

ГОЛОВКО Л.В.
**доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного процесса,
правосудия и прокурорского надзора юридического факультета
Московского государственного университета им. М. В. Ломоносова,
член Консультативного совета Центра исследования правовой политики**

Перспективы совершенствования казахстанского общего и специального законодательства о профилактике правонарушений¹

В последние годы казахстанский законодатель обращает все более и более пристальное внимание на развитие законодательных норм, направленных на профилактику преступлений и иных близких к ним по юридической природе правонарушений. Такое внимание оправданно и заслуживает безусловной поддержки. Оно отражает универсальные тенденции, в той или иной мере проявляющиеся во всех развитых правовых порядках, и связанные с переносом центра тяжести с сугубо репрессивных методов борьбы с правонарушениями на методы профилактические, опирающиеся на разнообразные теории «социального контроля над девиантным поведением».

В более конкретной плоскости обоснованная озабоченность казахстанского законодателя развитием профилактических мер противодействия правонарушениям в целом и нарушениям уголовного закона в частности проявилась в кропотливой работе над тремя законодательными актами, один из которых имеет *общий* характер, а два других - характер *специальный*. В качестве «общего закона» (*lex generalis*) следует рассматривать проект Закона Республики Казахстан «О профилактике правонарушений», тогда как «специальными законами» (*lex specialis*) должны стать также существующий пока еще только на уровне проекта Закон Республики Казахстан «О профилактике бытового насилия» (в первоначальной версии «О предупреждении и пресечении бытового насилия»), касающийся определенной и весьма чувствительной категории правонарушений (здесь имеет место специализация *ratione materiae*), и действующий Закон Республики Казахстан «О профилактике правонарушений среди несовершеннолетних и предупреждении детской безнадзорности и беспризорности» от 9 июля 2004 г., в который планируется внести важные изменения и дополнения и который касается отдельной категории правонарушителей, требующих к себе особого отношения (здесь имеет место специализация *ratione personae*). В то же время, невзирая на вполне понятную специфику каждого из трех указанных законодательных актов, все они должны укладываться в рамки *единой* концепции развития казахстанского законодательства о профилактике правонарушений, что позволяет провести их комплексную оценку на уровне данной аналитической записки.

Подчеркнем еще раз – намерения казахстанского законодателя сменить парадигму борьбы с правонарушениями с сугубо репрессивной на умеренно «профилактическую» представляются нам в высшей степени благовидными и оправданными. Нет и не может быть никаких серьезных аргументов, позволяющих поставить под сомнение такого рода изменения вектора уголовной политики в Республике Казахстан. Однако *согласие* с

¹ Настоящая аналитическая записка подготовлена Центром исследования правовой политики при поддержке Представительства Freedom House в Казахстане. Мнения и взгляды, содержащиеся в документе, могут не совпадать с позицией *Freedom House*.

поставленной целью не означает согласие с выбранными для ее достижения средствами и методами. В этом смысле мы не можем не обратить внимание на **явные концептуальные и юридико-технические изъяны**, обнаруживающиеся при изучении пакета проектов законодательных актов Республики Казахстан в сфере профилактики правонарушений (включая профилактику бытового насилия и профилактику правонарушений, совершаемых несовершеннолетними). В данной аналитической записке мы позволим себе остановиться именно на этих изъянах².

I. Профилактика правонарушений (преступлений) как предмет законодательного регулирования

Возникает впечатление, что составители указанных законопроектов понимают «профилактику правонарушений» слишком широко, а это, в свою очередь, неизбежно приводит к насыщению текста соответствующих законодательных актов теми положениями, которые не должны иметь никакого отношения к законодательству о профилактике правонарушений (к чему мы еще вернемся).

Столь широкое понимание «профилактики правонарушений», видимо, связано с не совсем точным разграничением деятельности *сугубо профилактической* и деятельности *репрессивной*, которая в определенных случаях также может (и даже должна) иметь *профилактическую направленность*. Современное уголовное и уголовно-процессуальное право, а также примыкающее к ним по юридической природе административно-деликтное право действительно давно уже не рассматриваются в качестве сугубо карательных инструментов. Они почти во всех странах насыщены социально ориентированными положениями, выполняющими в том числе профилактическую функцию или, что одно и то же, функцию предупреждения совершения новых преступлений (правонарушений).

Казахстанское уголовное, уголовно-процессуальное законодательство, а также законодательство об административных правонарушениях исключением здесь не являются, в чем несложно убедиться даже при самом беглом ознакомлении с ними. Так, ст. 2 УК РК называет «предупреждение преступлений» в числе задач уголовного закона, не говоря уже о том, что общая и частная превенции вполне справедливо рассматриваются в духе классического уголовного права в качестве одной из целей уголовного наказания (ст. 38 УК РК). Аналогичные нормы содержатся в КоАП РК, ст. 7 которого также объявляет предупреждение совершения административных правонарушений одной из задач законодательства об административных правонарушениях, а ст. 44 называет то же самое «предупреждение» целью института административного взыскания. Подобный «профилактический» подход характерен не только для уголовного, но и для уголовно-процессуального права Республики Казахстан, что весьма отрадно: ст. 8 УПК РК гласит, что «предупреждение преступлений» является одной из задач уголовного процесса. В более конкретной плоскости не вызывает сомнений, что применение, например, такого уголовно-процессуального института как меры пресечения также направлено на предупреждение совершения соответствующим лицом новых преступлений.

Ясно, что указанные «профилактические» нормы уголовного, уголовно-процессуального, административно-деликтного законодательства Республики Казахстан должны совершенствоваться, развиваться и конкретизироваться в новых материально-правовых и

² Целью настоящей аналитической записки не является детальный постатейный анализ указанных выше законопроектов, включая законопроект о внесении изменений и дополнений в действующий Закон РК «О профилактике правонарушений среди несовершеннолетних и предупреждении детской безнадзорности и беспризорности». Такой анализ нам представляется **преждевременным**, поскольку на данном этапе, на наш взгляд, необходимо прежде всего преодолеть *концептуальные изъяны* разрабатываемого в Казахстане общего и специального законодательства о профилактике правонарушений.

процессуальных институтах и механизмах, таких, например, как альтернативы уголовному преследованию, пробация и т. д., и т. п. Ясно также, что развитие, совершенствование и конкретизация такого рода «профилактических» мер должны происходить путем внесения изменений и дополнений в уголовное, уголовно-процессуальное, административно-деликтное и т. д. законодательство РК. *Иными словами, «профилактические» уголовно-правовые, уголовно-процессуальные, административно-деликтные нормы не имеют и не могут иметь никакого отношения к законодательству о профилактике правонарушений, по крайней мере при разработке общих и специальных законов в рамках последнего.*

Целью законодательства о профилактике правонарушений является регулирование **социально-профилактических мер**, применяемых государством **вне связи с совершением** (включая неоконченные формы) какого-либо запрещенного законом правонарушения. Допустим, проведение между жертвой и правонарушителем так называемой уголовно-правовой медиации, являющейся альтернативой уголовному преследованию, имеет столь же явно выраженную профилактическую направленность, что и, например, создание психологических консультационных служб помощи потенциальным жертвам бытового насилия.

Однако в *первом случае* мы имеем дело с новейшим, профилактически ориентированным институтом «репрессивного» законодательства, то есть законодательства уголовного и уголовно-процессуального – институтом, который должен регулироваться УК и УПК, тогда как во *втором случае* – с институтом, не имеющим отношения к уголовному праву и процессу, который должен регулироваться законодательством о предупреждении бытового насилия как специальной части законодательства о профилактике правонарушений.

Здесь очень важно понять **критерий**, который, как мы увидим далее, не до конца еще понят казахстанским законодателем при разработке законодательства о профилактике правонарушений. Любые формы государственной реакции на совершенное правонарушение (включая самые гибкие и профилактически ориентированные) есть элемент, как говорят на Западе, «уголовного» законодательства в широком смысле (иначе говоря, законодательства уголовного, уголовно-процессуального, административно-деликтного и т. д.), поскольку под уголовно-правовыми мерами здесь понимается не обязанность государства сурово наказывать правонарушителей, а **право** государства реагировать на совершенные правонарушения в том числе в социально-гибких формах³, поскольку если правонарушение не совершено, то у государства *вовсе нет права на такого рода реакцию, в том числе профилактическую*⁴. В такой ситуации законодательство о профилактике правонарушений (как законодательство неуголовное, то есть не рассматриваемое в качестве специального уголовного закона) может содержать только такие профилактические меры и механизмы, которые **не связаны с государственно-принудительной реакцией на совершенное правонарушение**.

Однако названный критерий может быть правильно понят и применен только при точном определении пределов уголовного права как права государственно-принудительной реакции на запрещенное законом деяние. К сожалению, точное определение пределов уголовного (репрессивного) права пока еще имеет на постсоветском пространстве место далеко не всегда, о чем свидетельствуют анализируемые здесь законопроекты.

³ См., например: *Pradel J. Droit pénal général. 11 éd., Paris. 1996. P. 20.*

⁴ Иначе говоря, вид и форма реакции на правонарушение (наказание, отказ от него, альтернативные меры и т. д.) не могут изменить правовой природы (уголовно-правовой) такой реакции точно так же, как оправдательный приговор не перестает быть **уголовно-процессуальным** институтом только потому, что им констатируется невиновность лица и неправомерность уголовного преследования.

II. Точное понимание пределов уголовного права как основание разграничения профилактических и уголовно-правовых мер.

В современных развитых правовых системах уголовное право давно уже не рассматривается исключительно с формальной точки зрения, как это принято в большинстве постсоветских государств, включая Казахстан, где под уголовным правом понимается только совокупность преступлений и наказаний, содержащихся в так называемом уголовном законе в узком смысле, то есть в Уголовном кодексе. Уголовное право ныне принято понимать в *сущностном* смысле, то есть как отрасль права, предметом которой является «создание, изменение или упразднение определенной совокупности запрещенных законом деяний (правонарушений) и корреспондирующих им наказаний (взысканий)»⁵. Иначе говоря, уголовное право в широком смысле представляет собой некое «санкционирующее право» - совокупность правовых норм, с помощью которых государство запрещает определенное поведение и предусматривает в случае нарушения запрета соответствующие санкции-наказания. Ясно, что большинство таких норм содержится в казахстанской правовой системе в УК и КоАП, поскольку государства, приверженные т. н. континентальной правовой традиции, стремятся кодифицировать свое «право санкций». Ясно также, что при этом оценка наказания как уголовно-правового не зависит от источника права, в котором данное наказание предусмотрено. Здесь все наоборот: государство сначала решает запретить некое деяние, создавая для тех, кто его совершит, определенную санкцию, а уже затем, руководствуясь техническими критериями, определяет уголовно-правовую или административно-деликтную⁶ природу данной санкции и включает новый запрет в текст соответственно УК или КоАП. Если же оно по каким-то причинам «забывает» это сделать, то мы имеем дело в таком случае лишь с шероховатостями и огрехами кодификационной работы, а не с изменением юридической природы правонарушений и санкций-наказаний (их юридическая природа *объективна* и не может меняться в зависимости от техники кодификации).

Приведенное понимание уголовного права, давно уже ставшее в развитых правовых системах *очевидным*, если не сказать банальным, направлено не на то, чтобы сделать пределы уголовного права безграничными и трудно определяемыми. Цель его состоит в прямо противоположном: подчинить применение государством *любых* карательных (санкционирующих) мер, как бы они формально ни назывались (наказания, взыскания, меры профилактики), фундаментальным уголовно-правовым и уголовно-процессуальным принципам, таким как *nullum crimen, nulla poena sine lege; non bis in idem*, презумпция невиновности, право на защиту и т. д., и т. п. В противном случае государство с легкостью сможет обходить все названные фундаментальные принципы и гарантии – ему для этого достаточно будет лишь переименовать соответствующие правонарушения и наказания, назвав их, скажем, «административными» или даже «профилактическими», и поместить их не в УК или хотя бы КоАП, а в другой закон, допустим, в интересующий нас здесь Закон «О профилактике правонарушений».

Именно по этой причине Европейский суд по правам человека, практика которого, думается, небезинтересна для казахстанских властей⁷, расценил в качестве *уголовного* по своей природе наказания, предусмотренное в Бельгии специальным законом и не включенное в

⁵ *Tulkens F., Van de Kerchove M.* Introduction au droit pénal. 2 éd., Bruxelles. 1993. P. 105.

⁶ Так называемое «законодательство об административных правонарушениях» также является частью уголовного права. Другое дело, что уголовное право в широком смысле может быть по самым разным соображениям (в том числе вполне благовидным) дифференцировано на техническом и терминологическом уровнях, в результате чего появляются «уголовное право в узком смысле», «административно-деликтное право» и т. д.

⁷ Она отражает *общепринятое* ныне, причем не только в Европе, понимание пределов уголовного права. Кроме того, ее вряд ли можно игнорировать с учетом того, что в качестве перспективного направления государственного развития в Казахстане недавно был провозглашен «путь в Европу».

УК, т. н. «принудительное содержание в специальных учреждениях лиц, занимающихся бродяжничеством»⁸. По той же причине он расценил в качестве *уголовного*, возложенное в Великобритании на осужденного, т. н. дисциплинарное взыскание в виде утраты 570 дней, идущих в зачет для условного освобождения, которое было применено за нарушение осужденным режима пенитенциарного учреждения⁹. Список такого рода примеров можно при желании продолжить.

В такой ситуации становится ясно, что интересующие нас казахстанские законопроекты содержат в виде т. н. профилактических мер *уголовно-правовые по своей юридической природе санкции, не подкрепленные должными уголовно-правовыми и уголовно-процессуальными гарантиями*.

Не претендуя на исчерпывающий перечень, в качестве примера подобного рода «уголовно-правовых санкций», *volens nolens* скрытых под видом «мер индивидуальной профилактики правонарушений», назовем предусмотренные проектом Закона РК «О профилактике правонарушений» **установление административного надзора, установление особых требований к поведению правонарушителя, применение принудительных мер медицинского характера** и другие меры т. н. «целеноправленного воздействия на правосознание и поведение лица», предусмотренные ст. 21 проекта Закона. Более того, даже те «меры индивидуальной профилактики», которые, казалось бы, не связаны по замыслу законодателя с принуждением или ограничением прав, на самом деле имеют явные признаки уголовно-правовых мер. Так, **официальное предупреждение**, предусмотренное все той же ст. 21 и ст. 24 проекта Закона РК «О профилактике правонарушений», может рассматриваться только как альтернатива уголовному преследованию, то есть мера, заменяющая уголовное наказание в случае совершения лицом определенного правонарушения. Однако из проекта Закона косвенно вытекает, что она может применяться и вне связи с совершенным правонарушением (при наличии одной лишь угрозы его совершения), что не соответствует фундаментальным принципам уголовного права и процесса. То же самое можно сказать об институтах **постановки на наблюдательный учет и на профилактический учет**. Данная мера по сути приравнивает друг к другу лиц, признанных виновными в совершении уголовного преступления или административного правонарушения, и лиц, в отношении которых по совершенно непонятным правовым основаниям полицейскими органами вынесено официальное предупреждение или т. н. защитное предписание, установлен административный надзор, или которые просто-напросто больны алкоголизмом (ст. 28 и 29 проекта Закона «О профилактике правонарушений»). Чем планируемые казахстанские институты «учетов» отличаются от средневекового института *absolutio ab instantia* (оставление в подозрении)? Как соотносятся они с принципом презумпции невиновности? Каково их соотношение с принципом *nullum crimen, nulla poena sine lege*? На все эти вопросы ответить невозможно - они имеют сугубо риторический характер.

Проект Закона «О профилактике бытового насилия» в интересующем нас смысле также страдает данными недостатками, хотя, быть может, и в несколько меньшей степени. Однако обращает на себя внимание ст. 19 данного проекта, в соответствии с которой к лицу может быть применено «защитное предписание» на основании одного лишь заявления (сообщения) другого физического (юридического) лица или даже без такого заявления (в загадочных «иных случаях») при условии «отсутствия оснований для производства административного задержания..., либо задержания в порядке ст. 132 УПК». Таким образом, данная мера *может быть по сути применена к каждому*, поскольку всех добропорядочных граждан нет никаких оснований задерживать ни в административном, ни в уголовно-процессуальном порядке. Право требует не негативных («отсутствие» чего-то), а четких **позитивных** оснований применения соответствующих принудительных мер, которых здесь нет (достаточно лишь «показать на кого-то пальцем»), хотя и это не обязательно, учитывая

⁸ Решение ЕСПЧ от 18 июня 1971 г. по делу De Wilde, Ooms and Versyp против Бельгии.

⁹ Решение ЕСПЧ от 28 июня 1984 г. по делу Campbell and Fell против Великобритании.

«иные случаи» или «непосредственное обнаружение» полицией). В результате, будучи задумано как альтернатива задержанию или заключению под стражу, защитное предписание становится самостоятельной санкцией непонятной природы и должно применяться... при отсутствии оснований для задержания или заключения под стражу, включая случаи отсутствия самого правонарушения.

В итоге, мы подходим к основной и фундаментальной проблеме анализируемых здесь проектов законодательных актов – смешению уголовно-репрессивной деятельности (пусть даже иногда имеющей побочный «превентивный эффект») и деятельности социально-профилактической. При этом такого рода смешение приводит к выхолащиванию сути социально-профилактической деятельности, которая подменяется либо элементарными механизмами в стиле традиционной уголовной юстиции, либо даже появлением некоего «параллельного уголовного права» с наблюдательными и профилактическими учетами, административным надзором, защитными предписаниями и официальными предупреждениями и т. д.

III. Смещение уголовно-репрессивной и социально-профилактической деятельности и его результаты.

Как мы уже отметили, результатом не совсем точного понимания, с одной стороны, природы социально-профилактической деятельности государства, которую необходимо отделить от деятельности «репрессивно-санкционирующей», а с другой стороны – характера и пределов самой «репрессивно-санкционирующей деятельности», охватываемой уголовным правом в широком смысле этого понятия, является, *во-первых*, чрезмерное увлечение составителей проектов законодательных актов о профилактике правонарушений сугубо репрессивными механизмами такой профилактики и, *во-вторых*, полная маргинализация и декларативность собственно социально-профилактических мер. Речь, безусловно, идет о тенденциях, сколь негативных, столь и взаимозависимых (если под «профилактикой» законодатель понимает исключительно репрессивные механизмы, то он волей-неволей отказывается от развития в своей правовой системе механизмов собственно социально-профилактических). Однако обе эти тенденции, являющиеся результатом концептуального смешения уголовно-репрессивной и социально-профилактической деятельности, будут нами по методологическим соображениям рассмотрены отдельно.

1. Гипертрофированное использование репрессивных механизмов

Данная негативная тенденция, со всей очевидностью обнаруживаемая при анализе подготовленных в Казахстане общего и специальных законопроектов, связанных с профилактикой правонарушений, в свою очередь проявляется в двух аспектах: а) использовании механизмов традиционной уголовной юстиции в той сфере деятельности которая не должна быть с ними напрямую сопряжена, по крайней мере на уровне разработки отдельных законодательных актов о профилактике правонарушений; б) создании некоего «параллельного» уголовного права и процесса, то есть системы сугубо репрессивных мер, которые вопреки универсальным международно-правовым подходам не рассматриваются казахстанским законодателем в качестве «уголовно-правовых», хотя по сути таковыми являются.

А) Неоправданное использование механизмов традиционной уголовной юстиции.

Интересующие нас проекты законов буквально пронизаны нормами, в соответствии с которыми профилактика правонарушений должна осуществляться путем привлечения соответствующих лиц к уголовной или административно-деликтной ответственности. Более того, субъектами профилактики правонарушений едва ли не в большинстве случаев названы сугубо прокурорско-полицейские по своей природе и функциям органы, например, органы прокуратуры, органы внутренних дел, органы финансовой полиции и др. (см. ст. 7, 8,

10 и т. д. проекта Закона РК «О профилактике правонарушений»; ст. 9 проекта Закона РК «О профилактике бытового насилия»¹⁰).

Так, скажем, законодатель собирается закрепить в Законе «О профилактике правонарушений» положения о том, что «органы внутренних дел... осуществляют уголовное преследование, производство по делам об административных правонарушениях» (п. 9 ст. 7); что «органы финансовой полиции... участвуют в разработке и реализации программ борьбы с преступностью...» (п. 1 ст. 8). Примеры такого рода положений можно продолжить. *Но при чем здесь профилактика правонарушений как специальная социально-ориентированная государственная деятельность?* Если следовать такой логике, то можно, образно говоря, и палача признать важнейшим звеном профилактики правонарушений, поскольку, отрубая голову, он, безусловно, способствует тому, что казненный не совершит более новых преступлений. Впрочем, наша ирония не столь уж далека от реальности, так как согласно п. 3) ст. 9 проекта Закона «О профилактике правонарушений» органы юстиции в качестве «субъектов профилактики правонарушений» «обеспечивают проведение... оперативно-розыскных мероприятий в целях предупреждения совершения правонарушений осужденными, а также лицами, содержащимися в следственных изоляторах уголовно-исполнительной системы».

Если казахстанский законодатель по-прежнему будет рассматривать в качестве важнейших факторов профилактики правонарушений засовы, решетки и кандалы, то тогда будет достаточно сложно сменить вектор развития уголовной политики с полицейско-карательного на либерально-социальный. По крайней мере, в нынешнем виде вопреки оптимистичным заявлениям его составителей об «отказе от карательных репрессивных мер»¹¹ проектируемое законодательство о профилактике правонарушений подобной смене вектора способствовать не будет.

Еще раз подчеркнем – традиционное уголовное право всегда имело и имеет определенный превентивно-профилактический эффект. Более того, на современном этапе механизмы уголовной юстиции становятся более гибкими, что связано с появлением институтов альтернатив уголовному преследованию, альтернативных санкций, медиации, пробации и т. д. Однако модернизация уголовного права и процесса, в том числе с целью увеличения их превентивно-профилактической роли, *должна происходить в рамках реформы уголовной юстиции*, а не путем насыщения уголовно-правовыми, уголовно-процессуальными, административно-деликтными нормами и положениями отдельных общих и специальных законодательных актов о профилактике правонарушений, имеющих совершенно иную нагрузку в сфере правовой политики.

Б) Не соответствующее фундаментальным принципам формирование «параллельного» уголовного права и процесса

Не будем возвращаться к многочисленным репрессивным (уголовно-правовым) по своей природе мерам и механизмам, которые составители казахстанских законопроектов вопреки международно-правовым стандартам считают не уголовно-правовыми санкциями (в широком смысле), подчиненными фундаментальным принципам и гарантиям, а некими новейшими «мерами индивидуальной профилактики», никаким принципам и гарантиям не подчиненными. Примеры такого рода репрессивных институтов, содержащихся в интересующих нас законопроектах, мы уже привели и воспроизводить их вновь нет никакого смысла.

¹⁰ См. также ст. 10 действующего Закона РК «О профилактике правонарушений среди несовершеннолетних и предупреждении детской безнадзорности и беспризорности».

¹¹ См. сообщение Парламента РК от 17 июня 2009 г. «Комитет Мажилиса принял заключение по законопроекту "О профилактике правонарушений"» (<http://www.parlam.kz>).

Важно, что такого рода институты появились в интересующих нас законопроектах не в результате отдельных юридико-технических ошибок, которые можно легко исправить, а в силу принципиального и очень тревожного недопонимания казахстанским законодателем фундаментальных правовых принципов, определяющих пределы возможного и допустимого регулирования государством поведения частных лиц - регулирования, могущего состоять исключительно из установления четко определенных запретов и санкций за их неисполнение (уголовно-правовых санкций в широком смысле).

Так, ст. 24 проекта Закона «О профилактике правонарушений» содержит, как уже отмечалось, не совсем понятную норму о возможности применения института официального предупреждения к «лицу, от которого исходит угроза совершения правонарушения». Во-первых, здесь абсолютно не ясны основания официального предупреждения лица, *не нарушившего ни один закон*, тем более что институт «официального предупреждения» рассматривается в тех странах, где существует (скажем, в Великобритании), исключительно в качестве альтернативы уголовному преследованию, закрепленной на уголовно-процессуальном уровне правового регулирования. Получается, что законодатель конструирует нечто вроде «профилактического правонарушения», альтернативой которому и является официальное предупреждение. Мы также уже отмечали, что столь же размыты и неопределенны основания для применения «защитного предписания», предусмотренного ст. 19 проекта Закона «О профилактике бытового насилия», в результате чего данная мера также может применяться к лицу, правонарушения еще не совершившему. Сложно себе представить более яркие примеры «параллельного уголовного права», возникающего под звуки приводившихся выше уверений об отказе от «карательных репрессивных мер».

Можно было бы подумать, что нынешняя редакция ст. 24 проекта Закона «О профилактике правонарушений» и ст. 19 проекта Закона «О профилактике бытового насилия» представляют собой результат элементарной юридико-технической погрешности, однако разъяснения составителей законопроектов заставляют отвергнуть данную гипотезу. Речь идет о концептуальных для них положениях, поскольку, например, ст. 19 проекта Закона «О профилактике бытового насилия», по словам одного из парламентариев, действительно должна охватывать ситуацию, когда «в действиях насильника нет признаков ни административного правонарушения, ни уголовного преступления. Его действия не содержат угрозу физическому здоровью жертвы. Но своим поведением он создает неудобства жизни жертвы. Ходит на работу, надоедает телефонными звонками, преследует и т. д.»¹². В результате «создания неудобств» и «надоедания телефонными звонками» возникает следующая схема¹³, которую составители законопроекта «репрессивной» по непонятным причинам не считают: 1) профилактическая беседа + официальное предупреждение (защитное предписание)¹⁴; 2) штраф и другие ограничения в качестве административного взыскания в случае неисполнения установленных предупреждением требований; 3) более жесткое административное взыскание за нарушение установленных судом запретов; 4) уголовное наказание как «апофеоз» нерепрессивных профилактических мер, задуманных казахстанским законодателем.

Получается, что человек, изначально не нарушивший ни одного правового запрета, то есть действовавший *правомерно*, может оказаться в конечном итоге на скамье подсудимых. Появление в данной «схеме» суда, строго говоря, ничего не меняет, поскольку суд не будет

¹² См.: «Мажилис – ОБСЕ: в работе депутатский законопроект о предупреждении и пресечении бытового насилия» (пресс-релиз, распространенный пресс-службой аппарата Мажилиса Парламента Республики Казахстан).

¹³ Данная схема приведена в процитированном выше пресс-релизе.

¹⁴ Надо отметить, что в предыдущей версии проекта Закона «О профилактике бытового насилия», когда он еще назывался Законом «О предупреждении и пресечении бытового насилия», защитное предписание именовалось официальным предупреждением, хотя *mutatis mutandis* речь идет об одной и той же мере. На данный момент официальное предупреждение сохраняется в проекте Закона «О профилактике правонарушений».

оценивать сами действия «насильника», как его называют составители законопроекта, то есть действительно ли он преследовал жертву или всего лишь, например, звонил бывшей жене с целью договориться о свидании с общим ребенком, что не понравилось ни ей самой, ни ее, допустим, новому мужу. Суд будет оценивать здесь нарушение запретов, установленных *полицией*, в результате чего возникнет нечто вроде «полицейской преюдиции» - именно полиция станет определять, причем определять в отсутствие соответствующих законодательных запретов, следует ли пресечь действия «насильника» и наложить на него ограничения или нет, а для суда мнение полиции окажется обязательным, так как задачей последнего является лишь установление факта неисполнения полицейских предписаний. О каком соблюдении Республикой Казахстан фундаментальных принципов (презюпции невиновности, осуществления правосудия только судом, *nullum crimen, nulla poena sine lege* и др.) можно будет говорить в случае реализации схемы, заложенной в проектах Законов «О профилактике правонарушений» и «О профилактике бытового насилия»?

Значит ли это, что казахстанский законодатель должен оставлять без правовых последствий случаи реального преследования жертв психического насилия? Разумеется, нет. В этом смысле обеспокоенность составителей, скажем, того же проекта Закона «О профилактике бытового насилия» нам вполне понятна и мы ее полностью разделяем. Но основная **ошибка** заключается здесь в попытке реагировать на общественно опасное поведение методами не традиционного, а «параллельного» уголовного права. Кто мешает казахстанскому законодателю четко сформулировать соответствующий правовой запрет и поместить его в УК или КоАП? Иначе говоря, кто мешает ему расширить понятие «насилие», запретив насилие не только физическое, но и психическое? Именно по такому пути идут законодатели многих других стран, которые создают новые уголовные запреты, а не вводят сомнительные «профилактические меры».

Хрестоматийным примером является здесь ст. 222-33 нового УК Франции, именуемая «Сексуальное преследование» (*Du harcèlement sexuel*). Данная норма звучит следующим образом (в редакции Закона от 17 января 2002 г.): «Преследование другого лица с целью реализации намерений сексуального характера наказывается одним годом тюремного заключения и штрафом в размере 15 000 евро¹⁵». Обращает на себя внимание тот факт, что изменение (в сторону ужесточения) уголовной политики в сфере привлечения к ответственности за психическое «сексуальное насилие» немедленно нашло во Франции отражение в тексте ст. 222-33. Так, в первоначальной редакции она содержала лишь запрет сексуального преследования, сопряженный со злоупотреблением властью или служебным положением. Однако французскому законодателю этого показалось недостаточно, в силу чего упоминавшийся Закон от 17 января 2002 г. снял указания на «специального субъекта», что генерализировало данный уголовно-правовой запрет и распространило его на все случаи бытового и повседневного психического насилия. В то же время данная норма требует ограничительного и очень строгого толкования, дабы не стать безразмерной, чему неукоснительно следует французская судебная практика. Скажем, соответствующие судебные органы Франции отказались признавать наличие интересующего нас состава преступления в действиях начальника, выражавшего в письмах и поэмах любовные чувства к одной из своих подчиненных. Здесь, по их мнению, никакого психического насилия не было¹⁶.

Ясно, что французский подход, будучи типичен для современных правовых систем, вполне соответствует фундаментальным правовым ценностям: законодатель в целях борьбы с

¹⁵ Формулировки соответствующей статьи УК Франции не следует воспринимать в качестве абсолютно-определенной санкции. С учетом положений Общей части УК здесь имеют место очень широкие возможности для индивидуализации наказания, то есть в ст. 222-33 речь идет о санкции не абсолютно-определенной, но *максимальной*.

¹⁶ См.: Code pénal. 102 éd. Annotations de jurisprudence et bibliographie par Y. Mayaud. Paris. Dalloz. 2005. P. 363.

психическим насилием формулирует новый уголовно-правовой запрет, соблюдение или нарушение которого оценивается судом на основании соответствующего обвинения, предъявляемого и рассматриваемого в рамках уголовного судопроизводства с предоставлением обвиняемому всех необходимых гарантий. Не исключено, к слову, здесь и применение на самых ранних этапах производства по делу альтернатив уголовному преследованию, в том числе в виде «напоминания об обязанностях» (п. 1 ст. 41-1 УПК Франции). Сравнивая проектируемые в Казахстане институты официального предупреждения и защитного предписания с французским подходом, становится очевидно, что предлагаемая казахстанская «модель» не имеет с данным подходом ничего общего.

Более того, применение полицией за правомерное поведение официального предупреждения (или защитного предписания) – это лишь яркий, но далеко не единственный пример концептуальной деформации классических правовых ценностей, обнаруживаемый при анализе интересующих нас казахстанских законопроектов. Скажем, проект Закона РК «О профилактике бытового насилия» предполагает введение института производимого полицией административного задержания, порядок применения которого должен быть определен КоАП РК. По отзывам составителей законопроекта, срок такого задержания будет доходить до 48 часов, и оно может сопровождаться т. н. судебным ордером, то есть наложением на лицо соответствующих запретов до рассмотрения его дела по существу¹⁷. Здесь непонятно только одно: почему полицейское задержание сроком до 48 часов видится инициаторам соответствующих нововведений задержанием «административным»? Очевидно, что такой срок задержания *непропорционален* по своей суровости тем мерам, которые именуются в казахстанской правовой системе «административными взысканиями».

Данный пример лишний раз доказывает искусственность и даже опасность концептуального разграничения уголовных преступлений и административных правонарушений как на материально-правовом, так и на процессуальном уровнях, когда формальная замена прилагательного «уголовный» на прилагательное «административный» позволяет обойти важнейшие уголовно-правовые и уголовно-процессуальные принципы и гарантии.

Любые «срочные» меры вмешательства, имеющие полицейский или судебный характер, должны быть концептуально вписаны в классическую систему уголовной юстиции. Как только мы попытаемся их в нее вписать, то сразу станет ясно, что между уголовно-процессуальным и «административным» задержанием нет никакой принципиальной разницы, а любые формы «судебных («временных») ордеров» или «защитных предписаний» представляют собой разновидность *мер пресечения* со всеми вытекающими отсюда последствиями.

В целом выяснение юридической природы каждого из т. н. новых профилактических механизмов, задуманных казахстанским законодателем, показывает, что они либо представляют собой завуалированную криминализацию, когда вместо внесения соответствующих изменений или дополнений в УК создается легальная почва для конструирования сугубо на правоприменительном уровне неопределенных и очень опасных полицейских запретов, либо являются опять-таки завуалированными формами специальных мер уголовно-процессуального принуждения, оторванных от обычных источников уголовно-процессуального регулирования.

Такой подход, *во-первых*, не соответствует фундаментальным международно-правовым и конституционным принципам и гарантиям, в чем мы уже убедились на отдельных примерах. *Во-вторых*, он приводит к тому, что якобы «нерепрессивный» характер новых профилактических мер на деле оказывается **мнимым**, поскольку при «нормализации»

¹⁷ См.: «Мажилис – ОБСЕ: в работе депутатский законопроект о предупреждении и пресечении бытового насилия» (пресс-релиз, распространенный пресс-службой аппарата Мажилиса Парламента Республики Казахстан).

правового регулирования и отказе от «параллельного» уголовного права и процесса перед нами предстанут новые институты традиционной уголовной юстиции, которые следует обсуждать в рамках реформирования последней. Что же касается, собственно законодательства о профилактике правонарушений, то оно в такой ситуации оказывается совершенно «пустым».

2. Маргинализация и декларативность социально-профилактических механизмов

Социально-профилактическая составляющая рассматриваемых законопроектов, ради которой их разработка и принятие собственно и имеют смысл, *ничтожно мала*, если оставить, конечно, в стороне сугубо декларативные и ничем не подкрепленные нормы и положения. Еще раз подчеркнем - законодательство о профилактике правонарушений должно прежде всего регулировать применение мер и механизмов, которые *не связаны как с государственно-принудительной реакцией на совершенное правонарушение (преступление) в целом, так и с деятельностью прокурорско-полицейских органов в частности*¹⁸.

Речь, например, может идти о создании центров психологической и юридической помощи сторонам семейных и бытовых конфликтов, не являющихся предметом юридического или судебного разбирательства; организации служб семейной, школьной и др. медиации; введении соответствующих конкретных курсов в программу средних и высших учебных заведений; формировании муниципальных программ профилактики правонарушений, включающих обустройство территорий, организацию досуга и т. д.; создании сети служб, направленных на обучение, трудоустройство, социальную и культурную интеграцию прибывающих в страну трудовых и иных мигрантов и т. д., и т. п.¹⁹ Понятно также, что успех правовой политики в сфере профилактики правонарушений напрямую зависит от двух факторов: с одной стороны, готовности государства направлять дополнительные бюджетные ресурсы на финансирование социально значимых программ по профилактике, а с другой стороны – его готовности сотрудничать в соответствующем направлении с казахстанскими и международными неправительственными организациями, всячески поощряя их деятельность по профилактике правонарушений.

Однако изучение предлагаемых проектов законодательных актов Республики Казахстан о профилактике правонарушений не позволяет обнаружить в них реальные социально-профилактические меры и механизмы. Последние подменяются, как мы уже отмечали, мерами сугубо репрессивными. Для этого достаточно сравнить компетенцию, например, органов внутренних дел или органов юстиции, которая вполне конкретна и пестрит указаниями на «уголовное преследование», «производство по делам об административных правонарушениях», «проведение оперативно-розыскных мероприятий» и т. д. (см. ст. 7 и 9 проекта Закона РК «О профилактике правонарушений»), с компетенцией, допустим, местных представительных и исполнительных органов или уполномоченных органов в области образования, которая более чем расплывчата и ограничивается весьма напоминающими банальные лозунги туманными формулами вроде «утверждения» неких загадочных «программных документов», «взаимодействия», «внедрения» и т. п. (ст. 6 и 11 проекта Закона РК «О профилактике правонарушений»).

¹⁸ На Западе данные органы нередко именуют «репрессивными», причем такое наименование вполне нейтрально и не имеет уничижительного характера – оно лишь отражает основную системообразующую функцию полиции и прокуратуры, которой является применение уголовной репрессии.

¹⁹ Целью настоящей аналитической записки не является предложение программы мер, которые должны наполнить надлежащим содержанием законодательство о профилактике правонарушений, тем более что разработка подобной программы мер требует усилий не столько юристов, сколько психологов, социологов, демографов и т. д., не говоря уже о представителях гражданского общества. Приведенные нами меры являются лишь *иллюстрацией* того направления, в сторону которого должен быть направлен вектор развития законодательства о профилактике правонарушений.

Составляющие так называемую трехуровневую систему профилактики правонарушений общие, специальные и индивидуальные меры профилактики, предусмотренные ст. 18-21 проекта Закона РК «О профилактике правонарушений», на деле являются либо мерами сугубо *декларативно-кабинетными*, лишенными реальной институциональной и содержательной нагрузки (в их числе, например, указаны некие «идеологические меры» или «достижения науки и техники»), либо мерами сугубо *репрессивными* («наказание», «административное взыскание» «административный надзор» и т. д.). Здесь не указано ни одной подлинно социально-профилактической меры.

Даже в тех случаях, когда в тексте проектов законодательных актов о профилактике правонарушений появляется упоминание о мерах, которые, вне всяких сомнений, можно отнести к числу социально-профилактических, остаются большие сомнения в их реальном применении и эффективности. Так, ст. 5 проекта Закона РК «О предупреждении и пресечении бытового насилия» (sic!) содержала перечень одноименных «мер» по предупреждению и пресечению бытового насилия. Наряду с привычно репрессивными «административным взысканием», «мерами уголовно-процессуального принуждения», «наказанием» и др. в этом перечне были указаны *специальные социальные услуги, предоставляемые лицу или семье, находящимся в трудной жизненной ситуации, в виде гарантированного объема специальных социальных услуг и платных социальных услуг*. В последней редакции данного проекта Закона, который теперь именуется «О профилактике бытового насилия», социальные услуги исчезли из перечня «мер индивидуальной профилактики бытового насилия» (ст. 16), где остались исключительно репрессивные меры. Впрочем, для социальных услуг была выделена отдельная статья 5 законопроекта, то есть ныне они рассматриваются не как меры профилактики, а как меры *sui generis*, что достаточно странно.

Еще более странно, что теперь социальные услуги должны предоставляться не «лицам, находящимся в трудной жизненной ситуации», то есть **до** совершения правонарушения, а «потерпевшему», то есть **после** совершения правонарушения²⁰. В чем тогда смысл законодательства о профилактике правонарушений, если оно применяется тогда, когда собственно профилактикой заниматься явно поздно (правонарушение совершено)?²¹ Как бы то ни было, при всей сомнительности эволюции положений о «социальных услугах», произошедшей при переходе от проекта Закона РК «О предупреждении и пресечении бытового насилия» к проекту Закона РК «О профилактике бытового насилия», речь идет о тех немногочисленных нововведениях, которые способны привнести в казахстанское законодательство о профилактике правонарушений позитивное содержание. При этом, чтобы такое содержание появилось, целью законодательного регулирования должно являться не очередное воспроизведение отсылочных уголовно-правовых, уголовно-процессуальных и др. норм, а точное определение - перечня гарантированных социальных услуг, с одной стороны, и платных социальных услуг, с другой стороны; круга социальных организаций, на которые возложено оказание этих услуг; порядка финансирования их деятельности; механизма получения гарантированных социальных услуг и т. д.

Однако никакой конкретизации в интересующем нас духе проект закона не содержит, так как поставленные нами проблемы в нем вообще не регулируются. Не содержит он и ответа на элементарный вопрос, с какого момента предполагается введение в действие положения о «гарантированных социальных услугах», то есть в какой день человек может отправиться за их получением? В проекте Закона есть лишь указание на то, что все ответы на

²⁰ При этом, если в п. 1 ст. 5 проекта Закона говорится о «потерпевшем», то в п. 4 той же статьи вновь упоминается «лицо, оказавшееся в трудной жизненной ситуации», что необъяснимо.

²¹ В такой ситуации много более логично считать право на социальные услуги элементом процессуального статуса потерпевшего в рамках уголовного или административно-деликтного судопроизводства, поскольку вне процесса «потерпевшего» нет, по крайней мере, в формальном смысле (но тогда соответствующие нормы должны, естественно, «перекочевать» в УПК или КоАП).

интересующие жертвы бытового насилия вопросы, связанные с предоставлением социальных услуг, будут даны... после принятия отдельного закона о «специальных социальных услугах». Все это заставляет нас предположить, что положение о «гарантированных социальных услугах» *абсолютно декларативно* и ничем не подкреплено. Более того, законодатель прекрасно отдает себе в этом отчет, чем на самом деле, видимо, и объясняется «эквилибристика» с выделением положений об этих услугах в отдельную статью, отсылающую к таинственному закону, который когда-нибудь будет принят с наступлением светлого будущего!

В целом ясно, что соответствующие проекты законодательных актов не содержат реальных эффективных социально-профилактических мер по предупреждению совершения правонарушений²². Более того, возникает впечатление, что государство *просто-напросто не готово их финансировать*, в силу чего либо пытается имитировать социально-профилактическую деятельность путем создания декларативных законодательных положений, либо стремится подменить ее традиционными репрессивными механизмами (в лучшем случае) или даже механизмами в духе «параллельного уголовного права» (что еще опаснее).

IV. Необходимые шаги по созданию, развитию и совершенствованию общего и специального законодательства о профилактике правонарушений

Прежде всего, необходимо четко отделить друг от друга на концептуальном уровне те положения рассматриваемых законопроектов, которые связаны с реакцией на совершенное правонарушение (условно говоря, «*репрессивные положения*»), от тех положений, которые такой реакцией не являются, то есть применяются безотносительно к какому-либо правонарушению (условно говоря, «*социально-профилактические положения*»).

Совершенствование репрессивных положений, в том числе с точки зрения оптимизации их профилактического потенциала, должно происходить исключительно в рамках реформирования уголовной и административно-деликтной юстиции путем создания новых уголовно-правовых, уголовно-процессуальных и административно-деликтных институтов (таких как альтернативы уголовному преследованию; альтернативные наказания и т. д.) и формирования обеспечивающих их применение органов (таких как службы пробации; социальные работники при судах, помогающие суду собирать информацию для индивидуализации наказания; службы медиации и т. д.). Иначе говоря, соответствующие нормы, невзирая на их несомненный профилактический эффект, подлежат включению не в законодательство о профилактике правонарушений, а с учетом кодификационных традиций Казахстана – в УК, УПК, КоАП. Необходимо также преодолеть разрастание «параллельного уголовного права», определив правовую природу каждого института с пока еще «неопознанной правовой природой» и подчинив его в зависимости от этой правовой природы соответствующему регулированию (уголовно-правовому, уголовно-процессуальному и т. д.).

В самом общем виде целью указанного реформирования в «профилактическом духе» уголовной и административно-деликтной юстиции (с учетом также «уголовно-правовой» природы последней) должно стать создание **современных гибких механизмов уголовного права и процесса**, позволяющих максимально индивидуализировать реакцию

²² Данная проблема характерна и для действующего законодательства многих постсоветских государств, в том числе Казахстана. Так, Закон РК «О профилактике правонарушений среди несовершеннолетних и предупреждении безнадзорности и беспризорности» от 9 июля 2004 г. подробно расписывает, в отношении кого проводится т. н. «индивидуальная профилактическая работа» (ст. 19), что несложно, учитывая наименование Закона, но совершенно умалчивает, *в чем конкретно она заключается*. Можно ли в такой ситуации рассчитывать на эффективность подобного рода «индивидуальной профилактической работы»?

на правонарушение, отказываться от уголовного преследования в тех случаях, когда лицо не представляет общественной опасности, развивать примирительные процедуры и т. д. В конечном итоге необходимо на концептуальном и прикладном уровнях перейти от «гулаговского восприятия» уголовной юстиции как исключительно «карательной машины» к ее современному видению в качестве тонкого и многофункционального социального инструмента, для которого задача покарать преступника сама по себе ничуть не более приоритетна, чем задача применить к последнему так называемые альтернативные меры.

Внедрение и систематизация на уровне отдельных законодательных актов социально-профилактических механизмов предупреждения совершения правонарушений должны опираться на принципиальную идею о том, что такого рода механизмы *не могут представлять собой реакцию* на совершенное (в том числе в неоконченных формах) правонарушение. Речь идет о сугубо **социальном законодательстве**, которое затрагивает вопросы уголовной и административно-деликтной юстиции лишь в одном случае: если законодатель *дезавуирует in concreto* с помощью специальных социально-профилактических мер противодействия определенным видам правонарушений (например, в сфере бытового насилия) какие-либо общие уголовно-правовые, уголовно-процессуальные или административно-деликтные нормы, содержащиеся в УК, УПК или КоАП и действующие *in abstracto*, т. е. законодатель действует здесь по принципу *lex specialis derogat lex generalis*.

Но в остальном отдельное законодательство о профилактике правонарушений имеет смысл только для достижения следующих целей:

- а) создания *конкретных* социально-профилактических (нерепрессивных) механизмов уменьшения в обществе числа совершаемых правонарушений;²³
- б) создания институциональной инфраструктуры (прежде всего, разнообразных социальных служб), позволяющей такие механизмы реализовать;
- в) определения порядка и объемов финансирования социально-профилактической деятельности, условий и пределов оказания соответствующих «социальных услуг» на безвозмездной основе и т. д.

Наконец, затронем еще один вопрос сугубо **юридико-технического** свойства. Законодатель может принять не один закон о профилактике правонарушений, а ряд законов, что и планируется на данный момент в Республике Казахстан. Однако в каждом случае необходимо четко и максимально конкретно определять, с одной стороны, их соотношение между собой в аспекте соотношения «общего закона» (*lex generalis*) и «специального закона» (*lex specialis*), а с другой стороны – их соотношение с уголовным, уголовно-процессуальным и административно-деликтным законодательством, также в некоторых частных случаях выступающим в отношении «профилактического законодательства» в качестве *lex generalis*. Формулировки нынешних законопроектов, где говорится лишь, что «законодательство Республики Казахстан о профилактике правонарушений состоит из ... настоящего Закона и иных нормативных правовых актов Республики Казахстан» (ст. 2 проекта Закона РК «О профилактике правонарушений»)²⁴, **неудовлетворительны**,

²³ Выше мы уже приводили примеры таких механизмов. Обратим лишь вновь внимание на то, что определяющая роль в их конструировании и реализации принадлежит педагогам, психологам, социологам и т. д., но не юристам.

²⁴ Абсолютно ничего не разъясняет в этом смысле и п. 6 ст. 29 проекта Закона РК «О профилактике правонарушений», где сказано, что «меры индивидуальной профилактики в отношении лиц, совершивших бытовое насилие, применяются с учетом особенностей, установленных законодательством РК о профилактике бытового насилия». Что означает «с учетом особенностей»? Можно ли в отношении лиц, совершивших бытовое насилие, применять меры, содержащиеся в Законе «О профилактике правонарушений», но не содержащиеся в Законе «О профилактике бытового насилия»? Если можно, то в чем тогда «особенности»? Если нельзя, то почему об этом прямо не написать? Как тогда понимать ст. 29 проекта Закона «О профилактике правонарушений», где в числе оснований постановления на профилактический учет названо «защитное предписание», которое упоминается исключительно в проекте Закона ««О профилактике бытового насилия», но не

декларативны, не отвечают принципу правовой определенности и приводят лишь к распространению разнообразных норм «параллельного» уголовного права, правовая природа которых неясна и которые представляют реальную угрозу фундаментальным правам личности.

Июнь 2009 г.

упоминается в проекте Закона «О профилактике правонарушений»? Значит последний применяется и к лицам, совершившим бытовое насилие (по крайней мере, в части профилактического учета)? Но в каких пределах? Все это остается загадкой.