличии определенных гарантий обеспечения открытости и прозрачности процесса жеребьевки и надлежащего контроля над этим процессом. Например, можно проводить жеребьевку публично и под наблюдением независимого органа. Кроме того, для обеспечения прозрачности процесса выдвижения кандидатов и жеребьевки, рекомендуется указать, что список приемлемых кандидатов (тех, кто удовлетворяет критериям отбора) должен публиковаться до начала жеребьевки, а список членов Дисциплинарной комиссии - сразу после назначения членов. Рекомендуется дополнить часть 5 статьи 29-1 Конституционного закона, с тем, чтобы предусмотреть подобные гарантии.

81. Притом, что статья 29-1 достаточно подробно описывает процесс отбора двух кандидатов от гражданского общества, выдвигаемых общественными институтами, в ней ничего не говорится о методах отбора и назначения двух других кандидатов из числа представителей гражданского общества Жогорку Кенешем и Президентом. В частности, неясно, могут ли они свободно выбирать кандидатов при условии соблюдения критериев, изложенных в части 5 статьи 29-1 Конституционного закона, или же им следует выбирать кандидатов среди представителей, назначенных общественными институтами/органами. Кроме того, в проекте изменений не указано требуемое большинство голосов членов Жогорку Кенеша для назначения этих кандидатов. Если требуемое большинство голосов будет составлять более 50% всех членов Жогорку Кенеша, а также, если будет существовать соответствующий механизм для предупреждения тупиковых ситуаций,⁸¹ это будет способствовать достижению согласия между большинством и меньшинством относительно назначения в комиссию нейтральных и независимых экспертов из числа гражданского общества. Кроме того, как указано в п. 73 выше, рекомендуется отдельно указать, что назначение членов комиссии должно соответствовать требованиям гендерного баланса, согласно части 1 статьи 29-1 Конституционного закона. Даже если нет необходимости подробно описывать всю процедуру назначения, следует хотя бы обозначить общие принципы.

82. В этом отношении проект изменений к части 2 статьи 9 Закона «Об органах судейского самоуправления» не совсем соответствуют рассмотренным положениям Конституционного закона. Например, новый пункт 17 части 2 статьи 9 предусматривает еще одну обязанность («избирание членов Дисциплинарной комиссии»), в то время как Совет судей лишь формально избирает пять членов из числа представителей судейского корпуса. Кроме того, Конституционный закон в некоторых случаях предусматривает определение некоторых правил и процедур Советом судей, таких как список отягчающих и смягчающих вину обстоятельств для выбора соответствующей меры дисциплинарного воздействия (часть 2 статьи 28 Конституционного закона), процедура жеребьевки для назначения членов из числа гражданского общества (часть 5 статьи 29-1) и основания и процедуры дачи Советом судей согласия на возбуждение уголовного или административного разбирательства (часть 5 статьи 30). Часть 2 статьи 9 закона «Об органах судейского самоуправления» необходимо дополнить для того, чтобы отразить в нем задачи, которые будут соответствовать гендерным требованиям, обозначенным в части 1 статьи 29-1 Конституционного закона.

⁸¹ Притом, что не существует единого механизма для предотвращения тупиковых ситуаций, одним из возможных выходов может стать схема, при которой на каждом из последующих этапов голосования требуемое большинство голосов будет сокращаться. Однако у этой схемы также есть недостаток, так как большинство может не стремиться к достижению консенсуса на первом этапе голосования, сознавая, что на последующих этапах преимущество все равно получит его кандидат. Альтернативный способ состоит в том, чтобы предоставить другим органам (напр. институту омбудсмена) право выдвигать кандидатуры в том, случае, если на первом этапе голосования участники не достигли согласия. См., для примера, п. 8 Проекта заключения Венецианской комиссии по проекту поправок к конституционным положениям относительно Конституционного суда, Верховного государственного прокурора и Совета судей Черногории, CDL(2013)033, от 24 июня 2013 г., на сайте: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL\(2013\)033-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL(2013)033-e).

83. В учетом комментариев, представленных в п. 73 выше, авторам проекта следует рассмотреть возможность внесения в проект изменений к Закону «Об органах судейского самоуправления», дополнительное положение о принятии правил и процедур по выдвижению кандидатов, а также жеребьевке, отбору и назначению членов Дисциплинарной комиссии, что будет соответствовать гендерным требованиям, установленным в части 1 статьи 29-1 Конституционного закона.

84. Избрание председателя и заместителя председателя Дисциплинарной комиссии должно осуществляться путем тайного голосования,⁸² следовательно, необходимо дополнить статью 29-1 Конституционного закона соответствующим образом.

85. Тот факт, что часть 7 статьи 29-1 Конституционного закона предусматривает возмещение представителям гражданского общества расходов, связанных с деятельностью в Дисциплинарной комиссии, заслуживает одобрения. Однако в данной статье ничего не говорится о возмещении расходов представителям судейского корпуса. Рекомендуется дополнить часть 7 соответствующим образом, с тем, чтобы пояснить, подлежат ли возмещению расходы судей (особенно расходы судей местных судов, связанные с транспортом и проживанием), а также как именно будет происходить возмещение расходов (в том числе, указать источник финансирования). Это будет соответствовать положениям статьи 5-1 Конституционного закона, в которой рассматривается вопрос о возмещении расходов, связанных с работой в органах судейского самоуправления.

86. Кроме того, рекомендуется предусмотреть механизм для пропорционального распределения рабочей нагрузки среди членов Дисциплинарной комиссии. Даже если детали работы такого механизма можно расписать в нормативном документе более низкого уровня, необходимо четко определить и описать принцип работы механизма, как это сделано в статье 21.1 Закона «О Совете по отбору судей».⁸³ Это особенно важно, если члены комиссии являются судьями местных судов, так как в этом случае им необходимо время на дорогу для исполнения обязанностей членов Дисциплинарной комиссии. Кроме того, у них может возникнуть необходимость решения вопросов, связанных с совмещением частной жизни с профессиональными обязанностями.

87. Так как члены Дисциплинарной комиссии исполняют свои обязанности не полный рабочий день, они продолжают работать и получать заработную плату в качестве судей. Это неизбежно ведет к определенной материальной, иерархической или административной зависимости членов комиссии от их основных работодателей. Поэтому, необходимо включить в статью 29-1 Конституционного закона четко сформулированное положение о том, что все члены комиссии являются независимыми, равноправными и действуют от собственного имени, независимо от выдвинувших их кандидатуры органов и/или от их основных работодателей.

88. В заключение необходимо отметить, что в проекте изменений к Конституционному закону не указаны обстоятельства, при которых член из резервного списка временно замещает постоянного члена Дисциплинарной комиссии (предположительно, это происходит в случае, если постоянный член воздерживается от голосования ввиду конфликта интересов, или в других похожих случаях). Было бы желательно внести в закон соответствующие дополнения. Это повысило бы уверенность в честности, объективности и беспристрастности Дисциплинарной комиссии при проведении расследований. Кроме того, статья 29-1 Конституционного

⁸² См. п. 58 Совместного заключения БДИПЧ ОБСЕ, Директората по правам человека и Венецианской комиссии по законопроекту дисциплинарной ответственности судей Республики Молдова от 24 марта 2014 г., принятого Венецианской комиссией на 98-й пленарной сессии (21-22 марта 2014 г.), на сайте: http://www.legislationline.org/download/action/download/id/5196/file/Joint_VC_Opinion_JUD_MLD_24March2014_en.pdf.

⁸³ См. стр 16 заключительного доклада «Отбор судей в Кыргызской Республике и международные стандарты независимости судей» (2011) на сайте: <http://www.osce.org/odihr/89289?download=true>.

закона не предусматривает возможность досрочного прекращения полномочий члена Дисциплинарной комиссии (напр. в связи с невыполнением установленных законом обязанностей члена Дисциплинарной комиссии без уважительной причины). Так как такая возможность не исключена, ее необходимо предусмотреть в исправленном варианте закона.

6. Качество дисциплинарного производства

89. В первую очередь, БДИПЧ ОБСЕ и Венецианская комиссия приветствуют тот факт, что проект изменений к Конституционному закону содержит положения, направленные на укрепление независимости и беспристрастности органов, ответственных за расследование (Дисциплинарная комиссия) и принятие решений о применении мер дисциплинарного взыскания (Совет судей), а также на четкое разделение обязанностей между этими органами. Это соответствует международным рекомендациям о создании независимого органа для возбуждения дисциплинарного производства, функционирующего отдельно от независимого органа или суда, который принимает решения о дисциплинарной ответственности судей.⁸⁴

6.1. Возбуждение дисциплинарного производства

90. В предлагаемой редакции части 2 статьи 29 Конституционного закона содержатся основные правила возбуждения дисциплинарного производства и расследования, осуществляемых Дисциплинарной комиссией. Основные принципы ООН, касающиеся независимости судебных органов, гласят, что «судья имеет право на ответ и справедливое разбирательство», и что «рассмотрение жалобы на начальном этапе должно проводиться конфиденциально, если судья не обратится с просьбой об ином».⁸⁵ Часть 2 статьи 29 Конституционного закона не предусматривает таких защитных мер, поэтому, рекомендуется дополнить ее соответствующим образом.

91. Часть 2 статьи 29 Конституционного закона гласит, что Дисциплинарная комиссия обязана возбудить дисциплинарное производство не позднее одного месяца после поступления жалобы. Она также предусматривает возможность обжаловать отказ в возбуждении дисциплинарного производства в Совете судей в течение двух месяцев с момента принятия решения об отказе. Однако это положение также должно устанавливать определенный срок для обжалования бездействия Дисциплинарной комиссии, если она не выносит никакого решения в течение месяца. Необходимо внести соответствующие дополнения в часть 2 статьи 29 Конституционного закона.

92. В этой связи, предлагаемая редакция части 1 статьи 28 Конституционного закона предусматривает приостановление срока давности применения дисциплинарного воздействия не более чем на три месяца с момента возбуждения дисциплинарного производства. Однако этот срок не всегда можно точно определить, так как исправленная версия данных положений не предусматривает выдачу заключения Дисциплинарной комиссии с уведомлением о возбуждении дисциплинарного производства. Поэтому, было бы разумней сослаться на дату подачи жалобы.

93. В пункте 4 части 2 статьи 29 Конституционного закона описаны типы следственных мероприятий, которые Дисциплинарная комиссия может использовать для сбора доказательств. Однако требования, относящиеся к характеру

⁸⁴ См. п. 69 Рекомендации CM/Rec(2010)12 Комитета министров СЕ. См. также п.п. 68, 69 и 77 Заключения №3 КСЕС (2002) и п. 5 Рекомендаций Киевской конференции БДИПЧ ОБСЕ: «Для того чтобы избежать обвинений в корпоративизме и гарантировать справедливое дисциплинарное разбирательство, судебные советы не должны одновременно выполнять функции а) по получению дисциплинарных жалоб и проведению дисциплинарных расследований и в тоже время б) рассматривать данные дела и выносить по ним решения о применении мер дисциплинарного воздействия».

⁸⁵ См. п. 17 Основных принципов ООН, касающихся независимости судебных органов.

доказательств, приемлемых при дисциплинарном производстве, остаются нерегламентированными. Неясно, какие доказательства считаются уместными, приемлемыми или достаточными, и какие критерии используются с целью определения их характера. К примеру, с данным положением не поясняется, будет ли Дисциплинарная комиссия принимать анонимные жалобы и выносить решения по ним, а также будет ли она рассматривать доказательства, добытые с использованием противоправных методов (напр. воровства), учитывая то, что такие доказательства считаются неприемлемыми в гражданском, административном или уголовном производстве. Это обстоятельство может иметь последствия при рассмотрении жалобы в суде, когда некоторые из доказательств, принятых во внимание Советом судей, впоследствии будут признаны неприемлемыми. Рекомендуется дополнить часть 2 статьи 29 Конституционного закона с тем, чтобы четко указать, будут ли считаться приемлемыми анонимные жалобы, а также пояснить, что приемлемыми будут считаться только доказательства, полученные в соответствии с правилами доказывания, предусмотренными Гражданско-процессуальным кодексом

94. Решение об отказе в возбуждении дисциплинарного производства должно быть мотивированным, так как это позволит заявителю оценить законность принятого решения, а также проанализировать возможность успешного достижения желаемого результата путем обжалования этого решения. Это следует отразить в пункте 2 части 2 статьи 29 Конституционного закона, для чего также потребуются указать одно из оснований для отказа в возбуждении дисциплинарного производства, перечисленных в предлагаемой редакции пункта 3 части 2 статьи 29 Конституционного закона.

95. Кроме того, в исправленном варианте части 2 статьи 29 Конституционного закона рассматривается вопрос временных (*ratione temporis*) и предметных (*ratione materiae*) компетенций Дисциплинарной комиссии, однако в нем не затрагиваются аспекты, связанные с персональной компетенцией (*ratione personae*), то есть вопрос о том, кто имеет право подать жалобу на судью. В разных странах существуют различные процедуры в связи с этим аспектом. В некоторых странах это право имеют лишь определенные юридические лица, а в других - подать жалобу против судьи может любое лицо, при условии, что эта жалоба удовлетворяет определенные требования приемлемости.⁸⁶ Рекомендуется дополнить указанное положение и уточнить, кто вправе возбудить дисциплинарное производство против судьи, исключая членов Совета судей, которые отвечают за рассмотрение дел о нарушении судейской дисциплины.⁸⁷

96. Кроме того, так как Дисциплинарная комиссия занимается расследованием, желательно уточнить в части 2 статьи 29 Конституционного закона содержание «заключения», которое направляется в Совет судей для рассмотрения. Например, в данном положении можно указать, что «заключение» Дисциплинарной комиссии должно содержать описание фактов, приведенных заявителем, доказательства, представленные заявителем и собранные Дисциплинарной комиссией во время расследования, а также указать дисциплинарное обвинение.

6.2. Решение о дисциплинарной ответственности судьи

97. В предлагаемой редакции части 4 статьи 29 Конституционного закона описываются процедуры и методы принятия решений Советом судей. Принцип 19 Основных принципов ООН гласит, что «все дисциплинарные [...] процедуры должны

⁸⁶ См. стр. 10-11 «Сравнительного анализа дисциплинарных систем для европейских судей и прокуроров» (2012) на сайте: <http://www.ejtn.eu/Documents/Themis%202012/THEMIS%202012%20ERFURT%20DOCUMENT/Written%20paper%20France%203.pdf>.

⁸⁷ См. п. 26 Рекомендаций Киевской конференции БДИПЧ ОБСЕ.

определяться в соответствии с установленными правилами судебного поведения». В Основных принципах также закреплено право судьи на справедливое разбирательство. В своем Замечании общего порядка № 32 относительно статьи 14 МПГПП, Комитет по правам человека ООН подчеркивает, что «полномочия судей могут быть прекращены только по серьезным основаниям ненадлежащего поведения или некомпетентности в соответствии со справедливыми процедурами, обеспечивающими объективность и беспристрастность и установленными в конституции или в законе».⁸⁸

98. Комитет по правам человека счел, что гражданский процесс соответствует положениям МПГПП, поскольку указанные решения могут быть пересмотрены, по меньшей мере, один раз, компетентным, независимым и беспристрастным органом, созданным на основании закона (в данном случае судами первой инстанции в Кыргызской Республике).⁸⁹ Хотя настоящее Заключение не анализирует вопрос о том, является ли Совет судей независимым и беспристрастным органом, в Конституционном законе должны иметься определенные гарантии в этом отношении.

99. В частности, отмечается, что статья 29 Конституционного закона не предусматривает возможность для членов Совета судей воздержаться от голосования при наличии конфликта интересов, а для судьи - потребовать отвода одного из членов Совета. Если это не предусмотрено другими положениями, было бы желательно предусмотреть в данной статье такие возможности, что способствовало бы укреплению уверенности в объективности и беспристрастности Совета судей при принятии решений о дисциплинарной ответственности судей.

100. Кроме того, согласно предлагаемой редакции части 5 статьи 28 Конституционного закона, решение о досрочном освобождении судей Верховного суда и Конституционной палаты Верховного суда принимается Жогорку Кенешем по представлению Президента, основанному на решении Совета судей о досрочном освобождении судьи от занимаемой должности. Данное положение фактически отражает полномочия, определенные в Конституции Кыргызской Республики.⁹⁰

101. Как следствие, возникает ряд вопросов в связи с гарантией независимости судей. Во-первых, участие политических органов в производстве, относящемся к статусу судей, включая их досрочное освобождение, создает риск политического влияния или вмешательства, тем самым, угрожая независимости судей.⁹¹

102. Во-вторых, неясно, насколько решение Совета судей является обязательным для Президента и Жогорку Кенеша. Во время встреч в Бишкеке отмечалось, что на практике Президент и Жогорку Кенеш всегда следуют рекомендациям/решениям Совета судей. Однако ни Конституция, ни проект изменений не содержат отдельного требования в связи этим аспектом. Следовательно, нельзя исключить ситуацию, при которой Президент и/или Жогорку Кенеш не последуют рекомендации/решению Совета судей, что подорвет авторитет и независимость этого органа. Кроме того, даже если бы в Конституционном законе было прямо сказано, что решение Совета судей является

⁸⁸ См. п. 20 Замечания общего порядка № 32 Комитета по правам человека.

⁸⁹ См. п. 18 Замечания общего порядка № 32 Комитета по правам человека.

⁹⁰ Статья 64 Конституции Кыргызской Республики гласит, что Президент «освобождает судей местных судов по предложению Совета судей в случаях, предусмотренных конституционным законом». Статья 74 Конституции Кыргызской Республики гласит, что Жогорку Кенеш, «по представлению Президента [...] в случаях, предусмотренных конституционным законом, освобождает [судей Верховного суда] от должности по представлению Президента». Статья 95 Конституции Кыргызской Республики гласит: «Судьи Верховного суда могут быть досрочно освобождены от занимаемой должности Жогорку Кенешем большинством не менее двух третей голосов от общего числа депутатов Жогорку Кенеша по представлению Президента на основании предложения Совета судей».

⁹¹ См. п. 7 Рекомендаций Киевской конференции БДИПЧ ОБСЕ, согласно которому, «в работе судебного совета не должны преобладать представители исполнительной и законодательной власти».

обязательным для Президента и Жогорку Кенеша, неясно, каким образом две трети от общего числа депутатов Жогорку Кенеша должны были бы выполнять рекомендации/решение Совета судей.

103. В-третьих, в предлагаемой редакции, часть 6 статьи 29 Конституционного закона предусматривает возможность обжаловать решение Совета судей, что представляется положительным фактом. Однако, сохранение полномочий Президента и Жогорку Кенеша по освобождению некоторых судей, невзирая на решение апелляционного суда, даст исполнительным и законодательным властям возможность отменить решение судебного органа в обход судебной апелляционной процедуры, что не соответствует международным нормам верховенства закона. Это также может нарушить статью 96 Конституции Кыргызской Республики, согласно которой Верховный суд является высшим судебным органом, который осуществляет пересмотр судебных актов местных судов по обращениям участников судебного процесса.

104. С учетом вышесказанного, следует отменить указанные полномочия Президента и Жогорку Кенеша по освобождению судей от занимаемой должности (но для этого также потребуется внести изменения в Конституцию). Если этого не сделать, то, по крайней мере, следует прямо указать в Конституционном законе, что только решение Совета судей, которое содержит рекомендацию по досрочному освобождению судьи от должности, и которое вступило в законную силу (т.е. по истечении десяти дней с момента оповещения соответствующего судьи о решении Совета судей, если это решение не было опротестовано), может быть представлено Президенту. Кроме того, необходимо четко указать, что решение апелляционного суда является обязательным для Совета судей, т.е. если Совет судей принимает решение в пользу освобождения судьи, но суд отменяет это решение, тогда Совет судей не в праве представлять какую-либо рекомендацию о раннем освобождении судьи Президенту, а, следовательно, косвенным образом, и Жогорку Кенешу.

105. Процедура принятия решения о дисциплинарной ответственности судьи Советом судей кратко изложена только в части 4 статьи 29 Конституционного закона. Дисциплинарное производство, включающее освобождение от должности, подпадает под действие статьи 14(1) МПГПП, и на него распространяются гарантии справедливого разбирательства.⁹² В этом отношении, судебная практика ЕСПЧ также может служить в качестве полезного руководства, так как статья 6 (1) ЕКПЧ, в части, касающейся гражданских прав, применима к дисциплинарному производству в отношении судей.⁹³ Следовательно, рекомендуется внести в часть 4 статьи 29 Конституционного закона дополнения, чтобы обеспечить соблюдение права на справедливое разбирательство.

106. В частности, хотя тот факт, что заседания Совета судей, как правило, открыты, и заслуживает одобрения, было бы полезно уточнить, при каких обстоятельствах судья, в отношении которого возбуждено дисциплинарное производство, может обратиться с просьбой о проведении закрытого заседания. В этой связи следует подчеркнуть, что государства-участники ОБСЕ пришли к соглашению о том, что, разбирательство может проходить при закрытых дверях только при обстоятельствах, предусмотренных законом, в соответствии с нормами международного права и в рамках международных обязательств.⁹⁴ Следовательно, закрытое слушание не должно назначаться автоматически в ответ на ходатайство. Совет судей должен решать, обосновано ли

⁹² См., например, п. 5.2, Сообщение № 441/1990, *Казанова против Франции*, КПЧ, UN Doc CCPR/C/51/D/441/1990 (1994); и п. 9.2, Сообщение № 1015/2001, *Пертерер против Австрии*, UN Doc CCPR/C/81/D/1015/2001 (2004). См. также п. 17 Основных принципов ООН о независимости судей, согласно которому, «судья имеет право на справедливое разбирательство».

⁹³ См. для справки п.п. 91 и 95 Решения ЕСПЧ по делу *Волков против Украины* от 25 мая 2013 г. (Заявление No. 21722/11), на сайте: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115871#{"itemid":\["001-115871"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115871#{).

⁹⁴ См. п. 12 Документа Копенгагенского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ, Копенгаген, 1990 г.

такое ходатайство,⁹⁵ и принимать решение о закрытом слушании в каждом отдельном случае на основе фактической оценки обстоятельств, с учетом права судей на защиту их чести, неприкосновенности частной жизни и репутации, в соответствии со статьей 17 МПГПП. Кроме того, с целью обеспечения открытости разбирательства, Совет судей обязан опубликовать информацию о времени и месте проведения слушания,⁹⁶ которое должно быть доступно для населения.

107. Следует отметить, что в Конституционном законе ничего не сказано о праве судьи на заблаговременное получение подробной информации о характере дисциплинарного обвинения и приводимых в обвинении фактах. Принцип равноправия сторон предусматривает «справедливый баланс» между сторонами процесса, что означает, что каждой стороне должна быть предоставлена разумная возможность представить дело в условиях, которые не ставят ее в невыгодное положение по сравнению с оппонировавшей стороной.⁹⁷ Рекомендуется внести в проект статьи 29 Конституционного закона соответствующие дополнения. Кроме того, в части 4 статьи 29 Конституционного закона необходимо четко указать что, во время слушания дисциплинарного дела должен присутствовать судья, в отношении которого возбуждено дисциплинарное производство, или его/ее представитель,⁹⁸ а также что судье должен быть предоставлен адвокат по его/ее выбору.⁹⁹

108. Решение Совета судей должно быть мотивированным и должно содержать важные факты, доказательства и правовое обоснование,¹⁰⁰ чтобы судья или заявитель могли оценить законность принятого решения, а также проанализировать возможность успешного достижения желаемого результата путем подачи апелляции. Кроме того, согласно Рекомендациям Киевской конференции БДИПЧ ОБСЕ, в Конституционном законе следует уточнить, что окончательные решения о дисциплинарных мерах должны быть опубликованы.¹⁰¹

109. В Статье 29 Конституционного закона не указан крайний срок вынесения решения Советом судей. Гражданско-процессуальный кодекс предусматривает возможность обратиться с заявлением в суд первой инстанции в случае бездействия Совета судей (см. вновь включенную в Гражданско-процессуальный кодекс статью 258-4), однако это положение будет неэффективным без указания крайнего срока принятия решения Советом судей в Конституционном законе. Необходимо внести соответствующие дополнения в часть 4 статьи 29 Конституционного закона.

110. В заключение необходимо отметить, что согласно измененному варианту части 6 статьи 28 Конституционного закона, в случае прекращения дисциплинарного производства ввиду малозначительности дисциплинарного проступка, материалы

⁹⁵ См. п. 26 Рекомендаций Киевской конференции БДИПЧ ОБСЕ. Также см. *Дьеннэ против Франции*. France, Решение ЕСПЧ от 26 сентября 1995 г. (Заявление № 18160/91) на сайте: <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1995/28.html>.

⁹⁶ См. п. 6.2, Сообщение № 215/1986, *Ван Меурс против Нидерландов*, КПЧ, UN Doc CCPR/C/39/D/215/1986 (1990).

⁹⁷ См. для справки п. 63 Решения ЕСПЧ по делу *Вернер против Австрии* от 24 ноября 1997 г. (Заявление №21835/93) на сайте: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58114#{"itemid":\["001-58114"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58114#{).

⁹⁸ См. п. 7.4, Сообщение № 779/1997, *Эреля и Няккяляярви против Финляндии*, КПЧ, UN Doc CCPR/C/73/D/779/1997 (2001). См. также для справки п. 5.1. Европейской хартии о статусе судей (1998), согласно которому: «судья, чье дело рассматривается, может прибегнуть к помощи защитника».

⁹⁹ См. п. 8.7, Сообщение № 1369/2005, *Кулов против Кыргызстана*, КПЧ, UN Doc CCPR/C/99/D/1369/2005 (2010). Также см. п. 13.9 Заключительного документа конференции ОБСЕ в Вене 1989 г. на сайте: <http://www.osce.org/mc/40881?download=true>.

¹⁰⁰ См. п. 26 Рекомендаций Киевской конференции БДИПЧ ОБСЕ: «Решения по дисциплинарным вопросам должны быть мотивированными». Также см. п. 29 Замечания общего порядка № 12 Комитета по правам человека. В случае принятия Коллегией адвокатов решения о дисциплинарной ответственности, см. например, п. 53 Решения ЕСПЧ по делу *Н. против Бельгии* от 30 ноября 1987 г. (Заявление № 8950/80), на сайте: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57501#{"itemid":\["001-57501"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57501#{).

¹⁰¹ См. п. 26 Рекомендаций Киевской конференции БДИПЧ ОБСЕ и п. 29 Замечания общего порядка №32 Комитета по правам человека.

дисциплинарного производства должны быть переданы «на рассмотрение собранию судей соответствующего суда». Это положение отражено в полномочиях собрания судей, недавно включенных в часть 2 статьи 10-1 закона «Об органах судейского самоуправления Кыргызской Республики», согласно которой, собрание судей «рассматривает и обсуждает материалы дисциплинарного производства в отношении судьи соответствующего суда, переданные Советом судей». Из этой формулировки неясно, каковы будут последствия этого «рассмотрения» собранием судей. Так как Совет судей обладает эксклюзивной компетенцией принятия решений по дисциплинарным вопросам, собрание судей не должно иметь возможность принятия каких-либо решений о дисциплинарной ответственности судей. Поэтому, для того, чтобы избежать распространения компетенции принятия решений по дисциплинарным вопросам на другие органы/комиссии, рекомендуется изъять из части 6 статьи 28 Конституционного закона и части 3 статьи 10-1 закона «Об органах судейского самоуправления» ссылку на передачу материалов дисциплинарного производства на рассмотрение собранию судей. Либо, необходимо пояснить формулировку этих положений с тем, чтобы исключить негативные последствия для судьи или уточнить, что такая передача материалов может производиться только в учебных или других позитивных целях, без нанесения вреда конкретному судье.

6.3. Обжалование решения

111. В предлагаемой редакции, часть 6 статьи 29 Конституционного закона предусматривает возможность обжаловать решение Совета судей в суде, что соответствует международным стандартам.¹⁰² Как рекомендовано в п. 104 выше, для того, чтобы обеспечить эффективное осуществление права на обжалование, в положениях Конституционного закона следует прямо указать, что только вступившее в законную силу решение Совета судей о раннем освобождении с должности, может быть представлено Президенту, и что решение апелляционного суда обязательно для Совета судей. Также рекомендовано указать в исправленной версии части 6 статьи 29 Конституционного закона, какой суд компетентен рассматривать апелляцию.

112. Далее отмечается, что «решения Жогорку Кенеша, Президента о досрочном освобождении судьи Верховного суда, Конституционной палаты Верховного суда и местного суда обжалованию не подлежат». В принципе, право на возбуждение в суде разбирательства по гражданскому делу, как в случае дисциплинарного разбирательства, составляет основной аспект «права на суд».¹⁰³ Статья 40 Конституции Кыргызской Республики также поддерживает судебную защиту интересов судей в подобных делах. ЕСПЧ однозначно признал, что права на справедливое судебное разбирательство, включая право обжалования, применимы к спорам, связанным с отстранением судьи от должности.¹⁰⁴ Поэтому судья, в принципе, должен иметь право на обжалование решений о его/ее досрочном освобождении. Однако ЕСПЧ также заявил, что национальное законодательство может исключать доступ к суду для определенной категории служащих в тех случаях, когда это оправдано объективными интересами государства.¹⁰⁵

¹⁰² См. п. 26 Рекомендаций Киевской конференции БДИПЧ ОБСЕ, который предусматривает право на обжалование в компетентный суд. Также см. Принцип 20 Основных принципов ООН, согласно которому, решения о дисциплинарных вопросах должны быть предметом независимой проверки.

¹⁰³ См. п. 54 Решения ЕСПЧ по делу *Джуричич против Хорватии* от 26 июля 2011 года (Заявление №58222/09) на сайте: <http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-105754>.

¹⁰⁴ См. п.п. 31-44 Решения ЕСПЧ по делу *Олуич против Хорватии* от 5 февраля 2009 г. (Заявление № 22330/05) на сайте: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91144#{"itemid":\["001-91144"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91144#{). Также см. п.77 решения по делу *Бака против Венгрии* (решение неокончательное) от 27 мая 2014 г., (Заявление № 20261/12) на сайте: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"itemid%22:\[%22001-144139%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

¹⁰⁵ См. п. 34 решения по делу *Олуич против Хорватии*.

113. В этом отношении, ключевым элементом является определение того, имеет ли судья доступ к суду в соответствии с правилами национальной системы для того, чтобы оспорить решение о досрочном освобождении с занимаемой должности. В соответствии с недавно включенной в Конституционный закон частью 6 статьи 29, судья получает возможность обжаловать решение Совета судей в суде. Однако основания для жалобы представляются крайне ограниченными, так как данное положение относится только к случаям «нарушения порядка привлечения судьи к дисциплинарной ответственности». Во-первых, неясно, что составляет нарушение порядка (напр. нарушение сроков, принятие к рассмотрению жалобы, которую следовало отклонить, либо субъективная или объективная беспристрастность членов Совета судей), поэтому, желательно внести в часть 6 статьи 29 соответствующие пояснения. Во-вторых, хотя в производстве неуголовного характера в принципе не существует права обжалования,¹⁰⁶ основания для обжалования могут казаться излишне ограниченными, и авторам следует рассмотреть возможность включения в их перечень рассмотрение фактов, доказательств и правильность применения закона.¹⁰⁷ Если суд может полностью изучить существо дела, тогда должно считаться, что судья, в отношении которого принято решение о досрочном освобождении, получил доступ в суд данного государства и, следовательно, тот факт, что решения Президента и Жогорку Кенеша не подлежат обжалованию, не лишает судью права на суд.

114. Кроме того, в части 6 статьи 29 Конституционного закона нет четкого указания на то, кто именно может обжаловать решение суда. Вновь включенная в Гражданско-процессуальный кодекс статья 258-4 содержит лишь упоминание о возможности обжаловать решение о дисциплинарной ответственности судьи, что может означать, что только судья вправе обжаловать такое решение. Необходимо внести в проект изменений соответствующие пояснения.

115. Статья 258-4 Гражданско-процессуального кодекса гласит, что заявление может быть подано в суд в течение десяти дней с момента принятия или непринятия решения. Это положение не содержит четких правил для определения десятидневного срока в случае непринятия решения Советом судей. Было бы желательно указать в данной статье, что десятидневный срок начинается с момента оповещения соответствующего судьи о принятом решении (а не с момента принятия решения), а также пояснить правила определения этого срока.

116. Кроме того, новая статья 258-5 Гражданско-процессуального кодекса гласит, что «неявка в суд [заявителя или представителя Совета судей] надлежащим образом извещенных о времени и месте судебного заседания, не является препятствием для рассмотрения и разрешения дела». Хотя это является предупредительной мерой против неявки в суд, нацеленной на срыв процесса, данная статья не предусматривает никаких исключений, например, отсрочки слушания в случае неявки указанных лиц по уважительным причинам, таким как болезнь или другие серьезные препятствия. В принципе, право на «справедливое» судебное разбирательство, закрепленное в статье 14(1) МПГПП, подразумевает право обвиняемого или подозреваемого присутствовать в суде или быть прибегнуть к помощи защитника.¹⁰⁸ Согласно принципу равноправия сторон, если одна из сторон имеет право присутствовать на процессе, то другой стороне должно быть предоставлено такое же право, включая возможность оспаривать все аргументы и доказательства,

¹⁰⁶ См., например, п. 6.2, Сообщение № 450/1991, *И.П. против Финляндии*, КПЧ, UN Doc CCPR/C/48/D/450/1991 (1993) на сайте: <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/450-1991.html>.

¹⁰⁷ См., например, п.7.3, Сообщение № 1188/2003, *Ридл-Риденштайн и др. против Германии*, КПЧ, UN Doc CCPR/C/82/D/1188/2003 (2004).

¹⁰⁸ См. также п. 5.1. Европейской хартии о статусе судей (1998), согласно которому: «судья, чье дело рассматривается, может прибегнуть к помощи защитника».

приводимые оппонирующей стороной.¹⁰⁹ Необходимо внести изменения в статью 258-5, чтобы привести ее в соответствие с этим принципом.

117. Статья 258-6, недавно включенная в Гражданско-процессуальный кодекс, описывает содержание решения, которое может быть принято судом. В соответствии с ней, если суд признает решение незаконным, он может отменить его *или* обязать сторону устранить в полном объеме допущенное нарушение. Неясно, почему суд не может принять решение об аннулировании незаконного решения и, вместе с этим, обязать сторону устранить негативные последствия, которые это решение могло оказать на деятельность судьи.¹¹⁰ Кроме того, неясно, что означает термин «отменить». Например, значит ли это, что решение будет аннулировано и дело будет отослано обратно в Дисциплинарную комиссию. Статью 258-6 необходимо уточнить, а также предусмотреть в ней как возможность аннулирования решения, так и устранение его негативных последствий.

118. В заключение необходимо отметить, что согласно статье 258-6 Гражданско-процессуального кодекса, решение суда первой инстанции может быть обжаловано в порядке надзора. Хотя в цели настоящего Заключение не входит оценка соответствия процедуры пересмотра решения в порядке надзора праву на справедливое разбирательство, необходимо подчеркнуть, что пересмотр вступившего в законную силу решения суда первой инстанции осуществляется Верховным судом «с целью защиты государственных или общественных интересов», по инициативе одной из сторон процесса и прокурора, даже если последний не принимал участие в разбирательстве на более ранних этапах. Пересмотр решений суда в порядке надзора, в своем настоящем виде, может противоречить принципу *res judicata* (недопустимость пересмотра вступившего в законную силу решения) и нарушать правовую определенность, таким образом, противореча принципам верховенства права.¹¹¹ Поэтому, более оптимальным выходом представляется обжалование решения в апелляционном суде в соответствии с принятой процедурой.

7. Использование гендерно-нейтрального языка в законотворческом процессе

119. Хотя в проекте изменений в основном используется гендерно-нейтральный язык, в некоторых из его положений использован мужской род. Это противоречит международным нормам, в соответствии с которыми при разработке законов необходимо использовать гендерно-нейтральный язык, в равной степени применимый к обоим полам. Рекомендуется пересмотреть соответствующие положения с тем, чтобы заменить местоимение «он», указывающее на судью, местоимениями «он или она», или же местоимение «его», относящееся к заместителю генерального прокурора (в части 5 статьи 30), местоимениями «его или ее», или другой гендерно-нейтральной формулировкой.

* * *

¹⁰⁹ См. п. 7.4, Сообщение 779/1997, *Эреля и Няккяляйярви против Финляндии*, КПЧ, UN Doc CCPR/C/73/D/779/1997 (2001).

¹¹⁰ См. п. 76 Заключения Венецианской комиссии по проекту закона Турции «О судьях и прокурорах», CDL-AD(2011)004, от 29 марта 2011 г., принятого Венецианской комиссией на 86-ой пленарной сессии (25-26 марта 2011 г.), на сайте: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/d-tr/dv/1128_17/1128_17_en.pdf.

¹¹¹ См. стр. 71 Отчета о втором раунде мониторинга по выполнению Стамбульского плана действий по борьбе с коррупцией для Кыргызстана на сайте: <http://www.oecd.org/corruption/acn/49882439.pdf>. Также см. п.п. 51-58 о надзорном производстве в России в деле *Рябых против России*, Решение ЕСПЧ от 24 июля 2003 г. (Заявление № 52854/99) на сайте: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61261#{"itemid":\["001-61261"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61261#{).