

ГОЛОВКО Л. В.,
*профессор кафедры уголовного процесса,
правосудия и прокурорского надзора юридического факультета
МГУ им. М. В. Ломоносова, д.ю.н.*

Анализ Концепции проекта новой редакции Уголовного Кодекса Республики Казахстан¹

Разработка и принятие нового Уголовного кодекса всегда является сложной и амбициозной задачей, постановка и решение которой оправданы в двух случаях: а) в ситуации, когда репрессивные нормы, содержащие разного рода уголовно-правовые запреты, оказываются хаотично разбросаны в многочисленных нормативно-правовых актах, создавая абсолютно недопустимую для уголовного права обстановку правовой неопределенности; б) в случаях радикального изменения политического курса, что часто приводит к необходимости столь же радикального изменения уголовной политики и соответственно принятия нового УК. В то же время перманентное совершенствование уголовного права, которое является рутинной для любого современного государства, не требует проведения очередной кодификации уголовно-правовых норм, принятия нового УК и т. п. В этом смысле ссылки составителей Концепции проекта нового УК Казахстана на то, что данный кодекс при всех своих достоинствах успел подвергнуться многочисленным изменениям и дополнениям и т. д., понятны. Но само по себе это не является основанием для проведения новой кодификации, поскольку было бы в высшей степени наивно полагать, что новый кодекс останется более или менее стабильным на протяжении хотя бы 10 или 15 лет. Судя по опыту западных и постсоветских государств, феномен так называемой «инфляции уголовно-правовых норм» сегодня является не только универсальным, но и естественным.² Если исходить из поиска желанной «уголовно-правовой стабильности», то новые УК придется принимать каждые два или три года, что приведет уже не к «инфляции» уголовно-правовых законов о «внесении изменений и дополнений», а к «инфляции уголовных кодексов», которая многократно опаснее.

Если вернуться от мнимых к теоретически обоснованным причинам проведения новой уголовно-правовой кодификации, то ясно, что вторая из названных выше причин привела в

¹ Настоящий анализ подготовлен Центром исследования правовой политики при поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в анализе, не обязательно отражают точку зрения Центра ОБСЕ в Астане. Анализ сделан на основании документа, полное название которого звучит так – проект Концепции проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан (новая редакция).

² В качестве одной из причин данного процесса достаточно назвать бурное и ускоряющееся развитие информационных технологий, приводящее к стремительному изменению форм преступного поведения, на которое любая уголовно-правовая система должна адекватно и столь же стремительно реагировать. О какой «стабильности» УК может в такой ситуации идти речь? Можно назвать и другие причины – например, регулярное появление новых международных рекомендаций в сфере уголовного права, которые национальный законодатель должен имплементировать в свое законодательство, внося соответственно очередные изменения и дополнения в УК. У нас нет ни малейшей уверенности, что с принятием нового УК Казахстана количество и темпы принятия такого рода рекомендаций сократятся, позволяя добиться долгожданной «стабильности» казахстанского уголовного законодательства.

свое время к принятию действующего УК Казахстана, который, как справедливо отмечают составители Концепции проекта УК РК, обозначил переход от советской к постсоветской уголовной политике, что в свою очередь было связано с появлением независимого Казахстана, отказом от советской идеологии, советской экономической модели и т. д. Но в настоящее время данная задача решена, в силу чего никаких политических оснований для разработки и принятия нового УК Казахстана, по нашим сведениям, не имеется. По крайней мере, в Концепции проекта УК РК о них ничего не сказано.

В такой ситуации, судя опять-таки по Концепции проекта УК РК, на первый план выходят сугубо технические причины работ по созданию нового УК Казахстана, то есть наличие не столько необходимости в новом УК как таковом, сколько острой потребности в рекодификации уголовно-правовых норм в связи с утратой действующим УК концептуальной стройности, фактической декодификацией уголовного права, разбросанностью уголовно-правовых норм по разным законам, изменением самого понимания преступного поведения в целом и понятия преступления в частности. Данные задачи, действительно, невозможно решать на базе оптимизации действующего кодекса, поскольку они предполагают изменение самой структуры уголовного закона, а также пересмотр на системном уровне соотношения УК с другими законами, в частности Кодексом об административных правонарушениях. Учитывая, что этот аспект реформы является *системообразующим* с точки зрения самой идеи подготовки новой кодификации, мы сосредоточим свое внимание здесь, прежде всего на нем. Кроме того, именно сугубо «кодификационная составляющая» должна, по нашему мнению, лежать в основе концептуальных решений, связанных с реализацией уголовной ответственности юридических лиц, что позволяет найти более внятное объяснение данному уголовно-правовому нововведению, нежели следование техническим рекомендациям международных организаций, далеких, от специфики казахстанской правовой системы.³

Но, разумеется, при подготовке новой кодификации попутно требуется решать и другие вопросы, которые сами по себе не требуют принятия нового кодекса (для их реализации достаточно внесения изменений в действующий УК), однако являются важным шагом на пути оптимизации казахстанской уголовной политики. Речь идет и о совершенствовании системы уголовных наказаний, и о реализации так называемой «двухвекторной уголовной политики» (гуманизация vs ужесточение в некоторых случаях уголовной репрессии), и о поиске оптимального баланса при реагировании на общественно опасное поведение в экономической сфере. Все эти проблемы мы также специально рассмотрим в данном анализе.

Кроме того, необходимо сделать еще два методологических замечания. *Во-первых*, мы остановимся здесь только на самых теоретически проблемных, с нашей точки зрения, вопросах, которые необходимо обсуждать при подготовке нового УК Казахстана. Это не значит, что остальные вопросы не требуют такого обсуждения. Дело в другом – они показались нам менее фундаментальными и менее сложными в постсоветском контексте, не говоря уже о том, что соответствующие положения Концепции проекта УК РК не вызвали у нас применительно к ним сколько-нибудь серьезных вопросов и пожеланий. *Во-вторых*, сам набор поднятых в Концепции проекта УК РК проблем показался нам весьма удачным и теоретически обоснованным, показав, что составители данного документа вполне отдают себе отчет в «болевых точках» постсоветского уголовно-правового развития. Адекватная

³ Здесь следует учитывать, что уголовная ответственность юридических лиц не является фундаментальной правовой ценностью, связанной, допустим, с идеями демократии или прав человека. Это сугубо техническое положение, что вынуждает задумываться при его реализации о столь же технических и отнюдь не ценностных аспектах извлечения из него пользы для национальной правовой системы. Иначе говоря, любое техническое юридическое положение, сколь бы «универсальным» оно не казалось, требует не столько аксиологического, сколько прагматического к себе отношения.

постановка проблем, являющаяся несомненным достоинством Концепции проекта УК РК, позволяет надеяться на их столь же адекватное решение при разработке нового кодекса.

I. Понятие и классификация преступлений; их соотношение с административными правонарушениями

Предлагаемые Концепцией проекта УК РК изменения подходов к понятию и классификации преступных деяний и их соотношению с так называемыми «административными правонарушениями» достаточно революционны. Их можно резюмировать в виде нескольких фундаментальных положений, которые прямо или косвенно вытекают из текста Концепции.

Во-первых, составители документа исходят из «необходимости пересмотра устоявшихся подходов к определению общественной опасности деяний и их делению на административные правонарушения и преступления». В то же время возникает впечатление, что, осознавая на принципиальном уровне острую потребность в решении данной задачи, они не слишком хорошо себе представляют конкретные средства ее решения на техническом уровне, ссылаясь, в частности, на «нерешенность вопроса о четких критериях при отнесении деяний к категории правонарушения или преступления», «отсутствие полностью объективных методик определения общественной опасности правонарушения и преступления» и т. д. В целом, ясно, что, с одной стороны, проект Концепции УК РК сохраняет традиционную советско-постсоветскую конструкцию «административных правонарушений» и связанный с ней дуализм уголовных преступлений и административных правонарушений, но, с другой стороны, предлагает заняться поиском нового теоретического баланса между уголовно-правовой и административно-деликтной сферами.

Во-вторых, составители Концепции проекта нового УК РК считают необходимым ввести новую категорию запрещенных уголовным законом деяний – так называемые «уголовные проступки», которые следует отличать как от преступлений в тесном смысле слова, так и от административных правонарушений. В то же время, поскольку «по своей природе» уголовные проступки «должны быть ближе к уголовным преступлениям, нежели к административным правонарушениям», то положения о них подлежат закреплению в новом УК РК, а не в автономном законе или в КоАП РК. Критерием разграничения уголовных преступлений и уголовных проступков «могли бы являться их общественная опасность, а также виды наказаний». В более конкретной плоскости в новую категорию «уголовных проступков» следует, по мнению составителей Концепции проекта УК РК, перевести часть административных правонарушений, сегодня рассматриваемых в судебном порядке, а также часть нынешних преступлений небольшой тяжести, которые либо вовсе не предусматривают наказания в виде лишения свободы, либо предусматривают лишение свободы на срок не свыше одного года. Наконец, учитывая предстоящее разделение между уголовными преступлениями и уголовными проступками, которое «разорвет» традиционно единое понятие преступления, необходим терминологический неологизм, позволяющий на концептуальном уровне соединить преступления и проступки. Таковым, по замыслу составителей Концепции, могло бы стать новое понятие «уголовное правонарушение», включающее как преступления, так и проступки. В результате, возникнет глобальное противопоставление административных и уголовных правонарушений, а преступление станет наряду с проступком одним из двух видов уголовных правонарушений.

Как оценить схематично изложенные нами положения, содержащиеся в Концепции проекта нового УК РК? В целом, представляется, что составители данного документа движутся в правильном направлении, особенно когда в полном соответствии с положениями Концепции правовой политики РК на 2010 – 2020 гг., утвержденной Указом Президента РК от 24 августа 2009 г., настаивают на необходимости пересмотра «привычного деления противоправных деяний на административные правонарушения и преступления». Заслуживают всесторонней поддержки и многие более конкретные предложения, содержащиеся в документе, например,

абсолютно справедливая мысль о настоятельной потребности преобразовать нынешний административный арест в новое уголовное наказание в виде краткосрочного ареста за совершение уголовного проступка или идея об адаптации пугающего граждан понятия «судимость» к уголовным проступкам.⁴ Не меньшее одобрение вызывает идея о необходимости предусмотреть в уголовно-процессуальном законе особый порядок производства по делам об уголовных проступках, который должен существенно отличаться от традиционного порядка производства по делам о преступлениях в сторону упрощения уголовного процесса. Строго говоря, процессуальная составляющая в теоретическом плане является не побочным последствием, а скорее первостепенной причиной дифференциации преступлений и проступков. С материально-правовой точки зрения, не всегда понятно, зачем вообще нужно понятие «уголовного проступка» и почему оно не может охватываться, например, категорией «преступления небольшой тяжести» или чем-то подобным? Иначе говоря, чем западное понятие «уголовный проступок» лучше постсоветского понятия «преступление небольшой тяжести»? Ответ лежит в процессуальной плоскости – появление понятия «уголовный проступок» вынуждает законодателя создать особый «облегченный» процессуальный режим их расследования и рассмотрения, значительно отличающийся от более громоздкого производства по делам о преступлениях. Более того, в дальнейшем любая процессуальная реформа заставляет держать в поле зрения разницу между преступлениями и проступками и решать для каких категорий преступных деяний реформа проводится, что не приводит к чрезмерному сокращению процессуальных гарантий по делам о серьезных нарушениях уголовного закона или, напротив, к чрезмерному усложнению дел о разного рода «мелочи». Такого рода процессуальный дисбаланс почти неизбежен при унифицированным понятии преступления и унифицированном процессе по «делам о преступлениях», поскольку такого рода концептуальная унификация не позволяет *a priori* видеть разницу между процессом по делу о деянии, наказуемом пожизненным лишением свободы, и процессом по делу о деянии, наказуемом штрафом, что чревато разного рода законодательными уголовно-процессуальными ошибками. В этом смысле при изначальном формальном разграничении преступлений и проступков таких ошибок часто удается избежать.

В целом, подчеркнем – стремление составителей Концепции проекта нового УК РК пересмотреть понятие преступления, классификацию преступных деяний, а вместе с ними и сами пределы уголовного права, соотношение последнего с административно-деликтным правом и т. д. оправданно и своевременно. Более того, это единственная реальная, а не мнимая причина для проведения рекодификации уголовного права, особенно если речь будет идти о системной работе не только над его материально-правовой, но и процессуальной составляющей. Границы нынешнего уголовного права, сконцентрированного вокруг идеи преступления, сформировались достаточно давно – в советский период, оставляя сегодня за своими пределами многие нормы и институты, которые не считаются формально «уголовно-правовыми», но, по сути, представляют собой типичные формы уголовной репрессии. В качестве примера назовем тот же

⁴ Справедливости ради, заметим, что техническая реализация данного предложения вызывает сомнения. Составители документа считают, что привлечение к уголовной ответственности за совершение уголовного проступка не должно влечь за собой судимости, если лицо в течение года не совершит нового преступления или нового проступка. Это не совсем понятно. Здесь возникает, по меньшей мере, два вопроса. *Во-первых*, каков будет статус лица до истечения годового срока? Иначе как «судимостью» его назвать нельзя. В чем тогда сущностная разница между нынешними минимальными сроками погашения судимости за совершение, допустим, преступлений небольшой тяжести и предложениями Концепции? *Во-вторых*, что будет происходить с судимостью при совершении, скажем, в течение года нового уголовного проступка? На этот вопрос в Концепции проекта УК РК также нет ответа. Но если попытаться юридически «расшифровать» данное предложение с сущностной точки зрения, то получается, что при совершении уголовного проступка срок судимости составляет один год, но при совершении нового преступления или проступка автоматически пролонгируется на пока еще не определенный срок. Представляется, что это далеко не идеальный подход, который имеет мало общего с провозглашенным в Концепции проекта «отказом от судимости» за уголовные проступки.

административный арест. В результате произошли фактическая декодификация уголовного права, расщепление его источников и т. п., что требует новой кодификации, построенной на новом понимании предмета уголовного права и его границ. Это общая постсоветская проблема, и отрадно, что в Казахстане осознали необходимость ее решения.

Однако шанс найти новые основания уголовного права и, следовательно, новые основания его кодификации может быть упущен, а новая казахстанская кодификация рискует превратиться в «новую редакцию» старого УК, пусть даже локально улучшенную редакцию. Такой вариант вряд ли входит в планы составителей Концепции проекта УК РК, не говоря уже о том, что, как мы уже отмечали, частная оптимизация отдельных институтов не в состоянии служить надлежащим обоснованием для начала работ по проведению новой уголовно-правовой кодификации.

В этом плане серьезность замысла казахстанского законодателя требует не менее серьезного теоретического фундамента, выходящего за пределы традиционного советско-постсоветского набора уголовно-правовых догм. В противном случае, ни о каком достижении поставленных в Концепции проекта УК РК задач не может идти даже речи. Однако, судя по некоторой неуверенности составителей документа, сетующих на отсутствие «объективных методик» и «четких критериев» разграничения, допустим, уголовных преступлений и административных правонарушений, мы отнюдь не убеждены, что Концепция проекта УК РК в должной мере опирается на такой фундамент, поскольку при его наличии вопрос о «методиках» и «критериях» вряд ли бы возник, по крайней мере, на концептуальном уровне. Именно по этой причине мы считаем необходимым напомнить несколько теоретических и сравнительно-правовых аксиом, без понимания которых новая казахстанская уголовно-правовая кодификация имеет мало шансов стать решающим шагом для преодоления постсоветских деформаций.

Классический для Европы французский УК 1810 г., роль которого в становлении современного уголовного права трудно переоценить, содержал трехчленную классификацию преступных деяний (нарушений уголовного закона), выделяя наряду с собственно преступлениями (*crimes*) также «уголовные проступки» (*délits*) и «уголовные правонарушения» (*contraventions*). Критерием их разграничения для законодателя служила наказуемость деяния, зависящая, разумеется, от общественной опасности последнего (критерий пенализации и криминализации), но для правоприменителя – только природа и вид наказания, которое он мог применять в конкретном случае (материально-правовой аспект), и звено судебной системы, компетентное рассматривать соответствующие дела (процессуальный аспект). В такой ситуации *уголовными правонарушениями* являлись мелкие нарушения уголовного закона, наказуемые исключительно «полицейскими наказаниями», прежде всего, штрафом, дела о которых рассматривали так называемые «полицейские суды»⁵, *уголовными проступками* – более серьезные нарушения уголовного закона, наказуемые так называемыми «исправительными наказаниями», включавшими уже более строгие санкции вплоть до лишения свободы на несколько лет, дела о которых рассматривали так называемые «исправительные суды», состоявшие из нескольких профессиональных судей, а *уголовными преступлениями* – самые опасные нарушения уголовного закона, наказуемые так называемыми «уголовными наказаниями» (смертная казнь, каторга, длительное лишение свободы), дела о которых рассматривали суды присяжных. При этом заложенная во французском УК концепция исходила из того, что *любое* нарушение закона, наказуемое государством, входит в состав уголовного права независимо от строгости наказания (от штрафа до смертной казни). Их разграничение представляло собой уже внутриотраслевую уголовно-правовую проблему, а само уголовное право являлось не только и не столько правом о преступлениях, сколько правом о наказаниях (публично-правовых санкциях, налагаемых на индивида), что нашло отражение в большинстве языков (фр. *droit pénal*; итал. *diritto penale*; нем. *Strafrecht*; серб. или болг.

⁵ Речь шла о полноценных судебных органах, но в их процессуальном наименовании (полицейские суды) находила отражение идея, что они рассматривают дела о нарушении общественного порядка.

наказательно право). Французская концепция очень быстро стала господствующей в Европе. Не обошла она стороной и Российскую Империю, где наряду с Уложением о наказаниях уголовных и исправительных⁶ 1845 г. действовал также Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями 1864 г., считавшийся полноправным источником уголовного права, заключавшем «в себе постановления о сравнительно менее важных преступных деяниях, подлежащих юрисдикции единоличных судей»⁷.

В XX столетии классическое уголовное право столкнулось с новыми вызовами – колоссальной технологизацией общественной жизни (дорожное движение, транспорт, промышленность, строительство и т. д.), в результате которой количество наказуемых штрафом мелких «уголовных правонарушений» (превышение скорости, неправильная парковка автотранспорта и т. д., и т. п.) стало расти как «снежный ком». Классическая уголовная юстиция, построенная на традиционных судебных процедурах, справиться с ними уже не могла.

Со сравнительно-правовой точки зрения, обнаружили два варианта решения проблемы резкого роста числа мелких уголовных запретов, наказуемых штрафом:

1) Некоторые страны (Франция, Бельгия и др.) сохранили трехчленную классификацию преступных деяний, оставив «уголовные правонарушения» в формальных границах своих УК. Но в качестве противовеса они максимально упростили производство по ряду «уголовных правонарушений», переведя их из судебной компетенции в компетенцию административных органов (прежде всего полиции). Именно так, например, выглядит современная французская процедура *amende forfaitaire*, когда полицейский предлагает нарушителю правил дорожного движения уплатить фиксированный размер штрафа. Другой вопрос, что в случае отказа (в нем, надо признаться, мало смысла в практической плоскости, тем более что он часто сопряжен с дополнительными расходами, например, на адвоката) дело будет слушаться судом по вполне традиционным правилам со всеми процессуальными гарантиями. Но, как бы то ни было, предлагая уплатить штраф, полицейский действует на основании УПК (нормы об упрощенных процедурах), так как никакого КоАП во Франции нет. В такой ситуации речь идет не о материально-правовой, но о сугубо процессуальной технике преодоления проблемы роста числа уголовных правонарушений и перегруженности судов.

2) Другие страны (Германия, Италия и т. д.) поступили иначе. Они вывели мелкие «уголовные правонарушения» из своих УК, сохранив не трехчленную, но двухчленную классификацию преступных деяний (преступление и уголовный проступок). При этом бывшие «уголовные правонарушения» превратились просто в «мелкие правонарушения», которые иногда начали обозначать в качестве «административных» в той мере, в какой санкции за их совершение стали возлагать не суды, а сугубо административные органы. Так, в Германии идея автономного «уголовно-административного законодательства» обсуждалась еще в ходе подготовки проекта УК 1911 г., который так и не был введен в действие. Позднее она все-таки нашла отражение в Законах 1952, 1962, 1968 гг., чтобы получить окончательное закрепление в знаменитом Законе от 2 января 1975 г., создавшем отдельный от формального уголовного права институт мелких правонарушений – *ordnungswidrigkeiten* (OWI). В Италии все уголовные правонарушения, наказуемые исключительно штрафом также постепенно были выведены за пределы УК на основании, в частности, Законов от 3 мая 1967 г., от 24 декабря 1975 г., от 25 июня 1999 г.⁸ Таким образом, в этих странах уголовное право разделилось на две подсистемы: а) классическое

⁶ Обратим внимание на наименование этого законодательного акта, в котором нашла отражение французская идея разграничения «уголовных» (за преступления) и «исправительных» (за проступки) наказаний.

⁷ Познышев С. В. Основные начала науки уголовного права. Изд. 2-е. Москва. 1912. С. 86.

⁸ О германском и итальянском развитии соответствующих правовых институтов см. подробнее в европейской литературе: Pradel J. Droit pénal comparé, 2 éd. Paris. Dalloz. 2002. P. 181 – 184.

уголовное право; б) уголовно-административное право или «право мелких санкций», когда наказание в виде штрафа за определенные неопасные правонарушения стали возлагать не судебные, но административные органы (при сохранении гарантии последующей судебной защиты).

Здесь возникла другая опасность: полное забвение уголовно-правовой природы так называемых «мелких» или «административных» правонарушений, что было чревато, с одной стороны, риском утраты фундаментальных гарантий прав личности, а с другой стороны – непомерным разрастанием «административно-уголовного права» и полным размыванием его границ (именно так, к слову, и случилось в СССР и многих постсоветских странах). Но на Западе этого не произошло во многом благодаря деятельности Европейского суда по правам человека в Страсбурге, который в ряде важнейших решений (например, дело Оцтюрка против Германии - решение ЕСПЧ от 21 февраля 1984 г.) напомнил, что любые «административные правонарушения» остаются частью уголовного права в широком смысле (*criminal matter* или *matière pénale*). Иными словами, государство вправе декриминализировать и вывести за границы формального уголовного права определенные деяния, терминологически обозначив их, как ему угодно, но при этом оно обязано сохранить при производстве по ним всю полноту гарантий, предусмотренных для «уголовных дел» (презумпция невиновности, право на защиту, право на обжалование и др.).

В научном плане проблема разграничения собственно уголовного права и административно-уголовного права активно обсуждалась на Западе в 1980-е годы. Своего рода апофеозом обсуждения стал 14-й Конгресс авторитетнейшей Международной ассоциации уголовного права (Вена, 2 – 7 октября 1989 г.), специально посвященный данной проблеме. Итогом Конгресса стали Рекомендации о критериях разграничения уголовного права (*criminal law*) и административно-уголовного права (*administrative penal law*), которых ныне в той или иной степени придерживаются фактически все развитые правовые порядки.⁹

Таким образом, даже в тех странах, которые автономизировали административно-уголовное законодательство или «право мелких санкций», выведя его за пределы уголовного права в собственном смысле слова, данная автономизация не могла пойти слишком далеко. Некогда единое уголовное право (1-й этап) сначала разделилось здесь на две части с выделением в отдельное целое мелких правонарушений (2-й этап), чтобы затем вновь воссоединиться с уголовно-правовой материей на уровне некоего «уголовного права в широком смысле» (3-й этап). Ясно также, что в такой ситуации ответственность индивида за совершение мелкого правонарушения, с одной стороны, может считаться «административной» в том смысле, что нестрогую санкцию иногда могут на него возложить административные органы, но с другой стороны – она остается ответственностью, прежде всего, «уголовной» с точки зрения необходимости соблюдения государством всей полноты фундаментальных процессуальных гарантий.

Обратим также внимание, что советско-постсоветское право также вместе с правом германским или итальянским выделило из сферы уголовного права так называемые «административные правонарушения», начав развивать их в качестве автономной и не уголовной правовой категории. Однако, советско-постсоветская правовая доктрина пока еще так и не вышла на 3-й этап развития и не соединила на концептуальном уровне принципы административно-деликтного права и процесса с принципами классического уголовного права и процесса, чего от нее, откровенно говоря, требуют современные международно-правовые стандарты.¹⁰ Кроме того, не совсем точное понимание природы «административной ответственности», которая в развитых правовых порядках представляет

⁹ См.: Resolutions of the Congresses of the International Association of Penal Law (1926 – 2004) // Nouvelles études pénales. 2009. № 21. Toulouse. 2009.

¹⁰ Соединение этих принципов на концептуальном уровне вовсе не требует формального возврата административных правонарушений в Уголовные кодексы на уровне источников права, к чему мы еще дальше вернемся.

собой не ответственность индивида перед государством, напротив - ответственность государства перед индивидом (концепция «административной юстиции»), не позволяет постсоветской политико-юридической элите увидеть в ответственности за административные правонарушения отнюдь не административную, но «административно-уголовную» (с ударением на втором слове) ответственность.

Теперь вернемся к Концепции проекта нового УК РК. Возникает впечатление, что единая *уголовно-правовая природа* уголовных и административных правонарушений пока еще так и не понята составителями этого документа. Иначе как понять мысль о необходимости «исключить случаи установления норм уголовно-правового характера в иных законодательных актах» при одновременном желании сохранить КоАП как источник права? Ведь ясно, что КоАП содержит в сущностном смысле именно нормы уголовного права, являясь современной разновидностью специального закона, регулирующего аналоги французских «уголовных правонарушений». В XIX веке точно таким специальным законом был в России Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями 1864 г., который никому не приходило в голову считать «неуголовным законом» - напротив, все специалисты говорили о дуализме источников уголовного права: 1) Уложении о наказаниях уголовных и исправительных; 2) Уставе о наказаниях, налагаемых мировыми судьями. Понятно, что в приведенной выше фразе Концепции проекта УК РК допущена серьезная концептуальная ошибка. Точно такая же ошибка допущена в другом положении Концепции проекта УК РК, где речь идет о «декриминализации преступлений и переводе их в разряд административных правонарушений». Если исходить из сущностного современного понимания уголовного права во всей его полноте, то никакой «декриминализации» здесь не происходит – изменяется лишь категория запрещенного законом под страхом наказания поведения: то, что ранее считалось преступлением (или, допустим, проступком) и наказывалось соответствующими наказаниями, теперь считается правонарушением, наказуемым менее строго, но при этом не утрачивает характер наказуемого (пенализируемого) поведения, остающегося под уголовным (точнее административно-уголовным) запретом. Если исходить из узкого понимания «криминализации», когда под ней понимается отнесение запрета исключительно к категории преступлений в тесном смысле (*crimes*), то тогда «декриминализацией» следует считать не только перевод деяний из преступлений в административные правонарушения, но и их перевод из преступлений в уголовные проступки.

Представляется, что реформа казахстанского уголовного права, оформленная новой кодификацией, будет иметь смысл и являться существенным шагом вперед на пути вхождения в круг развитых правовых порядков, только в том случае, если будет опираться на несколько важнейших теоретических постулатов:

1) Законодатель восстанавливает трехчленную классификацию уголовно-наказуемых деяний, включающую преступления, проступки и правонарушения¹¹.

2) Законодатель отказывается от устаревшей советской концепции о том, что уголовное право содержится только в Уголовном кодексе – данная концепция реальности не соответствует. Отныне казахстанская правовая система исходит из дуализма¹² источников

¹¹ Используемое здесь понятие «правонарушение» условно, поскольку вопрос о терминологическом обозначении нынешних «административных правонарушений» мы оставляем открытым. Но в любом случае прилагательное «административный», на наш взгляд, является неудачным, поскольку мешает адекватному развитию административного права, не имеющего ничего общего с наказаниями за мелкие правонарушения. При этом, если с сущностной точки зрения принадлежность «правонарушений» к уголовному праву сомнений не вызывает, мы не считаем необходимым присоединение к ним прилагательного «уголовный», способного вызвать у населения ложное впечатление об усилении уголовной репрессии.

¹² Дуализм будет иметь место в случае реализации принципа полноты кодификации при подготовке Кодекса, который объединит мелкие правонарушения. В противном случае Казахстан столкнется с множественностью источников уголовного права и необходимостью теоретического отделения друг от

уголовного права: а) Уголовного кодекса, кодифицирующего на основе принципа «полноты кодификации» нормы о преступлениях и проступках; б) Кодекса мелких правонарушений¹³, кодифицирующего нормы о правонарушениях при параллельном обсуждении вопроса, в какой мере реалистично также выстроить данный кодекс на основе принципа полноты кодификации¹⁴.

3) Необходимо выработать единое доктринальное понятие, которое охватило бы все три категории уголовно-наказуемых деяний (преступления, проступки и правонарушения)¹⁵, содержащиеся в двух кодексах, являющихся источниками уголовного права в широком смысле слова. Данное понятие не требуется непременно формализовывать на уровне закона – гораздо важнее закрепить его на уровне правового менталитета, для чего оно должно попасть в учебники, курсы лекций, комментарии, не говоря уже о профессиональном языке юристов-практиков и юристов-теоретиков, а также судебных решениях, прежде всего высших инстанций.

4) Единственным критерием разграничения запрещенных уголовным законом деяний на преступления, проступки и правонарушения должно служить *наказание* (его вид и размер), которого заслуживает то или иное поведение. Только такой подход, когда при любом варианте криминализации в широком смысле законодатель ставит себе вопрос об адекватном и справедливом наказании за соответствующее поведение, позволит выстроить стройную трехчленную классификацию преступных деяний и распределить их между двумя кодексами. Ответ на вопрос о виде и размере наказания должен приводить к *автоматическому* попаданию запрещенного деяния в ту или иную категорию. При этом критерием является не вся совокупность наказаний, которые могут возлагаться за совершение преступного деяния, а только *максимально строгое* наказание.

5) К числу *правонарушений* должны быть отнесены все деяния, наказание за совершение которых не может превышать определенного (не чрезмерно высокого) размера штрафа¹⁶, а также, быть может, включает лишение определенных прав и разрешений (водительского удостоверения, разрешения на охоту и т. д.) на строго ограниченный максимальный срок (исчисляемый, как правило, несколькими месяцами) и вне связи с профессиональной деятельностью¹⁷, хотя в последнем случае, речь может идти лишь о судебной процедуре

друга общего и специального уголовного права. Впрочем, это достаточно типичная ситуация для большинства континентальных западных правовых систем.

¹³ Вопрос о наименовании данного кодекса мы также оставляем открытым – ответ на него зависит от решения проблемы наименования нынешних «административных правонарушений».

¹⁴ Если исходить здесь из гипотетически идеального принципа полноты кодификации, то тогда потребуется отказаться от любых специальных законов, содержащих нормы о каких-либо штрафах и иных публичных санкциях – все они должны быть кодифицированы, то есть, по сути, речь здесь пойдет не о рекодификации, а о *подлинной первоначальной* кодификации.

¹⁵ Содержащаяся ныне в Концепции проекта УК РК идея выработки понятия «уголовное правонарушение», которое будет охватывать преступления и проступки является шагом в правильном направлении, но шагом недостаточным, поскольку не позволяет охватить нынешние «административные правонарушения». Именно поэтому здесь следует искать другую терминологию.

¹⁶ Такой подход, помимо прочего, приведет к расширению применения штрафа как одного из эффективных видов наказания, на чем настаивает Концепция правовой политики РК на 2010 – 2020 гг., утвержденная Указом Президента РК от 24 августа 2009 г. Обратим также внимание, что в данном документе, являющемся определяющим для развития казахстанской правовой системы, уголовно-правовая природа штрафа в качестве одного из ключевых видов уголовных наказаний даже не ставится под сомнение. Это ли не лишнее доказательство того, что любые наказуемые штрафом правонарушения должны входить в систему уголовного права в широком смысле? В противном случае правовой системе Казахстана не удастся достичь концептуальной стройности, особенно если исходить из приведенного выше требования Концепции правовой политики о расширении применения штрафов в качестве уголовных наказаний.

¹⁷ Иначе говоря, здесь надо различать лишение, допустим, водительского удостоверения на несколько месяцев автолюбителя, для которого это не более чем мелкая неприятность и утрата комфорта, и лишение водительского удостоверения профессионального шофера, для которого

рассмотрения дела о соответствующем правонарушении. К числу *проступков* должны быть отнесены все деяния, максимальное наказание за которые превышает установленную выше границу наказаний за правонарушения, но не может быть выше, нежели несколько лет лишения свободы.¹⁸ В такой ситуации в число проступков автоматически попадают и нынешние административные правонарушения, наказуемые арестом, слишком высоким штрафом или, допустим, лишением профессиональных разрешений (лицензий), а также нынешние преступления, максимально наказуемые до нескольких лет лишения свободы. Все деяния, наказуемые более строго, чем максимальная граница наказаний за проступки, автоматически становятся *преступлениями*.

Естественно, что при проведении кодификации требуется также сбалансировано решить вопрос о судимости, сроках давности и т. д. применительно к каждой категории запрещенных уголовным законом деяний. Впрочем, здесь мы не претендуем на полноту анализа, ограничившись лишь наиболее концептуальными проблемами, связанными с понятием и классификацией наказуемых деяний¹⁹, новыми пределами уголовного права и др.

II. Уголовная ответственность юридических лиц

Если исходить из содержащейся в Концепции проекта УК РК мысли о том, что дискуссия возможна лишь в аспекте реализации уголовной ответственности юридических лиц, но не в аспекте необходимости ее закрепления в праве Казахстана, поскольку такая необходимость вытекает из международных обязательств РК, а также, конечно, Концепции правовой политики РК на 2010 – 2020 гг., то данная мысль при всей своей, казалось бы, формальной бесспорности требует уточнения. Прежде чем говорить об уголовной ответственности юридических лиц, необходимо выяснить сами понятия «уголовной ответственности», «уголовного права», «наказания» и т. д. В этом смысле отсутствие упоминания о юридических лицах в УК соответствующей страны вовсе не означает отсутствие в данной стране уголовной ответственности юридических лиц, которая может быть предусмотрена иными источниками права, специальными законами и др. Выше мы уже выяснили, что существующее на постсоветском пространстве понимание уголовного права и его пределов не соответствует современным теоретическим стандартам. Более мы к этому возвращаться не будем.

Важно другое. Как только мы изменим представления об уголовном праве и его соотношении с административно-деликтным правом, выработаем трехчленную классификацию уголовно наказуемых деяний, начнем отталкиваться от дуализма источников уголовного права и т. д., то мы сразу столкнемся с тем, что сама постановка вопроса о возможном введении в Казахстане уголовной ответственности юридических лиц является *принципиально неверной*, поскольку уголовная ответственность юридических лиц в Казахстане давно уже существует.

Постановка вопроса о *введении* уголовной ответственности юридических лиц имела смысл и вызывала жаркие дискуссии на Западе тогда, когда юридическое лицо, будучи порождением гражданского права, подпадало под действие исключительно норм о гражданско-правовой ответственности. Речь идет, прежде всего, о XIX столетии с его бурным ростом экономики,

данное наказание превращается в утрату работы, заработка и т. д. В последнем случае наказание становится много более строгим и вряд ли может относиться к категории «наказаний за правонарушения».

¹⁸ В Концепции проекта УК РК говорится об одном годе, хотя, на наш взгляд, максимальный срок здесь может быть и выше, доходя, допустим, до двух или трех лет лишения свободы.

¹⁹ К слову, словосочетание **наказуемое деяние** вполне могло бы стать тем родовым понятием, которое на доктринальном уровне объединило бы преступления, проступки и мелкие правонарушения, рассредоточенные по двум кодексам.

возникновением разнообразных экономических конструкций типа «акционерного общества», цивилистической юридизацией данных конструкций, закреплением их в Гражданских и Торговых кодексах и т. д. Здесь-то и возникла дилемма: если юридическое лицо нарушает не гражданско-правовое обязательство, а установленные под страхом государственной репрессии (например, в виде штрафа) публично-правовые правила поведения, допустим, в сфере регулирования финансового рынка, то может ли быть подвергнуто государственной репрессии (тому же штрафу) само юридическое лицо или ей могут быть подвергнуты только стоящие за юридическим лицом физические лица (руководитель и т. д.)? Технологизация экономической жизни привела уже в первой половине XX столетия к бурному росту публично-правовых запретов в сфере экономики, к необходимости введения разнообразных санкций за нарушение, например, правил технологической безопасности при возведении многоэтажных зданий, строительстве мостов или организации воздушных перевозок. В такой ситуации ответ на будораживший в XIX веке умы юристов вопрос стал *очевидным*: государственная репрессия может касаться не только физических, но и юридических лиц. Иначе говоря, юридическое лицо может нести не только гражданско-правовую ответственность, но и ответственность уголовную в виде, например, штрафа, принудительной ликвидации, отзыва лицензии и т. д.

Другое дело, что возможность привлечения юридических лиц к уголовной ответственности в широком смысле вовсе не обязательно означает возможность их привлечения к уголовной ответственности в узком смысле, то есть ответственности, предусмотренной УК. Более того, создание специального репрессивного законодательства и разветвленная терминологическая дифференциация уголовной ответственности в широком смысле, часто ныне скрывающейся не только за понятием «административно-деликтной ответственности», но и за понятиями «налоговой ответственности», «экологической ответственности» и др., позволили многим правопорядкам (главным образом, континентальной правовой семье) решить иную важную проблему – избежать действия в отношении уголовной ответственности юридических лиц норм *общей части* классического уголовного права, построенных вокруг теорий субъективного вменения и личной вины. Но здесь возникла очередная опасность, о которой выше мы уже писали и которая проявилась на Западе несколько десятилетий назад, а сейчас в полной мере проявляется на постсоветском пространстве – забвение уголовно-правовой природы возлагаемых на юридические лица санкций и возникновение иллюзии «неуголовного характера» разнообразных налоговых, антимонопольных, экологических и др. штрафов и иных мер. В результате, если считать такого рода санкции «неуголовными», то нет тогда надобности опираться при их применении на фундаментальные принципы уголовного права и процесса, такие как *non bis in idem*, право на доступ к судье, право на защиту, гарантии состязательности процесса, презумпция невиновности и др. Понимая концептуальную ущербность и связанные с ней риски «расползания» репрессивного (уголовного) права, становящегося безразмерным и бесконтрольным, западное правоведение в целом и Европейский суд по правам человека в частности отреагировали упоминавшейся нами теорией уголовного права в широком смысле (англ. «*criminal matter*», фр. «*matière pénale*»), смысл которой сводится к тому, что как бы государство терминологически не обозначало соответствующий вид государственной репрессии (административно-деликтная ответственность, налоговая ответственность, экологическая ответственность и т. д.) и каким бы законодательством его не предусматривало (уголовным или «неуголовным»), оно должно отдавать себе отчет, что речь идет об «уголовно-правовой сфере» и что к этой сфере должны быть приложимы *все фундаментальные* международно-правовые и конституционно-правовые *принципы* уголовного права и процесса. Распространяясь, разумеется, и на физических лиц, концепция «уголовно-правовой сферы» неизбежно охватила юридические лица с точки зрения регулирования их ответственности.

Таким образом, современный западный подход выглядит следующим образом: *наличие специального законодательства и специальной терминологии в отношении применяемых к юридическим лицам уголовно-правовых санкций может исключать полностью или частично действие в их отношении норм общей части уголовного права, но не может*

исключать действие в их отношении фундаментальных уголовно-правовых и уголовно-процессуальных принципов.

Постсоветские государства, в том числе Казахстан, в этом отношении проделали лишь первую часть пути: они «замаскировали» уголовную ответственность юридических лиц иными видами их ответственности (административно-деликтной, налоговой, экологической, антимонопольной и т. д.), в результате чего *volens nolens* исключили саму возможность применения к юридическим лицам многочисленных норм Общей части УК. Но при этом они концептуально не унифицировали все применяемые в отношении юридических лиц репрессивные нормы, в силу чего возложение на юридических лиц мер государственной репрессии²⁰, например, в виде штрафа, ликвидации или отзыва лицензии оказалось не всегда подкреплено фундаментальными уголовно-правовыми и уголовно-процессуальными гарантиями такими как уже упоминавшиеся презумпция невиновности, *non bis in idem*, право на защиту и т. д.

Помимо указанной концептуальной проблемы, на сугубо техническом уровне может также обсуждаться вопрос о целесообразности включения норм об уголовной ответственности юридических лиц непосредственно в текст Уголовного кодекса РК. Подчеркнем еще раз: речь не идет о введении уголовной ответственности юридических лиц (такая ответственность уже существует), а о решении проблемы, должна ли уголовная ответственность (в широком смысле) юридических лиц регулироваться исключительно специальным законодательством или быть сопряжена также с уголовной ответственностью юридических лиц в узком смысле, вытекающей из уголовно-правовых запретов, содержащихся в УК. Как мы уже отметили, данная проблема является не концептуальной, а технической, поскольку связана не с самой концепцией уголовной ответственности юридических лиц, а с вопросом о *кодификации* норм об этой ответственности.

Разработка нового УК РК позволяет наконец-то перевести в формально-юридическую плоскость *de facto* существующую в Казахстане уголовную ответственность юридических лиц, в чем видится основная задача новой уголовно-правовой кодификации применительно к юридическим лицам. В технической плоскости решение проблемы уголовной ответственности юридических лиц представляет собой не столько теоретическую, сколько именно кодификационную работу.

Здесь надо, прежде всего, ответить на два вопроса, на первый взгляд не связанных с юридическими лицами: а) каков будет максимальный порог санкций (штрафов) за правонарушения, кодифицируемые на уровне Кодекса мелких правонарушений; б) сочтет ли законодатель технически реальным добиваться полноты кодификации норм о правонарушениях на уровне единого Кодекса мелких правонарушений или последний по-прежнему будет сосуществовать со специальными законами о наказаниях за правонарушения в налоговой, антимонопольной, строительной и т. д. сферах.

Если законодатель примет решение о реализации технически рутинной и громоздкой, но благой для граждан идеи полноты кодификации норм о мелких правонарушениях, то дальнейшее понятно. Это приведет к систематизации всех норм, в соответствии с которыми не только на физические, но и на юридические лица могут быть возложены разнообразные квазиуголовные санкции (штрафы, ликвидация и т. д.). В результате, часть таких норм, где размер штрафа не превышает максимума, установленного за правонарушения, попадет в новый единый Кодекс мелких правонарушений, а другая их часть, где речь пойдет о крайне высоких размерах штрафа или таких наказаниях как принудительная ликвидация или отзыв лицензии, окажется в главе нового УК РК, посвященной уголовным проступкам. Вот, собственно, и вся работа по поиску «сбалансированного подхода к установлению уголовной

²⁰ Такого рода меры могут быть сегодня возложены не только на коммерческие, но и на некоммерческие организации, к которым подлежат применению разнообразные санкции от принудительной ликвидации и до штрафа за нарушение правил противопожарной безопасности.

ответственности юридических лиц», о чем с таким пиететом пишут составители Концепции проекта УК РК. Это скорее элементарная техническая кодификационная операция, а «баланс» нужен отнюдь не здесь, а в выработке лестницы наказаний, в том числе штрафов, отделяющих правонарушения от проступков.

Если законодатель не рискнет браться за полную кодификацию всех правонарушений на уровне единого кодекса, то это приведет не к дуализму, а к множественности источников уголовного права. В такой ситуации потребуются *полная доктринальная систематизация* всех действующих в Республике Казахстан норм, позволяющих применять в отношении юридических лиц меры государственной репрессии (штраф, ликвидация, отзыв лицензии и т. п.), то есть фактически привлекать юридические лица к уголовной (в широком смысле) ответственности за правонарушения.²¹ Параллельно необходимо будет составить полный перечень фундаментальных международно-правовых и конституционно-правовых принципов уголовного права и процесса, которыми должны охватываться *любые* формы государственной репрессии (как в отношении физических лиц, так и в отношении лиц юридических). Подобная систематизация, *с концептуальной точки зрения*, позволит выявить случаи недостаточного обеспечения действующих в Казахстане юридических лиц надлежащими уголовно-правовыми и уголовно-процессуальными гарантиями против неправомерной государственной репрессии – гарантиями, абсолютно необходимыми для приведения правовой системы Казахстана в соответствие с международно-правовыми и международно-экономическими стандартами. *С технической точки зрения*, она позволит ответить на вопрос, в какой мере специальное законодательство достаточно для пресечения цивилизованными средствами любых форм опасных для публичного правопорядка действий в экономической и внеэкономической сфере самих юридических лиц. Если в соответствующих запретах и санкциях обнаружатся неохваченные специальным законодательством пробелы, создающие угрозы в сфере защиты прав потребителей, экономики, экологии и др., то имеет смысл задуматься о генерализации таких запретов и санкций непосредственно в тексте УК РК или Кодекса мелких правонарушений. Впрочем, понятно, что после проведения работ по доктринальной систематизации всех уголовно-правовых норм, содержащихся в специальном законодательстве Казахстана и позволяющих штрафовать юридические лица, отзывать у них лицензии и т. д., будет очень странно и крайне нерационально не кодифицировать все доктринально систематизированные нормы на законодательном уровне (в Кодексе мелких правонарушений). Поэтому вариант полной кодификации норм о мелких правонарушениях в любом случае представляется нам предпочтительным, каким бы сложным он ни казался на первый взгляд.

С теоретической точки зрения есть только одна *a priori* сложная проблема, касающаяся мнимого «введения» в Казахстане уголовной ответственности юридических лиц. *С одной стороны*, ясно, что круг уголовно-правовых санкций, которые могут налагаться на юридические лица, крайне ограничен, причем ограничен естественным образом. В этом смысле пожелания составителей Концепции проекта УК РК о «сбалансированном подходе» к «выбору наказаний» в отношении юридических лиц выглядят несколько наивными. О каком «выборе» здесь может идти речь, если юридическое лицо нельзя приговорить ни к общественным работам, ни к исправительным работам, ни к большинству иных «альтернативных наказаний», не говоря уже о лишении свободы? Все уголовные наказания

²¹ Такая систематизация необходима еще и для совершенствования самого законодательства о юридических лицах, которое должно быть максимально **прозрачно** как для юридических лиц-участников коммерческого оборота, так и для некоммерческих организаций. Принцип *правовой определенности*, признаваемый ныне всеми развитыми правопорядками, требует абсолютно точного, понятного, доступного и исчерпывающего перечня правовых запретов, действующих в отношении юридических лиц, и возможных санкций за их несоблюдение. С точки зрения принципа правовой определенности, не имеет ни малейшего значения, за какими национальными юридическими терминами («финансовое правонарушение», «административное правонарушение» и т. д.) скрываются те или иные запреты. В то же время государство, не обеспечивающее принцип правовой определенности, не может сегодня считаться инвестиционно-привлекательным.

юридических лиц возвращаются в «трех соснах»: штрафа, отзыва лицензии и принудительной ликвидации. В такой ситуации, если исходить из вида и размера наказания как критерия деления наказуемых деяний на преступления, проступки и правонарушения, понятно, что юридическое лицо может быть наказано только теми способами, которые вынуждают нас относить совершенные ими деяния к правонарушениям или проступкам. К наказаниям за преступления юридическое лицо приговорено быть не может, поскольку к нему нельзя применить лишение свободы.

С другой стороны, судя по Концепции проекта УК РК и исходя из того, что она основана на рекомендациях международных организаций, составители документа предполагают распространить уголовную ответственность юридических лиц, в том числе на «ограниченный перечень преступлений», то есть тех деяний, которые в случае их совершения физическими лицами предполагают жесткие наказания в виде лишения свободы (коррупция, терроризм и т. п.), в силу чего относятся к категории именно *преступлений*.²² Данный аспект реформы можно по праву назвать не «мнимым», а реальным введением уголовной ответственности юридических лиц, то есть ее появлением в тех областях уголовного права, где в советский и постсоветский периоды ее не было не только *de jure*, но и *de facto*. Но не это главное. Важно другое - в результате реализации данных нововведений получится, что при совершении, допустим, физическим лицом террористического акта с одновременным использованием для этого «платформы» какого-либо юридического лица, физическое лицо может быть приговорено к длительному сроку лишения свободы, а юридическое лицо – к принудительной ликвидации. В отношении первого речь пойдет о наказании за преступление, а в отношении второго... за проступок, поскольку если деяние не предусматривает наказания в виде лишения свободы²³, то оно должно квалифицироваться как уголовный проступок, что отмечается, помимо прочего, в Концепции проекта УК РК. Но террористический акт вряд ли совместим с категорией проступка не только по юридическим, но и по моральным соображениям.

Выход из сложившейся ситуации, скорее всего, следует искать в разделении всех уголовно-наказуемых деяний, совершаемых юридическими лицами, на две категории: а) на те деяния, за которые юридическое лицо может нести *самостоятельную* уголовную ответственность (неуплата налогов, нарушение правил пожарной безопасности, не повлекшее тяжких последствий и т. д.); б) на те деяния, за совершение которых юридическое лицо может нести исключительно *акцессорную* уголовную ответственность, когда уголовное преследование юридического лица может иметь место только в случае преследования за то же деяние физического лица. В первом случае категория наказуемого деяния определяется санкцией, которая может быть возложена именно на юридическое лицо, что приводит к квалификации такого деяния в качестве проступка или правонарушения. Во втором случае категория наказуемого деяния определяется санкцией, которая может быть возложена на *физическое лицо*, что приводит к квалификации такого деяния в качестве преступления. Иными словами, уголовная ответственность юридических лиц за совершение преступлений в тесном смысле этого понятия может быть лишь акцессорной и никакой другой. При этом в случае самостоятельной уголовной ответственности юридических лиц соответствующий запрет должен предусматриваться нормами Особенной части УК (глава о проступках) и Кодекса

²² Мы не будем здесь обсуждать, в какой мере уголовная ответственность юридических лиц является в такой ситуации эффективным инструментом реакции на тяжкие преступления, учитывая современную девальвацию конструкции юридического лица, сопряженную с «фирмами-однодневками», оффшорными компаниями, маскировочными юридическими лицами, резким упрощением регистрации юридических лиц и т. д. Имеет ли смысл осуществлять уголовное преследование «фирмы-однодневки», направленное на ее ликвидацию, если за время уголовного преследования можно без проблем зарегистрировать сотню-другую похожих юридических лиц? Нет ли здесь элементарного неэффективного расходования бюджетных и человеческих ресурсов?

²³ Мы здесь имеем в виду ситуацию специального уголовного запрета в отношении юридических лиц за содействие, допустим, террористической деятельности. Самое строгое наказание, которое можно предусмотреть в санкции такой статьи – это, разумеется, принудительная ликвидация, но не лишение свободы, требуемое для отнесения деяния к числу преступлений.

мелких правонарушений, а в случае акцессорной уголовной ответственности юридических лиц соответствующие нормы должны предусматриваться в Общей части УК – конструирование отдельных норм о юридических лицах в Особенной части УК в данной ситуации не только нецелесообразно, но и способно привести к проблемам в правоприменительной практике. Впрочем, мы здесь наметили лишь самые схематичные и предварительные подходы к решению данной проблемы, теоретически являющейся одной из самых сложных.

III. Оптимизация системы уголовных наказаний и иных форм реакции на преступления в контексте двухвекторной уголовной политики

Концепция правовой политики РК на 2010 – 2020 гг., как известно, обозначила несколько приоритетных направлений развития казахстанского уголовного права, направленных на реализацию так называемой «двухвекторной» уголовной политики, когда гуманизация в отношении менее опасных для общества преступлений сопровождается одновременным ужесточением в отношении наиболее опасных для общества преступлений, на поэтапное сокращение уголовной репрессии, на расширение применения наказаний, не связанных с лишением свободы и т. п.

Надо признать, что Концепция проекта УК РК в этом плане в целом соответствует поставленным политико-правовым задачам. Нельзя не поддержать ее составителей, когда они, в частности, отмечают, что в новом УК РК необходим «пересмотр системы уголовных наказаний в целях более широкого применения видов наказаний, альтернативных лишению свободы». В более конкретной плоскости весьма плодотворна, например, идея расширения общественных работ как вида уголовного наказания, которое должно иметь ярко выраженную социальную направленность, создания, что очень важно, инфраструктуры для его реального исполнения в виде специальной службы, призванной заниматься организацией исполнения общественных работ, и др.

В целом, на фоне заметного отставания постсоветской пенологии, так пока и не сумевшей эффективно модернизировать институт уголовного наказания, Концепция проекта УК РК ставит вполне адекватные задачи и намечает вполне адекватные пути их решения. На концептуальном уровне соответствующие положения Концепции проекта УК РК не вызывают каких-либо возражений – их следует обсуждать, прежде всего, на техническом уровне, имея в виду создание соответствующей инфраструктуры, подготовку персонала, надлежащее финансирование и т. п. с тем, чтобы предусмотренные новым УК РК пенологические нововведения не оказались «мертвой буквой», как уже неоднократно случалось на постсоветском пространстве.

Однако, невзирая на наше весьма положительное отношение к соответствующим разделам Концепции проекта УК РК, посвященным институту наказания и иным связанным с ним формам реакции на преступление, в этих разделах есть несколько конкретных, если не сказать – локальных, положений, которые вызывают у нас вопросы или, по крайней мере, заслуживают специального обсуждения:

1) Составители Концепции проекта УК РК, оправданно предлагая снизить сроки реального исполнения лишения свободы в качестве формального условия для условно-досрочного освобождения в отношении несовершеннолетних, беременных женщин, лиц, достигших пенсионного возраста и др., одновременно считают необходимым «рассмотреть целесообразность полной отмены условно-досрочного освобождения либо увеличения сроков для освобождения» в отношении лиц, совершивших особо тяжкие преступления (сексуальные преступления в отношении несовершеннолетних, террористические преступления, экстремизм и т. д.).

Что касается поиска оптимальных и сбалансированных сроков реального исполнения лишения свободы в качестве основания для условно-досрочного освобождения, что иногда предполагает не только их уменьшение, но и увеличение, то методологически такая постановка вопроса понятна и на общем уровне возражений не вызывает – такого рода законодательная «оптимизация» везде является едва ли не перманентной и даже рутинной. Не следует только забывать, что она должна быть основана исключительно на хорошо изученных и тщательно взвешенных социологических данных, исключая какую-то бы то ни было «кампанейщину» и общественную истерию.

Однако с предложением вовсе отказаться от возможности условно-досрочного освобождения по делам о некоторых особо тяжких преступлениях нельзя согласиться ни при каких обстоятельствах. Известно, что современные международные стандарты исходят из абсолютной необходимости предусматривать условно-досрочное освобождение даже в случае назначения в виде наказания пожизненного лишения свободы, не говоря уже о длительных сроках лишения свободы. Если даже не останавливаться здесь на соображениях гуманности, то это необходимо также по причинам сугубо рационального порядка. Во-первых, полный отказ от условно-досрочного освобождения по делам о тяжких преступлениях приводит к едва ли не абсолютной демотивации значительной и наиболее опасной категории осужденных к лишению свободы. У них тогда не остается ни малейших стимулов к надлежащему поведению, что резко повышает напряженность в местах лишения свободы. Во-вторых, полный отказ от условно-досрочного освобождения по делам о тяжких преступлениях приводит к постоянному *накоплению* наиболее опасных осужденных в местах лишения свободы, с чем столкнулись некоторые постсоветские страны. Число тех же пожизненно осужденных начинает прогрессивно расти, в связи с чем, любое государство в долгосрочной перспективе начинает сталкиваться с колоссальными проблемами с их содержанием, не говоря уже об элементарной нехватке мест, необходимости строительства новых пенитенциарных учреждений и т. д.

Другое дело, что освобождение лиц, совершивших особо тяжкие преступления, требует серьезного постпенитенциарного контроля, кропотливой работы по их предварительной ресоциализации, психолого-психиатрического контроля, прежде всего за лицами, совершившими сексуальные посягательства в отношении несовершеннолетних, и иных мер, которые необходимо применять в таких случаях во избежание рецидива. Но к формальному отказу от условно-досрочного освобождения все эти меры отношения не имеют.

2) В целях усиления уголовной репрессии в отношении лиц, совершивших особо тяжкие преступления против жизни, преступления против несовершеннолетних, террористические преступления и преступления экстремистского характера, составители Концепции проекта УК РК предлагают отменить сроки давности по такого рода делам, по сути, приравняв их в данном отношении к делам о преступлениях против мира и человечества. Эта идея также неудачна.

Отсутствие сроков давности по делам о преступлениях против мира и человечества объясняется не столько жесткостью уголовной репрессии по таким делам или даже сложностью их расследования, сколько соображениями политического характера – такого рода преступления чаще всего совершаются высшими политическими лидерами соответствующих государств, возможность привлечения которых к заслуженной ответственности зависит от историко-политических факторов: продолжительности существования режимов, которые они возглавляют, их устойчивости, поддержки другими политическими режимами и т. д. В результате, система уголовной юстиции вынуждена иногда дожидаться годы или даже десятилетия прежде, чем она получит возможность привлечь в надлежащем порядке к уголовной ответственности лиц, совершивших преступления против мира и человечества.²⁴

²⁴ Иногда для этого требуется даже выиграть Мировую войну, что и имело место, допустим, в ситуацию с гитлеровским режимом, находившимся у власти в течение 12 лет, не говоря уже о

Имеются ли подобные проблемы в ситуации совершения общеуголовных преступлений против жизни или даже преступлений террористического характера? Вряд ли. Наличие института сроков давности в ситуации, когда соответствующее государство имело все возможности для того, чтобы раскрыть преступление и привлечь виновных к ответственности, особенно с учетом того, что укрытие от следствия и суда приостанавливает течение сроков давности, может объясняться либо крайне запоздалым обнаружением преступления, либо неэффективностью его расследования. В обоих случаях виновное лицо не только не скрывалось, но и в течение длительных сроков не совершало новых преступлений (в противном случае она будет привлечено к уголовной ответственности именно за эти преступления), утратив, по сути, общественную опасность. Так какой смысл привлекать его в такой ситуации к уголовной ответственности, допустим, по истечении 15 лет? Какой смысл наказывать, скажем, за экстремизм 15-летней давности, если лицо более не совершило ничего экстремистского, а политическая система при этом благополучно устояла, доказав свою устойчивость? Это просто-напросто нерационально. Институт давности привлечения к уголовной ответственности, в том числе в случае совершения особо тяжких преступлений, имеет давнюю историю и глубокие теоретические и практические корни, что понимала даже советская уголовно-правовая доктрина. Современному казахстанскому законодателю не следует, наверное, забывать об этой истории и об этих корнях.

3) Столь же нерационально и мало понятно также содержащееся в Концепции проекта УК РК предложение о нормативном запрете в новом УК амнистии по делам о все тех же особо тяжких преступлениях. Какой в этом смысл? Если исходить из доверия к законодательной власти, призванной в соответствующих случаях принимать законы об амнистии, то можно предположить, что она сама в состоянии в каждом конкретном случае правильно определить категорию лиц, заслуживающих освобождения по амнистии, и категорию лиц, такого освобождения не заслуживающих. Если исходить из недоверия к законодательной власти, которая вдруг захочет неоправданно освободить от уголовной ответственности или от отбывания наказания какую-то категорию обвиняемых или осужденных, то кто помешает той же законодательной власти внести предварительно изменения в УК РК и избавиться от «запретительной нормы», развязав таким образом себе руки? Автор этих строк лично не сомневается в том, что казахстанская законодательная власть заслуживает безусловного доверия, в том числе в вопросах объявления амнистии, поэтому вторую из описанных ситуаций он рассматривает как сугубо гипотетическую. Но важно другое – предлагаемый «запрет на амнистию» при любых обстоятельствах лишен какой-либо институциональной ценности и явно излишен.

4) Стремление составителей Концепции проекта УК РК к развитию в Казахстане института *пробации*, прекрасно зарекомендовавшего себя в сравнительно-правовом плане, заслуживает всяческой поддержки. Однако, предлагая внести в новый УК РК положения о «пробационном надзоре», они отмечают, что речь идет о самостоятельном виде иных мер уголовно-правового воздействия, который связан с определенными ограничениями, но не обладает свойствами наказания. Здесь требуются, как минимум, подробные пояснения. О чем идет речь? Каковы основания для применения пробационного надзора? Является ли он альтернативой наказанию? Как он соотносится с институтами освобождения от уголовной ответственности, освобождения от наказания, отсрочки исполнения наказания? Каково его место в системе уголовного права? Эти вопросы важны и требуют разъяснения еще и потому, что в науке сравнительного уголовного права англосаксонский институт пробации принято считать аналогом континентального института отсрочки исполнения наказания или отсрочки назначения наказания (в том числе с возложением определенных обязанностей, контролем за их исполнением и т. д.). Отличия, как правило, существуют не столько на

необходимости последующего многолетнего поиска по всему миру отдельных лиц, виновных в преступлениях этого режима и использовавших политико-финансовые ресурсы последнего для того, чтобы скрываться от правосудия.

материально-правовом уровне (они в основном сугубо терминологические), сколько на уровне организационном, и сводятся к наличию или отсутствию специальных служб пробации. Но тогда в любом случае непонятно, почему «пробационный надзор» не обладает свойствами наказания, учитывая, что институт наказания не сводится к лишению свободы, а имеет массу ответвлений, в том числе в виде освобождения от наказания или отсрочки исполнения наказания (коей *mutatis mutandis* иногда и является в некоторых странах пробация)?

5) В Концепции проекта УК РК содержится предложение о преобразовании нынешнего административного надзора в полицейский надзор, который должен обеспечить эффективный контроль за лицами, освобожденными из мест лишения свободы. В то же время остается не совсем понятно, в чем конкретно выразится данное преобразование. Идет ли речь о реформе или о простой терминологической замене слова «административный» на слово «полицейский»? Анализ Концепции проекта УК РК ответить на этот вопрос не позволяет. Учитывая концептуальный характер документа, вряд ли в нем могут содержаться положения, связанные исключительно с оптимизацией технической терминологии, тем более что такого рода оптимизация при всей ее важности никак не способна обеспечить повышение «эффективности контроля». Но если речь идет о реальных сущностных преобразованиях института, то их содержание остается для нас загадкой.

6) Составители Концепции проекта УК РК предлагают отказаться от определения в уголовном законе вида исправительного учреждения, в котором в зависимости от категории совершенного преступления и иных установленных законом критериев должно содержаться лицо, осужденное к лишению свободы. По их мнению, вид исправительного учреждения должен определять не закон, а суд с учетом обстоятельств конкретного дела, личности осужденного и т. д.

В целом, данное предложение заслуживает пристального внимания – оно направлено на более глубокую индивидуализацию наказания, что можно только приветствовать. Однако, следует иметь в виду, что такого рода механизмы эффективны и способны обеспечить поставленную цель (индивидуализация) только в том случае, когда подкреплены соответствующей уголовно-процессуальной инфраструктурой. В настоящий момент в казахстанском уголовном процессе такой инфраструктуры нет, и нам сложно сказать, каковы перспективы ее появления в ходе проводящейся правовой реформы. Речь идет о том, что для подлинной и по-настоящему справедливой индивидуализации наказания судье недостаточно располагать парой стандартных характеристик и справкой о наличии или отсутствии судимости, чем обычно располагают постсоветские судьи. Ему нужно углубленное и более подробное «досье личности», которое неспособны представить стороны процесса в силу как своей заинтересованности в исходе дела, так и сосредоточенности на обсуждении вопроса о виновности, и которое по поручению судьи составляет соответствующее подчиненное судье должностное лицо (тот же офицер службы пробации). Для составления такого досье в свою очередь необходим особый процессуальный этап между провозглашением решения о виновности и назначением наказания, в некоторых случаях растягивающийся на месяцы и отсутствующий в постсоветских уголовно-процессуальных системах, жестко основывающихся на принципе единства и неделимости приговора. Впрочем, не будем здесь углубляться в теоретические и сравнительно-правовые детали, тем более что механизмы обеспечения судьи максимально подробной и абсолютно объективной информацией о личности обвиняемого (осужденного), позволяющей индивидуализировать наказание, в разных странах могут быть различны. Важно, что они есть и что они эффективны - это и позволяет судье, в том числе справедливо решить вопрос о виде исправительного учреждения. Важно также, что на постсоветском пространстве, включая Казахстан, их пока нет, что и затрудняет осуществление «судейской индивидуализации наказания», вынуждая действовать «через закон».

Поэтому при оценке анализируемого предложения основной вопрос звучит следующим образом: предполагают ли составители Концепции проекта УК РК одновременную реформу

уголовно-процессуального института постановления приговора, создание при каждом судье особой службы изучения данных о личности и реализацию прочих сопутствующих процессуальных и институциональных мер? Если предполагают, то данное предложение можно считать в высшей степени позитивным и способным приблизить казахстанскую систему уголовной юстиции к подлинной, а не формальной индивидуализации наказания, которая к тому же будет максимально легитимна, не вызывая подозрений в произволе и (или) коррупции. Если не предполагают, то от данного предложения следует отказаться, поскольку у судей просто-напросто не будет процессуальных и институциональных средств для его адекватной реализации. Им останется разве что определять вид исправительного учреждения «на глазок», что вряд ли укрепит доверие к судебной системе, или в лучшем случае по-прежнему опираться на формальную категоризацию преступлений, продолжая *de facto* применять отмененные положения закона. Оба варианта кажутся нам далекими от идеала.

IV. Совершенствование системы уголовных запретов в сфере экономики

Проблема развития современной и сбалансированной системы экономических преступлений является одной из самых трудных на постсоветском пространстве, учитывая, что в советский период с его особой моделью экономики не было и не могло быть соответствующих нормативных и доктринальных наработок. Поэтому постсоветские законодатели пока еще на данном направлении действуют почти «вслепую», в силу чего экономическое уголовное законодательство большинства постсоветских стран страдает неоправданными пробелами, чрезмерной нестабильностью, «шараханьем» из стороны в сторону и т. д. и в целом пока еще весьма далеко отстоит от лучших мировых образцов, не говоря уже о сопутствующих проблемах правоприменения.

Подготовка новой казахстанской уголовно-правовой кодификации является прекрасной возможностью хотя бы отчасти исправить существующие недостатки уголовного законодательства в сфере экономики и создать адекватное современное «экономическое уголовное право». Возникает впечатление, что составители Концепции проекта УК РК прекрасно понимают эту важнейшую задачу. Более того, они совершенно правильно отмечают в уголовно-политической плоскости, что «необходимо обеспечить защиту бизнеса от противоправных деяний, снять ограничения, мешающие развитию свободного предпринимательства. Но при этом следует обеспечить защиту прав и законных интересов граждан, интересов государства (что также в конечном итоге обеспечивает интересы граждан – Л. Г.) от экономических преступлений». Иначе говоря, уголовный запрет в сфере экономической деятельности необходим, в том числе для здорового развития самой экономики, но он должен быть обоснованным, продуманным, легитимным и пропорциональным. С этим не только сложно, но и просто-напросто невозможно спорить.

Однако, обозначив правильную уголовно-политическую задачу на самом общем уровне, Концепция проекта УК РК ничего не говорит о технических средствах ее решения. Остается, в частности, неясным, устраивает ли составителей данного документа нынешняя система экономических преступлений или она подлежит модернизации? Имеются ли в ней излишние уголовно-правовые запреты, от которых при подготовке нового УК РК следует отказаться? Если имеются, то о каких конкретно запретах идет речь? Существуют ли, напротив, в уголовном законодательстве РК пробелы, если сравнивать его с уголовным законодательством государств с развитой рыночной экономикой? Если существуют, то о каких конкретно пробелах идет речь и собирается ли казахстанский законодатель заполнить их при подготовке нового УК? На все эти вопросы в Концепции проекта РК нет ответов, что достаточно странно для документа такого уровня и явно не повышает его «концептуальную» ценность.

Не зная намерений казахстанского законодателя, мы здесь не возлагаем на себя миссию обсуждать в конкретной плоскости *de lege lata* и *de lege ferenda* нынешнее и будущее

уголовное законодательство РК в экономической сфере. Но позволим, тем не менее, высказать одно сугубо методологическое соображение. Без детального изучения западного уголовно-экономического законодательства и сопутствующей ему правовой доктрины Казахстан вновь окажется в типично постсоветской ситуации «отставания» в данной области правового развития. При этом при изучении западного опыта следует иметь в виду, что уголовные запреты в сфере экономики фактически нигде, в том числе в континентальной системе права, не основаны на принципе «полноты уголовно-правовой кодификации», то есть они сосредоточены не только в УК, но и в специальном экономическом законодательстве, формирующем так называемое «специальное уголовное право», в частности «налоговое уголовное право», «таможенное уголовное право», «уголовное право хозяйственных обществ» и т. п. Здесь мы выходим на автономную проблему – необходимость изучения и разработки на национальном уровне легендарного «экономического уголовного права», являющегося ныне, причем под разными наименованиями, едва ли не сложнейшим и в научном смысле относительно автономным элементом особенной части уголовного права западных государств.²⁵ В постсоветских странах его нет, прежде всего на доктринальном уровне, в чем они пока безнадежно отстают от развитых правопорядков. Более того, любой постсоветской уголовно-правовой кодификации, претендующей на реальное движение вперед, должно сопутствовать и в значительной мере предшествовать созданию автономной теории и учебной дисциплины «экономического уголовного права» или «уголовного права в сфере предпринимательской деятельности», которые позволили бы развивать данное направление в западном русле (без нынешних малограмотных «шараханий» из одной крайности в другую).²⁶ Не отсутствием ли такого рода теоретической базы объясняется «молчание» Концепции проекта УК РК по поводу конкретных шагов в развитии уголовного права в сфере экономики и стремление ограничивать в этом отношении «общими фразами».

Следует обратить внимание еще на один уголовно-политический аспект, связанный с развитием уголовного законодательства в экономической сфере. Современная сбалансированная уголовная политика не допускает проведения демаркационной линии между «экономическими преступлениями» и «иными преступлениями», то есть различную степень интенсивности гуманизации в отношении лиц, совершивших первые, и лиц, совершивших вторые. Двухвекторная уголовная политика проводит разграничение не между «экономическими» и «иными» преступлениями, а между преступлениями, представляющими крайнюю опасность для общества, и преступлениями, не представляющими такой опасности, что далеко не одно и то же. В противном случае «вбивается» недопустимый «клин» между политико-экономическими элитами и остальным населением, что губительно политически, а также одновременно – между предпринимателями и потребителями, что губительно уже экономически.²⁷

²⁵ См. очень серьезное и едва ли не единственное исследование данной проблемы на русском языке: *Клепицкий И. А.* Понятие хозяйственного уголовного права в европейском правоведении // *Клепицкий И. А.* Система хозяйственных преступлений. М. 2005. С. 27 – 32 (мы абсолютно солидарны с И. А. Клепицким в том, что понятия «экономические преступления» и «хозяйственные преступления» абсолютно тождественны (Там же. С. 4), то есть выбор терминов – это вопрос не правового смысла, а исключительно стиля речи или, если угодно, персонального вкуса, хотя рано или поздно терминологию придется унифицировать, остановившись на одном из этих вариантов)

²⁶ Здесь опять-таки не надо «изобретать велосипед», поскольку соответствующие учебные курсы и научные дисциплины есть во всех западных странах (см., например, самый краткий французский учебник «для начинающих» на 422 страницах: *Bonfils P.* Droit pénal des affaires. Paris. Montchrestien. 2009. 422 p.). Особенно печально, что все доморощенные постсоветские попытки «модернизировать уголовное законодательство в экономической сфере» опять-таки происходят вне общемирового контекста и даже без упоминаний соответствующих, причем очень многочисленных, западных теоретических трудов (см., например, такого рода «попытки»: Концепция модернизации уголовного законодательства в экономической сфере. Москва, «Либеральная миссия». 2010).

²⁷ См. подробнее: *Головкин Л. В.* Концептуальные основы уголовной политики в сфере экономики // журнал «Закон». 2011. № 9.

В этом смысле несколько тревожно, что Концепция проекта УК РК предполагает «неприменение меры наказания в виде лишения свободы к лицам, совершившим отдельные, в том числе *экономические* (курсив наш – Л. Г.), преступления и добровольно возместившим имущественный ущерб», при этом отмечая, что «такой подход недопустим к преступлениям, представляющим большую общественную опасность (террористические преступления, коррупция, организованные преступные группы)». Понятно, что лишение свободы должно быть крайней мерой наказания в отношении *всех* лиц, независимо от того, совершили ли они «экономические» или какие-то иные преступления. Понятно также, что лицо, совершившее неэкономическое преступление и не представляющее серьезной общественной опасности, заслуживает к себе не менее гуманное отношение, нежели лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность. Поэтому, если составители Концепции проекта УК РК упомянули в приведенной выше фразе «экономические преступления» *исключительно* в качестве примера, то наша тревога, скорее всего напрасна. Если же упоминание здесь «экономических преступлений» имеет концептуальный характер, то она более чем обоснованна.

Но если только что приведенное положение Концепции проекта УК РК оставляет у нас некоторые сомнения по поводу его возможной интерпретации, то другое из содержащихся в ней положений таких сомнений не оставляет. Речь идет о попытках составителей данного документа оптимизировать применение института освобождения от уголовной ответственности по основаниям, предполагающим возложение на освобождаемое от ответственности лицо определенных обязанностей, и найти технические средства для решения гипотетической проблемы неисполнения возложенных на лицо обязанностей после того, как оно уже освобождено от уголовной ответственности. В Концепции предлагается, в частности, механизм «поручительства с залогом, который бы изымался в случае неисполнения лицом своих обязанностей». Иначе говоря, при наличии оснований освобождения от уголовной ответственности соответствующее лицо будет обязано в качестве обязательного условия внести в качестве залога определенные денежные средства (или, возможно, обеспечить их внесение третьим лицом): если после принятия решения об освобождении от уголовной ответственности лицо выполнит возложенные на него обязанности, то залог ему возвращается, если не выполнит, то он изымается в доход государства. К чему это приведет? Только к одному – освобождение от уголовной ответственности станет возможно исключительно «для богатых», и от этого позитивного механизма будет отсечена значительная часть казахстанского населения, вынужденная «искупать» отсутствие у него достаточных средств на скамье подсудимых. Приведет ли такой подход к укреплению в стране социального мира? Вряд ли. Абсурден и сам подход. Допустим, состоятельный человек, условием освобождения которого от уголовной ответственности являются позитивные действия в отношении потерпевшего (предоставление ему содержания, воздержание от агрессивных действий в отношении потерпевшего, воздержание от контактов с ним и т. д.), вносит залог, а затем... может забыть о потерпевшем или, напротив, продолжить его третировать, зная, что, кроме потери не слишком существенного для него залога, ему равным счетом ничего не грозит.

Прекрасное средство превенции противоправного поведения! Если оставить в стороне иронию, то становится ясно, что модель «залога» не только социально несправедлива, но и уголовно-политически неэффективна. Известно и хрестоматийное средство обеспечения надлежащего поведения лица, освобожденного от уголовной ответственности, которое лежит в *уголовно-процессуальной* плоскости. Решение об освобождении от уголовной ответственности является не безусловным, а условным: в случае невыполнения обязанностей соответствующим лицом оно автоматически утрачивает силу, после чего возобновляется уголовное преследование, от которого лицо было освобождено; в случае полного выполнения лицом своих обязанностей (иногда в течение продолжительного времени) решение об освобождении от уголовной ответственности становится окончательным и не подлежит отмене уже ни при каких обстоятельствах (по сути, оно становится равнозначно исполненному приговору, но без уголовного преследования, судимости и т. д.). При этом, разумеется, принятие лицом на себя обязанностей в качестве

условия освобождения от уголовной ответственности может быть только добровольным. Таков *mutatis mutandis* уголовно-процессуальный механизм освобождения от уголовной ответственности, обеспечивающий «доступ к гуманизации уголовной политики» всем категориям населения соответствующей страны, а не только относительно узкому кругу «богатых и успешных».

Наконец, обратим внимание еще на одно содержащееся в Концепции проекта УК РК положение, которое, откровенно говоря, вызывает недоумение. Речь идет о пожелании «пересмотреть понятие должностного лица применительно к иностранным должностным лицам в целях уточнения перечня иностранных должностных лиц, которые могут быть субъектами отдельных коррупционных преступлений» по новому УК РК. Здесь сразу возникает целый ряд вопросов. Принимают ли иностранные должностные лица властные решения в рамках казахстанской государственной и правовой системы? В каких случаях? Если все-таки не принимают (что наиболее вероятно), то причем здесь Казахстан и почему не оставить прерогативы привлечения к уголовной ответственности иностранных должностных лиц тем государствам, от имени которых иностранные должностные лица осуществляют свои властные полномочия? Неужели ситуация с коррупцией в Казахстане обстоит столь благополучно, что он решил направить свои усилия на «помощь» иностранным государствам на поприще искоренения этого объективного зла? Понятно, что поставленные здесь вопросы имеют сугубо риторический характер – рационально ответить на них невозможно, что делает для нас еще более загадочным смысл соответствующих положений Концепции проекта УК РК.

Можно, конечно, предположить, что появление этой идеи связано со стремлением Казахстана в перспективе интегрироваться в международные экономические организации, в частности, в Организацию экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), и он уже сейчас стремится имплементировать в свое законодательство различные акты этой и других организаций. Судя по приведенному выше положению Концепции проекта УК РК, мы не исключаем, что казахстанский законодатель обратил внимание на так называемую Антикоррупционную Конвенцию ОЭСР²⁸, полное название которой – Конвенция ОЭСР по борьбе с подкупом должностных лиц иностранных государств при проведении международных деловых операций²⁹ и которая вступила в силу 15 февраля 1999 г. Данная Конвенция, действительно, обязывает ратифицировавшие ее государства бороться с «коррупцией иностранных должностных лиц». Но если внимательно вчитаться в текст самой Конвенции, то выяснится, что она ни словом не упоминает о так называемой *пассивной коррупции*, то есть об ответственности собственно иностранных должностных лиц. Речь в ней идет совершенно о другом – о необходимости борьбы с так называемой *активной коррупцией*, то есть с любыми попытками дачи взяток иностранным должностным лицам и иными формами их подкупа. В такой ситуации совершенно непонятно, зачем составители Концепции проекта УК РК собираются «уточнять» перечень иностранных должностных лиц, подлежащих ответственности по уголовному законодательству РК. Антикоррупционная Конвенция ОЭСР этого от них совершенно не требует. Если казахстанский законодатель предполагает следовать положениям данной Конвенции, рекомендуемым в качестве международного «стандарта» даже для тех стран, которые не являются членом ОЭСР, то от него требуется другое – предусмотреть уголовную ответственность казахстанских граждан, а также иных лиц, действующих на территории Казахстана, не только за дачу взятки и иные формы подкупа, совершенные в отношении казахстанских должностных лиц, но и за те же действия, совершенные в отношении иностранных должностных лиц. Иными словами, если казахстанский предприниматель пытается дать взятку или оказать услугу иностранному должностному лицу за продвижение своего товара на рынке соответствующего иностранного государства, то он должен нести уголовную ответственность не только по законодательству данного государства (классический подход), но и по казахстанскому

²⁸ OECD Anti-Bribery Convention

²⁹ OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions

уголовному законодательству, независимо от того, объективно полезны или вредны его действия для казахстанской экономики (новейший подход, рекомендуемый ОЭСР³⁰).

Таким образом, каковы бы ни были намерения казахстанских властей в международно-экономической плоскости, не существует ни теоретических, ни международно-правовых оснований для «пересмотра» в ходе подготовки нового УК РК «понятия должностного лица в целях уточнения перечня иностранных должностных лиц, которые могут быть субъектами отдельных коррупционных преступлений». Субъектами «отдельных коррупционных преступлений» должны быть в данном случае лица, подлежащие ответственности по УК РК с точки зрения классических положений о действии уголовного закона во времени и в пространстве, а «понятие должностного лица» может уточняться лишь в смысле криминализации различных форм подкупа не только казахстанских, но и иностранных должностных лиц (активная коррупция). Что же касается уголовной ответственности собственно иностранных должностных лиц (пассивная коррупция), то заботу о ней, видимо, следует оставить властям тех государств, которые они представляют.

Декабрь 2011 г.

³⁰ Данный подход уже реализован в национальном законодательстве ряда государств. См., например, новый английский Закон о коррупции (Bribery Act) 2010 года, вступивший в силу с 1 июля 2011 г.