

Лоскутов И.Ю.
генеральный директор ТОО «Компания «ЮрИнфо»»

Экспертное заключение
«Права человека в области свободы выражения мнения в свете
реформирования административного и уголовного законодательства
Республики Казахстан»¹

1. ОПИСАНИЕ СУЩЕСТВУЮЩЕЙ СИТУАЦИИ

Конституция Республики Казахстан, принятая на республиканском референдуме 30 августа 1995 года (далее – Конституция), гарантирует свободу слова (пункты 1 и 2 статьи 20), которая, наряду с правом свободно получать и распространять информацию, предполагает свободу выражения мнения в узком понимании этого термина. В то же время, понятие «выражение мнения» можно рассматривать и довольно широко, не ограничивая его только устным или письменным словом, а включая, например, визуальные образы, музыку, современные коммуникативные технологии и даже поведение. Так, в Нормативном постановлении Конституционного совета Республики Казахстан от 27 февраля 2008 года № 2 «О проверке конституционности частей первой и четвертой статьи 361 Уголовного кодекса Республики Казахстан по обращению Капшагайского городского суда Алматинской области» указывается, что международные стандарты, которых придерживается большинство стран - участников Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе, практика Комитета по правам человека Организации Объединенных Наций и других органов, обеспечивающих выполнение международных правовых актов о защите основных прав и свобод человека, рассматривают формы выражения человеком своего мнения достаточно широко, включая и протестное поведение, если оно в существенной мере нацелено на выражение его мнения. В этой связи Конституционный совет полагает, что, например, совершение актов членовредительства может являться формой выражения мнения (протеста) и рассматриваться как способ защиты своих прав лицами, лишенными свободы. В таких случаях, привлечение к ответственности за членовредительство следует расценивать как ограничение права на свободу выражения мнения, которое является составляющей свободы слова, гарантированного статьей 20 Основного закона.

Вытекающее из статьи 20 Конституции право каждого на выражение своего мнения реализуются в системной связи с другими конституционными нормами, в частности с положениями пункта 2 пункта 3 статьи 18 и пункта 1 статьи 39 Конституции, в которых говорится, что «Государственные органы, общественные объединения, должностные лица и средства массовой информации обязаны обеспечить каждому гражданину возможность ознакомиться с затрагивающими его права и интересы документами, решениями и источниками информации», «Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только законами и лишь в той мере, в какой это необходимо в целях защиты конституционного строя, охраны общественного порядка, прав и свобод человека, здоровья

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

и нравственности населения». Права, предусмотренные статьями 18 и 20 Конституции, не входят в перечень прав и свобод, которые не подлежат ограничению ни в какой форме (пункт 3 статьи 39 Конституции).

Уголовный кодекс Республики Казахстан от 16 июля 1997 года № 167-І (далее - УК) и **Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях от 30 января 2001 года № 155-ІІ** (далее - КоАП) содержат механизмы определения рамок свободы выражения мнения путем инкриминирования определенных действий/бездействий в целях: **1) защиты конституционного строя, 2) охраны общественного порядка, 3) прав и свобод человека, 4) здоровья и нравственности населения.** Посягательства на указанные объекты предполагают многоаспектную защиту, что учтено действующим уголовным и административным законом. Кроме того, следует учитывать, что согласно статье 20 Конституции законом могут запрещаться определенные способы получения и распространения информации: не допускаются пропаганда или агитация насильственного изменения конституционного строя, нарушения целостности Республики, подрыва безопасности государства, войны, социального, расового, национального, религиозного, сословного и родового превосходства, а также культа жестокости и насилия.

Как уже выше говорилось, если рассматривать понятие «выражение мнения» в широком смысле, то нормы, затрагивающие свободу выражения мнения в УК и КоАП, не следовало бы сводить исключительно к статьям, затрагивающим деятельность журналистов и средств массовой информации (далее - СМИ), а также вопросы получения информации. Однако, для целей настоящего документа, мы будем руководствоваться понятием «выражение мнения» в узком смысле, но с учетом того, что **Законом Республики Казахстан от 10 июля 2009 года № 178-ІV** «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам информационно-коммуникационных сетей» в понятие «средство массовой информации» была включена такая форма периодического или непрерывного публичного распространения массовой информации, как интернет-ресурсы. Также не будут рассматриваться правонарушения и преступления, которые напрямую связаны с вопросами, возникающими в процессе предпринимательской деятельности - рекламы, коммерческой, банковской, инсайдерской информации т.п.

С учетом этого, можно выделить следующие категории правонарушений и преступлений, затрагивающих вопросы свободы выражения мнения.

1) Составы, предусматривающие ответственность за нарушение ограничений, установленных в целях защиты прав и свобод человека (защиты личности, конституционных и иных прав и свобод человека и гражданина)²

² **УК:** статья 112 «Угроза»; статья 129 «Клевета»; статья 130 «Оскорбление»; статья 142 «Нарушение неприкосновенности частной жизни»; статья 155 «Воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналиста»; статья 184 «Нарушение авторских и (или) смежных прав»; статья 227 «Неправомерный доступ к компьютерной информации, создание, использование и распространение вредоносных программ для ЭВМ». **КоАП:** статья 84 «Отказ в предоставлении физическому лицу информации, а равно незаконное ограничение права на доступ к информационным ресурсам»; статья 86 «Распространение сведений о виновности в совершении преступления»; статья 86-1 «Разглашение сведений о частной жизни лица, пострадавшего от бытового насилия»; статья 99 «Проведение агитации в период ее запрещения»; статья 100 «Распространение заведомо ложных сведений о кандидатах, политических партиях»; статья 105 «Нарушение условий проведения предвыборной агитации через средства массовой информации»; статья 110 «Непредставление либо неопубликование сведений об итогах голосования или о результатах выборов»; статья 110-1 «Нарушение условий проведения опроса общественного мнения, связанного с выборами»; статья 115-1 «Продажа несовершеннолетним предметов и материалов эротического содержания»; статья 129 «Нарушение авторских и (или) смежных прав»; статья 158-5 «Нарушение порядка и сроков рассмотрения обращений физических и юридических лиц»; статья 352 «Воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналиста»; статья 497-3 «Нарушение законодательства Республики Казахстан об информатизации».

2) Составы, предусматривающие ответственность за нарушение ограничений, установленных в целях защиты конституционного строя (защиты мира, безопасности человечества и государства)³

3) Составы, предусматривающие ответственность за нарушение ограничений, установленных в целях охраны общественного порядка и порядка управления⁴

4) Составы, предусматривающие ответственность за нарушение ограничений, установленных в целях защиты здоровья и нравственности населения⁵

2. МЕЖДУНАРОДНЫЕ СТАНДАРТЫ В ЧАСТИ ОГРАНИЧЕНИЯ СВОБОДЫ ВЫРАЖЕНИЯ МНЕНИЙ

Говоря о международных стандартах, устанавливающих границы свободы выражения мнения, и применимости их на территории Республики Казахстан, прежде всего, следует учитывать следующее. Пункт 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан гласит, что только «международные договоры, ратифицированные Республикой, имеют приоритет перед ее законами и применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона».

² **УК:** статья 157 «Пропаганда и публичные призывы к развязыванию агрессивной войны»; статья 164 «Возбуждение социальной, национальной, родовой, расовой или религиозной вражды»; статья 170 «Призывы к насильственному свержению или изменению конституционного строя либо насильственному нарушению единства территории Республики Казахстан»; статья 172 «Незаконное получение, разглашение, распространение государственных секретов». **КоАП:** статья 385 «Нарушение правил определения и установления степени секретности информации»; статья 386 «Нарушение установленных требований по обеспечению режима секретности»

³ **УК:** статья 233-1 «Пропаганда терроризма либо экстремизма или публичные призывы к совершению акта терроризма»; статья 317-1 «Публичное оскорбление и иное посягательство на честь и достоинство Первого Президента Республики Казахстан — Лидера Нации, осквернение изображений Первого Президента Республики Казахстан — Лидера Нации, воспрепятствование законной деятельности Первого Президента Республики Казахстан — Лидера Нации»; статья 318 «Посягательство на честь и достоинство Президента Республики Казахстан и воспрепятствование его деятельности»; статья 319 «Посягательство на честь и достоинство депутата и воспрепятствование его деятельности»; статья 320 «Оскорбление представителя власти»; статья 341 «Угроза или насильственные действия в связи с осуществлением правосудия или производством предварительного расследования»; статья 342 «Неуважение к суду»; статья 343 «Клевета в отношении судьи, присяжного заседателя, прокурора, следователя, лица, производящего дознание, эксперта, судебного пристава, судебного исполнителя»; статья 351 «Заведомо ложный донос». **КоАП:** статья 342 «Нарушение законодательства Республики Казахстан о средствах массовой информации»; статья 342-1 «Нарушение законодательства Республики Казахстан о телерадиовещании»; статья 343 «Дача разрешения на публикацию в средствах массовой информации материалов, направленных на разжигание национальной вражды»; статья 344 «Изготовление, хранение, ввоз, перевозка, распространение на территории Республики Казахстан продукции средств массовой информации, а равно иной продукции»; статья 346 «Воздействие на суд средствами массовой информации»; статья 347 «Дача заведомо ложных сведений и материалов средствам массовой информации»; статья 529 «Оскорбление должностного лица, угроза совершения насильственных действий».

⁵ **УК:** статья 268 «Соккрытие информации об обстоятельствах, создающих опасность для жизни или здоровья людей»; статья 271 «Организация или содержание притонов для занятия проституцией и сводничеством»; статья 273 «Незаконное распространение порнографических материалов или предметов»; статья 274 «Незаконное распространение произведений, пропагандирующих культ жестокости и насилия». **КоАП:** статья 144 «Нарушение правил публичной демонстрации кино- и видеопроизведений»; статья 321 «Пропаганда и незаконная реклама наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров»; статья 339 «Рекламирование продукции эротического содержания»

Применительно к актам международных организаций, созданных в соответствии с ратифицированными Республикой Казахстан международными договорами, и их органов это означает, что если в таком международном договоре указано, что названные акты носят обязательный для государств-участников характер, то Страна, ее государственные органы, должностные лица обязаны осуществлять все необходимые организационно-правовые мероприятия, направленные на исполнение такого требования, включая приведение в соответствие с ними актов национального законодательства. В соответствии с **Нормативным постановлением Верховного Суда Республики Казахстан от 10 июля 2008 года № 1** «О применении норм международных договоров Республики Казахстан», ратифицированные международные договоры, имеющие непосредственное действие и не требующие издания законов для их применения, используются в качестве норм материального (за исключением сфер уголовно-правовых и административно-правовых отношений) или процессуального права.

В соответствии с частью первой статьи 1 УК РК и частью первой статьи 1 КоАП, уголовное и административное законодательство состоят исключительно из соответствующих кодексов Республики Казахстан. Иные законы, предусматривающие уголовную или административную ответственность, подлежат применению только после их включения в указанные кодексы.

Международно-правовые нормы, предусматривающие признаки составов преступлений, могут применяться в тех случаях, когда норма УК РК прямо устанавливает необходимость применения международного договора Республики Казахстан. При рассмотрении дела, когда нормы УК РК предусматривают наступление уголовной ответственности за преступление, запрещенное международным договором Республики Казахстан, суд обязан изучить содержание международных соглашений Республики Казахстан и нормы уголовного закона, предусматривающие уголовную ответственность за деяние, запрещенное международным договором, с целью установления, все ли признаки уголовно наказуемого деяния из международного договора Республики Казахстан включены в уголовный закон, выяснить вопрос ратификации, дату вступления в силу и т.п.

Всеобщая Декларация прав человека (принята резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 года) впервые провозгласила свободу слова в форме, получившей впоследствии самое широкое признание. Статья 19 Декларации гласит: «Каждый человек имеет право на свободу убеждений и на свободное выражение их; это право включает свободу беспрепятственно придерживаться своих убеждений и свободу искать, получать и распространять информацию и идеи любыми средствами и независимо от государственных границ». Данный документ не имеет обязательного характера, будучи рекомендательной резолюцией ГА ООН. Тем не менее, всеобщее признание содержания статьи 19 превратило ее в норму действующего на международной арене обычного права.

На уровне общепризнанных международных стандартов в области прав человека, основные гарантии свободы выражения мнения также сформулированы в статье 19 Международного пакта о гражданских и политических правах (МПГПП) и в статье 10 Европейской Конвенции о защите прав человека (ЕКПЧ). В **статье 19 Международного пакта о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 года** (ратифицирован законом Республики Казахстан от 28 ноября 2005 года № 91-III, вступил в силу для РК 24 апреля 2006 года) говорится: «1. Каждый человек имеет право беспрепятственно придерживаться своих мнений. 2. Каждый человек имеет право на свободное выражение своего мнения; это право включает свободу искать, получать и распространять всякого рода информацию и идеи, независимо от государственных границ, устно, письменно или посредством печати или художественных форм выражения, или иными способами по своему выбору. 3. Пользование предусмотренными в пункте 2 настоящей статьи правами налагает особые обязанности и особую ответственность. Оно может быть, следовательно, сопряжено с некоторыми ограничениями, которые однако должны быть установлены законом и являться необходимыми: а) для уважения прав и репутации других лиц; б) для охраны

государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения».

Таким образом, свобода выражения мнения относится к основным правам человека и расценивается как один из основополагающих элементов демократического общества. Она обеспечивает защиту идей, мнений и информации, которые могут восприниматься как оскорбительные, шокирующие или возмутительные государством или определенной частью населения. Тем не менее, данное право не абсолютно и как таковое может ограничиваться в некоторых конкретных обстоятельствах. В отличие от, например, запрета на пытки, она, скорее, относится к категории условных прав. В частности, нельзя использовать право свободно выражать свое мнение для подрыва или умаления прав других. Вместе с тем, любое ограничение свободы выражения мнения должно носить соразмерный характер и четко оговариваться законом. Установление равновесия, необходимого для определения допустимой степени ограничения свободы выражения мнения в целях борьбы с преступностью, исключительно сложная задача. Границы допустимого значительно отличаются в разных странах в зависимости от особенностей местных культурных и правовых традиций. Тем не менее, любое ущемление права на свободное выражение мнения требует соблюдения принципов законности, необходимости, соразмерности и отсутствия дискриминации.

В Замечании общего порядка Комитета по правам человека ООН № 34 «Статья 19: Свобода мнений и их выражения. Общие замечания» (Сто вторая сессия Женева, 11-29 июля 2011 года) говорится, что хотя оговорки к конкретным элементам пункта 2 статьи 19 приемлемы, общая оговорка в отношении прав, содержащихся в пункте 2, была бы несовместима с предметом и целью Пакта. Обязательство соблюдать свободу мнений и их выражения является юридически обязательным для каждого государства-участника в целом. Действия всех ветвей государственного управления (исполнительной, законодательной и судебной) и других органов государственной или правительственной власти любого уровня (национального, областного или местного) могут повлечь за собой ответственность государства-участника. В некоторых обстоятельствах подобная ответственность может наступать для государства-участника также и в отношении действий полугосударственных образований.

В Заключительных замечаниях Комитета по правам человека от 26 июля 2011 года № ССРР/С/КАЗ/СО/1 «Рассмотрение доклада Казахстана в соответствии со статьей 40 Пакта» (Сто вторая сессия. Женева, 11-29 июля 2011 года) Комитет выражает обеспокоенность в связи с сообщениями о том, что в государстве-участнике не уважается право на свободу выражения своего мнения. Комитет, в частности, выражает обеспокоенность по поводу сообщений о том, что угрозы, нападения, преследования и запугивания журналистов и правозащитников серьезно сузили сферу осуществления права на свободу выражения. Комитет также выражает обеспокоенность по поводу наличия в Уголовном кодексе положений о клевете в отношении должностных лиц и недавнего введения в действие Закона «О Лидере Нации», которым в Уголовный кодекс вносится новая статья 317-1, предусматривающая запрещение и наказание оскорблений и иных посягательств на честь и достоинство Президента. Государству-участнику следует обеспечить, чтобы журналисты, правозащитники и отдельные лица имели возможность свободно осуществлять право на свободу выражения своего мнения в соответствии с Пактом. В этой связи государству-участнику следует пересмотреть свое законодательство о клевете и оскорблениях, с тем чтобы оно в полной мере соответствовало положениям Пакта. Кроме того, государству-участнику следует воздерживаться от использования своего законодательства о клевете исключительно в целях преследования или запугивания отдельных лиц, журналистов и правозащитников. В этой связи любые ограничения на осуществление свободы выражения мнения должны соответствовать строгим требованиям пункта 3 статьи 19.

Юридическая определенность правовых норм

Любое ограничение свободы выражения мнения должно быть четко установлено законом и полностью соответствовать следующему принципу: «[...] закон должен быть в адекватной мере доступным: граждане должны иметь соответствующую обстоятельствам возможность ориентироваться в том, какие юридические правила применяются к данному случаю. Во-вторых, норма не может считаться «законом», если она не сформулирована с достаточной степенью точности, позволяющей гражданину соотносить с ней свое поведение: он должен быть способен - получив, при необходимости, надлежащую консультацию - предвидеть, в разумной применительно к обстоятельствам степени, последствия, которые может повлечь за собой данное действие» (Решение Европейского суда по правам человека (далее - ЕСПЧ) по делу «Санди Таймс» (The Sunday Times) против Соединенного Королевства от 26 апреля 1979 г., п. 49). Это означает, что любой закон в данной области должен быть достаточно ясным для того, чтобы человек был в состоянии оценить, нарушает ли его высказывание соответствующее законодательство или нет. Степень точности закона зависит от того, к какой отрасли права он относится, на применение в какой сфере он рассчитан, и от численности и статуса тех, кому он адресован. ЕСПЧ без колебаний признавал нарушение права на свободное выражение мнения в случаях, когда определение правонарушения в оспариваемом законе было, на его взгляд, слишком расплывчатым.

Например, уголовное преследование за высказывания, прямо подстрекающие к осуществлению террористических актов или провоцирующие их, уже предусматривается в ряде стран, не вызывая при этом никаких споров. С другой стороны, криминализация «косвенного» подстрекательства или апологии/прославления террористических актов или терроризма вообще сопряжена с гораздо более серьезными затруднениями. Объявление подобных высказываний противозаконными влечет за собой очевидную и предсказуемую опасность злоупотреблений вследствие общей криминализации идей и мнений, которые не «нравятся» большинству, безотносительно от того, могут ли они в действительности привести к совершению террористического акта или нет. Этот вопрос встает особенно остро в связи с правонарушениями, граничащими с бесспорным «подстрекательством», - апологией, прославлением или оправданием терроризма. Проблема определения таких правонарушений осложняется тем, что само понятие «терроризм», как известно, весьма непросто сформулировать. В государствах-участниках ОБСЕ подстрекательство к совершению тяжких преступлений, как правило, уголовно наказуемо, а в ряде стран уже предусматривается и уголовная ответственность за высказывания, поощряющие или провоцирующие совершение террористических актов.

Учитывая это, при разработке законодательства следует обращать особо пристальное внимание на базовые принципы юридической определенности и соразмерности. Для того, чтобы законодательные меры в данной сфере носили строго целенаправленный и соразмерный характер, они должны при определении правонарушения и преступления содержать четкие требования к его составу.

Основания для ограничения

Законность ущемления права на свободу выражения мнения должна быть обоснована указанием на веские основания для такого действия, установленные в тексте статьи, регламентирующей это право. Государство, таким образом, должно быть способно оправдать допустимость вмешательства в осуществление права наличием одного или нескольких оснований, предусмотренных в соответствующей статье закона.

Защита прав третьих лиц

Как и МПГПП, ЕКПЧ содержит формулировку, прямо запрещающую злоупотребление правами, оговоренными Конвенцией с целью «осуществления любой деятельности или совершения любых действий, направленных на упразднение прав и свобод, установленных настоящей Конвенцией, или на их ограничение в большей мере, чем это предусматривается в Конвенции».

В этой связи у КПЧ и ЕСПЧ накоплена внушительная прецедентная практика по недопущению отрицания Холокоста и запрещению национал-социализма.

В статье 20 Международного пакта о гражданских и политических правах (МПГПП) недвусмысленно заявляется: «1. Всякая пропаганда войны должна быть запрещена законом. 2. Всякое выступление в пользу национальной, расовой или религиозной ненависти, представляющее собой подстрекательство к дискриминации, вражде или насилию, должно быть запрещено законом».

Запрет на пропаганду войны и разжигание национальной, расовой или религиозной ненависти очевидно отталкивается от устремления не допустить повторения злодеяний, приведших ко Второй мировой войне и творившихся в то время. Право на жизнь (статья 6 МПГПП) и равенство (статья 26 МПГПП) составляют основу МПГПП, и разработчики Пакта решили бороться с первопричинами таких нарушений (войны, дискриминации) «путем превентивных запретов в области формирования общественного мнения»⁶.

Это положение создает в сфере прав человека четкую юридическую базу для ограничения свободы выражения мнения в тех случаях, когда она используется для разжигания дискриминации, вражды или насилия, либо для пропаганды войны. Означенное положение может в равной степени применяться как для предупреждения злоупотреблений свободой выражения мнений в террористических целях, так и для предотвращения попыток приписать той или иной группе населения предрасположенность к терроризму, поскольку это положение позволяет квалифицировать подобные попытки как подстрекательство к дискриминации, ненависти или насилию по отношению к представителям данных групп.

Запрещение разжигания ненависти

Разжиганию ненависти по причине национальности, расы или религии уделено особое внимание в международном праве. Вообще свобода слова распространяется и на непопулярные идеи и суждения, которые «шокируют, оскорбляют либо будоражат», но при этом некоторые международные договоры, включая МПГПП, не только позволяют государствам запрещать распространение ненавистнических мнений, но и требуют от них этого. Более того, одна из категорий подобных выражений мнения - побуждение к геноциду - является одним из немногих преступлений, признаваемых таковыми в международном праве, наряду с военными преступлениями и преступлениями против человечности.

Частная жизнь

Международное право четко признает, что каждое лицо подлежит определенной защите от вмешательства в его частную жизнь. В частности, Статья 17(1) МПГПП гласит: «Никто не может подвергаться произвольному или незаконному вмешательству в его личную и семейную жизнь, произвольным или незаконным посягательствам на неприкосновенность

⁶ Международный пакт о гражданских и политических правах. Принят резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1966 года. Далее – МПГПП.

его жилища или тайну его корреспонденции или незаконным посягательствам на его честь и репутацию». Законы об охране личной и семейной жизни, по определению, устанавливают случаи, когда право на свободу слова подлежит ограничению ради иного права человека - права на неприкосновенность частной жизни. Иерархически ни одно из этих двух прав не выше другого; преобладание одного из них зависит от конкретных обстоятельств. При этом политики занимают особое место среди публичных лиц и потому факты, могущие говорить об их способности править страной или исполнять иные служебные функции (например, их физическое и психическое здоровье), представляют законный интерес для избирателей - даже если таковые факты находятся в сфере частной жизни. Кроме того, избрав профессию, где успех зависит от общественного мнения, политики осознанно и по своей воле поставили себя в поле пристального внимания СМИ. ЕСПЧ подтвердил, что, как и в случае диффамационных суждений, политикам надлежит проявлять больше терпимости, чем подобает простым гражданам, к случаям вмешательства СМИ в их личную и семейную жизнь.

Диффамация

Международные органы - такие, как ООН и ОБСЕ, - не раз признавали опасности, таящиеся в уголовном преследовании за диффамацию, и рекомендовали упразднить такие законы. В частности, Парламентская Ассамблея ОБСЕ призвала к отмене всех законов, предполагающие уголовную наказуемость диффамации публичных лиц, государства или его органов. Полномочные представители ООН, ОБСЕ и ОАГ по вопросам свободы слова пошли еще дальше, заявив, что «уголовное преследование за диффамацию не является оправданным ограничением свободы выражения убеждений; все законы об уголовном преследовании за диффамацию подлежат отмене и замене, где это необходимо, гражданско-правовыми мерами ответственности».⁷ КПЧ ООН многократно высказывал озабоченность несоответствующим применением положений уголовного законодательства о диффамации и рекомендовал провести глубокие реформы - причем в таких непохожих странах, как Азербайджан, Норвегия и Камерун.⁸

Европейский Суд по правам человека, напротив, не постановлял, что преследование за диффамацию в уголовном порядке по определению является нарушением права на свободу выражения мнения.

Организация АРТИКЛЬ 19 полагает, что все законы об уголовном преследовании за диффамацию нарушают гарантию свободы слова, но, осознавая, что такие законы существуют в ряде стран и в ближайшем будущем отменены не будут, предлагает временные меры, направленные на смягчение воздействия этих законов:

- никто не может быть осужден за диффамацию, пока считающая себя потерпевшей сторона вне разумных сомнений не докажет присутствие всех составляющих преступления, согласно перечисленному ниже;

- уголовное преступление диффамации считается совершенным, когда доказано, что оспариваемые высказывания ложны, что они были распространены с осознанием их ложного характера или же безрассудно в отношении их возможной ложности, и что они распространены с непосредственным намерением нанести ущерб стороне, считающей себя потерпевшей;

⁷ Совместная Декларация от 10 декабря 2002 года. URL:

<http://www.osce.org/fom/39838&usg=ALkJrhjFmCPpiChjqOXBpjgwEtrWvrB5AQ>

⁸ Выводы КПЧ по Азербайджану (UN Doc. CCPR/CO/73/AZE, 12 ноября 2001 г.); по Норвегии (UN Doc. CCPR/C/79/Add.112, 1 ноября 1999 г.); по Камеруну (UN Doc. CPR/C/79/Add.116, 4 ноября 1999 г.).

- государственные органы, включая полицию и прокуратуру, не должны принимать никакого участия в инициировании или осуществлении уголовного преследования, независимо от статуса стороны, считающей себя потерпевшей от диффамации, даже если этой стороной является высокое должностное лицо;

- приговоры о лишении свободы, такие приговоры с отсрочкой исполнения, запреты на выражение мнения при помощи конкретного средства массовой информации, запреты на журналистскую либо на иную профессиональную деятельность, чрезмерные штрафы и прочие суровые наказания никогда не должны налагаться за нарушение законов о диффамации, какими бы явными или вопиющими ни были диффамационные высказывания.⁹

Национальная безопасность

В международном праве пока нет общепринятого определения того, что составляет «национальную безопасность». Международные суды обычно соглашались с доводами государств, что ограничения служили целям защиты национальной безопасности, но при этом тщательно изучают, были ли принятые меры необходимыми. Вместе с тем, в этой связи важно отметить, что соображения национальной безопасности не могут использоваться в качестве бланкетного предлога для ущемления прав, а именно: «ограничение, оправдываемое соображениями национальной безопасности, не считается правомерным, если его истинным назначением и доказуемой конечной целью не является защита существования страны или ее территориальной целостности от применения силы или угрозы ее применения, а также защита способности данной страны противостоять применению силы или угрозе ее применения вне зависимости от того, проистекает ли эта опасность извне, как, например, военная угроза, или изнутри, как, например, подстрекательство к насильственному свержению правительства».¹⁰

Йоханнесбургские принципы в сфере национальной безопасности, свободы выражения мнений и доступа к информации (1 октября 1995 года) гласят: «любое публично выражаемое мнение не должно подвергаться предварительной цензуре в интересах защиты национальной безопасности, за исключением обстоятельств чрезвычайного положения, угрожающих существованию страны, согласно условиям, предусмотренным Принципом 3».¹¹ Таким образом, предварительная цензура из соображений национальной безопасности допустима только в действительно исключительных обстоятельствах.

Для того, чтобы применить карательные санкции к выражению мнения, которое квалифицируется как угроза национальной безопасности, государство должно доказать, «что а) выражение мнения имеет целью призыв к насильственным действиям; б) может привести к таким насильственным действиям; в) имеется прямая и очевидная связь между выражением мнения и вероятностью совершения или самим совершением означенных насильственных действий».¹²

Сиракузские принципы в отношении ограничений и отступлений от положений МПГПП (1985) также гласят следующее: «на интересы национальной безопасности нельзя

⁹ Принципы свободы выражения мнения и защиты репутации. Определяя Диффамацию (Артикул 19; Лондон, 29 февраля - 1 марта, 2000 г.) http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30003307

¹⁰ Йоханнесбургские принципы «Национальная безопасность, свобода выражения мнения и доступ к информации» (Article 19, 1 октября 1995 года). URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31070926

¹¹ Там же (принцип 2 а)

¹² Там же (принцип 6 а)

ссылаться в качестве основания для введения ограничений с целью предотвращения лишь локальной или относительно изолированной угрозы правопорядку».¹³

Отсюда следует, что ограничения на основаниях защиты национальной безопасности оправданы лишь тогда, когда нация стоит перед угрозой ее «существованию, территориальной целостности или политической независимости», но не тогда, когда имеет место локальный конфликт или просто противоправная деятельность.

Ограничения в освещении деятельности судов

Пристальное внимание общественности к тому, как функционируют судебная и правоохранительная система, служит главной гарантией справедливости правосудия - и гарантией от авторитарного правления. Такому вниманию в первую очередь способствуют СМИ. Как отметил Верховный Суд США: «Ответственная пресса всегда рассматривалась как верная спутница эффективного правосудия, особенно уголовного. Это подтверждается впечатляющей практикой в течение нескольких сот лет. Пресса не просто публикует материалы о судебных процессах, но и стоит на страже ошибок в отправлении правосудия, помещая полицию, прокуроров и судебные процессы в поле пристального общественного внимания и критики».¹⁴ Освещение прессой проводимого расследования может осложнить работу полицейских преданием огласки используемых методов или полезными подсказками подозреваемым. Несмотря на это, в развитых демократических обществах суды в редких случаях дают распоряжения о молчании прессы, памятуя о ее важной роли общественного наблюдателя. Создание трудностей следователям никогда не будет основанием для запрещения освещения хода дела в прессе. Верховный Суд Канады в свое время постановил, что любое распоряжение о воздержании от опубликования материалов, касающихся уголовного расследования, оправдано лишь тогда, когда наносимый распространением сведений вред перевешивает урон, который могло бы нанести неопубликование этих сведений.¹⁵

Необходимость и соразмерность

Принцип необходимости и соразмерности требует проведения границы между правом отдельного лица (свобода выражения мнения) и интересами государства или общества. Обстоятельства каждого конкретного дела требуют индивидуального подхода, а четких правил, позволяющих определить, где должна проходить вышеупомянутая граница, собственно говоря, не существует. При оценке той или иной инстанции правомерности любых предполагаемых мер от государства требуется обосновать свои действия, представив доказательства необходимости ущемления права в демократическом обществе. «Необходимость» в данном случае не означает того, без чего невозможно обойтись, но, вместе с тем, это понятие не может истолковываться и как «целесообразность» или «желательность». Оно подразумевает существование неотложной социальной потребности, и данная неотложная потребность должна вписываться в критерии демократического общества. К главным признакам такого общества относятся толерантность и широта взглядов.

В этой связи имеет смысл особо отметить следующий момент: хотя личные интересы и должны в соответствующих обстоятельствах подчиняться интересам явного большинства, демократия вовсе не означает, что мнение последнего должно всегда преобладать. Должен быть установлен надлежащий баланс, обеспечивающий справедливое и корректное

¹³ Документ ООН E/CN.4/1985/4, Приложение.

¹⁴ См. Sheppard v. Maxwell, 384 U.S. 333, 350 (1966).

¹⁵ Дело Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario, [2005] 2 S.C.R. 188, paras. 3-4

обращение с меньшинствами и не допускающий злоупотребления большинством своим господствующим положением.

Принцип соразмерности не упоминается в тексте соглашений о правах человека, но, тем не менее, это доминирующий мотив в правоприменении в данной сфере. Принцип соразмерности подразумевает наличие разумного соотношения между применяемыми средствами и целями, которых стремятся достичь. По существу, этот принцип требует, чтобы суд определил, носит ли мера по ограничению прав, имеющая целью способствовать проведению законной государственной политики:

- неприемлемо либеральный характер в своем применении, или же
- чрезмерно или необоснованно обременительный характер для отдельных людей.

Решение, учитывающее принципы соразмерности, должно:

- минимально ущемлять соответствующее право.
- быть тщательно продуманным, чтобы соответствовать поставленным целям.
- не быть произвольным, несправедливым или основанным на иррациональных соображениях.

При оценке той или иной меры на соразмерность следует учитывать следующие факторы:

- Имелись ли существенные и достаточные основания для ее применения?
- Возможно ли было применить менее ограничивающую меру?
- Предусматривал ли процесс принятия решения какой-либо механизм обеспечения беспристрастности?
- Существуют ли гарантии предотвращения злоупотреблений?
- Не подрывает ли вводимая мера самой сути ограничиваемого права?

Отсутствие дискриминации

При оценке законности ущемления прав человека вопрос о дискриминации должен рассматриваться даже в случае отсутствия нарушения самого материального права, ставшего предметом спора. В принципе, то или иное различие в правоприменении будет считаться дискриминационным, если:

- оно не имеет объективного и разумного оправдания;
- оно не имеет очень весомых оснований;
- оно несоразмерно.

В случае несоблюдения вышеперечисленных критериев и при отступлении от общепринятого правоприменения в конкретном процессе последнее будет равнозначно дискриминации и, следовательно, может квалифицироваться как незаконное. Принцип 4 Йоханнесбургских принципов гласит: «Ни в коем случае при ограничении свободы выражения мнения или свободы информации, в том числе под предлогом защиты национальной безопасности, не должна допускаться дискриминация по признакам расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или других взглядов, национального или социального происхождения, гражданства, имущественного положения, рождения или по иным признакам».

При ограничении свободы выражения мнения в условиях борьбы с преступностью недопустимо, чтобы данное ограничение носило целенаправленный характер в отношении каких бы то ни было, конкретных политических или иных взглядов, если для такого дифференцированного подхода не имеется очень веских оснований, как, например, факты, подтверждающие потенциальную способность таких взглядов породить насилие.

В связи с тем, что как уже упоминалось выше, **Законом Республики Казахстан от 10 июля 2009 года № 178-IV** «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам информационно-коммуникационных сетей» любые сайты (интернет-ресурсы) приравнены к СМИ, важным представляется европейский подход

к новому пониманию СМИ. Так, в **Рекомендации CM/Rec(2011)7 государствам-членам о новом понятии СМИ** (21 сентября 2011 года) Комитет министров, в соответствии с положениями статьи 15.b Устава Совета Европы, рекомендует, чтобы государства-члены «приняли новое, широкое понятие СМИ, которое включает всех участников, связанных с производством и распространением, среди потенциально большого количества людей, контента (например, информации, анализа, комментариев, мнений, образования, культуры, искусства и досуга в печатной, аудио, визуальной, аудиовизуальной или иной форме) и способы применения, которые направлены на то, чтобы содействовать интерактивным массовым коммуникациям (например, в социальных сетях) или другой основанной на контенте широкомасштабной интерактивной деятельности (например, игры в режиме «онлайн»), при этом сохраняя (во всех этих случаях) редакционный контроль или надзор над контентом». В Рекомендации предлагается 6 критериев определения СМИ: намерение действовать в качестве СМИ; цель и основные задачи СМИ; редакционный контроль; профессиональные стандарты; сфера охвата и распространение; ожидания общества.

Говоря об ответственности СМИ, нельзя не упомянуть и меры по защите СМИ, о которых говорится в принятой на днях **Совместной декларации «О преступлениях против свободы выражения мнения»** (Специальный докладчик ООН по вопросу о поощрении и защите права на свободу мнений и их свободное выражение, Представитель ОБСЕ по вопросам свободы средств массовой информации, Специальный докладчик по вопросам свободы выражения мнений Организации американских государств и Специальный докладчик по вопросам свободы выражения мнений и свободного доступа к информации Африканской комиссии по правам человека и народов, 25 июня 2012 года).

В ней международные эксперты, призывают все правительства к созданию новой категории «преступлений против свободы выражения» в ответ на участвовавшие случаи нападения на журналистов, работников СМИ, блоггеров, правозащитников и т.д., связанные с реализацией права на свободу выражения. Категория преступлений против свободы выражения потребует ужесточения наказания по причине того, что преступления против тех, кто реализует свое право на свободу выражения, подрывает право всех остальных знать и влияет на общество в целом. Совместная декларация говорит об обязательствах государств по борьбе с безнаказанностью за атаки на свободу слова и определяет меры, которые государства должны принять в целях предотвращения подобных преступлений, защиты жертв и эффективного расследования преступлений в случае нарушений. Декларация дает рекомендации по созданию специальных следственных подразделений и специализированных программ защиты, с учетом местных потребностей и проблем.

3. РЕФОРМИРОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ЧАСТИ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ГАРАНТИЙ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА НА СВОБОДУ ВЫРАЖЕНИЯ МНЕНИЯ С УЧЕТОМ МЕЖДУНАРОДНЫХ СТАНДАРТОВ

При оценке данного вопроса, думается, что помимо лучшей международной практики, методологической основой для реформирования уголовного и административного законодательства должны послужить положения уже упоминавшегося выше **Нормативного постановления Конституционного совета Республики Казахстан от 27 февраля 2008 года № 2** «О проверке конституционности частей первой и четвертой статьи 361 Уголовного кодекса Республики Казахстан по обращению Капшагайского городского суда Алматинской области». В нем говорится, что законодатель при установлении уголовной ответственности обязан исходить из конституционных пределов допустимого ограничения прав и свобод человека и гражданина, не искажая существа конституционных прав и свобод и не вводя таких ограничений, которые не согласуются с конституционно определенными целями.

Положения пункта 1 статьи 39 Конституции означают, что защита конституционного строя, охрана общественного порядка, прав и свобод человека, здоровья и нравственности населения могут обусловить ограничение прав и свобод, если такое ограничение адекватно

законно обоснованным целям и отвечает требованиям справедливости, является пропорциональным, соразмерным и необходимым в демократическом государстве для защиты конституционно значимых ценностей. При этом закон, ограничивающий права и свободы человека и гражданина, должен быть сформулирован предельно ясно, четко указывать как на признаки правонарушения, так и на конституционные цели, в защиту которых он принят, не допуская возможности неоднозначного его толкования.

Основой взаимоотношений государства и личности в сфере установления и реализации уголовной ответственности является безусловное соблюдение, как законодателем, так и правоприменителем конституционно-правового статуса человека и гражданина, привлеченного к уголовной ответственности и подвергнутого наказанию. Использование в пункте 1 статьи 39 Конституции слов «...лишь в той мере...» предполагает, что меры уголовно-правового принуждения, а также предупреждения преступлений должны отвечать принципам справедливости и соразмерности уголовной ответственности, а также защищаемым Основным законом ценностям, высшими из которых являются человек, его жизнь, права и свободы.

В принципе, существует два основных способа ограничения свободы выражения мнения, которыми государство может воспользоваться для борьбы с правонарушениями и преступлениями. Это предварительная цензура публичного выражения мнения и последующее привлечение к ответственности за таковое. Предварительные ограничения уместны, например, когда известно, что намечается трансляция или распространение определенного заявления, либо публикация в СМИ, поддерживающие определенные, запрещенные законом идеи, а государство желает предотвратить их обнародование. Однако, согласно международным стандартам, применение предварительного ограничения чрезвычайно спорно, и ситуации, в которых к нему можно было бы прибегнуть, крайне немногочисленны. Этот подход отражается в факте существования практически полного запрета на предварительную цензуру, прямо предусмотренного и Конституцией РК.

Свободой выражения мнения иногда злоупотребляют для подстрекательства к насилию (включая терроризм), расовой ненависти и дискриминации. Международная практика говорит, что в условиях борьбы с преступностью всегда существует реальная опасность того, что, пресекая политическую свободу слова и/или выражения мнений, граничащих с подстрекательством к совершению преступлений, государство может спровоцировать обращение к менее безопасным способам проявления недовольства, включая применение насилия или совершение терактов. Лишение граждан возможности законным способом выразить свое недовольство государством может усилить у них чувство неудовлетворенности и отчужденности, что способствует формированию среды, в которой преступникам легче пополнять свои ряды. Кроме того, как уже свидетельствует казахстанская практика, подвергая уголовному наказанию лиц, исповедующих экстремизм и терроризм, власти рискуют добиться обратного эффекта: в местах заключения эти люди получают аудиторию, которая может оказаться гораздо более восприимчивой, чем та, на которую они могли рассчитывать на свободе.

Поэтому, разрабатывая политику и законодательство в данной области, следует применять более широкий подход, а также учитывать ее возможные последствия.

Основной документ, определяющий в настоящее время стратегические направления правовой реформы в РК, а это **Указ Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года № 858** «О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года» (далее - Концепция), не употребляет термин «свобода выражения мнения». В целом, применительно к рассматриваемым вопросам, в ней говорится, что совершенствование нормативно-правового регулирования вопросов информации должно быть направлено на «гарантирование свободы слова, свободное получение и распространение информации любым, незапрещенным законом способом, с учетом соблюдения конституционных прав на неприкосновенность частной жизни, личной и

семейной тайны, тайны переписки, телефонных переговоров и иных сообщений, а также соблюдения требований законодательства о государственных секретах».

В Концепции также говорится, что законодательство об административных правонарушениях должно быть максимально направлено на восстановление нарушенных прав, предупреждение правовых конфликтов в обществе административно-правовыми мерами. При этом при формировании административно-правовых санкций должен неукоснительно соблюдаться принцип их соразмерности степени общественной опасности и характеру правонарушения.

В Концепции также указывается, что для административно-деликтного права являются злободневными вопросы более четкого определения круга правоотношений, охраняемых административно-деликтным законодательством и соответственно более четкого разграничения между административно-правовыми и уголовно-правовыми санкциями.

Что касается, уголовной политики, то, в частности, в Концепции говорится, что она должна быть направлена на дальнейшую декриминализацию правонарушений, не представляющих большой общественной опасности, с переводом их в категорию административных правонарушений и усилением административной ответственности за их совершение. Важным так же названо приведение уголовного закона в соответствие с международными договорами, ратифицированными Казахстаном.

Из законопроектов, принятых в развитие данного документа, следует отметить следующие. **Перспективным планом законопроектных работ Правительства Республики Казахстан на 2013-2014 годы**, утвержденным Постановлением Правительства Республики Казахстан от 28 марта 2012 года № 360, предусмотрено внесение в 1 квартале 2013 года в Парламент новой редакции Уголовного кодекса Республики Казахстан (далее - УК РК), а также Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях (далее - КоАП). Государственным органом, ответственным за разработку УК РК, определена Генеральная Прокуратура РК и на данный момент обнародован соответствующий Проект концепции новой редакции УК РК (далее - Концепция) с предполагаемой структурой законопроекта.

Применительно к рассматриваемым вопросам, прежде всего, следует отметить, что в проекте Концепции УК на основе положительного международного опыта предлагается рассмотреть вопрос о введении новой категории противоправных деяний - уголовного проступка. Это позволит, по мнению разработчиков Концепции УК «классифицировать ряд деяний, по степени общественной опасности находящихся на стыке административного правонарушения и уголовного преступления, при этом по своей природе такие деяния будут ближе к уголовным преступлениям, нежели к административным правонарушениям. Основанием отнесения деяний к категории уголовных проступков предлагается их общественная опасность, а также виды наказаний, назначаемых за их совершение».

С законодательной точки зрения, авторам Концепции оптимальным представляется регламентация уголовных проступков в рамках Уголовного кодекса, что позволит придать им статус, близкий к категории преступных деяний и соответственно расширить возможности государства по их пресечению. При определении понятия проступка делается акцент на его меньшую общественную опасность по сравнению с действующей категоризацией преступлений. При этом разграничение преступлений и проступков проводится по критерию возможности назначения наказания в виде лишения свободы, поскольку именно этот вид наказания является наиболее отчетливой границей между серьезной и менее серьезной общественной опасностью. Тем самым становится возможным признать преступлениями те деяния, за совершение которых может быть назначено лишение свободы, в том числе в альтернативе с иными видами наказаний, а уголовными проступками - все иные деяния, которые не влекут наказания в виде лишения свободы.

Если такая идеология Концепции будет поддержана, в категорию проступков перейдут преступления небольшой тяжести, за совершение которых в настоящее время не предусматривается лишение свободы. К проступкам также будет отнесена определенная часть административных правонарушений, рассматриваемых сейчас в судебном порядке. Часть уголовно наказуемых деяний, за совершение которых в настоящее время предусматривается наказание в виде лишения свободы на срок до одного года, также может быть отнесена к проступкам. Назначение наказания за совершение уголовного проступка не будет иметь своим последствием судимость, при этом срок давности привлечения к уголовной ответственности и срок давности приговора за проступки будут минимальными. Соответственно, будет также введен упрощенный порядок расследования и рассмотрения судами дел об уголовных проступках.

Что касается отдельных составов преступлений, то в Концепции утверждается, что обеспечение гарантий на неприкосновенность достоинства человека, частной жизни, личной и семейной тайны, обеспечение конституционных прав на защиту своей чести и достоинства, на тайну личных вкладов и сбережений, переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений настоятельно диктует необходимость пересмотра и усиления ответственности за соответствующие посягательства. Никакие основания, используемые для прикрытия подобных посягательств, не должны быть оправданием для нарушения названных конституционных гарантий. Свобода слова, борьба с преступностью и иные внешне общественно полезные действия не должны быть инструментами незаконного вторжения в частную жизнь граждан, посягательств на его честь и достоинство, говорится в документе. Следует отметить, что из последних вариантов Концепции выпало предложение, которое было в первоначальных редакциях: «С указанных позиций была бы преждевременной декриминализация состава клеветы и оскорбления, которые в настоящее время имеют сильную превентивную составляющую».

В Концепции также предлагается обеспечить надлежащую уголовно-правовую защиту информационной безопасности и, с этой целью, ввести в УК самостоятельную главу, содержащую составы уголовных преступлений и уголовных проступков и предусматривающих ответственность за такого рода деяния. В данной главе предлагается объединить составы преступлений, устанавливающие ответственность за деяния, посягающие на информационную безопасность, за распространение деструктивных материалов, представляющих общественную опасность, или обеспечение доступа к ним через компьютерные системы. В Концепции подчеркивается, что особенностью компьютерных систем, в отличие от иных СМИ, является их возможность распространения и перемещения информации на неограниченные расстояния и обеспечение доступа к ней неограниченного и заведомо неизвестного круга лиц. Ввиду специфики электронных средств существенно повышается общественная опасность деяний, совершенных с их использованием и, в этой связи, предлагается рассмотреть возможность усиления ответственности за распространение запрещенной законом информации посредством компьютерных систем.

Таким образом, Концепцией предлагается дополнить новую редакцию УК РК главой **«Преступления и проступки против информационной безопасности»**. Ключевым здесь является понятие информационной безопасности, а УК призван защитить ее от разного рода угроз, посягательств путем признания определенных деяний преступлениями и установления наказания и иных мер уголовно-правового воздействия за их совершение.

В этой связи следует отметить, что согласно статье 4 **Закона Республики Казахстан от 6 января 2012 года № 527-IV «О национальной безопасности Республики Казахстан»** (с изменениями по состоянию на 10.07.2012 г.), информационная безопасность это состояние защищенности информационного пространства Республики Казахстан, а также прав и интересов человека и гражданина, общества и государства в информационной сфере от реальных и потенциальных угроз, при котором обеспечивается устойчивое развитие и информационная независимость страны. При этом под информационным пространством в

законе понимается сфера деятельности, связанная с формированием, созданием, преобразованием, обработкой, передачей, использованием, хранением информации, оказывающая воздействие в том числе на индивидуальное и общественное сознание, информационную инфраструктуру и собственно информацию. А информационная инфраструктура это совокупность технических средств и систем формирования, создания, преобразования, обработки, передачи, использования и хранения информации. В числе основных угроз национальной безопасности названы снижение уровня защищенности информационного пространства страны, а также национальных информационных ресурсов от несанкционированного доступа, а также информационное воздействие на общественное и индивидуальное сознание, связанное с преднамеренным искажением и распространением недостоверной информации в ущерб национальной безопасности. Очевидно, с учетом этого и должна строиться уголовная политика государства по борьбе с преступлениями против информационной безопасности.

Также, несомненно, она должна учитывать **Концепцию информационной безопасности Республики Казахстан до 2016 года**, утвержденную Указом Президента Республики Казахстан от 14 ноября 2011 года № 174. Как указывается в данном документе, Концепция выражает совокупность официальных взглядов на сущность и содержание деятельности Республики Казахстан по обеспечению информационной безопасности государства и общества, их защите от внутренних и внешних угроз. Она определяет задачи, приоритеты, направления и ожидаемые результаты в области обеспечения информационной безопасности личности, общества, государства и призвана обеспечить единство подходов к формированию и реализации государственной политики обеспечения информационной безопасности, а также методологическую основу для совершенствования нормативных правовых актов, регулирующих данную сферу.

Как методологическая основа по направлению законодательного и нормативно-методического обеспечения, данная Концепция предлагает изменения в существующее законодательство по вопросам отнесения отдельных видов информационных правонарушений к уголовно-наказуемым деяниям. Также в ней предлагается дополнительная правовая регламентация вопросов соблюдения авторского права в информационно-коммуникационных сетях, совершенствование законодательства, регулирующего вопросы защиты персональных данных. Предполагается проведение целенаправленной политики по выявлению и недопущению скрытого воздействия на общественное сознание со стороны других государств, транснациональных корпораций, различных неформальных структур, в том числе через социальные сети, активизация противодействия распространению идеологии терроризма, религиозного и этнического экстремизма, сепаратизма и других антиобщественных проявлений через системы распространения массовой информации. Будет внедрена оптимальная модель развития и регулирования казахстанского сегмента глобальной информационной сети Интернет, выработаны механизмы стимулирования производства позитивного содержательного контента, развития отечественных интернет-СМИ, модернизации телекоммуникационной инфраструктуры. Также признана необходимой разработка международных правовых норм, регулирующих межгосударственные отношения в области использования глобальной информационной инфраструктуры, совершенствования взаимодействия правоохранительных органов Республики Казахстан и иностранных государств в области предупреждения, выявления, пресечения и ликвидации последствий использования информационных и телекоммуникационных технологий в террористических и иных преступных целях, совершенствование международных правовых норм в области информационной безопасности и защиты государственных секретов для обеспечения соблюдения национальных интересов Республики Казахстан. К сожалению, сказать точно, о каких именно мероприятиях идет речь, невозможно, поскольку **Отраслевая Программа по обеспечению информационной безопасности Республики Казахстан на 2011-2014 годы**, утвержденная постановлением Правительства Республики Казахстан от 31 января 2011 года № 45 дсп - засекречена.

Следует отметить, что в последних вариантах сравнительной таблицы по проекту УК употребляется другой термин для соответствующей главы: «Преступления и проступки против безопасности информационных технологий». Думается, что это не совсем верно, поскольку термин «безопасность информационных технологий» в настоящее время в законодательстве РК не встречается, а применяется лишь в нормативно-технических документах, например, **СТ РК ГОСТ Р ИСО/МЭК 15408-1-2006 (ГОСТ Р ИСО/МЭК 15408-1-2002, IDT)** «Информационная технология. Методы и средства обеспечения безопасности. Критерии оценки безопасности информационных технологий. Часть 1 Введение и общая модель». Схожая терминология употребляется в **проекте Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам информатизации»**, который готовится сейчас параллельно с основным законопроектом «Об информатизации». В числе прочих вопросов, данный документ предусматривает «совершенствование института уголовной ответственности за преступления в сфере информационных технологий». В нем говорится, что анализ ситуации, связанной с вопросами противодействия правонарушителям и преступлениям в сфере информационной безопасности, а также противодействия распространению информации, противоречащей законодательству Республики Казахстан, свидетельствует о необходимости уточнения и дополнения уголовно-правовых норм, предусмотренных УК РК. В условиях расширения видов массовой коммуникации, в первую очередь, широкого использования сети Интернет, назрела необходимость концептуального пересмотра норм действующего уголовного законодательства. Существующие уголовно-правовые нормы в сфере киберпреступности разрознены и не связаны между собой единым смысловым значением как преступления в сфере информационных технологий, нарушения информационной безопасности, защиты охраняемой законом информации, а также защиты прав и свобод граждан в информационной сфере. В связи с этим разработчиком предлагается объединить все уголовно-правовые нормы, касающиеся киберпреступлений, в самостоятельной главе УК РК «Преступления в сфере информационных технологий»:

- выделить из статьи 227 УК РК самостоятельные составы преступлений с целью конкретизации видов уголовно-наказуемого деяния, разделения степени ответственности за ущерб, причиненный преступлением, усиления ответственности за определенные виды преступления в зависимости от характера причиненного ущерба;

- ввести уголовную ответственность за нарушение правил информатизации, создание, внедрение и эксплуатацию информационных систем, баз и банков данных, систем обработки и передачи информации, а также доступ в информационные системы без принятия установленных мер защиты, причинившее крупный ущерб либо значительный вред правам или охраняемым законом интересам граждан либо государственным или общественным интересам;

- ввести уголовную ответственность за создание компьютерных программ или внесение изменений в существующие программы с целью несанкционированного уничтожения, блокирования, модификации, копирования или перехвата информации, хранящейся или передаваемой в компьютерной системе, разработку специальных вирусных программ, их умышленное использование или распространение их, повлекшие использование информации или ее копирование, а также нарушение работы ЭВМ, системы ЭВМ или их сети.

Кроме того, разработчик считает необходимым конкретизировать ряд преступлений в части способа совершения преступления - с использованием информационных технологий, в частности, в отношении мошенничества (ст. 177 УК РК).

Также в проекте говорится о совершенствовании института административной ответственности за правонарушения в сфере информационных технологий.

Органом, ответственным за разработку новой редакции КоАП определено Министерство юстиции РК и пока дело с информацией по этому вопросу обстоит сложнее, чем с проектом УК. Пока на этот счет не публиковалось никаких предварительных документов. Лишь в **Плане мероприятий на 2012 год по реализации Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года**, утвержденном Постановлением Правительства Республики Казахстан от 2 марта 2012 года № 283, говорится о том, что в 2012 году Минюст должен проработать необходимость принятия Административно-процессуального кодекса Республики Казахстан и при этом четко определиться с предметом регулирования административно-процессуального законодательства. Также в Администрацию Президента Республики Казахстан должны быть представлены предложения по разграничению полномочий между судом и внесудебными инстанциями по рассмотрению дел об административных правонарушениях. Возможно это, вкуче с решением вопроса об уголовных проступках, и определит дальнейшее направление и сроки разработки КоАП.

В целом, оценивая имеющиеся на сегодняшний день законопроекты, затрагивающие вопросы уголовной и административной ответственности (концепция и сравнительная таблица по **новой редакции УК РК**, проекты законов по вопросам **персональных данных, информатизации, электронной торговли, противодействия терроризму**), хотелось бы видеть их большую согласованность по указанным вопросам - в части как концептуальных подходов, так и терминологии.

Думается, что во многом это обусловлено тем, что в РК до сих пор отсутствует базовый закон об информации, о доступе к ней и защите. Но, поскольку в **Концепции информационной безопасности Республики Казахстан до 2016 года**, утвержденной Указом Президента Республики Казахстан от 14 ноября 2011 года № 174, говорится о том, что «на повестке дня остро встает вопрос о необходимости формирования в Республике Казахстан отдельной отрасли законодательства - информационного права», то, очевидно, необходимо активизировать работы в этом направлении, что как раз и позволит определиться с единой терминологией и подходами.

Так, например, в проекте УК РК предлагается ввести ответственность за незаконное собирание сведений о частной жизни лица, составляющих его личную, семейную или **иную охраняемую законом тайну**. При этом, в качестве обоснования такого шага, указывается на то, что в законодательстве отсутствует определение частной жизни, что не позволяет установить исчерпывающий перечень сфер жизни человека, подлежащих защите.

В остальном следует отметить следующее.

В связи с проводимой реформой, следует, наконец, определиться со статусом средств массовой информации. В рассматриваемых правоотношениях речь практически одновременно ведется и об ответственности СМИ (должностных лиц и собственников средств массовой информации), и о деяниях, совершенных с использованием средств массовой информации.

В КоАП не дается специального определения тому, кто признается должностным лицом или собственником СМИ, в УК речь идет лишь об ответственности физических лиц. Идея с уголовной ответственностью юридических лиц на данном этапе вроде бы отклонена, но в последних вариантах сравнительной таблицы по проекту УК она присутствует. Так, например, предлагается ответственность юридических лиц за изготовление, хранение, ввоз, перевозку, распространение на территории Республики Казахстан продукции средств массовой информации, а равно иной продукции террористического и экстремистского характера вплоть до ликвидации с конфискацией имущества.

Между тем, в соответствии со статьей 5 **Закона Республики Казахстан от 23 июля 1999 года № 451-І «О средствах массовой информации»** (с изменениями и дополнениями по

состоянию на 10.07.2012 г.) средство массовой информации может быть создано как в форме юридического лица, так и в форме структурного подразделения юридического лица. При этом, в соседней статье 6 данного закона говорится, что собственником СМИ может быть не только юридическое лицо, но и физическое либо объединение физических и (или) юридических лиц. Вопрос, в какой форме при этом будет существовать СМИ, остается открытым. Закон говорит лишь, что ответственность за нарушение законодательства о средствах массовой информации несут виновные в этом должностные лица государственных органов и иных организаций, а также собственник, распространитель, главный редактор (редактор) средства массовой информации, авторы распространяемых сообщений и материалов. При этом распределения - кто именно, какую ответственность несет - в законе не содержится. Указывается лишь, что собственник, главный редактор (редактор) средства массовой информации несут установленную законодательными актами Республики Казахстан ответственность за распространение сообщений и материалов, содержащих пропаганду или агитацию насильственного изменения конституционного строя, нарушения целостности Республики Казахстан, подрыва безопасности государства, войны, социального, расового, национального, религиозного, сословного и родового превосходства, культа жестокости, насилия и порнографии, независимо от источника их получения.

Кроме того, следует учитывать масштабы изменений в информационных и коммуникационных технологиях, таких как электронные системы распространения информации на базе Интернета и мобильной связи, которые существенно изменили методы общения во всем мире. В связи с этим, следует, наконец, определиться со статусом такого субъекта ответственности, как собственник интернет-ресурса. По сложившейся практике суды признают им лицо, на которое зарегистрировано доменное имя сайта. Однако, как известно, доменное имя в собственность получить невозможно. Нерешенным остается и вопрос со статусом лиц, участвующих в создании информационных ресурсов сайтов. Следует ли, например, блогеров рассматривать как журналистов при применении статьи, устанавливающей ответственность за воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналиста?

Также для целей привлечения к ответственности собственников интернет-ресурсов надо, наконец, определиться, где проходит граница РК в Интернете.

Прежде, чем ставить вопрос об ответственности интернет-ресурсов за информацию, размещенную на них, очевидно, следует разработать определенный порядок самостоятельного удаления ими интернет-страниц, содержащих информацию, распространение которой в РК запрещено. И уже за нарушение такого порядка привлекать к определенной ответственности.

Неопределенность статуса интернет-СМИ, соответственно влечет, как видится, некоторую недооценку законодателем в настоящее время общественной опасности таких правонарушений, как, например, угроза или сводничество. Наверняка, в адрес любого казахстанского сайта, размещающего острые материалы по общественно-политическим и социально-экономическим вопросам, ежедневно поступают разного рода угрозы. Кто за ними стоит и стоит ли дожидаться того, чтобы эти угрозы были приведены в действие, чтобы оценить их опасность? Поэтому можно только приветствовать предложенную в проекте УК РК формулировку, предусматривающую ответственность за применение насилия или угрозы его применения в отношении журналиста или его близких либо с повреждением или уничтожением их имущества.

Также, следует приветствовать то, что в связи с введением в уголовное право новой категории «проступков», к которым предполагается отнести некоторую часть административных правонарушений, признано целесообразным осуществить перевод составов оскорбления и клеветы в разряд проступков, поскольку привлечение к уголовной ответственности за проступок не влечет судимости и ограничено годичным сроком давности.

В то же время обвиняемый при этом не должен будет доказывать свою невиновность, как в рамках гражданского процесса.

В тоже время включение такого квалифицирующего признака, как использование сетей телекоммуникаций, в случаях с клеветой и оскорблением, а также в ряде иных статей не вполне понятно. **Согласно статье 2 Закона Республики Казахстан от 5 июля 2004 года № 567-II «О связи»** (с изменениями и дополнениями по состоянию на 10.07.2012 г.) это понятие охватывает передачу знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков по проводной, радио, оптической и другим электромагнитным системам. Т.е. оно довольно широкое. Авторы законопроекта говорят, что практика показывает, что для распространения информации, в том числе деструктивного характера в последнее время широко применяются массовая рассылка материалов по электронной почте, с использованием Skype и иных компьютерных программ, посредством SMS и MMS сообщений по сетям сотовой связи, которые не могут быть отнесены к СМИ, однако позволяют обеспечить доведение информации до широких кругов населения. Однако в предложенных формулировках признак массовости отсутствует, поэтому под них могут подпадать, например, и телефонные разговоры между двумя людьми. Кроме того, в Казахстане в последнее время случаи массовой рассылки SMS и MMS сообщений по сетям сотовой связи без участия операторов связи не фиксировались, поэтому не следует объединять их с рассылками по электронной почте (так называемый «спам»).

Не вполне проработанным видится вопрос о введении ответственности за нарушение правил эксплуатации информационной системы, электронного информационного ресурса или информационно-коммуникационной сети лицом, имеющим к ним доступ по службе или работе, если это деяние повлекло по неосторожности уничтожение, блокирование, модификацию информации, изменение установленных владельцем или собственником ограничений на доступ к информации, либо нарушение работы информационной системы или информационно-коммуникационной сети. Здесь напрашивается дополнительный квалифицирующий признак, иначе по этой статье можно привлечь любого программиста или техника, любого работника, который по неосторожности, например, удалил нужный файл на рабочем компьютере. Думается, нужно вести речь только об умышленных действиях и если это повлекло существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства. Указанное относится и к статье «Компьютерный саботаж».

Неоправданно широкой видится формулировка, предусматривающая ответственность за умышленное несанкционированное копирование или иное неправомерное завладение информацией, хранящейся на машинном носителе, содержащейся в информационной системе или передаваемой по информационно-коммуникационной сети, если это повлекло существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства. Это применимо и к статье, говорящей о предоставлении услуг для размещения интернет-ресурсов в противоправных целях. Она фактически вводит ответственность хостинг-провайдеров за фильтрацию контента. Авторы законопроекта упирают на то, что эта статья с умышленной формой вины и что данная мера позволит привлекать к уголовной ответственности лиц, предоставляющих услуги сдачи в аренду дискового пространства сервера или самого сервера для размещения противоправного контента с обязательством о реагировании на жалобы со стороны пользователей. Однако, совершенно непонятно, как все это будет возможным зафиксировать? Получается реагирование на жалобы со стороны пользователей и будет мерилom ответственности, а это открывает почву для многих возможных злоупотреблений.

Также видится, что в законопроекте совершенно не учитывается важное положение, сформулированное в международном праве. Из последних документов оно четко сформулировано в **Замечании общего порядка № 34 «Статья 19: Свобода мнений и их выражения. Общие замечания»** (Комитет по правам человека ООН, Сто вторая сессия Женева, 11-29 июля 2011 года). В нем Комитет отмечает, что в Международном пакте о

гражданских и политических правах уделяется особое внимание праву на беспрепятственное выражение мнений при проведении дискуссий с участием политических и государственных деятелей. Таким образом, одного лишь факта, что формы выражения мнений оскорбляют какого-либо общественного деятеля, недостаточно для того, чтобы обосновать установление наказаний, хотя общественные деятели также могут в своих интересах использовать положения Пакта. Более того, все общественные деятели, в том числе представители высшей политической власти, такие как главы государств и правительств, могут на законных основаниях становиться объектом критики и нападок политической оппозиции. По этой причине Комитет выражает обеспокоенность в связи с законами о таких действиях, как оскорбление высшего государственного лица, неуважение к суду, неуважение к представителям власти, неуважение к флагу и символике, клевета на главу государства, защита чести государственных должностных лиц; он также заявляет, что законом не должны устанавливаться более жесткие меры наказания исключительно в связи с положением личности индивида, чья репутация была якобы подвергнута сомнению. Государствам-участникам не следует запрещать критику таких структур, как армия или административный аппарат.

По мнению Комитета, такие правонарушения как «поощрение терроризма» и «экстремистская деятельность», а также правонарушения «восхваления», «прославления» или «оправдания» терроризма должны иметь четкие определения для гарантии того, что их применение не ведет к неуместному или несоразмерному вмешательству в осуществление права на свободное выражение мнений. Кроме того, следует избегать чрезмерных ограничений на доступ к информации. СМИ играют ключевую роль при предоставлении населению информации о террористических действиях, поэтому нельзя допускать неправомерного ограничения их работы. В связи с этим журналисты не должны подвергаться наказаниям за то, что они законно выполняют свои функции. Думается, что предложенные в проекте УК РК формулировки не вполне отвечают данным критериям.

Сентябрь 2012 г.