

ХАВРОНЮК Н.И.
*Директор по научному развитию
Центра политико-правовых реформ (Киев, Украина)
доктор юридических наук, профессор*

**Экспертный комментарий
к Концепции проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан
и проекту Уголовного кодекса Республики Казахстан¹**

Содержание

1. Общие замечания.
2. Административные правонарушения и уголовные проступки.
3. Наказание.
4. Освобождение от уголовной ответственности и наказания.
5. Иные меры уголовно-правового воздействия.
6. Клевета. Хулиганство.
7. Экологические преступления и проступки.
8. Воинские преступления и проступки.
9. Экстремистские, террористические и коррупционные уголовные правонарушения.
10. Структура Уголовного кодекса.

1. Общие замечания

1.1. Действующий Уголовный кодекс Республики Казахстан принят в 1997 году – всего лишь пятнадцать лет назад. Поэтому вполне логичным является появление мнения о том, что принимать новую редакцию этого Кодекса преждевременно. Как следует из Концепции проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан (новая редакция) (далее – Концепция), разработка новой редакции проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан (далее – проект УК) обосновывается такими факторами: 1) положения Уголовного кодекса Республики Казахстан за прошедшие годы подвергались многочисленным изменениям (принято более 60 законов, которыми были внесены поправки в более чем 300 статей); 2) ныне Казахстан находится на качественно ином этапе своего развития, в условиях которого появляются новые, ранее неизвестные общественные отношения и связанные с ними угрозы, а существующие подвергаются серьезной трансформации.

¹ Настоящее экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в анализе, не отражают точку зрения Центра ОБСЕ в Астане.

Известно, что положения уголовных, да и не только уголовных, кодексов разных стран ежегодно подвергаются изменениям.

Например, в Уголовный кодекс Украины, принятый в 2001 году, уже 96 раз вносились изменения, которые коснулись более чем 330 статей. В настоящее время готовится серьезная реформа уголовного законодательства в связи с введением в правовой обиход понятия «уголовный проступок». Однако вопрос о принятии Уголовного кодекса Украины в новой редакции не ставился и не ставится, реформа будет состоять во внесении хотя и многочисленных, но все же обычных изменений в Кодекс.

Известно, насколько серьезным трансформациям подвергались общественные отношения, например, в Германии с конца XIX до середины XX веков. Однако педантичные немцы не торопились менять свой Уголовный кодекс, и сегодня основным источником уголовного права ФРГ продолжает являться Уголовный кодекс от 15 мая 1871 года в редакции от 13 ноября 1998 года. Между тем, всяческого одобрения заслуживает подход, при котором вместо внесения частых и мелких изменений в Уголовный кодекс законодатель ФРГ практикует тематические реформы уголовного права, которые проводятся, разумеется, не ежегодно и состоят в относительно масштабных изменениях.

1.2. Вместе с тем, вопрос о разработке новой редакции УК является политическим и, если соответствующие государственные органы принимают такое решение, они берут на себя ответственность и за все возможные негативные последствия такого шага.

1.3. Подходы к проекту УК, которые последовательно изложены в тридцати пяти пунктах раздела 2 Концепции, в целом следует признать обоснованными. Иными словами, почти все намерения казахстанского законодателя, касающиеся изменений в уголовном законодательстве, являются правильными по сути. Действительно, как можно спорить с утверждениями, что «Уголовный кодекс должен строго соответствовать Конституции», «что «новая редакция Уголовного кодекса должна предусматривать реализацию программных документов государства» или что «надлежит исключить противоречия между нормами Уголовного кодекса и иных законодательных актов».

Особо хочется упомянуть как позитивные новаторские шаги:

- 1) введение уголовной ответственности юридических лиц (статьи 16, 51, 54 и др. проекта УК);
- 2) введение понятия «уголовный проступок» (ст. 10 и др.);
- 3) новые способы дифференциации уголовной ответственности и наказания (ст. 58 и др.);
- 4) новые подходы к определению наказания в виде конфискации имущества (ст. 53 и др.).

1.4. С другой стороны, некоторые положения Концепции, а также проекта УК вызывают некоторое недоумение или явное возражение. Соответствующие замечания и предложения изложены нами ниже. Они касаются не всех положений Концепции и проекта УК, а выборочно – лишь тех, где нами усматриваются явные несоответствия, недосмотры, пробелы и другие недостатки.

2. Административные правонарушения и уголовные проступки

2.1. Определенные правонарушения потому и называются административными, что касаются административной сферы или, иначе говоря, сферы государственного управления. Советский законодатель, понимая это, в свое время сделал вид, что проступки называются административными потому, что решение по ним выносит административный орган, а не суд. На самом деле это лукавство: если посмотреть на любой Кодекс об административных

правонарушениях, имеющий советские корни, то нетрудно заметить: право принимать решения по делам об административных правонарушениях предоставлено им как административным органам, так и судам, а также органам, которые трудно отнести ни административным органам, ни к судам (например, следователь, прокурор, председатель сельсовета и т.д.).

Тот факт, что во времена СССР и некоторое время позже в Кодексы об административных правонарушениях включались составы деликтов, направленных как против публичной администрации, так и против прав и законных интересов человека, а также интересов общества (например, мелкая кража, мелкое хулиганство), является, на наш взгляд, свидетельством неправильной оценки различной правовой природы, различного характера уголовных и административных правонарушений. По сути, тем самым они признавались деяниями одинакового характера, но разной степени общественной опасности (вредности). В то же время, правонарушение, направленное против публичного управления, может рассматриваться как преступление в случае, если оно обладает признаком общественной опасности (таким образом, например, неповиновение представителю правоохранительного органа, переросшее в сопротивление ему, трансформируется из административного проступка в преступление).

Не могут именоваться административными правонарушения, посягающие на «общественный порядок и нравственность, права несовершеннолетних, на личность и в сфере семейно-бытовых отношений» (см. пункт «а» части 2 статьи 67 проекта УК Республики Казахстан). Их суть остается уголовно-правовой, а следовательно, и последствия их совершения должны быть уголовно-правовыми. В этой связи напомним, что, согласно решениям Европейского суда по правам человека (например, решение от 21 февраля 1984 г. по делу Оцтюрка против Германии), подобные административные правонарушения являются частью уголовного права, несмотря на то, что государство терминологически обозначило их иначе. Потому государство и обязано при процедуре их расследования и разрешения обеспечить всю полноту гарантий, предусмотренных для «уголовных дел» (презумпцию невиновности, право на защиту, право на обжалование решения и т.д.).

В Украине на сегодня подготовлены проект изменений к Уголовному кодексу, касающийся введения уголовного проступка, и проект Кодекса об административных проступках. Особенная часть последнего включает пять разделов, каждый из которых подразделяется на несколько глав. Например, название Раздела 8 – «Административные проступки против порядка управления в информационной сфере, сфере обеспечения военной безопасности, безопасности государственной границы Украины, а также обеспечения деятельности публичной службы». Раздел включает шесть глав: Глава 1 «Административные проступки против порядка управления в сфере информационной, статистической и рекламной деятельности, кинематографии, телевидения, радиовещания и связи», Глава 2 «Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения достоверности документов и печатей» и т.д. Взысканиями за совершение административных проступков предполагается признать предупреждение, штраф и лишение права заниматься определенной деятельностью. Кроме того, дополнительными правовыми последствиями административного проступка могут быть пеня и изъятие определенного имущества (с последующим решением вопроса о его конфискации). Арест, исправительные работы, общественные работы, конфискация имущества, т.е. меры, которые ограничивают конституционные права человека и потому могут применяться только судом, признаны такими, что подлежат применению только за преступления и уголовные проступки, но не за административные проступки. В отличие от уголовного правонарушения (преступления и проступка) дело об административном проступке рассматривается и разрешается только административным органом. К компетенции судов предполагается отнести лишь

рассмотрение жалобы на решение специальной комиссии, рассматривающей первоначальную жалобу на решение административного органа.

Казахстаном может быть критически использован опыт Украины, в новом Уголовно-процессуальном кодексе² которой (глава 25 и др.) в отношении расследования уголовных проступков предусмотрено, в частности, следующее:

- досудебное расследование проступков осуществляется в форме дознания;
- во время досудебного расследования проступков не допускается применение меры пресечения в виде домашнего ареста, залога или содержания под стражей;
- для досудебного расследования проступков не разрешается выполнять негласные следственные (розыскные) действия;
- срок расследования – не более двадцати пяти дней;
- с согласия подсудимого дело рассматривается в упрощенном порядке – без проведения судебного следствия. Такое согласие лишает подсудимого права подавать жалобу на приговор в апелляционном порядке по некоторым основаниям.

2.2. Поскольку правовая природа уголовного и административного правонарушений различна, то ссылки на совершение лицом административного проступка, что является основанием для ухудшения уголовно-правового положения лица, не могут содержаться в Уголовном кодексе, как не может уголовно-правовое положение лица ухудшаться и по причине того, что оно совершило гражданско-правовой деликт или дисциплинарный проступок.

Речь идет, например, о таких положениях проекта УК Республики Казахстан:

- пункт «а» части 2 статьи 67, – согласно которому суд может продлить срок пробационного контроля, когда условно осужденный совершил административное правонарушение, посягающее на общественный порядок и нравственность, права несовершеннолетних, на личность и в сфере семейно-бытовых отношений, за которое на него было наложено административное взыскание;

- пункт «а» части 7 статьи 76, – согласно которому, если в течение оставшейся неотбытой части наказания лицо, к которому было применено условно-досрочное освобождение, совершило неоднократное административное правонарушение, за которое на него было наложено административное взыскание, суд может постановить об отмене условно-досрочного освобождения и исполнении оставшейся неотбытой части наказания.

Ошибочным является, на наш взгляд, и положение пункта 2 примечания к ст. 384 проекта УК, в соответствии с которым «не является преступлением в силу малозначительности и преследуется в... административном порядке получение впервые лицом, уполномоченным на выполнение государственных функций, либо приравненным к нему лицом имущества, права на имущество или иной имущественной выгоды в качестве подарка...». Малозначительность не превращает преступление в административное правонарушение. Она может превратить его в уголовный проступок или же стать основанием для прекращения уголовного преследования и разрешения правового конфликта в соответствии с положениями о дисциплинарной ответственности, если получение имущества и т.п. было запрещено законодательством о прохождении службы. Иначе говоря, не следует также путать сферы административного и дисциплинарного права.

Некорректны, по нашему мнению, положения пунктов 7, 8 и 9 Концепции, в которых говорится о делении деяний на административные правонарушения и преступления, о «декриминализации преступлений» с переводом их в разряд административных

² Принят 13 апреля, вступает в силу 19 ноября 2012 года.

правонарушений, а также о нахождении уголовного проступка «на стыке» административного правонарушения и уголовного проступка. Кроме того, вообще нельзя говорить о «декриминализации преступлений» (пункт 8 Концепции). Это алогично. Речь может идти лишь о декриминализации *уголовно наказуемых деяний* или о декриминализации деяний, которые признавались уголовно противоправными. Если же деяние является по сути своей преступлением, то его декриминализация – ошибка.

Основанием для отнесения деяний к категории уголовных проступков может быть только их общественная опасность (см. абзац шестой пункта 9 Концепции), но не виды наказаний, назначаемых за их совершение. Наказание – это критерий тяжести определенного деяния. Оно производно от общественной опасности, а потому не может быть и самостоятельным основанием отнесения деяний к категории уголовных проступков. Кроме того, избрание двух оснований для одной градации противоречит законам логики: основание (критерий) деления всегда один.

2.3. За преступления и проступки могут быть, по нашему мнению, предусмотрены одинаковые наказания (кроме, разумеется, смертной казни, пожизненного лишения свободы и лишения свободы на определенный срок), но в разных пределах (как это предусмотрено в отношении штрафа). Иными словами, нет ничего плохого в том, чтобы за преступление назначалось, например, наказание в виде двухмесячного ареста или общественных работ (скажем, в порядке замены более мягким наказанием – см. ст. 58 УК), а за проступок – наказание в виде ограничения свободы. Ведь между преступлениями и проступками не существует пропасти, как не существует ее между общественно опасным деянием и деянием, не представляющим большой общественной опасности. Понятно, что деление уголовных правонарушений на два вида является достаточно условным: лишь по воле законодателя и часто вопреки воле и предложениям ученых те или иные деяния будут отнесены к преступлениям или проступкам и время от времени те или иные проступки будут становиться преступлениями и наоборот.

В этой связи следует обратить внимание на еще одно, кроме упомянутого выше, противоречие между положениями частей 2 и 3 ст. 10 и статьи 41 проекта УК.

Если преступлением признается «общественно опасное деяние (действие или бездействие) физического лица, запрещенное настоящим Кодексом под угрозой лишения свободы», а проступком – «противоправное деяние (действие или бездействие) физического лица, не представляющее большой общественной опасности, запрещенное настоящим Кодексом под угрозой наказания, кроме лишения свободы», то выходит, что единственным наказанием за преступление будто бы является лишение свободы, наказание же за проступок может быть любым, кроме лишения свободы.

Кроме того, согласно этому определению, проступок, в отличие от преступления, является противоправным деянием. Получается, будто преступление, хотя и запрещено «настоящим Кодексом под угрозой лишения свободы» (то есть является уголовно наказуемым), противоправным не является. Впрочем, это лишь терминологическая неточность.

Итак, над определениями преступления и проступка следовало бы еще подумать. Возможно, акцент действительно следует сделать на наказаниях, но тогда статью 41 целесообразно было бы разделить на три статьи с названиями «Основные наказания за преступления», «Основные наказания за проступки» и «Дополнительные наказания за преступления и проступки». Тогда в статье 10 можно было бы отличить преступления от проступков зафиксировать словами «деяние, за которое предусмотрено основное наказание за преступление» и «деяние, за которое предусмотрено основное наказание за проступки». Просто, даже примитивно, но практично. Так сделано в УК многих государств.

3. Наказание

3.1. Статья 41 проекта УК предусматривает возможность назначения физическому лицу небольшого количества видов основных наказаний – лишь пяти (не считая исключительных – смертной казни и пожизненного лишения свободы): три за проступки, включая штраф, и три за преступления, опять же включая штраф. Также могут быть назначены пять видов дополнительного наказания.

Как соблюдены при этом международные стандарты? Минимальные стандартные правила ООН относительно мер, не связанных с тюремным заключением («Токийские правила», Резолюция 45/110 ГА ООН, 14 декабря 1990 г.) требуют разрабатывать меры, не связанные с тюремным заключением, с целью рационализации политики в области уголовного правосудия (ст. 1).

Рекомендовано применять такие санкции:

- a) устные санкции, такие, как замечание, осуждение и предупреждение;
- b) условное освобождение от ответственности;
- c) поражение в гражданских правах;
- d) экономические санкции и денежные наказания, такие, как разовые штрафы и поденные штрафы;
- e) конфискация или постановление о лишении права собственности на имущество;
- f) возвращение имущества жертве или постановление о компенсации;
- g) условное наказание или наказание с отсрочкой;
- h) условное освобождение из заключения и судебный надзор;
- i) постановление о выполнении общественно полезных работ;
- j) направление в исправительное учреждение с обязательным ежедневным присутствием;
- k) домашний арест;
- l) любой другой вид обращения, не связанный с тюремным заключением;
- n) какое-либо соединение вышеперечисленных мер (ст. 8).

Очевидно, что данные рекомендации учтены не полностью. Проект УК Республики Казахстан из числа перечисленных не предусматривает возможности:

- освобождения лица от наказания одновременно с его осуждением (исключением является положение ч. 2 ст. 87 проекта, однако оно касается лишь несовершеннолетних);
- применения за преступления иного альтернативного лишению свободы наказания, кроме штрафа и ограничения свободы.

Из УК предполагается исключить исправительные работы, которые по сути своей являются штрафом с рассрочкой выплаты и могли бы, во-первых, продолжать достаточно эффективно исполнять задачи уголовного наказания, а во-вторых, приносить в бюджет страны стабильные поступления.

Возможно, следует изучить и учесть опыт других стран, уголовным законодательством которых предусмотрены, в частности, такие виды наказаний для физических лиц, как: арест по выходным дням, домашний арест (УК Сан-Марино, Албании, Италии, Испании); заключение «в режиме полусвободы», когда осужденному разрешается на определенное время и на определенных условиях оставлять пенитенциарное учреждение для осуществления профессиональной деятельности, лечения, получения образования, участия в жизни семьи (УК Франции); штрафо-дни, когда каждый день на протяжении определенного периода осужденный обязан вносить в госбюджет определенную сумму (УК Франции).

Ограничение свободы, предусмотренное УК Украины, отличается от ограничения свободы, предусмотренного УК Республики Казахстан, поскольку предполагает содержание лица в уголовно-исправительном учреждении открытого типа без изоляции от общества в условиях осуществления за ним надзора и с обязательным привлечением к труду. Это наказание предусмотрено в более чем 260 санкциях статей УК Украины. Оно применяется наиболее часто к лицам, совершившим неосторожные преступления с существенными или тяжкими последствиями.

3.2. Восемнадцать раз в статьях Общей части проекта УК Республики Казахстан, касающихся назначения наказания, применяется термин «суд может». Во всех этих случаях следует предусмотреть, чтобы судебная дискреция не была слишком широкой, а условия, при которых «суд может», были выписаны по возможности без применения оценочных признаков (таких как «с учетом личности виновного», «с учетом тяжести заболевания», «с учетом имущественного положения»). Полагаем, что список тяжелых болезней, препятствующих отбыванию наказания, должен быть определен законом, что понятие «имущественное положение» должно зависеть от определенного законом размера прожиточного минимума, и т.д.

3.3. Есть сомнения в отношении положения п. «г» части 1 ст. 53, где речь идет о конфискации предметов незаконного оборота. Если предметы согласно закону не могут находиться в собственности лица, то разве можно говорить об их конфискации, которая в любой правовой системе представляет собой принудительное изъятие предмета именно из собственности лица?

4. Освобождение от уголовной ответственности и наказания

4.1. Серьезные предостережения хочется сделать по поводу тезиса о том, что «в целях снижения репрессивности уголовного закона, исключения его возможностей препятствовать развитию личности и прогрессу общества следует рассмотреть возможность расширения оснований освобождения от уголовной ответственности и наказания» (пункт 11 Концепции).

Известным является высказывание Чезаре Беккариа о том, что «по мере смягчения наказаний милосердие и прощение становятся всё менее необходимыми». Милосердию «нет места в совершенном законодательстве, где наказания воздержаны, а суд праведный и быстрый». В стране «с неупорядоченной системой уголовного законодательства... потребность в прощении и милосердии прямо зависит от бестолковости законов и суровости приговоров». «Показывать людям, что преступления могут извиняться и что наказание – не обязательное их следствие, – значит порождать в них иллюзию безнаказанности и принуждать их верить в то, что выполнение приговора государством скорее акт насилия власти, чем результат правосудия».³

4.2. Прежде чем далее расширять основания освобождения от уголовной ответственности, следует тщательно изучить судебную статистику и установить, каков процент лиц, совершивших преступления, был освобожден от уголовной ответственности и наказания и по каким основаниям, каков процент среди освобожденных лиц, вновь совершивших преступления и т.д. Как предупреждают российские ученые, Фемида может задохнуться от гуманизма.⁴

³ Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. – М.: Стелс, 1995. – С. 247.

⁴ Лепина М. Фемида задохнется от гуманизма. Реформа уголовного законодательства может привести к перегрузке судебной системы // http://mn.ru/accident_court/20120329/314417931.html

Вообще смысл дифференциации уголовной ответственности состоит в том, чтобы она в зеркале наказания и иных мер уголовно-правового характера объективно отражала разновидности преступного поведения. Речь идет о том, что:

- в пределах всего массива уголовного законодательства существуют преступления разного характера и степени тяжести (категорий) – от уклонения от уплаты налогов в значительных размерах до умышленного убийства при отягчающих обстоятельствах;

- в пределах преступлений одного характера, предусмотренных разными статьями в пределах одного или даже разных разделов (глав) Особенной части УК, существуют преступления разной степени тяжести – от побоев до умышленного тяжкого телесного повреждения, от обычной кражи до кражи взрывчатых или наркотических веществ; иногда это подчеркивается созданием простых и привилегированных составов преступлений;

- в пределах преступлений одного характера, предусмотренных одной статьей Особенной части УК, существуют преступления разной степени тяжести – от простого получения взятки до квалифицированного и особо квалифицированного получения взятки;

- в пределах преступлений одной степени тяжести (санкции соответствующих статей или частей статей абсолютно одинаковы), предусмотренных разными статьями Особенной части УК, существуют преступления совершенно разного характера, например: государственная измена, разбой с целью завладения боевыми веществами, ведение агрессивной войны;

- преступление одного и того же характера и степени тяжести, предусмотренное одной статьей (частью статьи) Особенной части УК, совершено лицами с разными личностными характеристиками (скажем, несовершеннолетним или взрослым, женщиной в состоянии беременности или мужчиной, инвалидом, пенсионером или трудоспособным, безработным или работником, военнослужащим или гражданским лицом и т.п.). Это не должно признаваться нарушением конституционного принципа гендерного и другого равенства граждан перед законом;

- преступление одного и того же характера и степени тяжести, предусмотренное одной статьей (частью статьи) Особенной части УК, совершено при разном характере соучастия, или разной степени реализации умысла (приготовление, покушение, законченное преступление), или при разных обстоятельствах, смягчающих либо отягчающих наказание.

Все приведенные ситуации должны быть учтены при реализации уголовной ответственности согласно статье 55 УК Республики Казахстан, в соответствии с которой наказание назначается в пределах, установленных соответствующей статьей Особенной части Кодекса, но с учетом: 1) положений Общей части настоящего Кодекса; 2) характера и степени общественной опасности уголовного правонарушения; 3) личности виновного, в том числе его поведения до и после совершения правонарушения; 4) обстоятельств, смягчающих и отягчающих ответственность и наказание; 5) влияния назначенного наказания на исправление осужденного и на условия жизни его семьи или лиц, находящихся на его иждивении.

При таких обстоятельствах уголовный закон должен предусматривать такие возможности (средства дифференциации):

- 1) основные: а) назначение разных (по степени и характеру) наказаний, рассчитанных на разные категории лиц, которые совершают преступления; б) назначение того или иного наказания в определенных пределах;

2) дополнительные: а) осуждение без назначения наказания; б) осуждение с освобождением от наказания или его отбывания, в т.ч. осуждение с применением к несовершеннолетним принудительных мер воспитательного характера;

3) исключительные: а) с одной стороны – полное сложение назначенных наказаний при совокупности преступлений; б) с другой – безусловное освобождение от уголовной ответственности или от наказания (в связи с окончанием срока давности, а также – в отношении отдельных категорий лиц – по амнистии).

Однако эти исключения не могут приобретать свойства правил, поскольку тогда в исключение превратится принцип: в первом случае принцип неотвратимости уголовной ответственности, а во втором – принцип гуманизма.

4.3. В этой связи считаем целесообразным осветить негативный опыт Украины. На наш взгляд, УК Украины содержит слишком широкие возможности реализации уголовной ответственности в разных формах. В нем относительно *основных* средств дифференциации предусмотрено следующее:

а) двенадцать видов наказаний. Законодательство других государств предусматривает относительно незначительное количество видов уголовных наказаний (как правило, 6–10, при этом часть из них являются наказаниями за уголовные проступки);

б) санкции статей Особенной части УК Украины предусматривают сотни вариантов применения указанных двенадцати видов наказаний в различных соединениях и пропорциях. Предусмотрено, в частности: до ста вариантов применения штрафа – с разнообразнейшими нижними и верхними границами; тридцать девять (!) вариантов лишения свободы (на срок до 2, до 3, до 4, от 2 до 4, до 5, от 2 до 5, от 3 до 5, до 6 от 2 до 6, от 3 до 6, от 4 до 6, до 7, от 2 до 7, от 3 до 7, от 4 до 7, от 5 до 7, к 8, от 2 до 8, от 3 до 8, от 4 до 8, от 5 до 8, от 2 до 10, от 3 до 10, от 5 до 10, от 7 до 10, от 3 до 12, от 5 до 12, от 6 до 12, от 7 до 12, от 8 до 12, от 8 до 12, от 8 до 13, от 7 до 14, от 3 до 15, от 5 до 15, от 6 до 15, от 7 до 15, от 8 до 15, от 9 до 15, от 10 до 15). При этом ряд санкций охватывает «зону действия» сразу двух или трех категорий преступлений – от средней тяжести до особо тяжких (например, в ч. 2 ст. 267, ч. 3 ст. 404, ч. 3 ст. 414 УК предусмотрено наказание в виде лишения свободы от 3 до 12 лет), что необоснованно расширяет судебную дискрецию, явно противоречит принципу равенства всех перед законом.

Из статей 42 и 46 проекта УК Республики Казахстан также вытекает, что варианты назначения штрафа, лишения свободы на определенный срок, равно как и других наказаний, не унифицированы и их может быть неопределенное количество. Изучение положений Особенной части проекта УК Республики Казахстан эту версию подтверждает.

Для сравнения: законодательство многих зарубежных государств определяет четкие формы (категории) разных видов наказаний. Например, согласно УК Бельгии существует пять категорий лишения свободы, назначаемого за преступления (на срок от 5 до 10, от 10 до 15, от 15 до 20 и от 20 до 30 лет, а также пожизненно). В УК Эстонии типовыми являются санкции в виде штрафа: размер штрафа всегда устанавливается в пределах до 100, до 200 или до 300 штрафных единиц (всего три варианта). Оптимальным, на наш взгляд, может быть 8–12 вариантов санкции в виде лишения свободы, 4–8 вариантов штрафа.

Одновременно квалифицирующие и особо квалифицирующие признаки в УК Украины по своей конструкции не являются унифицированными. Таких признаков в УК Украины всего предусмотрено почти триста и многие из них отличаются терминологически, но не по смыслу. В одном случае один и тот же квалифицирующий признак неравномерно влияет на изменение пределов санкций в разных составах преступлений, в другом, наоборот, квалифицирующие признаки, которые отражают разный уровень общественной опасности содеянного или личности преступника, одинаково влияют на изменение границ санкции.

В различных статьях Особенной части проекта УК Республики Казахстан также одновременно и не унифицировано предусмотрены такие квалифицирующие и особо квалифицирующие признаки: «смерть потерпевшего или иные тяжкие последствия», «тяжкие последствия», «причинение тяжкого вреда здоровью потерпевшей, заражение ее ВИЧ/СПИД или иные тяжкие последствия», «причинение вреда здоровью ребенка или иные тяжкие последствия», «гибель людей или иные тяжкие последствия», «причинение крупного ущерба или наступление иных тяжких последствий», «тяжкие последствия или причинившие особо крупный ущерб» и т.д.

Таким образом, с помощью термина «тяжкие последствия» гибель людей по степени своей тяжести фактически приравнена к причинению тяжкого вреда здоровью, причинению вреда здоровью любой тяжести и к крупному ущербу; одновременно последний в других статьях не признается тяжким последствием, поскольку выделяется отдельно. Вероятно, это не совсем правильно. Принцип гуманизма требует, чтобы смерть человека и гибель людей признавались высшим уровнем тяжести общественно опасных последствий, остальные последствия не должны приравниваться к нему.

4.4. Продолжая сравнение, отметим как очередной негатив УК Украины то, что (относительно *дополнительных* средств дифференциации уголовной ответственности) им широко допускается осуждение без назначения наказания – четыре вида. Восемь разновидностей имеет осуждение с освобождением от наказания, а также осуждение, соединенное с освобождением от отбывания наказания. Есть возможность назначения более мягкого наказания, чем предусмотрено законом, замены неотбытой части наказания более мягким, семь видов не соединенного с осуждением освобождения от отбывания наказания.

Проект УК Республики Казахстан, соответственно, предусматривает около десяти дополнительных средств дифференциации: ч. 6 ст. 65; статьи 76–82.

4.5. В качестве *исключительных* средств дифференциации уголовной ответственности УК Украины предусматривает восемь *общих* видов освобождения от уголовной ответственности и пятнадцать *специальных* видов освобождения от уголовной ответственности, предусмотренных статьями Особенной части УК.

В проекте УК Республики Казахстан исключительных средств дифференциации еще большее количество (!): двенадцать общих – статьи 68–75, 82 (из них три новых – статьи 71–73) и двадцать девять специальных (предусмотренных статьями Особенной части УК).

Но все ли эти средства имеют право на существование и действительно являются необходимыми, особенно с учетом постепенной гуманизации, смягчения видов и уменьшения размеров имеющихся наказаний? В чем смысл освобождать фактического преступника от уголовной ответственности, если есть возможность применить к нему штраф или поставить его под пробационный контроль? Но такой «смысл» может быть порождением коррупции или вседозволенности (всепрощенчества).

В Украине освобождение от уголовной ответственности, особенно за преступления небольшой тяжести, стало слишком распространенным явлением. Но при этом не происходит государственное осуждение лица, совершившего преступление (не постановляется обвинительный приговор суда, хотя лицо не реабилитируется), не применяется наказание, то есть лицо освобождается от возложения на него любых утрат и ограничений личного, имущественного и иного характера, и считается не имеющим судимости. Фактическая преступность не уменьшается, а ее официально документируемый

уровень «регулируется» с помощью различных манипуляций – изменение правил ведения статистического учета, отнесение тех или иных преступлений к числу коррупционных, увеличение размера предмета мелкой кражи и т.д.

Но даже официальная судебная статистика свидетельствует, что закрепленная в уголовном законе чрезвычайно широкая дифференциация уголовной ответственности на практике ничем не сдерживается и применяется также в широких масштабах, а некоторые из положений уголовного закона, которые должны были бы рассматриваться как исключения, превратились в правило. Из каждых 100 человек, представших перед судом, 15 освобождаются судом от уголовной ответственности⁵ – чаще всего в связи с деятельным раскаянием, примирением виновного с потерпевшим, изменением обстановки или передачей на поруки. Из оставшихся 85 человек 45 освобождаются от наказания (статистически подтверждено, что от уголовного наказания освобождаются в том числе 25% лиц, осужденных за особо тяжкие преступления), в отношении еще восьми применяется более мягкое наказание, чем предусмотрено санкцией статьи. Из оставшихся 32 (из которых 20 отбывают лишение свободы, а 12 – иной вид наказания) подавляющее большинство (к сожалению, эта статистика специально не ведется) в дальнейшем освобождаются от дальнейшего отбывания наказания в связи с помилованием, амнистией, условно-досрочно и по другим основаниям.

Таким образом, необоснованная дифференциация уголовной ответственности может приводить к забвению принципа неотвратимости уголовной ответственности и принципа равенства граждан перед законом, постепенно стереть границу между принципом адекватности (справедливость) и принципом гуманизма (милосердие).

Положительным достижением юридической науки и законотворчества последних лет в Украине считаем принятие Закона «О применении амнистии в Украине» от 2 июня 2011 года, которым зафиксирован отказ от освобождения по амнистии от уголовной ответственности: теперь по амнистии лицо может быть освобождено только от отбывания назначенного судом наказания.

Исходя из изложенного предлагаем, как минимум, пересмотреть положения некоторых статей проекта УК Республики Казахстан. Речь идет о следующем.

1) Следовало бы конкретизировать положения ст. 68 проекта УК таким образом, чтобы исключить коррупционные риски и определить точную совокупность условий, при которых суд может освободить лицо от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием. В настоящее время текст статьи пестрит оценочными признаками: «с учетом личности виновного и его поведения», «состоявшееся исправление виновного», «добровольная явка с повинной» (кстати, а разве может быть явка с повинной не добровольной?), «способствование раскрытию или расследованию уголовного правонарушения», «заглаживание вреда» (ч. 1), «активное способствование» (ч. 2), «добровольное способствование» и, наконец, просто «способствование» (ч. 3). Если уж и применять подобные формулировки (что не исключено в обществах, где традиционным является принцип безусловного доверия к судьям), то лишь в отношении преступлений небольшой тяжести и проступков, а также, возможно, неосторожных преступлений средней тяжести. Особенно это касается положений ч. 1 ст. 68.

⁵ При этом не учитываются лица, в отношении которых по надуманным основаниям уголовные дела были прекращены на стадии досудебного расследования или в возбуждении уголовных дел было отказано. Таких лиц втрое-вчетверо больше, чем тех, что предстают перед судом.

2) Сомнительной является целесообразность освобождения от уголовной ответственности при превышении пределов необходимой обороны независимо от тяжести наступивших последствий. По нашему мнению, жизнь человека должна быть настолько ценной, что позволить кому-либо безнаказанно убить другого лишь по причине собственного испуга или замешательства – вряд ли можно назвать гуманностью. Подобные положения закона могут инспирировать случаи самочинной расправы над тем, кто был столь милостиво освобожден государством от уголовной ответственности. К тому же общественно опасным посягательством может быть и проступок – ведь он, согласно положению ст. 10 проекта УК, также является общественно опасным, хотя и не представляет *большой* общественной опасности.

3) Сверхгуманными выглядят, а на самом деле являются подстрекательскими, положения ст. 70 проекта УК. Они могут увеличить количество случаев семейного насилия – ведь тот, кто совершает насильственные преступления в отношении членов своей семьи, в подавляющем большинстве случаев уверен, что ему удастся примириться с пострадавшими и загладить причиненный вред. Эти положения – согласно ч. 2 ст. 70 – могут стать своеобразной индульгенцией для некоторых категорий лиц (несовершеннолетних и др.), которых закон как бы поощряет: «Главное, никого не убей; во всех других случаях ты *подлежишь* освобождению от уголовной ответственности, если примиришься с потерпевшим и загладишь причиненный вред». А как рассуждает подросток? Часто именно так: «Пострадавший меня, конечно, простит, потому что папа (мама) ему заплатит».

4) В статье 73 необходимо сделать уточнение: статьей или частью статьи Особенной части настоящего Кодекса должно быть предусмотрено наказание только в виде штрафа? или, что вероятнее, штраф может быть предусмотрен как один из альтернативных видов наказаний?

Сомнительной также является целесообразность подобного освобождения от уголовной ответственности, особенно в случае совершения тяжкого преступления, без выполнения каких-либо условий (кроме как не совершить нового уголовного правонарушения) со стороны лица, совершившего преступление. В чем же тогда воспитательное значение уголовного закона? Похоже, что эта норма придумана специально «для богатых»?

5) Как и положения статьи 68, неконкретными являются положения ч. 1 статьи 74 проекта УК. Слишком субъективным и расплывчатым является понятие «вследствие изменения обстановки совершенное деяние перестало быть общественно опасным». Часто в литературе приводятся одни и те же примеры: отменено чрезвычайное положение, или незаконная порубка леса осуществлялась на участке, подготовленном к проведению мелиоративных работ, или к моменту привлечения к уголовной ответственности лицо, совершившее преступление, призвано на военную службу. Но разве в этом случае совершенные кража, изнасилование или убийство перестают быть общественно опасными? Разве они по истечении относительно короткого времени перестают быть кражей, изнасилованием и убийством? Ведь в данном случае речь идет вовсе не о декриминализации деяния! И не об истечении сроков давности! При такой чрезвычайной абстрактности нормы совершенно непонятным является возможность ее распространения не только на проступки и преступления небольшой тяжести, но и на преступления любой степени тяжести.

6) Следовало бы исключить из части 2 статьи 82 проекта УК Республики Казахстан первое предложение («На основании акта об амнистии лица, совершившие преступления, могут быть освобождены от уголовной ответственности») – и тем самым позволить распространение акта об амнистии лишь на освобождение от наказания, сокращение наказания, замену его более мягким и освобождение от дополнительного вида наказания.

Поскольку амнистия и помилование – это разные уголовно правовые институты, их регулированию следовало бы посвятить две отдельные статьи УК.

4.6. В пункте 12 Концепции говорится о целесообразности «полной отмены условно-досрочного освобождения либо увеличения сроков, при наступлении которых предоставляется возможность условно-досрочного освобождения для лиц, совершивших преступления сексуального характера в отношении несовершеннолетних, совершивших преступления террористического характера или преступления, носящие признаки экстремизма и иные особо тяжкие преступления».

В пункте 18 Концепции также предусмотрено расширить в УК меры поощрительного характера и дополнить Общую часть Кодекса положениями, которые предусматривают неприменение меры наказания в виде лишения свободы к лицам, совершившим отдельные, в том числе экономические, преступления и добровольно возместившим в полном объеме имущественный ущерб». Но такой подход предлагается считать «недопустимым к преступлениям, представляющим большую общественную опасность, в том числе преступлениям террористического характера, коррупционным преступлениям, преступлениям, совершенным в составе организованных преступных групп и другим тяжким деяниям».

В этом контексте мы считаем необходимым призвать авторов Концепции и проекта УК к сдержанности.

Во-первых, подобные устремления противоречат, на наш взгляд, принципу равенства всех перед законом. Лица, осужденные за особо тяжкие преступления, должны иметь такое же право на условно-досрочное освобождение, как и лица, осужденные за иные преступления. Ведь грань между особо тяжкими и тяжкими преступлениями на самом деле неопределенна, субъективна. Бывает, что одно и то же преступление при определенной конъюнктуре в течение одного–двух лет признается особо тяжким, затем тяжким, а после – вновь особо тяжким. Разными являются и преступления сексуального характера в отношении несовершеннолетних. Ведь нельзя ставить на один уровень такие разные преступления сексуального характера, как изнасилование малолетнего и эксгибиционистские действия в присутствии малолетнего, изнасилование семнадцатилетней девушки ее взрослым педагогом и половое сношение лица, едва достигшего шестнадцатилетнего возраста, с лицом, заведомо не достигшим шестнадцатилетнего возраста. Ниже мы скажем и о необоснованном расширении в проекте УК круга преступлений террористического характера, коррупционного характера и преступлений, носящих признаки экстремизма.

Во-вторых, эти положения пункта 12 противоречат положениям пункта 10 Концепции, о том, что «закон должен предусматривать гибкие механизмы, дающие возможность членам преступных формирований для отказа от преступной деятельности, взамен на смягчение либо освобождение от ответственности. При этом критериями при таком смягчении либо освобождении могли бы являться сотрудничество со следствием, изобличение преступной деятельности преступных формирований и их членов». Таким образом, лица, совершившие преступления террористического характера или преступления, носящие признаки экстремизма и иные особо тяжкие преступления, но отказавшиеся от дальнейшей преступной деятельности, сотрудничающие со следствием и т.д., будут обмануты в своих ожиданиях, участники организованных преступных групп не станут идти на компромиссы со следствием...

В-третьих, мы поддерживаем высказанное Л.В. Головкино мнение о том, что подобный подход лишает определенных лиц каких-либо стимулов к надлежащему поведению, а полный отказ от условно-досрочного освобождения по делам о тяжких преступлениях приводит к

постоянному *накоплению* наиболее опасных осужденных в местах лишения свободы. Все это резко повышает напряженность в местах лишения свободы и само по себе чревато опасными для общества последствиями.

5. Иные меры уголовно-правового воздействия

Следует приветствовать постепенный переход на так называемую «двухколейную» систему правовых последствий: наказание и иные меры, и отнесение к последним пробационного надзора, лишения права занимать определенные должности или заниматься определенными видами деятельности, административного надзора (пункт 14 Концепции). В то же время представляется достаточно слабой мотивировка этой части реформы: в Концепции не обозначена суть указанных иных мер и их отличие от наказания.

В проекте же УК указанные иные меры отсутствуют.

Пробационный контроль является, согласно ст. 44 проекта УК, сутью уголовного наказания в виде ограничения свободы или же, согласно статье 66, – составной частью условного осуждения.

Статья 41 проекта относит лишение права занимать определенную должность или заниматься определенной деятельностью к видам уголовного наказания, а не иных мер.

Административный контроль в проекте УК и вовсе не упоминается.

В этой связи отметим: иные меры (меры безопасности) по законодательству большинства государств континентальной Европы отличаются от наказания по таким основным признакам:

а) если наказание всегда означает правовое последствие виновного уголовно наказуемого деяния, то мера безопасности может назначаться и *при отсутствии вины*;

б) если наказание является возможным лишь в случае привлечения лица к уголовной ответственности, то мера безопасности может быть применена и *вне уголовной ответственности*;

в) если наказание носит явным образом репрессивный характер, имеет целью преимущественно кару, отплату и запугивание, то мера безопасности непосредственно направлена на *устранение «опасного состояния» (или, как говорим мы, общественной опасности) лица*, которое совершило или может совершить общественно опасное деяние;

г) если превентивная роль наказания находится на втором плане, то мера безопасности непосредственно направлена на *специальную превенцию*, а также на решение задач по восстановлению положения, существовавшего до совершения деяния;

д) если наказание, как правило, предусмотрено санкцией соответствующей статьи, то меры безопасности, наоборот, в силу их разнообразия, как правило, *санкцией не предполагаются*;

е) если при назначении наказания судом учитывается прежде всего степень тяжести преступного деяния, а принцип индивидуализации означает лишь выбор того или иного вида и размера наказания (по общему правилу – в пределах санкции), то при назначении меры безопасности суд имеет возможность избрать такую меру, которая более всего отвечает личности деятеля вообще (в частности, его общественной опасности) и мотивам совершенного им деяния, то есть максимально *индивидуализировать* принудительное правовое последствие этого деяния.

Преимущество «двухколейной» системы правовых последствий противоправного деяния состоит в том, что она позволяет, в частности: 1) применять необходимые меры

безопасности (специальную конфискацию, ограничение определенных прав и т.п.) к лицам, к которым в силу определенных причин (невменяемость и др.) не могут быть применены наказания, но которые реально опасны для общества; 2) сделать более гуманной уголовно-правовую политику за счет применения мер безопасности вместо наказания или одновременно с мягким наказанием в случаях, когда это возможно.

Все меры безопасности, предусмотренные уголовными кодексами многих государств, можно поделить на такие группы по критерию их содержательного совпадения с правовыми последствиями противоправного деяния, которые в нашей правовой системе признаются наказаниями:

1) меры безопасности, которые по своей сути совпадают с некоторыми наказаниями (как правило, дополнительными):

- запрет пользоваться определенными правами или ограничение определенных прав, в частности права: управлять транспортным средством (уголовные кодексы Литвы, Польши, Испании, ФРГ, Франции); хранить и носить оружие; охотиться, заниматься рыболовством (УК Литвы, Франции); лишение лицензии на оружие, профессиональная дисквалификация (УК Испании); заниматься определенной профессиональной деятельностью (УК Польши, ФРГ); осуществлять предпринимательскую деятельность (УК Польши, Дании); занимать определенную должность; принимать участие в отправлении правосудия, выполнять функции в государственных органах и органах территориального или профессионального самоуправления, избирательного права (УК Польши); отстранение от должности; утрата прав, касающихся выборов, награды или назначения на должность (УК Австрии);

- специальная конфискация (уголовные кодексы Литвы, Молдовы, Эстонии, Болгарии, Польши, Австрии, Франции, Швеции, Норвегии, Голландии, Италии); взнос в фонд лиц, пострадавших от преступлений (УК Литвы); изъятие выгоды, полученной вследствие совершения уголовно наказуемого деяния (УК Австрии, УК Норвегии); денежная компенсация на общественные цели; денежная выплата (УК Польши); конфискация доходов и изъятие стоимости финансовых преимуществ, полученных в результате уголовно наказуемого деяния (УК Швеции); изъятие дохода, полученного в результате уголовно наказуемого деяния (УК Норвегии, УК Голландии); конфискация преступных доходов (УК Дании); полная или частичная конфискация имущества (УК Норвегии, УК Дании);

- безвозмездные работы (УК Литвы);

- высылка иностранцев (уголовные кодексы Молдовы, Италии, Испании, Сан-Марино);

- запрет проживать в определенных местностях (УК Франции, Италии); обязанность находиться в определенной местности; запрет проживать или находиться в определенной местности (УК Испании); запрет посещать рестораны и места публичной продажи спиртных напитков (УК Италии); определение местожительства или работы, запрет появляться в общественных парках или садах, близ школ, в детских домах, психиатрических больницах или в определенных лесах, на пляжах или приморских курортах, а также запрет на проживание детей в доме осужденного (УК Дании);

- обнародование приговора (УК Польши);

2) меры безопасности, которые содержательно отличаются от наказаний:

- принудительные меры медицинского характера и принудительное лечение (уголовные кодексы Беларуси, России, Латвии, Литвы, Молдовы, Эстонии, Болгарии, Албании, Польши,

Швейцарии, Австрии, Испании, Сан-Марино, ФРГ, Швеции, Голландии, Италии, Дании); принудительная опека относительно лица, которое злоупотребляет алкогольными напитками (УК Молдовы); принудительное попечительство (УК Норвегии, Дании);

- меры принуждения воспитательного характера (уголовные кодексы Беларуси, России, Латвии, Литвы, Молдовы, Эстонии, Албании, Франции, Сан-Марино, Швеции, Италии, Дании, ФРГ и др.);

- возмещение или заглаживание имущественного вреда (УК Литвы); обязанность возместить вред независимо от исковой давности (УК Польши); наложение обязанности возмещения вреда; компенсация материального и морального вреда (УК Испании, УК Швеции); обязательство уплатить определенную денежную сумму в пользу жертвы (УК Голландии);

- надзор за опасными лицами (уголовные кодексы Италии, Сан-Марино, ФРГ, Дании);

- наложение обязанности оставить дом жены (мужа), в котором находится его бывшая жертва, и прекратить с ней любые отношения; запрет содержания собак (ФРГ).

При этом: а) специальная конфискация и смежные с ней меры могут применяться одновременно с наказанием (УК Литвы), и даже к лицу, которое не принимало участия в преступлении, но получило прибыль от преступления, или после преступления приобрело собственность в порядке наследования или как подарок (УК Швеции, УК Норвегии), или к лицу, признанному невменяемым (УК Норвегии); б) высылка – после отбытия наказания в виде тюремного заключения или ареста и одновременно с иными наказаниями (УК Молдовы); в) денежная выплата – при отказе от назначения наказания (УК Польши); г) надзор и высылка – после отбытия наказания в виде тюремного заключения или ареста и одновременно с наказаниями в виде ограничения прав и штрафа (УК Сан-Марино). В УК Италии прямо указано, что меры безопасности могут быть применены как к лицам, которые совершили *преступное деяние*, так и, в предусмотренных законом случаях, к лицам, которые совершили *противоправное деяние* (то есть к невменяемым и иным лицам, которые не подлежат наказанию).

Согласно законодательству некоторых государств, мера безопасности, которую лицо не способно исполнить по уважительным причинам, может быть заменена другой мерой; если же лицо уклоняется от исполнения предназначенной ей меры (за исключением конфискации имущества), суд, не отменяя ее исполнения, назначает ей наказание согласно статье Особенной части УК, которая предусматривает ответственность за такое уклонение (УК Литвы, УК Испании).

Учитывая определенные выше признаки мер безопасности, которые отличают их от наказания, к мерам безопасности следует отнести меры, которые преимущественно отвечают цели специальной превенции. Итак, среди предусмотренных уголовным законодательством различных государств мер безопасности можно выделить такие три группы мер:

1) меры безопасности, которые должны назначаться *вместо наказания* (к лицам, в отношении которых не может быть применено наказание): меры принуждения медицинского характера; принудительная опека или принудительное попечение; меры принуждения воспитательного характера;

2) меры безопасности, которые должны назначаться *вместе с наказанием*. Это – ограничение: права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью; избирательного права; права принимать участие в избирательном процессе;

права быть работником правоохранительного органа, адвокатом, нотариусом, экспертом; права принимать участие в издательской деятельности или деятельности средств массовой информации; права управлять транспортными средствами и т.п.); родительских прав, прав опекуна или попечителя; права исполнять обязанности, связанные с воспитанием детей и преподаванием в учебных заведениях; права проживать или находиться в определенных местах; права подходить к жертве преступления или ее жилью ближе чем на определенное расстояние;

3) меры безопасности, которые могут назначаться *как вместо наказания, так и одновременно с ним*: принудительное лечение; специальная конфискация; изъятие выгоды, полученной вследствие совершения преступного деяния; взнос в фонд лиц, пострадавших от преступлений или денежная компенсация на общественные цели; закрытие какого-нибудь заведения, принадлежащего осужденному; запрет содержания определенных домашних животных.

Этот опыт можно было бы учесть при реформировании уголовного законодательства Республики Казахстан в части иных мер.

6. Клевета. Хулиганство

6.1. Гражданско-правовой институт защиты чести, достоинства и репутации лица в силу своей не публичности и не политизированности, в отличие от аналогичного уголовного правового института, не только юридически, а и фактически распространяется на всех лиц независимо от их политических убеждений, занимаемых должностей и других признаков и, по нашему мнению, является достаточным правовым средством для обеспечения защиты прав человека в этой сфере. В Украине были робкие попытки отдельных народных депутатов после 2001 года (год вступления в силу нового УК Украины) провести через Парламент законопроект о введении уголовной ответственности за клевету вообще и за клевету на определенных должностных лиц государства, но все они не были поддержаны ни Парламентом, ни гражданским обществом.

Наличие уголовной ответственности за клевету создает определенную коллизию между соответствующими нормами УК и нормами Гражданского кодекса, которые предусматривают защиту чести, достоинства и деловой репутации физических и юридических лиц путем опровержения информации, если она не соответствует действительности, и возмещения имущественного и морального вреда, причиненного распространением недостоверной информации. Собственно неимущественные личные (частные) права лиц, которыми являются честь, достоинство, репутация, относятся к предмету регулирования именно гражданского права, как области частного права, в отличие от права уголовного, которое является областью права публичного.

Толковые словари определяют честь как достойные уважения и гордости моральные качества человека, его соответствующие принципы, а достоинство – как совокупность высоких моральных качеств, а также самоуважение к этим качествам в себе. Итак, указанные понятия являются категориями не правовыми, а нравственно-философскими и носят лично-субъективный характер. Наличие чести и степень достоинства каждое лицо определяет для себя самостоятельно, индивидуально и субъективно, а так же имеет право самостоятельно делать вывод о том, привели ли действия других лиц, в частности, распространение недостоверной информации, к унижению его чести и достоинства. Использование нравственно-философских категорий в уголовном законодательстве крайне нежелательно из-за их неконкретности, аморфности. Состав преступления всегда должен быть конкретным.

При наличии гражданской ответственности за клевету все возможные и достаточные виды сатисфакции получает именно то лицо, в отношении которого были распространены заведомо ложные сведения. Уголовное же наказание имеет целью не только подвергнуть наказанию преступника и исправить его, но и предотвратить совершение другими лицами новых преступлений.

Каждое лицо решает по своему усмотрению, пользоваться ли надлежащим ему правом, в частности и правом на защиту собственной чести, достоинства и репутации от посягательств. Это не может быть правом прокурора и следователя, точно так же, как не могут последние навязывать потерпевшей свое представление о том, была ли, скажем, половая связь, в которую она вступила, добровольной или принудительной.

В этой связи следует напомнить о парадоксальном, с точки зрения здравого смысла, поведении так называемых «звезд шоу-бизнеса», которые не только не принимают меры к опровержению распространяемой о них в СМИ недостоверной информации (даже той, которая, на взгляд обычного человека, позорит честь и достоинство), но и поощряют подобные действия, и таким способом прибавляют к своей популярности. Какие общественные интересы при таких обстоятельствах будет защищать следователь, прокурор, возбудив уголовное дело о клевете?

Что касается распространения ложных сведений, которые позорят честь и достоинство должностных лиц высших ступеней власти, которая используется как средство политической борьбы, то следует сослаться на решение Европейского суда по правам человека от 8 июля 1986 г. по делу Лингенса, согласно которому граница допустимой критики значительно более широка, когда речь идет о политическом деятеле, чем когда это касается обычного лица. Это объясняется необходимостью обеспечения свободы слова для формирования общественной мысли о поведении и идеях руководителей государства.

Кроме того, выделение определенной категории граждан и обеспечение более суровой их уголовно-правовой защиты при отсутствии весомых доводов, что именно эти категории граждан подвергаются большей, чем другие граждане, опасности в случае совершения в отношении них определенных противоправных деяний может быть расценено как предоставление привилегий по признакам социального и должностного положения и противоречит принципу равенства конституционных прав и свобод граждан.

6.2. Не соответствует принципу юридической определенности понятие хулиганства, содержащееся в ст. 306 проекта УК. Несмотря на упомянутые в Концепции общественные трансформации последних лет, которые должны были бы предполагать развитие демократии и осуществление верховенства права, одним из составных которого и является принцип юридической определенности, в Кодексе предполагается сохранить состав преступления, все признаки которого отличаются оценочным характером: «особая дерзость», «нарушение общественного порядка», «явное неуважение», «непристойные действия», «исключительный цинизм», – при этом за его совершение предусмотрено достаточно суровое наказание.

Поскольку практика нескольких десятилетий применения «советской» статьи о хулиганстве уже показала, в каких именно формах оно, как правило, проявляется, пора уже исключить своевольное и часто бессмысленно жестокое использование этой статьи правоохранительными органами в любых случаях, когда упомянутые оценочные признаки они применяют на свое усмотрение, но без настоящих правовых оснований.

Представляется, что в части 1 ст. 306 проекта УК (с учетом наличия статьи 307, предусматривающей ответственность за специальный вид хулиганства – вандализм), можно было бы предусмотреть ответственность за проступок, состоящий в мелком хулиганстве, а именно грубом нарушении общественного порядка или покоя людей путем: громкой нецензурной брани или пения неприличных песен в общественном месте или в присутствии детей или женщин; громкого пения, криков или использования звуковоспроизводящей аппаратуры, незаконного проведения салютов, фейерверков, использования пиротехнических средств в ночное время; продолжительных криков, свиста или создания иного шума во время демонстрации кинофильмов или спектаклей; оскорбительного приставания к другому лицу с пренебрежением чести и достоинства пострадавшего; вторжения в общественное место вопреки запрету лиц, которые следят за порядком; отправления естественных надобностей в населенном пункте в не отведенных для этого местах; появления в полностью обнаженном виде в общественном месте (экспозиционизм), кроме специально определенных мест для отдыха nudистов; самовольной без обоснованной надобности остановки или попытки остановки общественного транспорта, что создало опасность аварии.

Часть 2 ст. 306 могла бы, в свою очередь, характеризовать хулиганство, как совершенное без какой-либо причины или с использованием малозначительного повода нарушение общественного порядка и покоя людей, которое сопровождается дерзким развязыванием драки или продолжительным и упорным издевательствам над лицом, находящимся в беспомощном состоянии, или над ребенком, беременным женщиной, лицом преклонного возраста, или уничтожением или повреждением чужого имущества, или нарушением нормальной работы транспорта, предприятия, учреждения или организации, или исключительно циничным проявлением бесстыдства.

В дальнейшем практика укажет на необходимость коррекции этого перечня.

7. Экологические преступления и проступки

7.1. Пункт 34 Концепции нуждается, по нашему мнению, в некотором текстуальном усовершенствовании.

В нем указано на необходимость «четко отграничить экологические преступления от преступлений, посягающих на иные объекты уголовно-правовой охраны посредством умышленного причинения вреда окружающей среде», однако не указано, на основании каких именно критериев должно осуществляться такое отграничение.

Неясно также, что понимается под «не всегда корректным определением субъективной стороны» и по каким именно «иным статьям УК» должно влечь ответственность умышленное нарушение экологических правил с целью причинения вреда жизни и здоровью человека и иных тяжких последствий.

7.2. Что касается соответствующих норм проекта УК Республики Казахстан, то отметим следующее.

Статья 336 называет такие общественно опасные последствия нарушения экологических требований:

- угроза причинения смерти человеку; причинение тяжкого или средней тяжести вреда здоровью человека; крупный ущерб (ч. 1);
- смерть человека; массовое заболевание людей; особо крупный ущерб (ч. 2).

В схожем по многим признакам составе преступления, предусмотренного ст. 337, к общественно опасным последствиям отнесены:

- угроза причинения тяжкого или средней тяжести вреда здоровью человека; значительный ущерб (ч. 1);
- угроза причинения смерти человеку; причинение тяжкого или средней тяжести вреда здоровью человека; крупный ущерб (ч. 2);
- смерть человека; массовое заболевание людей; особо крупный ущерб (ч. 3).

Подобные положения существуют и во многих других статьях Главы 13 «Экологические преступления и проступки».

По нашему мнению, во-первых, не следует ставить в один ряд такие последствия, как смерть человека и материальный ущерб, каким бы крупным он ни был. Во-вторых, в большинстве случаев невозможно с помощью существующих процессуальных средств и криминалистических методов и техники достаточно убедительно доказать перед судом, что нарушение тех или иных экологических требований, например, при проектировании, размещении, строительстве, вводе в эксплуатацию и т.д. определенных (но не только опасных) объектов создало угрозу причинения смерти, а тем более – вреда здоровью человека. С другой стороны, ведь и нормативные и технические акты, содержащие экологические требования, могут предусмотреть не все источники опасности, но для разработчиков таких актов и лиц, которые их утвердили, уголовной ответственности не существует. Кроме того, нет ответственности и за нарушение тех или иных экологических требований при проектировании, размещении и т.д. объектов, что повлекло причинение *легкого* вреда здоровью многих лиц (если это не связано с массовым заболеванием). В-третьих, неясно, что означает слово «массовое» и почему речь идет лишь о заболевании, а не о заболевании, травматизме и отравлении, например?

7.3. Говоря об экологических преступлениях, следует вспомнить положительный опыт государств Европы.

Рамочное решение Совета ЕС «Об уголовно-правовой охране окружающей среды» (2003) определяет такие умышленные преступления:

- a) высвобождение, эмиссия или внесение большого количества веществ или ионизирующей радиации в воздух, грунт или воду, которое стало причиной смерти или причинило серьезный вред здоровью человека;
- b) противоправное высвобождение, эмиссия или внесение большого количества веществ или ионизирующей радиации в воздух, грунт или воду, что повлекло их существенное ухудшение или создало условия для такого ухудшения, или стало причиной смерти или серьезного вреда здоровью человека или объектам, которые защищаются (в т.ч. памятникам культуры), собственности, животным или растениям;
- c) противоправная утилизация, переработка, хранение, транспортировка, экспорт или импорт отходов, которое стало причиной смерти или серьезного вреда здоровью человека, или значительного вреда состоянию воздуха, грунта, воды, животного или растительного мира;
- d) противоправное введение в эксплуатацию фабрик, осуществляющих опасную деятельность, которая, независимо от введения их в эксплуатацию, причиняет или создает угрозу причинения смерти или серьезного вреда здоровью человека, или значительного вреда состоянию воздуха, грунта, воды, животного или растительного мира;

е) противоправные производство, переработка, хранение, использование, транспортировка, экспорт или импорт материалов, которые расщепляются, или других опасных радиоактивных веществ, что вызвало или способно стать причиной смерти или серьезного вреда здоровью человека, или значительного вреда состоянию воздуха, грунта, воды, животного или растительного мира;

ф) противоправное удержание, поимка, причинение вреда, убийство или торговля видами дикой флоры и фауны или их частью, которые защищаются национальным правом с целью недопущения их вымирания;

г) незаконная торговля озоноразрушающими веществами.

Ст. 3 Решения возлагает на государства обязанность признать преступлениями такие же деяния, совершенные по неосторожности.

Аналогичные положения содержатся в Конвенции Совета Европы о защите окружающей среды с помощью уголовного права (1998) – за тем исключением, что государства-участники Конвенции имеют право не криминализовать совершенные по неосторожности: 1) слив, выброс либо выпуск веществ или ионизирующего излучения в воздух, грунт или воду, если такое деяние лишь вызывает серьезную опасность наступления смерти или телесных повреждений человека, но не стало их причиной; 2) незаконный слив, выброс или выпуск веществ или ионизирующего излучения в воздух, грунт или воду, что стало причиной угрозы состоянию охраняемых памятников истории и культуры.

8. Воинские преступления и проступки

В пункте 35 Концепции отмечено, что «следует рассмотреть возможность исключения из категории воинских преступлений некоторых составов, дублирующих составы преступлений, предусмотренных в иных главах УК».

Фактически же, как показывает сравнение второй «Действующая редакция» и третьей «Предлагаемая редакция» колонок Сравнительной таблицы по новой редакции Уголовного кодекса, это благое пожелание не выполнено. Количество статей в Главе 18 Особенной части проекта УК наоборот увеличилось.

По нашему мнению, с учетом сокращения вооруженных сил, других воинских формирований, уменьшения уровня преступности среди военнослужащих, а главное – в связи с тем, что многие статьи указанной Главы являются просто лишними, поскольку, кроме субъекта, содержат все признаки общеуголовных преступлений и проступков, также с целью обеспечения равенства всех перед законом, для унификации положений Уголовного кодекса, устранения дублирования, следует исключить из проекта УК статьи, предусматривающие ответственность за:

- злоупотребление властью (ст. 475);
- превышение власти (ст. 476);
- бездействие власти (ст. 477);
- халатное отношение к службе (ст. 478);
- разглашение секретных сведений военного характера или утрата документов, содержащих секретные сведения военного характера (ст. 483);
- умышленное уничтожение или повреждение военного имущества (ст. 484);
- неосторожное уничтожение или повреждение военного имущества (ст. 485);
- нарушение правил обращения с оружием, а также веществами и предметами, представляющими опасность для окружающих (ст. 487);

- нарушение правил вождения или эксплуатации машин (ст. 488);
- нарушение правил полетов или подготовки к ним (ст. 489);
- нарушение правил кораблевождения (ст. 490).

За эти преступления военнослужащие и иные соответствующие субъекты будут нести ответственность по аналогичным статьям УК.

9. Экстремистские, террористические и коррупционные уголовные правонарушения

9.1. В пункте 32 Концепции отмечено: «Важным представляется уточнение (возможное расширение) круга террористических, коррупционных преступлений, преступлений, связанных с экстремизмом». Считаем такое «возможное расширение» ошибочным.

Известно, что Республика Казахстан является участницей Шанхайской конвенции о борьбе с терроризмом, сепаратизмом и экстремизмом от 15 июня 2001 года. Конвенция (п. 3 ч. 1 ст. 1) даёт следующее определение понятия «экстремизм»: экстремизм – какое-либо деяние, направленное на насильственный захват власти или насильственное удержание власти, а также на насильственное изменение конституционного строя государства, а равно насильственное посягательство на общественную безопасность, в том числе организация в вышеуказанных целях незаконных вооруженных формирований или участие в них, и преследуемое в уголовном порядке в соответствии с национальным законодательством Сторон.

Такое определение в силу своей размытости дает возможность применять понятие «экстремизм» к сколь угодно широкому кругу феноменов, в число которых попадает и террористическая деятельность (в этом случае понятия «экстремизма» и «терроризма» смешиваются), и создание не легализованной в установленном порядке политической партии (в этом случае понятие «экстремизма» необоснованно расширяется даже по сравнению с положениями Шанхайской конвенции, которая в этом контексте упоминает незаконное вооруженное формирование, а не политическую партию или религиозную организацию).

Проект УК Республики Казахстан в ст. 9 определяет, что экстремистские уголовные правонарушения – это деяния, предусмотренные статьями 186, 191, 192, 193, 194, 195, 200, 271, 273, 274, 281, 424 (частями второй и третьей), 425 настоящего Кодекса.

На наш взгляд, борьба с проявлениями экстремизма как приверженности к крайним взглядам и, что действительно опасно, к насилию как средству разрешения социальных конфликтов, была бы более эффективной, если бы острие уголовно-правовых средств было направлено на суть этого феномена, а не на сопутствующие ему деяния или на деяния, имеющие отдаленное отношение к экстремизму.

Замечательно было бы, если бы законодатель привел в законе четкие признаки экстремистских и террористических уголовных правонарушений, которые позволили бы определить соотношение между собой этих понятий, а не ограничивался простым перечнем статей УК.

9.2. Отмеченное в полной мере касается и коррупционных уголовных правонарушений.

Согласно ст. 9 проекта УК коррупционные уголовные правонарушения – это деяния, предусмотренные статьями 203 (пунктом б) части третьей), 204 (пунктом б) части третьей),

233 (пунктом а) части третьей), 248 (пунктом а) части третьей), 263 (пунктом б) части третьей), 378, 379 (пунктом в) части четвертой), 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 475, 476 (пунктом б) части второй), 477 настоящего Кодекса. Таким образом, коррупционными уголовными правонарушениями признаются:

- присвоение или растрата; мошенничество, то есть хищение чужого имущества или приобретение права на чужое имущество путем обмана или злоупотребления доверием; вовлечение в законный оборот денег и (или) иного имущества, полученного преступным путем, посредством совершения сделок путем конверсии или перевода имущества, представляющего доходы от преступлений, сокрытие или утаивание подлинного характера, источника, местонахождения, способа распоряжения, перемещения, прав на имущество или его принадлежности, если известно, что такое имущество представляет доходы от преступлений, а равно владение и использование этого имущества; экономическая контрабанда; рейдерство, – если эти деяния совершены лицом, уполномоченным на выполнение государственных функций, либо приравненным к нему лицом с использованием им своего служебного положения,

а также:

- злоупотребление должностными полномочиями; превышение власти или должностных полномочий, в целях извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц или организаций либо нанесения вреда другим лицам или организациям; незаконное участие в предпринимательской деятельности; воспрепятствование законной предпринимательской деятельности; предложение взятки или прошение взятки; получение взятки; дача взятки; посредничество во взяточничестве; провокация взяточничества; служебный подлог; бездействие по службе; злоупотребление властью; превышение власти в целях извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц или организаций либо нанесения вреда другим лицам или организациям; бездействие власти.

Между тем, коррупционным можно назвать не любое правонарушение, а лишь такое, которое совершено определенным субъектом, является умышленным и содержит признаки коррупции.

В 2008 году Парламент Республики Казахстан ратифицировал Конвенцию ООН против коррупции. Эта Конвенция выделяет:

- 1) коррупционные правонарушения (статьи 15, 16, 18–21) и
- 2) сопутствующие им правонарушения. К числу последних относит только: хищение, неправомерное присвоение и иное нецелевое использование имущества государственным должностным лицом (ст. 17); хищение имущества в частном секторе, совершенное определенным должностным лицом с использованием им своего служебного положения (ст. 22); отмывание доходов и иное укрывательство имущества (статьи 23, 24); воспрепятствование осуществлению правосудия (ст. 25).

При этом злоупотребление служебным положением Конвенция относит к коррупционным правонарушениям при наличии такого, в частности, признака, как цель получить любую неправомерную выгоду для себя или иного лица (ст. 19). В отличие от этого в ст. 378 проекта УК Республики Казахстан речь идет также и о цели нанесения вреда другим лицам и организациям. Кроме того, обязательным признаком преступления, предусмотренного ст. 378, являются общественно опасные последствия в виде существенного нарушения прав и т.д. Таким образом, не любое злоупотребление служебным положением можно назвать коррупционным правонарушением.

Вообще, что касается необходимых признаков коррупционного правонарушения, то они содержатся в международных документах, перечисленных в преамбуле Конвенции ООН

против коррупции. Это: Конвенция о борьбе с коррупцией, которая касается должностных лиц Европейских Сообществ или должностных лиц государств – членов Европейского Союза, принятая Советом Европейского Союза 26 мая 1997 года, Конвенция о борьбе с подкупом иностранных должностных лиц в международных коммерческих соглашениях, принятая Организацией экономического сотрудничества и развития 21 ноября 1997 года, Криминальная конвенция о борьбе с коррупцией, принятая Комитетом министров Совета Европы 27 января 1999 года, и др.

Могут быть признаны коррупционными правонарушениями лишь те, что соответствуют следующим признакам (см. таблицу).

	Деяние (действие или бездейтельность)	Цель	Форма вины	Субъект
1.	Использование служебных полномочий и связанных с этим возможностей	получить неправомерную выгоду	умысел	определенное должностное лицо или его контрагент
2.	Принятие (обещание, предложение) неправомерной выгоды для себя или других лиц	–		
3.	Обещание, предложение или предоставление неправомерной выгоды определенному должностному лицу или по его требованию другим физическим или юридическим лицам	склонить это лицо к противоправному использованию предоставленных ему служебных полномочий и связанных с этим возможностей		

Иными словами, неотъемлемыми признаками коррупции являются, *с одной стороны*:

- использование своих служебных полномочий и соответствующих возможностей как форма деяния; неправомерная выгода как предмет или же как цель, –

а с другой:

- обещание, предложение или предоставление неправомерной выгоды как форма деяния; использование контрагентом своих служебных полномочий и соответствующих возможностей как цель. Зеркальное отображение.

Таким образом, нет никаких оснований относить к коррупционным правонарушениям: злоупотребление должностными полномочиями, злоупотребление властью, превышение власти или должностных полномочий, бездействие по службе и бездействие власти, – совершенные без цели получения неправомерной выгоды; провокацию взяточничества; служебный подлог и некоторые другие упомянутые выше преступления.

Опасность беспределного и необоснованного расширения перечня «коррупционных правонарушений» состоит в том, что теряется концентрация внимания на главном направлении противодействия им. Правоохранительные органы с каждым годом будут рапортовать о всё большем количестве расследованных уголовных дел о коррупционных правонарушениях, но на самом деле «громкая статистика» будет создаваться не за счет действительной коррупции, а за счет уголовных правонарушений, сопутствующих коррупции или и вовсе с ней не связанных.

9.3. Есть и другая сторона медали. В определении понятия коррупционного уголовного правонарушения не упомянут проступок, предусмотренный ст. 163 проекта УК. Между тем, он может иметь сущность коррупционного правонарушения. Речь в этой статье идет, в частности, о кандидате на выборную государственную должность, который принимает пожертвования в любой форме от иностранцев и юридических лиц, созданных в соответствии с законодательством другого государства, а также лиц без гражданства. Но ведь подобные «пожертвования», после того, как оно займет соответствующую должность, этому лицу придется «отрабатывать». Как правило.

9.4. В отличие от понятий коррупционных, террористических и экстремистских уголовных правонарушений понятие воинских уголовных правонарушений, данное в ст. 9 проекта УК, помимо ссылки на перечень определенных статей, содержит и конкретные признаки: а) родовой объект; б) специальный субъект. Тем самым как бы подчеркивается искусственность отбора коррупционных, террористических и экстремистских правонарушений – якобы они не имеют никаких идентифицирующих признаков.

10. Структура Уголовного кодекса

На сегодня структура Особенной части УК Республики Казахстан бессистемна. Предусмотрены преступления и проступки: в Главах 1–3 и 17 – против личности, в Главе 2 – также и против семьи, затем в Главе 4 – против человечества и международного правопорядка, после этого, в Главах 5, 13, 14, 16 – против государства, в Главах 6–8 – против собственности и смежные с ними преступления, в Главах 9–12, 15, 18 – против интересов общества.

Целесообразно рассмотреть вопрос об усовершенствовании структуры Особенной части УК. Она могла бы состоять, например, из пяти разделов, которые соответствовали бы родовому объекту посягательства. Разделы можно разместить в таком порядке:

- I – «Преступления и проступки против личности и семьи»;
- II – «Преступления и проступки против интересов общества»;
- III – «Преступления против собственности и смежные с ними преступления»;
- IV – «Преступления против интересов государства»;
- V – «Преступления против человечества и международного правопорядка».

Возможно и большее количество разделов (как в УК России) или, наоборот, меньше, например:

- I – «Преступления и проступки в основном против личности и семьи»;
- II – «Преступления и проступки в основном против интересов общества»;
- III – «Преступления и проступки в основном против интересов государства и международного правопорядка».

Внутри разделов можно было бы выделить подразделы или главы – в зависимости от видового объекта, внутри подразделов (когда это необходимо) отделы – в зависимости от непосредственного объекта, характеристики пострадавшего или предмета, специального субъекта, средств совершения преступления и т.п. Это могло бы иметь не только теоретическое значение (в частности, позволило бы четче классифицировать преступления по определенным критериям, избежать группирования преступлений по признаку совершения их в определенной «сфере» и т.п.), а и существенно уменьшило бы случаи ошибок при квалификации преступлений.

Август 2012 г.