



ЦЕНТР ОБСЕ В АСТАНЕ



**РЕГИОНАЛЬНОЕ ОТДЕЛЕНИЕ
УВКПЧ ООН
ДЛЯ ЦЕНТРАЛЬНОЙ АЗИИ**



**ЦЕНТР ИССЛЕДОВАНИЯ
ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ**



МЕЖДУНАРОДНАЯ ПРАВОВАЯ ИНИЦИАТИВА



ХАРТИЯ ЗА ПРАВА ЧЕЛОВЕКА

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ РАЗВИТИЯ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В РАМКАХ РАЗРАБОТКИ ПРОЕКТА НОВОЙ РЕДАКЦИИ УГОЛОВНОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

Материалы международной практической конференции

20 сентября 2012, г. Алматы

**АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ РАЗВИТИЯ
УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
В РАМКАХ РАЗРАБОТКИ ПРОЕКТА НОВОЙ
РЕДАКЦИИ УГОЛОВНОГО КОДЕКСА
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН**

Алматы, 2012 г.



Материалы международно-практической конференции «АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ РАЗВИТИЯ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В РАМКАХ РАЗРАБОТКИ ПРОЕКТА НОВОЙ РЕДАКЦИИ УГОЛОВНОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН» - Алматы, 2012



Организация по безопасности и
сотрудничеству в Европе
Центр в Астане

Настоящий Сборник опубликован Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в материалах не отражают точку зрения Центра ОБСЕ в Астане.

© Центр исследования правовой политики 2012

Содержание

Программа конференции	5
Список участников конференции	9
СЕССИЯ 1. ВОПРОСЫ ОБЩЕЙ ЧАСТИ УГОЛОВНОГО КОДЕКСА	
Уголовный Кодекс РК: концепция, проблемы, совершенствование уголовного законодательства, <i>УТИБАЕВ Г.К.</i>	14
Особенности альтернативного проекта новой редакции Уголовного Кодекса РК, <i>РАХМЕТОВ С.М.</i>	19
Проблемы аутентичности уголовного законодательства РК на казахском и русском языках, <i>ЖУМАГАЛИ А.Х.</i>	23
К вопросу об оценочных понятиях Общей части Уголовного Кодекса РК, <i>МОЛДАБАЕВ С.С.</i>	29
Проблемные вопросы освобождения от уголовной ответственности и наказания, <i>ХАВРОНЮК Н.И.</i>	33
Наказание и иные меры уголовно-правового воздействия, <i>БАЛТАБАЕВ К.Ж.</i>	38
Вопросы определения видов и размеров уголовных наказаний в свете Концепции правовой политики РК, <i>ЮРЧЕНКО Р. Н.</i>	49
Смертная казнь и пожизненное лишение свободы как виды наказания за преступления, предусмотренные в проекте Уголовного кодекса Республики Казахстан, <i>РАМАЗАНОВА Л.</i>	62
Совершенствование Уголовного Кодекса РК через призму системы исполнения уголовных наказаний, <i>САЛАМАТОВ Е. А.</i>	67
Международные обязательства по правам человека и реформа Уголовного Кодекса РК, <i>ИБРАЕВА А.</i>	75
СЕССИЯ 2. ВОПРОСЫ ОСОБЕННОЙ ЧАСТИ УГОЛОВНОГО КОДЕКСА	
К вопросам реформирования Особенной части УК РК, <i>АБДРАШЕВ Р.М.</i>	85
О направлениях модернизации уголовной политики в сфере экономики, <i>НОВИКОВА Е.В.</i>	90
Терроризм, международное право и новый Уголовный кодекс РК, <i>САРСЕМБАЕВ М.А.</i>	97
Проблемы уголовно-правовой ответственности за терроризм, <i>КУНСЕРКИН Ж.</i>	102
Актуальные вопросы уголовно-правовой ответственности за разжигание социальной розни, <i>ШОРМАНБАЕВА А.С.</i>	131

Декриминализация клеветы: за и против, <i>КАЛЕЕВА Т.М.</i>	154
Преступления в сфере информационных технологий в проекте новой редакции Уголовного кодекса Республики Казахстан, <i>ЛОСКУТОВ И.Ю.</i>	157
Уголовная ответственность за нарушения избирательного законодательства Республики Казахстан, <i>ШОРМАНБАЕВ А.С.</i>	168
Дискуссионные аспекты инициатив введения уголовной ответственности юридических лиц, <i>НОВИКОВ И.А.</i>	181
Особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних, <i>АДЕРИХИНА Т.</i>	185

ПРОГРАММА
МЕЖДУНАРОДНО-ПРАКТИЧЕСКАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ
«АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ РАЗВИТИЯ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
В РАМКАХ РАЗРАБОТКИ ПРОЕКТА НОВОЙ РЕДАКЦИИ УГОЛОВНОГО КОДЕКСА
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН»

20 сентября 2012, гостиница Royal Tulip, Алматы

09.30 – 10.00 Регистрация участников

10.00 – 10.15 **Открытие конференции и приветственные выступления**

***Модератор: ЗИНОВИЧ Татьяна**, Заместитель директора Центра исследования правовой политики*

***БЫЧКОВА Светлана Федоровна**, Депутат Мажилиса Парламента Республики Казахстан, Секретарь Комитета по законодательству и судебно-правовой реформе, Член Парламентской Ассамблеи ОБСЕ, профессор, д.ю.н.*

***ТУРМАГАМБЕТОВА Жемис Утегеновна**, Исполнительный директор Общественного фонда «Хартия за права человека»*

***ШОРМАНБАЕВА Айна Сергеевна**, Президент Общественного фонда «Международная Правовая Инициатива»*

СЕССИЯ 1. ВОПРОСЫ ОБЩЕЙ ЧАСТИ УГОЛОВНОГО КОДЕКСА

Модератор: ***БЫЧКОВА Светлана Федоровна**, Депутат Мажилиса Парламента Республики Казахстан, Секретарь Комитета по законодательству и судебно-правовой реформе, Член Парламентской Ассамблеи ОБСЕ, профессор, д.ю.н.*

10.15 – 10.30 **Уголовный Кодекс РК: концепция, проблемы, совершенствование уголовного законодательства**

***УТИБАЕВ Гарифулла Курмангошевич**, Советник Генерального прокурора РК, профессор, д.ю.н.*

10.30 – 10.45 **Особенности альтернативного проекта новой редакции Уголовного Кодекса РК**

***РАХМЕТОВ Саттар Муканович**, Главный научный сотрудник отдела Уголовного, Уголовно-процессуального и Уголовно-исполнительного законодательства и экспертизы Института законодательства Республики Казахстан, д.ю.н.*

10.45 – 11.00 **Проблемы аутентичности уголовного законодательства РК на казахском и русском языках**

***ЖУМАГАЛИ Алмас Хабдымажитулы**, эксперт ОФ «Международная Правовая Инициатива», старший преподаватель Университета им. С.Демиреля, к.ю.н.*

- 11.00 – 11.15 **Отдельные предложения по совершенствованию нового проекта Уголовного Кодекса Республики Казахстан**
- БОРЧАШВИЛИ Исидор Шамилович, Директор Департамента стратегического планирования и организационно-аналитической работы Министерства юстиции Республики Казахстан, д.ю.н.*
- 11.15 – 11.30 **К вопросу об оценочных понятиях Общей части Уголовного Кодекса РК**
- МОЛДАБАЕВ Саркытбек Сарсенбаевич, Инспектор отдела правоохранительной системы Администрации Президента РК, д.ю.н.*
- 11.30 – 11.45 **Проблемные вопросы освобождения от уголовной ответственности и наказания**
- ХАВРОНЮК Николай Иванович, Директор по научному развитию Центра политико-правовых реформ, заслуженный юрист Украины, профессор кафедры уголовного права и криминологии Киевского национального университета имени Тараса Шевченко, д.ю.н.*
- 11.45 – 12.00 *Кофе брейк*
- 12.00 – 12.15 **Наказание и иные меры уголовно-правового воздействия**
- БАЛТАБАЕВ Куаныш Жетписович, Заведующий кафедрой уголовно-правовых дисциплин ЕНУ им. Гумилева, д.ю.н.*
- 12.15 – 12.30 **Вопросы определения видов и размеров уголовных наказаний в свете Концепции правовой политики РК**
- ЮРЧЕНКО Раиса Николаевна, Судья Верховного Суда РК в отставке, член НКС при Верховном Суде РК, д.ю.н.*
- 12.30 – 12.40 **Смертная казнь и пожизненное лишение свободы как виды наказания за преступления, предусмотренные в проекте Уголовного кодекса Республики Казахстан**
- РАМАЗАНОВА Лейла, адвокат АГКА, эксперт Хартии по правам человека*
- 12.40 – 12.50 **Совершенствование Уголовного Кодекса РК через призму системы исполнения уголовных наказаний**
- САЛАМАТОВ Ескали Амангельдинович, доцент, к.ю.н., эксперт Центра исследования правовой политики*
- 12.50 – 13.00 **Международные обязательства по правам человека и реформа Уголовного Кодекса РК**
- ИБРАЕВА Анара, Директор Астанинского филиала Казахстанского Международного Бюро по правам человека и соблюдению законности, к.ю.н.*
- 13.00 – 13.30 **Обсуждение**
- 13.30 – 14.30 *Обед*

СЕССИЯ 2. ВОПРОСЫ ОСОБЕННОЙ ЧАСТИ УГОЛОВНОГО КОДЕКСА

Модератор: ***БОРЧАШВИЛИ Исидор Шамилович**, Директор Департамента стратегического планирования и организационно-аналитической работы Министерства юстиции Республики Казахстан, д.ю.н.*

14.30 – 14.45 **К вопросам реформирования Особенной части УК РК**

***АБДРАШЕВ Руслан Муратханович**, профессор, д.ю.н.*

14.45 – 15.00 **О направлениях модернизации уголовной политики в сфере экономики**
***НОВИКОВА Елена Владимировна**, Научный руководитель ОФ «Центр правовых и экономических исследований» (Москва), д.ю.н.*

15.00 - 15.15 **Терроризм, международное право и новый Уголовный кодекс Республики Казахстан**

***САРСЕМБАЕВ Марат Алдангорович**, Член Центральной избирательной комиссии РК*

15.15 – 15.30 **Проблемы уголовно-правовой ответственности за терроризм**

***КУНСЕРКИН Жан**, адвокат АГКА, эксперт ОФ «Международная Правовая Инициатива»*

15.30 – 15.45 **Актуальные вопросы уголовно-правовой ответственности за разжигание социальной розни**

***ШОРМАНБАЕВА Айна Сергеевна**, Президент Общественного фонда «Международная Правовая Инициатива»*

15.45 - 16.00 **Декриминализация клеветы: за и против**

***КАЛЕЕВА Тамара Мисхадовна**, Президент Международного фонда защиты свободы слова «Адил соз»*

16.00 – 16.15 Кофе-брейк

16.15 – 16.30 **Преступления в сфере информационных технологий в проекте новой редакции Уголовного кодекса Республики Казахстан**

***ЛОСКУТОВ Игорь Юрьевич**, Генеральный директор ТОО «Компания «ЮрИнфо»*

16.30 – 16.45 **Уголовная ответственность за нарушения избирательного законодательства Республики Казахстан**

***ШОРМАНБАЕВ Амангельды Сергеевич**, независимый эксперт*

16.45 – 17.00 **Дискуссионные аспекты инициатив введения уголовной ответственности юридических лиц**

***НОВИКОВ Игорь Анатольевич**, Руководитель юридической компании «Новиков энд Эдвайзерз», юрист*

- 17.00 – 17.15 **Особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних**
АДЕРИХИНА Татьяна, Координатор программы ЮНИСЕФ по защите прав детей
- 17.15 – 17.30 **Обсуждение**
- 17.30 – 18.00 Подведение итогов и закрытие конференции организаторами

**«АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ РАЗВИТИЯ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
В РАМКАХ РАЗРАБОТКИ ПРОЕКТА НОВОЙ РЕДАКЦИИ УГОЛОВНОГО КОДЕКСА
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН»**

20 сентября 2012, гостиница Royal Tulip, Алматы

СПИСОК УЧАСТНИКОВ

АДМИНИСТРАЦИЯ ПРЕЗИДЕНТА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
1.	МОЛДАБАЕВ Саркытбек Сарсенбаевич	Инспектор отдела правоохранительной системы Администрации Президента РК
КОНСТИТУЦИОННЫЙ СОВЕТ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
2.	БЕЛОРУКОВ Николай Васильевич	Член Конституционного Совета РК
МАЖИЛИС ПАРЛАМЕНТА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
3.	БЫЧКОВА Светлана Федоровна	Секретарь Комитета по законодательству и судебно-правовой реформе
4.	АБДИРОВ Нурлан Мажитович	Член Комитета по законодательству и судебно- правовой реформе
5.	САРПЕКОВ Рамазан Кумарбекович	Член Комитета по законодательству и судебно- правовой реформе
ВЕРХОВНЫЙ СУД РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН И МЕСТНЫЕ СУДЫ		
6.	ЮРЧЕНКО Раиса Николаевна	Судья Верховного Суда Республики Казахстан в отставке, член НКС при Верховном Суде РК
7.	КОЖАН Толебай Ажибекович	Судья надзорной судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РК
8.	АХПАНОВ Арстан Нокешевич	д.ю.н., Профессор, член Научно- консультативного совета Верховного суда РК Профессор-консультант надзорной судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РК
ГЕНЕРАЛЬНАЯ ПРОКУРАТУРА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
9.	ХАСЕНОВ Талгат Абдыкаримович	Начальник Управления по надзору в сфере нормотворческой деятельности
10.	ПАХОМКОВА Ольга Леонидовна	Помощник Генерального Прокурора РК Управления по надзору в сфере нормотворческой деятельности Генеральной прокуратуры РК
КОМИТЕТ НАЦИОНАЛЬНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
11.	КОЛКОБАЕВ Марат Омербекович	Начальник следственного департамента
12.	ОСИПОВ Игорь Владимирович	Заместитель начальника Управления Следственного департамента (эксперт рабочей группы по разработке УК и УПК)
МИНИСТЕРСТВО ВНУТРЕННИХ ДЕЛ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		

13.	КЕНЕНБАЕВ Ерлик Абдракымович	Вице-министр МВД РК
14.	ТЕМИРЖАНОВ Асхат Толешевич	Заместитель начальника Управления аналитической работы предварительного следствия Следственного комитета МВД РК
АГЕНТСТВО РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ПО БОРЬБЕ С ЭКОНОМИЧЕСКОЙ И КОРРУПЦИОННОЙ ПРЕСТУПНОСТЬЮ (ФИНАНСОВАЯ ПОЛИЦИЯ)		
15.	ШУМЕНОВА Раузахан Тактауловна	Доктор наук, Профессор Академии финансовой полиции
МИНИСТЕРСТВО ЮСТИЦИИ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
16.	БОРЧАШВИЛИ Исидор Шамилович	Директор департамента стратегического планирования и организационно-аналитической работы
ЦЕНТРАЛЬНАЯ ИЗБИРАТЕЛЬНАЯ КОМИССИЯ РК		
17.	САРСЕМБАЕВ Марат Алдангорович	Член ЦИК Республики Казахстан
ИНСТИТУТ ГЕНЕРАЛЬНОЙ ПРОКУРАТУРЫ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
18.	ТОКТАГУЛОВ Руслан Майлибаевич	Начальник управления повышения квалификации по представительству интересов государства в суде Института Генеральной прокуратуры
ИНСТИТУТ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
19.	РАХМЕТОВ Саттар Муқанович	Главный научный сотрудник отдела Уголовного, Уголовно-процессуального и Уголовно-исполнительного законодательства и судебной экспертизы
АДВОКАТУРА		
20.	БАЙГАЗИНА Гульнар Бакировна	Адвокат, член Алматинской городской коллегии адвокатов
21.	РОЗЕНЦВАЙГ Александр Владимирович	Адвокат, член Президиума Союза адвокатов Республики Казахстан
22.	КАНАФИН Данияр Кайратович	Адвокат, член Президиума Алматинской коллегии адвокатов, доцент, к.ю.н.
23.	АЛИМБАЕВ Искандер Муханович	Адвокат Алматинской городской коллегии адвокатов
24.	СТУКАНОВ Юрий Сергеевич	Адвокат, член Алматинской городской коллегии адвокатов
25.	ПЕРЕГРИН Александр Геннадиевич	юрист, эксперт -консультант Алматинской юридической корпорации, депутат Верховного Совета РК 12-го и 13-го созывов
26.	КУНСЕРКИН Жан	Адвокат, член Алматинской коллегии адвокатов
27.	РАЗАМАНОВА Лейла	Адвокат, Алматинской коллегии адвокатов
28.	НАМ Геннадий Мартынович	Адвокат, член Алматинской коллегии адвокатов
УЧЕБНЫЕ ЗАВЕДЕНИЯ		

29.	САВАНКОВ Александр Михайлович	Заслуженный работник МВД экс-Вице министр внутренних дел РК
30.	НОВИКОВ Анатолий Илларионович	Профессор кафедры «Уголовного права, криминалистики и правоохранительной деятельности», Университета им. Д.А. Кунаева, к.ю.н.
31.	БАЛТАБАЕВ Куаныш Жетписович	Заведующий кафедрой уголовно-правовых дисциплин ЕНУ им. Л.Н. Гумилева
32.	УТИБАЕВ Гариффулла Курмангожевич	Советник Генерального Прокурора РК Профессор, д.ю.н.
33.	САЛАМАТОВ Ескали Амангельдинович	к.ю.н., доцент
34.	ПОДОПРИГОРА Роман Анатольевич	Профессор кафедры публично-правовых дисциплин Каспийского Общественного Университета, д.ю.н.
35.	РООТ Владимир Васильевич	Начальник юридической службы АО Алматы «Инжстрой»
36.	СУЛЕЙМЕНОВА Гульнар Жахановна	Генеральный директор Евразийского центра права, адвокат АГКА, член НКС при Верховном Суде РК, к.ю.н., профессор
37.	РАХИМБЕРДИН Куат Хажумуханович	Заведующий кафедрой уголовного права и уголовного процесса ВКГУ им. Аманжолова Директор Восточно-Казахстанского филиала Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности
38.	ДЖАНСАРАЕВА Рима Еренатовна	д.ю.н, Профессор кафедры уголовного права и криминологии КазНУ им. Аль-Фараби
39.	АБДРАШЕВ Руслан Муратханович	д.ю.н, Профессор кафедры уголовного права, уголовного процесса и криминалистики КазНУ им. Аль-Фараби
40.	КАН Александр Герасимович	Старший преподаватель кафедры Уголовного процесса Алматинской академии МВД РК к.ю.н.
41.	КАЛИШЕВА Жаннетт Гайсовна	к.ю.н., директор алматинского колледжа КазГЮА
ДИПЛОМАТИЧЕСКИЕ МИССИИ		
42.	МИККО Киннунен	Чрезвычайный и Полномочный Посол Республики Финляндия в Республике Казахстан
43.	ВУОКА Ханна	Консул по вопросам развития Посольства Республики Финляндия в РК
44.	АМБЛЭ Анне Марте	Заместитель Посла Королевства Норвегия в Республике Казахстан
45.	ЖАНТИКИНА Алия	Специалист по политико-правовым вопросам посольства США в Астане
МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ		
46.	ЗАРУДНА Наталия Николаевна	Посол, Глава Центра ОБСЕ в Астане
47.	КЛЕТЦЕР Жаннет	Заместитель Главы Центр ОБСЕ в Астане
48.	БУХМАЙЕР Штефан	Советник по правам человека Центра ОБСЕ в Астане
49.	КОЗЫРЕВ	Координатор по правовым вопросам

	Олег	
50.	МАРШАН Валери	Руководитель проекта Поддержка судебной и правовой реформы в РК, Представительства Европейского Союза в РК
51.	ГАЛАНТИ Флавия	и.о. руководителя Проекта Европейского Союза в РК
52.	РЕНЕ Мали	Глава отдела по техническому содействию Делегации Европейского Союза в РК
53.	ЛЕВЧЕНКО Елена	Менеджер проектов Представительства Европейского Союза в Казахстане
54.	АДЕРИХИНА Татьяна	Координатор программы ЮНИСЕФ по защите прав детей
55.	ДУЙСЕКОВА Лейла	Координатор национальных программ, Региональное отделение УВКПЧ ООН по Центральной Азии
56.	ДАЛЕ Ивар	Региональный представитель Норвежского Хельсинского Комитета по Центральной Азии
57.	КАПТАЕВА Айгуль	Правовой консультант по Казахстану
58.	КОРОВИНА Алина	Правовой консультант по Казахстану
59.	МИТРОФАНОВА Ирина	Менеджер программ USAID, г. Алматы
60.	АЙДАРКУЛОВА Аида Едиловна	Директор программы «Правовая реформа» Фонда Сорос – Казахстан
61.	МЕДЕВ Бахытжан	Координатор программ «Правовая реформа» Фонда Сорос – Казахстан
62.	НУРМАГАНБЕТОВ Ильяс Кайратбекович	Координатор проектов PRI Международной тюремной реформы в Центральной Азии
63.	ЕЛЬШИБАЕВА Маржан	Исполнительный директор Интерньюс-Казахстан
64.	ДИДЕНКО Ольга	Юрист Интерньюс-Казахстан
НЕПРАВИТЕЛЬСТВЕННЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ		
65.	КАЛЕЕВА Тамара Мисхадовна	Президент международного фонда защиты свободы слова «Адилъ Соз»
66.	ТУРМАГАМБЕТОВА Жемис Утегеновна	Исполнительный директор общественного фонда "Хартия за права человека"
67.	ЛОСКУТОВ Игорь Юрьевич	Генеральный директор ТОО «Компания «ЮрИнфо»
68.	АКЫЛБЕКОВА Роза	Директор Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности
69.	БОГДАНОВ Роман Валерьевич	Председатель Комитета поддержки программы Президента РК по борьбе с коррупцией
70.	ТЮЛЕНЕВА Виктория	Руководитель Правозащитного центра
71.	ХИЖНИЧЕНКО Светлана	Юрист Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности
72.	ИБРАЕВА Анара	Директор филиала Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности г. Астана

73.	ЗЛОТНИКОВ Сергей Михайлович	Исполнительный директор ОФ «Транспаренси Казахстан»
74.	НОВИКОВ Игорь Анатольевич	Руководитель юридической компании «Новиков Энд Эдвайзерз»
75.	НАЗХАНОВ Таир Кузекевич	Председатель ОО "Форум адвокатов"
76.	КАЛИЕВА Асия	Президент ОФ "Общественная позиция"
77.	ЧЕРНОБИЛЬ Татьяна	Эксперт по международному праву
78.	ТЛЕГЕНОВА Асель	"Союз медиаторов Казахстана"
79.	АГИБАЕВА Мая Аскарловна	Главный редактор журнала «ЮРИСТ»
ЦЕНТР ИССЛЕДОВАНИЯ ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ		
80.	ЗИНОВИЧ Татьяна	Заместитель директора Центра исследования правовой политики
81.	МИРОШНИЧЕНКО Ольга	Координатор программ
82.	ИСКАЛИЕВА Дина	Ассистент проекта
ОБЩЕСТВЕННЫЙ ФОНД «МЕЖДУНАРОДНАЯ ПРАВОВАЯ ИНИЦИАТИВА»		
83.	ШОРМАНБАЕВА Айна Сергеевна	Президент ОФ «Международная правовая инициатива»
84.	ЖУМАГАЛИ Алмас Хабдымажитулы	Эксперт ОФ «Международная Правовая Инициатива», к.ю.н.
85.	ШОРМАНБАЕВ Аман Сергеевич	Независимый эксперт
86.	БАЙЖАНОВА Кызгалдак Утепбергеновна	Эксперт ОФ «Международная Правовая Инициатива», к.ю.н.
ЭКСПЕРТЫ		
87.	ХАВРОНИК Николай Иванович	доктор юридических наук, профессор, Директор по научному развитию Центра политико-правовых реформ г. Киев, Украина
88.	ГОНЧАРОВ Павел Петрович	Судья уголовной коллегии Таллиннского Окружного Суда Kind regards Flavia, Эксперт Представительства Европейского Союза в Казахстане
89.	КОМОРИДА Акио	Профессор, Университет Канагава, г. Йокогама Япония
90.	НОВИКОВА Елена Владимировна	Научный руководитель ОФ «Центр правовых и экономических исследований» (Москва), партнер юридической фирмы «Novikov & Advisers» (Россия – Казахстан), член диссертационного Совета юридического факультета МГУ по защите докторских диссертаций, д.ю.н.

СЕССИЯ 1. ВОПРОСЫ ОБЩЕЙ ЧАСТИ УГОЛОВНОГО КОДЕКСА

УТИБАЕВ Г. К.
*Советник Генерального прокурора РК,
Генерал-майор юстиции
профессор, доктор юридических наук,*

Уголовный Кодекс Республики Казахстан: Концепция, проблемы совершенствования

Безусловно, Уголовный Кодекс Республики Казахстан 1997 года представляет собой крупное достижение казахстанской науки уголовного права и практики современного правотворчества. Однако на сегодняшний день речь идет о принципиальном изменении ценностно-нормативных приоритетов в сфере борьбы с преступностью, исходя из того, что человек в цивилизованном мире является высшей социальной ценностью. Отсюда - необходимо более полное отражение в Уголовном Кодексе приоритета общечеловеческих ценностей, ориентация на максимальное обеспечение безопасности личности, всемерную охрану жизни, здоровья, чести, достоинства, прав и свобод граждан, их неприкосновенности. Рассматриваемая концептуальная идея не получила полного воплощения в нормах и Общей, и Особенной частей действующего Уголовного Кодекса.

Известно, что идеальных законов не существует. Правоохранительные органы уже сейчас беспокоит ряд неудачных (а порой и ошибочных) решений и пробелов в Уголовном Кодексе РК. Во всем мире политика в области уголовных наказаний склоняется альтернативным санкциям тюремному заключению. Проводимые исследования этих вопросов показывают, что лицо, отбывающее наказание без лишения свободы, испытывает меньшие психологические нагрузки, по сравнению с лицами, находящимися в местах лишения свободы, не общается с закоренелыми преступниками, не теряет социально-полезных связей. Влияние трудовых коллективов на осужденного и семейно-родственные связи способствуют его исправлению. Кроме того, исполнение этих видов наказания не связанных с лишением свободы не приводит к росту рецидива преступности. И на этом фоне среди различных видов уголовного наказания, предусмотренных Уголовным Кодексом, лишение свободы занимает по своей значимости особое положение.

Практика показывает, что на сегодняшний день наказание в виде лишения свободы является одним из наиболее часто назначаемых видов наказания (так по данным КПСиСУ за 2011 год к лишению свободы было осуждено 10 408 лиц, то есть 40%).

Как известно, к длительному сроку лишения свободы осуждаются лица, не только за совершение тяжких и особо тяжких преступлений, но и за преступления средней тяжести. Их социальная опасность, безусловно, значительна. Однако длительные сроки лишения свободы ведут к негативному изменению личности осужденного, утрате им социально-полезных связей, вследствие чего возникают трудности в последующей адаптации его к жизни на свободе, в результате наказание в виде длительного срока лишения свободы не всегда достигает желаемого результата. Так, например, суды зачастую по преступлениям, совершаемым на бытовой почве, ревности, неприязненных отношений назначают наказание на сроки 8-12 лет лишения свободы, в связи с тем, что санкции некоторых статей УК РК обязывают их к этому. Свидетельством тому является часть 1 ст. 96 УК РК, где санкция предусматривает от 6 до 15 лет лишения свободы, хотя в этом не такой необходимости, так как эти преступления совершаются в основном по бытовым мотивам. Даже предыдущий

Уголовный Кодекс Казахской ССР советских лет предусматривал по ч.2 ст.88 от 3 до 10 лет лишения свободы, то есть значительно меньший срок, что является намного гуманней, чем ныне действующая ч.1. ст.96 УК РК. В связи с этим, утрачивается назначение диспозиции ст.38 УК РК, которая предусматривает исправление осужденного, но как показывает практика длительные сроки лишения свободы свыше 15-20 лет, далеко не всегда способствует этому. К тому же, с января 2004 года действует институт пожизненного лишения свободы, который необходимо использовать взамен неоправданных длительных сроков лишения свободы, в отношении лиц, представляющих повышенную общественную опасность для общества, совершивших особо тяжкие преступления. Конечно, вопрос неоднозначный, но в перспективе следует задуматься над этим.

Помимо вопросов, связанных с длительным лишением свободы, серьезной проблемой является лишение свободы на короткий срок.

Считается, что кратковременное лишение свободы, целесообразно заменять иными мерами наказания, не связанными с лишением свободы. Такое воздействие могут оказать различные меры, например, крупный штраф. «Психологический шок» будет в этих случаях не меньше, а больше, чем при краткосрочном лишении свободы.

Поэтому, представляется целесообразным ограничивать применение кратких сроков лишения свободы к лицам, виновным в совершении преступлений небольшой и средней тяжести, вместо кратких сроков лишения свободы применять наказания, не связанное с лишением свободы, в связи с чем, ст. 52 УК РК следовало бы дополнить п.4 следующего содержания: «Лицу, впервые совершившему преступление небольшой и средней тяжести, лишение свободы, как правило, не назначается». В отношении несовершеннолетних этот вопрос уже решен, согласно ст. 79 ч.7 УК РК.

В контексте того, что необходимо идти по пути снижения количества наказаний в виде лишения свободы следует рассмотреть вопрос о назначении альтернативных мер наказания. Альтернативные меры наказаний применяются как наиболее приемлемый вариант избегания вынесения приговоров на небольшой срок лишения свободы. Кроме того, такие виды наказаний позволяют произвести социальную реабилитацию преступника вне тюрьмы.

Стоит обратить внимание на то, что в мировом сообществе в последние годы были разработаны новые виды наказаний, которые являются альтернативой по отношению не только к лишению свободы, но и в целом к традиционным мерам наказания.

В этом смысле не менее интересным является и другой вопрос, давно дискутируемый в нашей Республике, касающийся альтернативных наказаний, которые применяются достаточно успешно в большинстве стран Европы и США, где созданы специализированные органы, исполняющие альтернативные наказания, - пробации, возникшей в США в первой половине XIX века на основе двух институтов – условного осуждения и отсрочки отбывания наказания. В наших условиях пробация – есть условный отказ от назначения наказания, путем перенесения вынесения приговора суда по совершенному преступлению на определенный срок, во время которого осуществляется контроль за соблюдением условий, вынесенных судом. В отличие от условного тюремного заключения, когда суд назначает срок лишения свободы, а затем откладывает его исполнение на определенный период, т.е. в случае назначения пробации само вынесение приговора откладывается на период пробации. Если не соблюдаются установленные условия, дело переходит в стадию вынесения приговора за первоначальное преступление. Интенсивный пробационный надзор дает значительную экономию средств по сравнению с тюремным заключением.

Отсрочку вынесения приговора целесообразно предусмотреть в отношении уголовных преступлений небольшой и средней тяжести, но с индивидуальным подходом к лицам,

их совершившим. Исполнение отсрочки вынесения приговора следует возложить на уголовно-исполнительные инспекции.

В связи с изложенным предлагается включить данный вид наказания в ст. 39 УК РК путем дополнения ч.1 ст.39 УК РК подпунктом «з) отсрочка вынесения приговора.». Кроме того, дополнить статьей 45-1 УК РК «Отсрочка вынесения приговора».

Применение мер уголовно-правового характера во многом предопределяется теми потенциальными возможностями, которые заложены в соответствующей санкции самим законодателем. Размер их должен быть таким, чтобы, с одной стороны, судья не был стеснен чрезмерно узкими рамками, имел определенный выбор при индивидуализации наказания, а с другой стороны, чтобы этот простор не был явно чрезмерным, не порождал субъективизма при судебском усмотрении, что имеет место, когда законодателем допускается слишком большой разрыв между минимальными и максимальными границами санкции.

В действующем уголовном законодательстве санкций, в которых разрыв составляет 10 и более лет – 2,5 % от всех санкций. Такие различия в размерах санкций приводят к явным несоответствиям в размерах назначенных судами наказаний, за совершение одних и тех же или схожих преступлений судья может назначить, на совершенно законном основании, шесть месяцев или же десять и более лет лишения свободы. Это, в свою очередь, нарушает принцип справедливости наказания и делает, в ряде случаев, непредсказуемыми результаты судебного разбирательства. Однако, вариативность наказания, которая хороша для реализации принципа справедливости, имеет и другую сторону, если она слишком велика: выбор, предоставляемый конкретному правоприменителю – судье, при назначении наказания конкретному лицу – слишком широк, степень жесткости предусмотренных в санкции наказаний значительно различается, и роль судьи – вольно или невольно – практически абсолютизируется.

Проведенный анализ действующего УК РК свидетельствует о том, что система санкций содержит многочисленные внутренние несоответствия, противоречит идеи равенства граждан перед законом и принципу справедливости. За примерно равные по степени общественной опасности преступления предусматриваются весьма различные по тяжести санкции и напротив, за преступления, степень общественной опасности которых весьма различна, законодатель предусматривает одинаковые санкции (например, ст.120 УК РК и ст.121 УК РК). Поэтому важнейшим вопросом является систематизация санкций в зависимости от тяжести и соотношения с системой преступлений.

Учитывая жесткую зависимость тяжести санкций, видом и размеров наказания в них от тяжести преступления и его специфики, было бы более оправданным искать критерии измерения уголовно-правовых санкций в общественной опасности вида преступления. К сожалению, ни диспозиции, ни характер и степень общественной опасности преступления не могут дать надлежащих средств и единиц измерения санкций, поскольку они на данном уровне развития науки уголовного права остаются оценочными категориями.

Логика построения санкций по некоторым составам такова, что ведет к их безусловной несправедливости. Так, нельзя считать оправданным, когда в санкции альтернативой самому строгому наказанию – лишению свободы выступает штраф (например, чч.1-2 ст. 157, чч.1-2 ст.170, ч. 2 ст.182 и т.д.). Такие санкции в уголовном законодательстве РК составляют 4,3%. В альтернативной санкции самый строгий вид наказания не может отягощаться дополнительным видом наказания, даже если оно является факультативным, поскольку это означает практически двойное ужесточение самого строго наказания. В действующем УК РК велико количество санкций, построенных по

принципу «ДО», то есть без указания нижней границы в санкции статьи – 52,8% от всех санкций. Все они согласно статье 48 ч.III УК РК имеют нижнюю границу в 6 месяцев л/с.

Предлагается также пересмотреть институт условно-досрочного освобождения от отбывания наказания, поскольку в действующем уголовном законодательстве УДО фактически применимо к лицам, совершившим тяжкие, особо тяжкие преступления, при опасном, особо опасном рецидиве, что не оправдано с точки зрения тяжести содеянного и высокой вероятности рецидива. В Казахстане за последние 10 лет удельный вес условно-досрочно освобожденных по отношению к освобожденным по истечению срока наказания имеет тенденцию к постоянному росту.

Ранее судимые к лишению свободы освобождаются в 2,4 раза чаще условно-досрочно, чем на основании отбывания наказания, что отрицательно сказывается на криминогенной обстановке в стране. Исходя из этого, предлагается расширить круг лиц, к которым не должно применяться УДО – к лицам: совершившим тяжкие, особо тяжкие преступления при опасном и особо опасном рецидиве.

Аналогичного пересмотра требует и институт условного осуждения, поскольку изучение практики применения условного осуждения судами Республики Казахстан свидетельствует о широком применении этой меры при назначении наказаний. Если в 1998 году удельный вес применения условного осуждения по отношению ко всем осужденным составлял 2,0%, то в 2007 году он составил 38,5%, т.е. применение этой меры судами за указанный период выросло более чем в 19 раз. В качестве одной из причин этого отмечается отсутствие вида наказания, соразмерного и альтернативного лишению свободы.

В целях совершенствования институтов освобождения от уголовной ответственности и отбывания наказания предлагается предусмотреть в Общей части УК **два самостоятельных раздела: освобождение от уголовной ответственности и освобождение от отбывания уголовного наказания.**

По мнению экспертов, вопросы декриминализации и ограничения судейского усмотрения при назначении мер уголовного наказания, требуют, с точки зрения текущего момента, кардинальной ревизии действующего Уголовного Кодекса принятием нового УК. По их мнению, частичная декриминализация не решает всех проблем, связанных с уменьшением индекса судимости в стране.

В контексте этого экспертами предлагается более внимательно изучить опыт США по этому вопросу. Так, в США федеральным законом 1987 года введена единая шкала наказаний, создавшая типовой стандарт калькуляции уголовного наказания. Главная причина принятия этого закона, та же что и в Казахстане – озабоченность тем, что преступники, совершившие одни и те же преступления, получали разные наказания, а одни и те же наказания могли применяться судьями за разные преступления.

По единой шкале каждому виду преступлений присваивается определенное количество пунктов, и, в зависимости от отягчающих или смягчающих обстоятельств, сумма пунктов растёт или уменьшается. Например, ограблению присваивается «20 пунктов», вооруженное ограбление – «плюс 5 пунктов»; нанесение тяжких телесных повреждений при ограблении «плюс 2 пункта»; если обвиняемый признает себя виновным до начала судебного разбирательства «минус 3 пункта». Итого, получается 24 пункта, что соответствует определенному диапазону наказаний, который меняется в соответствии с количеством предыдущих судимостей: при отсутствии судимости или наличии одной судимости – от 51 до 63 месяцев тюремного заключения, от 2 до 3 судимостей – от 57 до 71 месяца тюремного заключения и т.д. Судья не вправе вынести приговор вне этого диапазона, но есть исключения. Главное исключение: если преступник сотрудничал со следствием, судья может назначить наказание по своему

усмотрению, на основании ходатайства прокурора. Поэтому введение этой шкалы увеличило количество желающих сотрудничать со следствием.

ПАХМЕТОВ С. М.
*Главный научный сотрудник отдела Уголовного,
Уголовно-процессуального и Уголовно-исполнительного законодательства и
экспертизы Института законодательства Республики Казахстан, д.ю.н.*

Некоторые особенности проекта альтернативного варианта новой редакции Уголовного кодекса Республики Казахстан

Как известно, рабочей группой, созданной при Генеральной прокуратуре Республики Казахстан, подготовлен проект новой редакции Уголовного кодекса Республики Казахстан. В нем немало норм, направленных на совершенствование действующего уголовного законодательства Республики Казахстан в соответствии с Концепцией правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года. Он в большей степени соответствует требованиям международной конвенции, к которой присоединилась Республика Казахстан. В частности, проект предусматривает введение уголовной ответственности юридических лиц. Данный вопрос уже давно обсуждается в нашей стране. Некоторые оппоненты считают, что введение уголовной ответственности юридических лиц нарушит правые принципы нашего государства. Речь идет о принципах личной и виновной ответственности в уголовном праве. На это хотелось бы ответить следующим образом. Во-первых, введение уголовной ответственности юридических лиц касается прежде всего уголовно-правовых принципов и совсем не затрагивает конституционные и иные отраслевые принципы нашей страны. А такой принцип уголовного права, как принцип личной ответственности, не нашел отражения в Уголовном кодексе, он сформулирован в теории уголовного права. Указанные два принципа в случае введения уголовной ответственности юридических лиц сохранятся применительно к физическим лицам. Уголовная ответственность юридических лиц является новым институтом уголовного права и применительно к нему будут сформулированы иные принципы уголовного права.

Введение уголовной ответственности юридических лиц следует рассматривать как положительный момент по ряду причин. Во-первых, оно будет соответствовать нормам ряда международных конвенции, ратифицированных Республикой Казахстан. Например, Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (ноябрь 2000 года), Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции (октябрь 2003 года), где указывается, что странам-участникам конвенции рекомендуется установить в своем национальном законодательстве уголовную ответственность юридических лиц.

Кстати, в Кодексе Республики Казахстан об административных правонарушениях принципам административного права посвящены 20 статей, но никто не говорит о том, что привлечение к административной ответственности юридических лиц нарушает принципы административного права, хотя в ст. 13 указанного кодекса сформулирован принцип виновной ответственности. В Гражданском кодексе предусмотрена гражданско-правовая ответственность юридических лиц при отсутствии вины. А административная и гражданско-правовая ответственность являются такими же видами юридической ответственности, как и уголовная ответственность. Поэтому можно задать оппонентам вопрос: почему юридических лиц можно привлекать к административной и гражданско-правовой ответственности, но нельзя привлекать к уголовной ответственности?

Все это свидетельствует о том, что введение уголовной ответственности юридических лиц в нашей стране не может противоречить принципам уголовного права.

Во-вторых, установление уголовной ответственности юридических лиц будет способствовать сокращению числа правонарушений, совершаемых с использованием юридических лиц, предупреждению общественно опасных деяний, совершаемых юридическими лицами иностранных государств, находящихся на территории нашей страны.

В-третьих, значительная часть коррупционных преступлений совершается юридическими лицами в их интересах. Поэтому установление уголовной ответственности юридических лиц способствовало бы сокращению коррупционных преступлений.

Положительных сторон у проекта новой редакции уголовного кодекса немало. Одним из них является деление в нем уголовных правонарушений на преступления и проступки. Для предупреждения преступлений как наиболее опасных правонарушений необходимо пресекать менее опасные уголовные правонарушения – уголовные проступки, так как большинство преступников становились ими постепенно, первоначально совершая различного рода административные, дисциплинарные правонарушения. Преступниками не рождаются, ими становятся вследствие наличия в нашем обществе многочисленных факторов, способствующих этому. В связи с этим установление факта совершения лицом уголовного проступка, наказание за него должны сыграть профилактическую роль, что правонарушителя в случае совершения преступления ждет другое, более суровое наказание и его негативное правовое последствие - судимость.

Есть в представленном Генеральной прокуратурой проекте и недостатки. Одним из них является чрезмерное увеличение количества видов освобождения от уголовной ответственности: их десять. Если в таком варианте будет принят проект новой редакции Уголовного кодекса нашей страны, то по большинству уголовных дел об ответственности за преступления небольшой или средней тяжести можно принять решение об их прекращении в связи с освобождением виновного от уголовной ответственности. А это может привести к росту коррупции в деятельности правоохранительных органов и судов, так как не все дела прекращаются на законных основаниях, за прекращение части из них дается вознаграждение, то есть взятка. Здесь следует также учесть, что ежегодно большинство уголовных дел возбуждается именно по преступлениям небольшой или средней тяжести. В частности, в из 206801 преступления, зарегистрированного в 2011 году, 17620 (8,5 %) относятся к преступлениям небольшой тяжести, 156002 – к преступлениям средней тяжести (75,4 %). К тяжким относятся 29657 (14,3 %) преступлений, к особо тяжким – 3522 (1,7 %) преступления¹. Чрезмерное увлечение освобождением от уголовной ответственности приведет к еще большему нарушению принципа неотвратимости ответственности. Где гарантия, что уголовные дела за совершения преступлений небольшой или средней тяжести отдельными недобросовестными сотрудниками правоохранительных органов не будут возбуждаться для вымогательства взятки, после чего эти дела будут прекращаться.

Такого большого количества оснований для прекращения уголовного дела, которые имеют место в уголовном законодательстве нашей страны, нет в уголовном законодательстве других стран. В частности, в УК Российской Федерации нормы об освобождении от уголовной ответственности содержатся только в четырех статьях: в ст. 75 (Освобождение от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием), в ст. 76. Освобождение от уголовной ответственности в связи с примирением с потерпевшим, ст. 78 (Освобождение от уголовной ответственности в связи с истечением сроков давности), в ст. 84 (Амнистия).

¹ Отчет о зарегистрированных преступлениях и результатах деятельности органов уголовного преследования за 12 месяцев 2011 года.

В УК Латвийской Республики нормы об освобождении от уголовной ответственности содержатся в трех статьях, в УК Литовской Республики - в шести статьях; в УК Кыргызской Республики – в четырех статьях, в УК Республики Узбекистан – в семи статьях. В УК стран дальнего зарубежья норм об освобождении от уголовной ответственности исключительно мало, а в некоторых странах и вовсе нет. Например, в УК Японии, Швеции таких норм не существует. Нет таких норм в УК Дании. В УК Швейцарии, Польши и ряда других европейских стран основанием для освобождения от уголовной ответственности является только истечение срока давности привлечения к уголовной ответственности.

В действующей редакции УК Республики Казахстан виды освобождения от уголовной ответственности предусмотрены в 7 статьях Общей части и в примечаниях 24 статей Особенной части. В соответствии с ними достаточно большое количество возбужденных дел прекращается в стадии предварительного расследования. Например, в 2011 году были прекращены по нереабилитирующим основаниям уголовные дела по 19851 преступлению², что составляет 9,6% от общего числа зарегистрированных преступлений. В связи с этим не следовало бы в проекте новой редакции УК увеличивать количество видов освобождения от уголовной ответственности, так как от этого могут пострадать интересы борьбы с преступностью в современный период, когда сложилась достаточно сложная криминогенная обстановка в стране.

В новой редакции УК следовало бы предусмотреть нормы, в которых необходимо сформулировать принципы уголовного права. В Уголовно-процессуальном кодексе Республики Казахстан, в кодексе Республики Казахстан об административных правонарушениях имеется немало норм, раскрывающих содержание тех или иных принципов для соответствующей отрасли права. Уголовное законодательство регулирует не менее важные общественные отношения и поэтому следовало бы в нем предусмотреть нормы о принципах уголовного права. Если в самом уголовном законодательстве будут сформулированы принципы уголовного права, то на них больше будет обращать внимание в процессе правотворческой и правоприменительной деятельности. Это особенно важно для лиц, занимающихся правоприменительной деятельностью. Полагаем, что необходимо в новой редакции УК не только сформулировать принципы, но также указать на то, что за их нарушение наступает ответственность. Это нужно потому, что нарушение принципов уголовного права влечет более серьезные отрицательные последствия, чем нарушение тех же принципов в других отраслях права. Например, в административном праве.

Статьи, в которых должны быть отражены принципы уголовного права, предлагаем поместить в УК под номерами 2-1, 2-2, 2-3 и т.д., так как принципы уголовного права тесно связаны с задачами уголовного законодательства. А задачи уголовного законодательства сформулированы в ст.2 УК.

В связи с этим, предлагаем следующие редакции новых статей УК:

«Статья 2-1. Принцип законности

1. Уголовно-правовые последствия совершенного лицом уголовного правонарушения определяются только настоящим Кодексом.
2. Применение уголовного закона по аналогии не допускается».

«Статья 2-2. Принцип справедливости

1. Наказание и иные меры уголовно-правового характера, применяемые к лицу, совершившему уголовное правонарушение, должны быть справедливыми, то есть

² Там же.

соответствовать характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного.

2. Никто не может нести уголовную ответственность дважды за одно и то же уголовное правонарушение».

«Статья 2-3. Принцип вины

1. Физическое лицо подлежит уголовной ответственности только за те общественно опасные действия (бездействие) и наступившие общественно опасные последствия, в отношении которых установлена его вина.

2. Объективное вменение в отношении физического лица, то есть уголовная ответственность за невиновное причинение вреда, не допускается».

«Статья 2-4. Принцип гуманизма

1. Уголовное законодательство Республики Казахстан, правоохранительные органы и суды обеспечивают охрану гуманистических основ гражданского общества и социального государства в Республике Казахстан, приоритетную защиту прав и свобод, безопасность человека.

2. Наказание и иные меры уголовно-правового воздействия, применяемые к лицу, совершившему преступление, не могут иметь своей целью причинение физических страданий или унижение человеческого достоинства и применяются в зависимости от характера и степени общественной опасности совершенного лицом преступления, тяжести ущерба, причиненного преступлением».

«Статья 2-5. Принцип экономии мер уголовной репрессии

1. Лицо привлекается к уголовной ответственности, если нет оснований для освобождения его от уголовной ответственности.

2. Более строгий вид наказания из числа предусмотренных за совершенное преступление назначается лишь в случае, если менее строгий его вид не сможет обеспечить достижение целей наказания».

«Статья 2-6. Принцип неотвратимости ответственности

Лицо, совершившее уголовное правонарушение, подлежит уголовной ответственности в соответствии с настоящим Кодексом».

«Статья 2-7. равенства всех перед законом

Все равны перед законом независимо от происхождения, социального, должностного и имущественного положения, пола, расы, национальности, языка, отношения к религии, убеждений, места жительства или по любым иным обстоятельствам».

«Статья 2-8. Ответственность за нарушение принципов

Нарушение принципов уголовного права карается в соответствии с законодательством Республики Казахстан».

Проблемы аутентичности уголовного законодательства Республики Казахстан на казахском и русском языках.

Слово «**аутентичность**» имеет греческий корень (др.-греч. «αὐθεντικός» - подлинный) и относится к правильности начал, свойств, взглядов, чувств, намерений. Аутентичность текстов означает соответствие текстов на разных языках друг другу по своему логическому содержанию.

Языки мира по устройству делятся на аморфные, флективные и агглютинативные.

Аморфными являются языки, не использующие суффиксов и приставок (например, китайский). Не зря основоположник казахской лингвистики, тюрколог Ахмет Байтурсынов назвал эту группу «түбіртек тіл» (корневые языки).

Флективными (от лат. «Flectivus» - гибкий) являются языки, имеющие устройство языка синтетического типа, при котором доминирует словоизменение при помощи флексий — формантов, сочетающих сразу несколько значений. Флективный строй противостоит агглютинативному, при котором каждый формант несёт только одно значение. А. Байтурсынов назвали их «қопармалы тілдер».

Классическими примерами флективных языков являются латинский, немецкий, русский, польский языки.

Агглютинативные языки (от лат. «agglutinatio» - приклеивание) - это тюркские, финно-угорские, монгольские, тунгусо-маньчжурские, корейский, японский, часть индейских и некоторые африканские языки. К агглютинативным языкам относился также и шумерский язык. По терминологии А.Байтурсынова они назывались «жалғамалы тіл».

Как мы видим, казахский и русский языки по устройству принадлежат к разным группам языков. Поэтому при переводе текстов от одного языка в другой, возникают некоторые трудности. Если эти нюансы не учитываются, то изменяется смысл текстов, что недопустимо в юриспруденции.

Например, берем словосочетание на казахском «Бұл Пәленшиннің істеген ісі болар шамасы». Если перевести буквально, то получится «Это, наверное, дело Паленшина». Но в контексте речь идет не о деле Паленшина, а о совершенном деянии Паленшина. При переводе этого предложения по смыслу вступают в дело вспомогательные слова русского языка и адекватный перевод выглядит так: «Это, наверное, дело рук Паленшина». Если вдруг этот перевод на русский вдруг будет переведен обратно на казахский некомпетентным специалистом буквально, то получится непонятное словосочетание на казахском языке: «Бұл, шамасы, Пәленшиннің қолдарының ісі болу керек».

Или, к примеру, предлог «в» при переводе означает добавление в корень слова суффиксов «-ға, -ге, -қа, ке» (барыс септігінің жалғаулары), но это в том случае когда глагол в винительном падеже. Кроме того, предлог «в» проявляется при переводе на казахский язык еще в двенадцати значениях.

В соответствии со ст. 21 Закона РК «О нормативно-правовых актах» от 24.03.1998 N 213-І, «проект нормативного правового акта на бумажных и электронных носителях вносится в Мажилис на государственном и русском языках».

Дополнительное постановление Конституционного Совета Республики Казахстан №3 от 23 февраля 2007 года об истолковании постановления Конституционного Совета Республики Казахстан от 8 мая 1997 года N 10/2 "Об обращении Президента Республики Казахстан о соответствии Конституции Республики Казахстан представленного на подпись Президенту Республики Казахстан Закона Республики Казахстан "О языках в Республике Казахстан", принятого Парламентом Республики Казахстан 12 марта 1997 года" гласит:

Равенство в употреблении казахского и русского языков означает также равную юридическую значимость текстов нормативных правовых актов на казахском и русском языках.

Как следует из постановления Конституционного Совета от 14 февраля 2007 года N 2 "О проверке Закона Республики Казахстан "О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам адвокатуры" на соответствие Конституции Республики Казахстан", в случае, **если несоответствие текстов на казахском и русском языках искажает концептуальное содержание правовой нормы и делает невозможным ее однозначное понимание, такая норма, исходя из пункта 2 статьи 7 Основного Закона, может быть признана в установленном порядке не соответствующей Конституции**». Также в п.2 данного постановления говорится: «Конституционная норма о том, что в государственных организациях и органах местного самоуправления наравне с казахским официально употребляется русский язык, **не означает наделение последнего статусом второго государственного языка**»³.

В нашем правоприменении и правопонимании такие противоречия в официальных текстах уголовного, уголовно-процессуального и др. кодексов и законов имеются, и не в малом количестве. Но остается непонятным тот факт, что на это не обращают внимание официальные органы в лице Парламента, Суда, Прокуратуры и др. Нам не посчастливилось быть свидетелями официальных процедур по устранению таких противоречий за последние пятнадцать лет, со дня принятия Уголовного кодекса (далее УК) и Уголовно-процессуального кодекса (далее УПК) РК. Порой мы оказываемся в курьезных ситуациях. Так, например, подпункты 22 и 23 п.3 Закона РК от 05.05.2000 N 47-2 "О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам борьбы с преступностью" гласят:

«Внести изменения и дополнения «В Уголовный кодекс Республики Казахстан от 16 июля 1997 г.:

22) в статье 165 слова "государственной тайны" заменить словами "государственных секретов";

23) в статье 166 слова "государственную или военную тайну" заменить словами "государственные секреты"».

Суть официального текста на русском языке означает изменить терминологию «государственные тайны» на термин «государственные секреты», так как к тому моменту Республика Казахстан имела закон «О государственных секретах», а на

³ "Юридическая газета" от 1 марта 2007 года N 32 (1235); "Казахстанская правда" от 3 марта 2007 года N 35 (25280).

казахском языке оба термина обозначались одним и тем же словосочетанием - «мемлекеттік құпия». Но, несмотря на такую трудноразрешимую ситуацию, официальный текст на государственном языке вышел из путаницы легко, изменяя только склонения по падежам, не обращая внимания на суть термина. При любом раскладе речь не должна идти о переводе текстов, так как в соответствии с законом «О нормативно-правовых актах», ни один из текстов не наделен статусом «оригинала». Но на практике мы имеем дело с переводом законодательных актов, что корне противоречит закону.

Несоответствия текстов уголовного, уголовно-процессуального и уголовно-исполнительного кодексов на государственном и русском языках можно классифицировать следующим образом:

- 1) Неправильная терминология;
- 2) Несоответствие, связанное с множественным и единственным числами существительных;
- 3) Несоответствие текстов в связи с отсутствием грамматической категории рода на казахском языке;
- 4) Несоответствие смыслового содержания терминов в официальных текстах;
- 5) Использование нескольких терминов – синонимов вместо одного;
- 6) Неуместное использование термина, т.е. в одном официальном тексте имеющийся термин используется правильно, в другом – нет;
- 7) Использование непонятных оборотов в тексте на государственном языке;
- 8) Несоответствие из-за отсутствия в одном официальном тексте того, что имеется в другом;
- 9) Несоответствие в связи с неправильными падежными окончаниями.

1. Неправильная терминология. Например, не всегда правильно используется термин «уголовный». На протяжении многих лет считалось, что нет ничего предосудительного в использовании термина «уголовный» как «қылмыстық» (в буквальном смысле - преступное) на казахском языке во всех случаях и вариациях. Но практика показывает обратное. Так, на русском языке есть словосочетание «уголовное преступление», которое можно перевести как «қылмыстық қылмыс», что является тавтологией. Более того, термин «уголовный» в русском языке имеет отношение как к преступлению, так и к наказанию, а на казахском языке, как указывалось выше, термин «уголовный» переводится как «қылмыстық» и употребляется только относительно к преступлениям.

Названия нескольких кодексов связано с термином «уголовный». Прилагательное «уголовный» было введено в правовой лексикон в последней четверти XVIII века. Его происхождение является двояким: с одной стороны, оно восходит к юридическим памятникам Древней Руси, употреблявшим такие термины, как «голова» (убитый человек), «головник» (убийца), «головщина» (убийство), «головничество» (вознаграждение родственникам убитого), с другой стороны — к латинскому прилагательному *capitalis* (от *caput* — голова, человек, индивидуум), которое в римском праве входило в названия наиболее суровых видов наказаний, связанных со смертной казнью, лишением свободы или римского гражданства.

В большинстве языков мира название правовой отрасли, регулирующей отношения, связанные с совершением преступлений, происходит от слов «преступление» (например, в англоязычных странах — *criminal law*, от англ. *crime*) или «наказание» (в Германии — *Strafrecht*, от нем. *Strafe*, в Турции - *ceza hukuku*).

На казахском языке термины «қылмыстық құқық» или «қылмыстық кодекс» связаны также с преступлением. Но на наш взгляд, неуместным является использование термина «қылмыстық» в отношении Уголовно-исполнительного кодекса. На сегодняшний день название Уголовно-исполнительного кодекса (далее УИК) на

казахском языке выглядит как «Қылмыстық-атқару кодексі». Парадоксальным является тот факт, что в буквальном смысле оно переводится как «Преступно-исполнительный кодекс». Осознавая, что в УИК отражены нормы, регулирующие исполнение наказания, его название (и содержание) не вызывает ни у кого сомнений с точки зрения адекватности терминов.

Так же, в качестве примера неправильного, неадекватного перевода можно привести термин «ұрлау». Официальный текст УК РК на государственном языке разделяет термины «ұрлау» и «ұрлық», и рассматривает по отдельности, т.е. первый используется как «хищение», а второй как «кража». Но неурядицы и путаницы возникают уже в примечании ст. 175 УК РК. Если ст. 175 УК РК гласит: «Ұрлық, яғни бөтен мүлікті жасырын ұрлау», а в примечании, имея ввиду формы хищения, используется термин «ұрлық», т.е. кража.

Очередная путаница возникает и при рассмотрении других форм хищений: «177-бап. Алаяқтық. Алаяқтық, яғни бөтен мүлікті ұрлау немесе бөтен мүлікке құқықты алдау немесе сенімге қиянат жасау арқылы алу», «178-бап. Тонау. Тонау, яғни бөтен мүлікті ашық ұрлау».

2. Несоответствие, связанное с множественным и единственным числами существительных. Например, текст ст. 157 УК РК на государственном языке гласит: «Басқыншылық соғысты тұтандыруға насихат жүргізу және **жария түрде шақыру**», а на русском языке звучит: «Пропаганда и **публичные призывы** к развязыванию агрессивной войны», т.е. в диспозиции на казахском языке указано совершение лишь одного деяния (**жария түрде шақыру**), а на русском языке отражены несколько однородных деяний (**публичные призывы**).

Несоответствие текстов такого же характера встречается в диспозициях статей 170, 233-1, 241 УК РК.

3. Несоответствие текстов в связи с отсутствием грамматической категории рода на казахском языке. В связи с отсутствием грамматической категории рода на казахском языке, текст на государственном языке не уточняет половую принадлежность потерпевших. Так, например, ч. 1 ст. 120 УК РК гласит «Изнасилование, то есть половое сношение с применением насилия или с угрозой его применения к **потерпевшей** или к другим лицам либо с использованием беспомощного состояния потерпевшей», а в тексте на государственном языке такого уточнения нет, что привело к дублированию деяний в двух составах преступлений (ст.ст. 120 и 121 УК РК).

4. Несоответствие смыслового содержания терминов в официальных текстах. В некоторых случаях законодатель в разных текстах использует термины, не совпадающие по смысловому содержанию, т.е. содержание одного термина будет шире другого. Например, в ст. 259 УК РК используются не совпадающие друг с другом термины, т.е. «приобретение» - «сатып алу» (покупка), «сбыт» - «сату» (продажа). Хотя указанные понятия охватывают друг друга, но не являются адекватными и по смыслу оказывается один шире, другой – уже. Та же участь постигла ст.ст. 28, 143, 158, 183, 183-1, 184, 206, 207, 208, 247, 251, 263, 265, 290, 323, 325 УК РК.

5. Использование нескольких терминов – синонимов вместо одного. Например, термин «показание» варьируется по-разному в ст.ст. 119, 238 УПК РК как «айғақ», а в ст. 347 УК РК как «жауап».

Также, «Квалификация преступлений»: в ст.40 УПК РК – «қылмысты саралау», в ст.287 УПК РК – «қылмысты дәрежелену»
«Примирение»: в ст.67 УК РК – «татуласу», в ст. 37 УПК РК – «ымыраласу», в ст. 340 УПК РК – «бітімге келу», в ст.32 УПК РК «бітісу».

«Мера пресечения»: в гл. 18 УПК РК – «бұлтартпау шарасы», в ст.64 УПК РК - «жолын кесу шарасы», в ст.66 УПК РК - «қылмыстың жолын кесу».

«Свидетель»: в ст. 82 УПК РК «куә», в ст 286 УПК РК - «куәгер».

«Понятой»: в ст. 86 УПК РК - «куәгер», в ст. 222 УПК РК - «куә».

Случай с понятым и свидетелем порождает путаницу не только в терминологическом плане.

6. Неуместное использование термина, т.е. в одном официальном тексте используется имеющийся термин правильно, в другом – нет. Например, последний уголовный закон отказался от термина «убийство по неосторожности», так как в соответствии со ст. 96 УК РК, убийство может совершаться только умышленно. Несмотря на это, законодатель в официальном тексте на государственном языке использует такое словосочетание (ст. 101 УК «Абайсызда кісі өлтіру»), в то время как должно быть «Абайсызда қаза келтіру»).

7. Использование непонятных оборотов в тексте на государственном языке. Например, ст. 162 УПК РК гласит: «Қылмыстық процесте... есі кіресілі-шығасылы адамның тікелей қылмысымен немесе қоғамға қауіпті әрекетімен келтірілген мүліктік және моральдық зиянды өтеу туралы... азаматтық талаптары қаралады». В буквальном смысле переводится как: «В уголовном процессе рассматриваются гражданские иски о возмещении имущественного и морального вреда, причиненного непосредственно **преступлением невменяемого** или общественно опасным **деянием невменяемого**», т.е. деяния вменяемых лиц остаются за пределами данной нормы. На наш взгляд, эта норма должна выглядеть следующим образом: «Қылмыстық процесте... тікелей қылмыс арқылы немесе есі дұрыс емес адамның қоғамға қауіпті әрекеті арқылы келтірілген мүліктік және моральдық зиянды өтеу туралы... азаматтық талаптары қаралады».

Также, в п. 6 ч. 1 ст. 50 УПК законодатель включил в текст лишнее слово - союз «не» (либо), из-за чего предложение по смыслу разделилось на две части и оказалось непонятным.

8. Несоответствие из-за отсутствия в одном официальном тексте того, что имеется в другом. Например, в тексте ч. 5 ст. 327 УПК не обнаруживается адресат. В диспозиции сказано «материалдар жібереді» (направляет материалы), а адресат, кому направляются материалы, не указан, но это «упущение» исправляет официальный текст на русском языке, где указан адресат, т.е. «прокурор».

В соответствии с текстом на государственном языке ч. 2 ст. 326 УПК РК, **судебный пристав** объявляет: «Суд идет», а в соответствии с текстом на русском языке «**судебный пристав, а в отсутствие него - секретарь судебного заседания**» делает такое объявление.

9. Несоответствие в связи с неправильными падежными окончаниями. Например, ст. 175 УК на государственном языке гласит: «Ұрлық, яғни бөтен мүлікті жасырын ұрлау». При составлении текста «бөтен мүлікті» не вставлены падежные окончания и в буквальном смысле означает «иного имущества». После исправления падежных окончаний (ілік септігі) должно быть «бөтеннің мүлкін» (чужого имущества).

Все эти несоответствия текстов, ошибки при составлении возникают не из-за бедности того или иного языка, а из-за легкомысленного отношения к текстам законов на государственном языке официальных и ответственных за осуществление соответствующих процедур лиц. Привлеченные неквалифицированные специалисты не

смогли использовать даже имеющиеся термины. Однако, главным негативным результатом подобного легкомыслия является фактическое существование **двух параллельных правовых систем** в Казахстане – на казахском и на русском языках.

Весь лексикон Шекспира составляет около пятнадцати тысяч слов, столько же слов составляет, как говорят литературоведы, лексикон произведений Байрона и Маяковского, а количество употребленных слов в одном только произведении Мухтара Ауэзова «Абай жолы» («Путь Абая») составляет шестнадцать тысяч девятьсот восемьдесят три слова.

Согласно требованиям действующего законодательства и мировой практике законотворчества, законопроекты должны готовиться на государственном языке. Наша задача заключается в использовании богатства языка (в частности, государственного) в полном объеме при составлении терминов и текстов закона, тем самым обеспечивая точность, адекватность и аутентичность.

К вопросу об оценочных понятиях Общей части Уголовного кодекса

Использование **оценочных понятий** как прием законодательной техники известен юриспруденции на протяжении всей ее истории. Сам термин «**оценочные понятия**» впервые был введен в научный оборот в 1956 г. профессором С.И. Вильнянским. Однако основной интерес к ним проявился лишь после издания в 1963 г. монографии **В.Н. Кудрявцева** «Теоретические основы квалификации преступлений».

Оценочные понятия в уголовном законодательстве всегда были, есть и будут в дальнейшем, без них при формировании уголовно-правовых норм законодателю не обойтись. Например, количество уголовно-правовых норм с оценочными понятиями в **УК РСФСР 1922 г.** достигала более **40%**, а в **УК РСФСР 1926 г.**, который действовал в один из самых драматичных и тяжелых периодов истории СССР, оценочные понятия содержались почти в **70%** уголовно-правовых норм. Такая тенденция объяснима для данного исторического периода, когда правящая партия и класс использовали уголовный закон с целью избавления от нежелательных элементов.

Любой современный Уголовный кодекс изобилует оценочными понятиями. Если подсчитать оценочные признаки **Общей части действующего УК РК**, то, по моим подсчетам, их не более трех десятков.

В законодательстве среди ученых нет единства при наименовании оценочной лексики, для определения которой используются такие обозначения как: «*термины*», «*признаки*», «*категории*», «*выражения*», «*понятия*» и другие. До сих пор отсутствует и устоявшееся определение оценочного понятия, не решен вопрос о месте и способе конкретизации таких понятий.

В действующем **УК РФ** насчитывается **160** разновидностей оценочных понятий, которые включены в содержание **260** статей. Доля использования оценочных понятий в российском уголовном законе составляет **72%**, что на **15%** больше, чем в **УК РСФСР 1960 года**.

В немецком уголовном законе содержится около **150** разновидности оценочных понятий (в **Общей части** - около **50**, а в Особенной части - около **100**). Из **358** параграфов оценочные понятия употребляются в **230** параграфах **УК ФРГ (65%)**.

В тексте законоположений **УК Франции** использована всего **31** разновидность понятий, имеющих оценочный характер, из **648** статей **78(12%)** сконструированы при помощи оценочных понятий.

Следует отметить, что законодатели **Германии и Франции** пошли по разному пути использования оценочных понятий. Если в **УК Франции** законодатель использует казуистический способ изложения уголовно-правовых норм, перечисляя в тексте закона все, по его мнению, возможные варианты признаков уголовно-наказуемого деяния, то в **УК ФРГ** законодатель не формализует большую часть уголовно-правовых норм.

Что касается проекта новой редакции **УК РК**, то в **Общей части** насчитывается порядка **40** разновидностей оценочных понятий, которые включены в содержание более **100** статей. В проекте новой редакции **УК РК** появилось много новых для

уголовного законодательства понятий, терминов и правовых положений, что предопределяет необходимость их специального научного осмысления. Поэтому **проект новой редакции УК РК**, к сожалению, далеко от совершенства в части использования оценочных понятий.

Вообще оценочные понятия должны использоваться в уголовном законе по принципу крайней необходимости — лишь в том случае, когда без них невозможно обойтись.

Обилие в законе оценочных понятий может свидетельствовать, в частности, о низком научном уровне подготовки **УК** вообще или его отдельных положений.

Поэтому в современной науке уголовного права одним из наиболее актуальных вопросов применительно к оценочным понятиям является проблема их конкретизации.

Если же обратиться к изучению опыта конкретизации оценочных понятий в **УК Республики Беларусь и Украины**, то анализ **УК РБ** показал, что законодателем удачно применены такие способы, как введение в Общую часть специальной нормы, включающей в себя разъяснения оценочных понятий, и использование примечаний к разделам, главам и статьям Особенной части. Примечания, предваряющие главы и разделы уголовного закона, позволяют установить общие критерии для оценочных понятий, наиболее часто встречающихся в одном и том же разделе или главе УК. В тех случаях, когда в той или иной статье УК содержится разновидность оценочного понятия, не являющаяся распространенной, то его критерии можно установить в примечании к этому законоположению.

Изучение **УК Украины** показало, что украинский законодатель использовал ограниченный круг способов конкретизации оценочных понятий - конкретизацию в примечаниях к конкретным статьям Особенной части УК, либо закрепление критериев в тексте самой статьи. По нашему мнению, этот путь предупреждения ошибок толкования оценочных понятий не является достаточно эффективным.

На основе анализа различных точек зрения предлагается непосредственная конкретизация, которая осуществляется путем формулировки критериев оценочных понятий применительно к главам и разделам уголовного закона, в которых указанные понятия содержатся.

Проблема недостаточной унификации основных понятий в Общей части УК РК отчетливо проявляется при анализе ряда фундаментальных понятий, даже таких как **"преступление"** и его **"общественная опасность"**.

Здесь интересно сопоставить уголовно-правовое и криминологическое определения понятия **«преступление»**.

Согласно ч. 1 ст. 9 УК РК **"Преступлением признается совершенное виновно общественно опасное деяние (действие или бездействие), запрещенное настоящим Кодексом под угрозой наказания. Применение уголовного закона по аналогии не допускается.** Из данного определения вытекает, что преступление характеризуют следующие признаки: **общественная опасность, противоправность, виновность и наказуемость.**

Так, криминологами оно в целом трактуется как противоправный способ разрешения противоречия между интересами индивида и интересами общества, который расценивается как общественно опасный потому, что его реализация

противодействует функционированию общества как определенной социальной целостности⁴.

Отсюда следует, что реальную опасность для общества представляет не единичное противоправное деяние, а их совокупность, называемая преступностью.

Во всех науках криминального цикла стало традиционным рассмотрение соотношения понятий «**преступление**» и «**преступность**» в категориях общего и единичного, исходя из предположения, что конкретное **преступление** — это единичное (отдельное), виды **преступлений** — особенное, а преступность — общее.

Однако в действительности именно такой подход, представляющийся самим собой разумеющимся, и затрудняет адекватное восприятие этих понятий.

На наш взгляд, представления о преступности как сумме преступлений (**преступность** — общее понятие, **преступление** — единичное) и как социальном явлении логически несовместимы.

Теория уголовного права, исходит из той посылки, что реально существуют только отдельные **преступления**. По представлениям криминологии определенное количество **преступлений** образует новое социальное явление — **преступность**, которая, приобретая свойства (массовость, историческая изменчивость и т.п.), не присущие отдельным **преступлениям**, уже имеет системный характер.

Иной подход к толкованию понятия «**преступность**» закреплен в уголовно-правовых нормах. Так, указывая принципы и объем действия Уголовного кодекса РК, называя признаки преступного деяния, законодатель оперирует понятиями «**преступность**», «**наказуемость**». При этом он использует понятие именно **преступности**, а не противоправности деяния, чтобы подчеркнуть криминальную направленность такового. В данном терминологическом подходе проявляются оценочный смысл и характер рассматриваемой категории.

Очевидно, заслуживает внимания и зарубежный опыт законодательного и правоприменительного подхода к определению понятия «**преступление**». Это понятие является основным в любой правовой системе, но оно не всегда формулируется в тексте уголовного закона или иного нормативного акта многих зарубежных стран.

Так, в уголовном праве **Великобритании и Франции** законодательное определение преступления вообще отсутствует и дается только в судебных решениях либо в доктринальных трудах. В большинстве **УК штатов США** и в **УК ФРГ** закреплено формальное определение преступления как деяния, запрещенного нормами права под угрозой наказания. Например, **УК ФРГ** (в ред. 1975 г.) устанавливал, что преступлением является противоправное деяние, за которое предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок от одного года и свыше.

В **США** есть много уголовно-правовых теорий, определяющих понятие преступления, но классическим считается определение профессора П. Таппена: «**Преступление — это намеренное действие или бездействие, нарушающее нормы уголовного права, совершенное при отсутствии обстоятельств, освобождающих от ответственности или наказания, и наказуемое государством**»⁵.

⁴ См.: Хахряков Г.Ф. Криминология. — М., 1999. — С. 161.

⁵ Tappan P. Crime, Justice and Correction, N. V., London, Toronto, 1960. P. 10.

Изложенное выше дает возможность отразить наше видение трактовки понятия преступления, предлагая следующую ее редакцию: «**Преступление — виновное совершение противоправного деяния, признаки которого приведены в УК РК**».

Возвращаясь же к анализу толкования понятия «преступление», закрепленного в **ст. 9 УК РК**, надо еще раз отметить недостаточную конкретность многих определений, терминов, формулировок, связанных с этим ключевым элементом системы уголовного права.

Правоведами понятие «**преступление**» трактуется как «предусмотренное **УК РК** в таком качестве отношение лица, выразившееся в виновном совершении им опасного для личности, общества или государства запрещенного деяния». Однако понятия «**личность**», «**общество**», «**государство**» в уголовном законе не конкретизированы (не формализованы). Это выглядит весьма странным в современных социально-экономических, политико-идеологических, духовно-нравственных и морально-правовых условиях, потребовавших создания нового Уголовного кодекса, основанного на принципах идеологии приоритета правовой защиты личности.

В соответствии с рассмотренными пробелами предлагаются следующие решения. **Во-первых**, предлагается объединить оценочные понятия по критериям в группы, дабы не иметь разрозненного вида и создать систему. С помощью предварительной классификации можно добиться такого результата: «на основе анализа статей УК РК можно выделить, например, группу, охватывающую большинство оценочных понятий, - это признаки, обозначающие ту или иную разновидность **вреда (ущерба): "тяжкие последствия", "существенный вред"** и т.д. К другим группам можно отнести, например, признаки, характеризующие насильственный способ совершения преступления и др. После этого необходимо уточнение оценочных понятий внутри каждой отдельной группы.

Во-вторых, необходимо установить более определенные критерии оценочных понятий, то есть по возможности совершить корректировку уголовного закона.

В заключение следует отметить, что наличие оценочных понятий неискоренимо, но задача законодателя минимизировать максимально широкое толкование этих законов, принять для этого необходимые меры. Невозможно создать идеальную законодательную базу, в связи с динамичным развитием разных сторон жизни, но необходимо свести на нет непрофессионализм судей, пробелы в законодательстве путем мониторинга на предмет выявленных противоречий и проблем.

ХАВРОНЮК Н. И.
Директор по научному развитию Центра политико-правовых реформ,
заслуженный юрист Украины, профессор кафедры уголовного права и
криминологии Киевского национального университета имени Тараса
Шевченко, д.ю.н.

Проблемные вопросы освобождения от уголовной ответственности и наказания

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

Известным является высказывание Чезаре Беккариа о том, что «по мере смягчения наказаний милосердие и прощение становятся всё менее необходимыми».

Прежде чем далее расширять указанные основания, следует тщательно изучить судебную статистику и установить, каков процент лиц, совершивших преступления, был освобожден от уголовной ответственности и наказания и по каким основаниям, каков процент среди освобожденных лиц, вновь совершивших преступления и т.д. Иначе Фемида может задохнуться от гуманизма.⁶

Уголовный закон должен предусматривать средства дифференциации, в том числе и исключительного характера.

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

Вот данные за 2010 г. по Украине: из принятых 910 судебных решений по ст. 368 УК Украины («Получение взятки») 126 – это решения об освобождении от ответственности (в т.ч. 67 – с передачей взятчика на поруки (!)), а по 774 обвинительным приговорам 648 лица освобождены от наказания. К лишению свободы осуждено 96 лиц, к другим видам наказания – 30. Из 910!!! Как можно бороться с коррупцией при таком подходе?

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

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

Но все ли эти средства имеют право на существование и действительно ли являются необходимыми, особенно с учетом постепенной гуманизации, смягчения видов и

⁶ Лепина Марина. Фемида задохнется от гуманизма. Реформа уголовного законодательства может привести к перегрузке судебной системы // http://mn.ru/accident_court/20120329/314417931.html

уменьшения размеров имеющихся наказаний? В чем смысл вовсе освобождать фактического преступника от уголовной ответственности, если есть возможность применить к нему штраф или поставить его под пробационный контроль? Такой «смысл» может быть порождением или коррупции, или вседозволенности (всепрощеньства).

В Украине освобождение от уголовной ответственности, особенно за преступления небольшой тяжести, стало **слишком** распространенным явлением.

Но при этом:

- не происходит государственное осуждение лица, совершившего преступление (не постановляется обвинительный приговор суда, хотя лицо не реабилитируется),
- не применяется наказание, то есть лицо освобождается от возложения на него любых утрат и ограничений личного, имущественного и иного характера;
- лицо считается не имеющим судимости – со всеми вытекающими из этого последствиями.

В результате фактическая преступность не уменьшается, а ее официально документируемый уровень «регулируется» с помощью различных манипуляций – изменение правил ведения статистического учета, увеличение размера предмета мелкой кражи и т.д.

Но даже официальная судебная статистика свидетельствует, что закрепленная в уголовном законе чрезвычайно широкая дифференциация уголовной ответственности на практике ничем не сдерживается и применяется также в очень широких масштабах, а некоторые из положений уголовного закона, которые должны были бы рассматриваться как исключения, превратились в правило.

Из каждых 100 человек, представших перед судом, 15 освобождаются судом от уголовной ответственности – чаще всего в связи с деятельным раскаянием, примирением виновного с потерпевшим, изменением обстановки или передачей на поруки.

Из оставшихся 85 человек 45 освобождаются от наказания (статистически подтверждено, что от уголовного наказания освобождаются в том числе 25% лиц, осужденных за особо тяжкие преступления), в отношении еще восьми применяется более мягкое наказание, чем предусмотрено санкцией статьи.

Из оставшихся 32 (из которых 20 отбывают лишение свободы, а 12 – иной вид наказания) – подавляющее большинство (к сожалению, эта статистика специально не ведется) освобождается от дальнейшего отбывания наказания в связи с помилованием, амнистией, условно-досрочно и по другим основаниям.

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

Исходя из изложенного ПРЕДЛАГАЮ, КАК МИНИМУМ, пересмотреть положения некоторых статей проекта УК Республики Казахстан. Речь идет о следующем.

1) Следовало бы конкретизировать положения ст. 68 проекта УК таким образом, чтобы исключить коррупционные риски и определить точную совокупность условий, при которых суд может освободить лицо от уголовной ответственности **в связи с деятельным раскаянием**.

В настоящее время текст статьи пестрит оценочными признаками:

- «с учетом личности виновного и его поведения»,
- «состоявшееся исправление виновного», «добровольная явка с повинной» (кстати, а

разве может быть явка с повинной не добровольной?),
- «способствование раскрытию или расследованию уголовного правонарушения»,
- «заглаживание вреда» (ч. 1),
- «активное способствование» (ч. 2), «добровольное способствование» и, наконец, просто «способствование» (ч. 3).

Если уж и применять подобные формулировки (что не исключено в обществах, где традиционным является принцип безусловного доверия к судьям), то лишь в отношении преступлений небольшой тяжести и проступков, а также, возможно, неосторожных преступлений средней тяжести. Особенно это касается положений ч. 1 ст. 68.

2) Сомнительной является целесообразность освобождения от уголовной ответственности **при превышении пределов необходимой обороны** вследствие страха, испуга или замешательства, вызванного *общественно опасным* посягательством, а также вследствие внезапности нападения, – независимо от тяжести наступивших последствий (ст. 69).

По нашему мнению, жизнь человека должна быть настолько ценной, что позволить кому-либо безнаказанно убить другого лишь по причине собственного испуга или замешательства – вряд ли может быть гуманностью.

Подобные положения закона могут инспирировать случаи самочинной расправы над тем, кто был столь милостиво освобожден государством от уголовной ответственности.

К тому же общественно опасным посягательством может быть и проступок – ведь он, согласно положению ст. 10 проекта УК, также является общественно опасным, хотя и не представляет *большой* общественной опасности.

3) Сверхгуманными выглядят, а на самом деле являются подстрекательскими, положения ст. 70 проекта УК:

«Лицо, совершившее проступок или преступление небольшой или средней тяжести, не связанное с причинением смерти, **подлежит освобождению** от уголовной ответственности, если оно примирилось с пострадавшим, в том числе в порядке медиации, и заладило причиненный вред».

Они могут увеличить количество случаев семейного насилия – ведь тот, кто совершает насильственные преступления в отношении членов своей семьи, в подавляющем большинстве случаев уверен, что ему удастся примириться с пострадавшими и заладить причиненный вред.

Эти положения – согласно ч. 2 ст. 70 – могут стать своеобразной индульгенцией для некоторых категорий лиц (несовершеннолетних и др.), которых закон как бы поощряет: «Главное, никого не убей; во всех других случаях ты *подлежишь* освобождению от уголовной ответственности, если примиришься с потерпевшим и заладишь причиненный вред».

А как рассуждает подросток? Часто именно так: «Пострадавший меня, конечно, простит, потому что папа (мама) ему заплатит».

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

(«Лицо, впервые совершившее проступок либо впервые совершившее преступление небольшой или средней тяжести или тяжкое преступление, не связанное с причинением смерти или тяжкого вреда здоровью человека, за совершение которого

соответствующей статьей или частью статьи Особенной части настоящего Кодекса **предусмотрено наказание в виде штрафа**, может быть освобождено судом от уголовной ответственности с установлением поручительства»).

А если **только** штраф, то почему бы его не взыскать с того, кто хотя бы и впервые, но совершил кражу или поджог? В чем проблема? Если штраф велик, его можно рассрочить или уменьшить, даже до определенного минимума. Но совсем освобождать от его уплаты – ошибочно.

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

5) Как и положения статьи 68, неконкретными являются положения ч. 1 статьи 74 проекта УК.

Слишком субъективным и расплывчатым является понятие «вследствие изменения обстановки совершенное **деяние перестало быть общественно опасным**».

Часто в литературе приводятся одни и те же примеры: отменено чрезвычайное положение, или незаконная порубка леса осуществлялась на участке, подготовленном к проведению мелиоративных работ, или к моменту привлечения к уголовной ответственности лицо, совершившее преступление, призвано на военную службу.

Так можно продолжить этот ряд: шрамы заросли, стресс от изнасилования забылся, вместо украденной куплена новая вещь – во всех этих случаях обстановка ведь изменилась?

Но разве в этом случае совершенные кража, изнасилование или телесное повреждение перестают быть общественно опасными? Разве они по истечении относительно короткого времени перестают быть кражей, изнасилованием и телесным повреждением? Ведь речь идет вовсе не о декриминализации деяния! И не об истечении сроков давности!

При такой чрезвычайной абстрактности нормы совершенно непонятным является возможность ее распространения не только на проступки и преступления небольшой тяжести, но и на преступления любой степени тяжести.

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

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

С другой стороны. В пункте 12 Концепции говорится о целесообразности «полной отмены условно-досрочного освобождения либо увеличения сроков, при наступлении которых предоставляется возможность условно-досрочного освобождения для лиц,

совершивших преступления сексуального характера в отношении несовершеннолетних, совершивших преступления террористического характера или преступления, носящие признаки экстремизма и иные особо тяжкие преступления».

В пункте 18 Концепции также предусмотрено дополнить Общую часть Кодекса положениями, которые предусматривают неприменение меры наказания в виде лишения свободы к лицам, совершившим отдельные, в том числе экономические, преступления и добровольно возместившим в полном объеме имущественный ущерб».

Но такой подход предлагается считать «недопустимым к преступлениям, представляющим большую общественную опасность, в том числе преступлениям террористического характера, коррупционным преступлениям, преступлениям, совершенным в составе организованных преступных групп и другим тяжким деяниям».

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

1) подобные устремления противоречат принципу равенства всех перед законом. Лица, осужденные за особо тяжкие преступления, должны иметь такое же право на условно-досрочное освобождение, как и лица, осужденные за иные преступления.

Ведь грань между особо тяжкими и тяжкими преступлениями на самом деле неопределенна, субъективна. Бывает, что одно и то же преступление при определенной конъюнктуре в течение одного–двух лет признается особо тяжким, затем тяжким, а после – вновь особо тяжким. Разными являются и преступления сексуального характера в отношении несовершеннолетних. Ведь нельзя ставить на один уровень такие разные преступления сексуального характера, как изнасилование малолетнего и эксгибиционистские действия в присутствии малолетнего, изнасилование семнадцатилетней девушки ее взрослым педагогом и половое сношение лица, едва достигшего шестнадцатилетнего возраста, с лицом, заведомо не достигшим шестнадцатилетнего возраста.

Во-вторых, эти положения пункта 12 противоречат положениям пункта 10 Концепции, о том, что «закон должен предусматривать гибкие механизмы, дающие возможность членам преступных формирований для отказа от преступной деятельности, взамен на смягчение либо освобождение от ответственности. При этом критериями при таком смягчении либо освобождении могли бы являться сотрудничество со следствием, изобличение преступной деятельности преступных формирований и их членов».

Таким образом, лица, совершившие преступления террористического характера или преступления, носящие признаки экстремизма и иные особо тяжкие преступления, но отказавшиеся от дальнейшей преступной деятельности, сотрудничающие со следствием и т.д., **будут обмануты в своих ожиданиях**, участники организованных преступных групп не станут идти на компромиссы со следствием...

В-третьих, поддерживаю высказанное Л.В. Головкиным мнение о том, что подобный подход **лишает определенных лиц каких-либо стимулов к надлежащему поведению**, а полный отказ от условно-досрочного освобождения по делам о тяжких преступлениях приводит к постоянному **накоплению** наиболее опасных осужденных в местах лишения свободы. Все это резко повышает напряженность в местах лишения свободы и само по себе чревато опасными для общества последствиями.

Наказание и иные меры уголовно-правового воздействия

Наказание является самой острой реакцией государства на совершенное преступление и, наверное, поэтому данному институту уголовного права, наряду с понятием преступления уделяется огромное внимание в специальной литературе. Интересно то, что законодательное определение наказания впервые дается в действующем Уголовном кодексе Республики Казахстан (далее – УК РК). В литературе отмечается, что за некоторым исключением, уголовные кодексы стран СНГ и Прибалтики дают законодательное определение сущности и содержания наказания, и практически везде дефиниции совпадают⁷.

В советский период развития уголовного права в результате длительных дискуссий был сделан вывод, что кара не является целью наказания а она является «сущностью, неотъемлемым свойством наказания. Кара в этом смысле заключается в лишении осужденных тех или иных благ..»⁸.

Как отмечается в литературе понятия «кара» и «наказание» близки по значению, но не тождественны. Существительное «кара» произошло от глагола «корить» - укорять, упрекать, порицать, позорить кого-то за что-то, и в своем первоначальном и истинном значении как существительное означало «осуждение», «порицание», «упрек», т.е. негативную оценку

Существительное «наказание» производно от глагола «наказать» - в значении «давать наказ, приказ, приказывать строго, повелевать, предписывать, велеть определенному лицу (лицам) вести себя определенным образом»⁹.

В результате этимологического анализа кары и наказания делается вывод о том, что кара в уголовном праве – это не месть, возмездие или требование ужесточения санкций, а цивилизованная мера справедливости, проявляющаяся в применении к лицу, виновному в совершении преступления, предусмотренных уголовным законом неблагоприятных для него последствий (осуждение и, при необходимости , тех или иных правоограничений за то, что это лицо совершило, и в меру того, что оно совершило в целях обеспечения торжества справедливости, исправления виновного и предупреждения новых преступлений

Действительно, мы считаем, что необходимо показать в законе содержание наказания какой является кара, а принуждение это форма реализации наказания.

Согласно ч.2 ст.38 наказание применяется в целях восстановления социальной справедливости, а также исправления осужденного и предупреждения совершения новых преступлений как осужденным, так и другими лицами. Как видим, закон называет четыре цели наказания:

- 1) восстановление социальной справедливости;
- 2) исправление осужденного;

⁷ См.: Кругликов Л.Л. Сравнительный анализ института наказания по уголовным кодексам стран СНГ и Прибалтики // Вестник Московского ун-та. Сер. 11, Право. 2003. №5. – С.70.

⁸ Полубинская С.В. К вопросу о целях наказания – В сб.: Проблемы совершенствования уголовного закона. М. – С.100.

⁹ См.: Дуюнов В.К. Наказание в уголовном праве России – принуждение или кара?// Государство и право, 1997, №11. – С.64.

- 3) предупреждение совершения новых преступлений со стороны осужденного;
- 4) предупреждение совершения новых преступлений со стороны других лиц

Уголовный кодекс Российской Федерации (далее – УК РФ) наряду с восстановлением социальной справедливости и исправлением осужденного называет предупреждение совершения новых преступлений (ч.2 ст.43 УК РФ), не детализируя последнюю цель. УК РК точнее, нежели УК РФ, формулирует цели наказания. Он говорит о предупреждении совершения новых преступлений как осужденными, так и другими лицами, Аналогичной позиции придерживается Модельный УК для стран – участниц СНГ ¹⁰.

Вопрос о целях наказания издавна представлял интерес, как для теологов, философов, юристов, социологов, так и психологов. По подсчетам Н.Д.Сергиевского, целям наказания посвящены 24 философских и более 100 юридических концепций ¹¹.

Первые концепции о целях наказания были изложены в религиозных источниках, в которых провозглашалась идея возмездия (кары) преступнику за совершенное им преступление.

Теория наказания как возмездия получила дальнейшее развитие в трудах философов Древней Греции Пифагора и Аристотеля, а позднее в работах немецких философов - И. Канта и Г. Гегеля. Ими проповедовалась связь между преступлением и наказанием по принципу талиона («око за око», «зуб за зуб»). Как отмечает проф. А.В. Наумов гегелевская трактовка наказания как возмездия отличается от трактовки его предшественников тем, что у него речь шла не о чистом возмездии, а о возмездии как восстановлении права нарушенного преступником ¹².

Наряду с идеей возмездия ученые свой взгляд на наказание стали связывать с достижением утилитарных, т.е. полезных для общества целей. Древнегреческие философы Протагор (V в. до н.э.) и Платон (IV в. до н.э.) выдвинули идею исправления виновных и обезвреживания неисправимых преступников, а также устрашения преступников.

Большой вклад в становление современных взглядов на цели наказаний в дальнейшем внесли такие известные мыслители как Аристотель, Гуго Гроций, Томас Гоббс, Цезаре Беккариа, А. Фейербах, И. Бентам ¹³.

Понятие исправления мы находим в ст. 7 Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан: «Исправление осужденных – это формирование у него правопослушного поведения, позитивного отношения к личности, обществу, труду, нормам, правилам и традициям человеческого общежития». Здесь исправление формируется в широком смысле слова, т.е. когда от лица добиваются не только воздержания впредь от совершения нового преступления, но и нравственного исправления, когда ценности человеческого общежития осужденный соблюдает глубоко и осознанно, а не из-за боязни нового наказания. В узком смысле исправление считается достигнутым, если осужденный перестает быть рецидивоопасным, т.е. не совершит после освобождения новое преступление.

¹⁰ См.: Курс уголовного права. Общая часть. Том 2: Учение о наказании. – М., - 2002.- С.16.

¹¹ Там же.- С.16.

¹² Наумов А.В. Российское уголовное право. Курс лекций: в 3-х т. Т.1. Общая часть. – 4-е изд., перераб. и доп. – М., - 2007. – С. 524.

¹³ Более подробно см.: Наумов А.В. Российское уголовное право. Курс лекций: в 3-х т. Т.1. Общая часть. – 4-е изд., перераб. и доп. – М., - 2007. – С. 523-528.

Совершенно справедливо, на наш взгляд, учеными делаются предложения о том, чтобы понятие исправления, средства исправления и критерии оценки исправимости осужденного были раскрыты в уголовном праве¹⁴.

В своем интересном исследовании проф. Ю.В. Голик пишет, что цель и средство неразрывно связаны между собой: цель без средства неосуществима, а средство без цели бессмысленно. И только человек может определить, что для него важнее и значимее в каждый конкретный момент, в каждой конкретной ситуации: цель или средство¹⁵. Далее он уточняет, что годной цели соответствует годное средство. Этому соответствует большая часть норм уголовного права. В противном случае, пишет он, мы поставим под сомнение само существование уголовного права и уголовного закона в его нынешнем виде, а это прямой путь к хаосу со всеми вытекающими из этого последствиями¹⁶. Определяя цели наказания в уголовном законе, законодатель должен указать и средства их достижения в материальном праве. Такая последовательность законодателя была бы оправданной и логичной.

Поэтому в УК РК в новой статье 39-1 «Исправление осужденного» можно было бы предусмотреть следующее:

«1. Исправление осужденного как процесс – это формирование у осужденного нравственного отношения к человеку, обществу, труду, нормам, правилам и традициям человеческого общежития и стимулирование его к правопослушному поведению.

2. Средствами исправления осужденных являются: назначенное осужденному справедливое наказание, установленный порядок исполнения и отбывания наказания (режим), воспитательная работа, общественно-полезный труд, получение общего образования, профессиональная подготовка и общественное воздействие.

3. Критериями оценки исправимости осужденного могут выступать следующие нравственные и юридические показатели:

а) отношение осужденного к совершенному преступлению и к назначенному наказанию;

б) отношение осужденного к порядку и условиям отбывания назначенного наказания;

в) отношение осужденного к исправительному воздействию; г) социальная характеристика осужденного.

4. Исправимость осужденного оценивается в следующих степенях:

а) характеризуется положительно, не нуждается в полном отбывании назначенного судом наказания;

б) характеризуется положительно;

в) характеризуется неопределенностью в поведении либо имеет неустойчивую социальную установку;

г) характеризуется отрицательно либо не стремится к исправлению;

д) злостный нарушитель установленного порядка отбывания наказания».

Специальное предупреждение заключается в предупреждении совершения новых преступлений самим осужденным в период отбывания наказания. Действительно, в период отбывания лицом, например, лишения свободы для осужденного становится невозможным совершение многих преступлений в связи с фактом его изоляции. Но это

¹⁴ Орлов В.Н. О цели уголовного наказания в виде исправления осужденного: понятие, средства, критерии и степень оценки // Российский ежегодник уголовного права. №1. 2006. – С. 127-138.

¹⁵ Голик Ю.В. Категория цель и её выражение в уголовном праве и уголовном законе. Аналитический доклад.- СПб. -2009. – С.46.

¹⁶ Голик Ю.В. Указ. работа. С.50.

не исключает совершения ряда преступлений против других осужденных отбывающих наказание.

Определенным показателем эффективности достижения указанной цели (специального предупреждения) может служить статистика рецидива преступлений, т.е. совершения преступлений лицами, ранее судимыми. Удельный вес осужденных вновь и ранее судимых в бывшем Советском Союзе составлял: в 1986 г. – 31,8% ; в 1987 г. – 32,2% ; в 1988 г. – 37,0% ; в 1989 г. – 38,1% ; в 1990 г. – 36%¹⁷.

В настоящее время по исследованиям российских ученых рецидив преступлений в Российской Федерации составляет 40% т.е. более трети осужденных спустя некоторое время вновь совершают преступления¹⁸.

Цель общего предупреждения заключается в предупреждении совершения преступлений другими (иными – по УК РФ) лицами. Предполагается, что люди, которые имели какое-то отношение к конкретно совершенному преступлению, или же узнавшие о нем из различных источников (СМИ, соседей, друзей, знакомых) убеждаются в реально наступившей уголовной ответственности и наказании и наиболее склонные к совершению преступлений воздерживаются от такого поведения.

Проф. А.В. Наумов справедливо пишет, что наказание не является главным средством борьбы с преступностью. Наказание вторично по отношению к преступлению, преступности и их причинам. Он отмечает, что в борьбе с преступностью основное значение приобретают экономические, политические, организационно-управленческие меры, осуществляемые государством. Тем не менее, по его мнению, не будучи основным, наказание является не только важным, но и необходимым средством борьбы с преступностью, а из уголовно-правовых – наиболее важным. Именно наказание, продолжает он, прерывает преступную деятельность лиц, совершивших преступление. Оно воздействует на определенную часть неустойчивых в нравственном отношении людей, заставляя их под страхом наказания не совершать уголовно наказуемых деяний¹⁹. Трудно возразить что-либо против такого мнения. Мне бы хотелось лишь добавить, что вторичность не только наказания, но и роль уголовно-правовых средств в борьбе с преступностью до сих пор явно переоценивается. Такая преувеличенная надежда на уголовно-правовые методы регулирования общественных отношений сохранилась ещё со времен административно-командной системы при СССР. Мы помним, как многие социально-экономические проблемы при социализме пытались решить с помощью уголовно-правовых запретов (ответственность за продажу со складов, баз, подсобных помещений; незаконный отпуск бензина или других горючесмазочных материалов и др.). Стереотипы сознания о решающей роли уголовного права в решении проблем общества и государства ещё сохраняются.

В ст.39 УК РК определяется перечень наказаний и эта статья называется «Виды наказания». Представляется более правильным назвать её «Система наказаний».

Понятие системы наказаний в юридической литературе излагается по-разному, хотя принципиальных различий между ними нет. Так, например, в Курсе уголовного права, подготовленного коллективом авторов МГУ им. М.В.Ломоносова «Система наказаний – это целостное множество видов наказания (элементов системы) и подсистем,

¹⁷ Цит. по: Наумов А.В. Указ. Работа. – С. 531.

¹⁸ Там же. – С.531.

¹⁹ Наумов А.В. Российское уголовное право. Курс лекций: в 3 т. Т. 1. Общая часть. 4-е перераб. и доп. – М.- 2007. – С. 532.

включающих сгруппированные по различным основаниям виды наказания»²⁰. В другом курсе лекций российских авторов система наказаний определяется как «...установленный уголовным законом целостный и исчерпывающий перечень видов наказаний, строго обязательных для суда и расположенных в определенной, иерархически заданной последовательности в зависимости от их функционального назначения, а также характера и сравнительной тяжести»²¹. Проф. А.В. Наумов в последнем курсе лекций пишет, что системой наказаний является установленный в уголовном законе исчерпывающий перечень видов наказаний, расположенных в определенном порядке²².

Во всех этих определениях подчеркивается системный характер взаимосвязи между отдельными видами карательных мер, образующих лестницу наказаний. Системность характеризуется тем, что все наказания представляют собой нечто целое и единое, состоящее из исчерпывающего перечня взаимосвязанных элементов. Системность предполагает расположение наказаний в определенном порядке, последовательности, ступенчатости (отсюда и термин – «лестница наказаний»).

Шкала наказаний, построенная в определенной, иерархически заданной последовательности имеет не только технико-юридическое, но и большое практическое значение. Лестница наказаний позволяет правильно сориентироваться при разрешении коллизии, какой закон является более строгим или мягким; при решении вопроса о замене неотбытой части наказания более мягким; при изменении приговора; при взаимозачете различных видов наказаний т.д.

По мнению авторов, ст.44 УК РФ следует назвать «Система наказаний», так как она содержит не просто перечень наказаний, а «лестницу» наказаний, где меры государственного принуждения располагаются в строго определенной последовательности, в зависимости от степени тяжести от менее сурового к более суровому, они обязательны для суда и никакие иные меры, кроме указанных в ст.44 УК РФ, не могут назначаться за совершение преступлений, изложив название ст.44 УК РФ в новой редакции, законодатель тем самым подчеркнет, что «система наказаний – это не просто набор мер государственного принуждения, а разумная система взаимосвязанных мер, подчиненных идее эффективного достижения целей уголовного наказания»²³.

В силу того, что система наказаний носит дискретный характер, входящие в неё виды наказаний, располагаясь в определенной последовательности и соподчиненности, должны соблюдать некоторую дистанцию между собой, выдерживать равномерный «шаг»²⁴.

Из всех стран СНГ и Прибалтики только в УК Узбекистана аналогичная статья (ст.43) называется «Система наказаний». Как пишет проф. Л.Л. Кругликов такая позиция

²⁰ См.: Курс уголовного права. Общая часть. Том 2: Учение о наказании. Учебник для вузов. Под ред. д.ю.н., проф. Н.Ф.Кузнецовой и к.ю.н., доцента И.М. Тяжковой. – М.: ИКД Зерцало –М, 2002. – С. 27.

²¹ Российское уголовное право: Курс лекций. Т. 2. Наказание. Под ред. проф. А.И. Коробеева. – Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1999. – С. 56.

²² См.: Наумов А.В. Российское уголовное право. Курс лекций: в 3 т. Т. 1. Общая часть. 4-е перераб. и доп. – М.- 2007. – С. 537.

²³ Качаева Т.А., Подройкина И.А., Улезько С.И. Система наказаний в уголовном праве России и зарубежных стран. – М., 2008. Цит. по аннотации Ананиан Л.Л. // Государство и право.Реферативный журнал, 2009 – 4. – С.145.

²⁴ Российское уголовное право: Курс лекций. Т. 2. Наказание. Под ред. проф. А.И. Коробеева. – Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1999. – С. 57.

представляется более удачной, «ибо, как известно, указанные статьи содержат не просто перечень мыслимых по приговору наказаний, а «лестницу»²⁵.

Система наказаний строится во многом исходя из принципов уголовно-правовой политики и уголовного права. Так, принцип законности требует непосредственного включения в нормы УК РК исчерпывающего перечня видов наказаний. Принцип гуманизма, исключает возможность введения в систему наказаний, причиняющих физические страдания или унижающих человеческое достоинство осужденных.

Правильной, на наш взгляд, представляется определение системы наказания как совокупности предусмотренных уголовным законом видов государственного принуждения, которые находятся в отношениях взаимосвязи, взаимозависимости и взаимозаменяемости, способны обеспечить достижение целей кары (восстановления социальной справедливости), общего и специального предупреждения, а также исправления преступника, назначаются судом за конкретные преступления, исходя из принципов уголовного права²⁶.

Можно присоединиться к мнению российских ученых и ст.39 УК РК также можно назвать «Система наказаний». Такое название соответствовало бы истинному назначению этой статьи УК и служило бы определенным ориентиром для судей при применении уголовного законодательства.

Если мы сейчас взглянем на «лестницу наказаний» приведенную в ст.39 УК РК (Виды наказаний), то сможем убедиться в том, что судам очень трудно выбрать альтернативное лишению свободы наказание. При выборе наказания между лишением свободы и другим каким-либо наказанием, суд может в настоящее время прибегнуть только лишь к исправительным работам. Наказания, расположенные в промежутке между ними могут быть применены не всегда, так как ограничение по военной службе, содержание на гауптвахте являются специальными видами наказания. Об ограничении свободы уже было сказано, а применение ареста отсрочено было до 2008 года, а затем она была исключена из УК РК ЗРК от 01.01.2011 года. Поэтому даже при самом большом желании не назначать лишение свободы суды вынуждены прибегнуть к этой мере, потому что по обстоятельствам дела и личности осуждаемого могут быть такие ситуации, когда нельзя назначить исправительные работы, к тому же эта мера может быть определена только к работающим лицам.

Удельный вес лишения свободы в структуре наказаний назначаемых судами остается очень высоким, и в 2006 году этот показатель вырос до 57,6%. Таким образом, сейчас очень остро стоит вопрос об альтернативах лишению свободы. Если не решить эту проблему, то успехи Казахстана по сокращению «тюремного населения» могут быть временными.

При определении задач УК РК, в ст. 2 этого нормативно-правового акта, сказано о том, что обозначенные в этой статье задачи осуществляются установлением наказания и иных мер уголовно-правового воздействия за совершение преступлений. В самом УК РК, если наказание и сопутствующие ей вопросы нашли подробное освещение, то о мерах уголовно-правового воздействия ничего не говорится. Наверное, поэтому, в Казахстане в специальной и учебной литературе этому вопросу не уделено никакого внимания. Данная работа авторов, пожалуй, первая попытка затронуть

²⁵ Кругликов Л.Л. Сравнительный анализ института наказания по уголовным кодексам стран СНГ и Прибалтики // Вестник Моск. ун-та. Сер. 11, Право. 2003. №5. – С. 73.

²⁶ См.: Старков О.В., Милюков С.Ф. Наказание: уголовно-правовой и криминологический анализ. – СПб., 2001. – С. 13. В данном определении вместо слов «целей кары», правильнее, на наш взгляд, было бы указать «целей наказания». Мы считаем, что кара является содержанием наказания, а не её целью.

рассматриваемую проблему в отечественной юридической литературе. *Хочется только предупредить, что она будет рассматриваться здесь лишь в рамках тех задач, которые определены характером нашей работы.*

В УК России в аналогичной статье наряду с наказанием указываются меры уголовно-правового **характера**. На наш взгляд, между словами «воздействия» и «характера» принципиальных различий нет, хотя отдельные авторы придают этому существенное значение при решении вопроса о возможности реализации уголовной ответственности через эти меры²⁷.

Большой интерес рассматриваемая проблема вызвала у специалистов после принятия Федерального закона РФ от 27 июня 2006 года и появлением в связи с этим в УК РФ Раздела VI «Иные меры уголовно-правового характера». Этот раздел включает главы 15 «Принудительные меры медицинского характера» и 15.1 «Конфискация имущества». Таким образом, российский законодатель признал мерами уголовно-правового характера принудительные меры медицинского характера и конфискацию имущества. Данная законодательная новелла не решила окончательно все вопросы рассматриваемой проблемы, а ещё более усугубила их, и дискуссии в специальной литературе, продолжаются по сегодняшний день²⁸.

Прежде всего, специалистов интересует вопрос о признаках и юридической природе иных мер уголовно-правового характера, какие понятия и институты, кроме обозначенных в УК РФ, относятся к иным мерам уголовно-правового характера (воздействия), а также соотношении этих мер с такими институтами уголовного права как наказание и уголовная ответственность

Возникают ряд вопросов связанных с применением конфискации имущества как меры уголовно-правового характера.

Вот что пишет о появлении в уголовном праве понятия «меры уголовно-правового характера» проф. В. Горобцов. Он отмечает, что большинство уголовных кодексов зарубежных государств в качестве последствий нарушения уголовно-правовых запретов предусматривают, помимо наказания, иные меры правового принуждения, тем самым выводя их за пределы традиционных правовых институтов (см. УК ФРГ, Испании, Голландии, Швейцарии, Польши, Республики Беларусь и др.)²⁹.

Данная тенденция, продолжает проф. В. Горобцов, была подмечена ещё в конце 70-х годов прошлого столетия польским ученым-криминалистом И. Андреевым на основании анализа уголовного законодательства социалистических государств³⁰. Таким образом, заключает В. Горобцов, можно сделать вывод о том, что расширение предмета уголовного права имеет место за счет замены категории «наказание» на более широкое по содержанию понятие – «меры уголовно-правового принуждения (воздействия)».³¹

²⁷ См.: Российское уголовное право: Курс лекций. Т.2. Под ред. проф. А.И. Коробеева. – Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1999. – С. 7.

²⁸ См.: Курганов С.И. Наказание: уголовно-правовой, уголовно-исполнительный и криминологические аспекты. – М., 2008. ; Звечаровский И. Понятие мер уголовно-правового характера // Законность. 2007. №1; Щедрин Н., Востоков А. Уголовная ответственность юридических лиц или иные меры уголовно-правового характера в отношении организаций // Уголовное право. 2009. – №1 и др.

²⁹ Горобцов В. О перспективах расширения предмета уголовного права // Уголовное право, 2004. - №3. – С.20.

³⁰ Андреев И. Очерк по уголовному праву социалистических государств. М., 1978. С.12 – цит. по работе В. Горобцова).

³¹ Горобцов В. Там же.- С.20.

По свидетельству И.Э. Звечаровского³² первая попытка раскрыть понятие мер уголовно-правового характера была сделана в учебнике под редакцией Г.С. Гаверова³³.

К изложенному следует также добавить, что ещё в 1987 году в теоретической модели уголовного законодательства, подготовленного коллективом ученых, были рассмотрены отдельные аспекты рассматриваемой проблемы³⁴. Так, глава 16 теоретической модели называлась «Освобождение от уголовной ответственности с применением иных мер воздействия». Статья 83 этой главы – Меры, заменяющие уголовную ответственность относилась к этим мерам: а) принудительные меры воспитательного характера, применяемые к несовершеннолетним комиссией по делам несовершеннолетних; б) принудительные меры общественного воздействия, применяемые товарищеских судом; в) передача лица на поруки в связи с отсрочкой вынесения приговора.

В главе 17 «Освобождение от наказания с применением иных мер воздействия» в статье 86, которая называлась «Меры, заменяющие наказание» указывались следующие: а) направление несовершеннолетнего судом в специальное учебно-воспитательное или лечебно-воспитательное учреждение; б) вынесение судом порицания и предупреждения; в) условное осуждение.

Таким образом, иные меры воздействия в теоретической модели уголовного законодательства рассматривались учеными как виды освобождения от уголовной ответственности и наказания.

В юридической литературе все специалисты признают необходимость дальнейшей разработки и определения в уголовном кодексе иных мер уголовно-правового воздействия, но не могут сойтись во мнение о юридической природе этого института и круге этих мер.

Так, И.Э. Звечаровский относит к рассматриваемым мерам: а) все виды освобождения от уголовной ответственности, включая примечания к статьям Особой части УК, амнистию, б) освобождение от уголовной ответственности несовершеннолетних с применением принудительных мер воспитательного воздействия; в) виды освобождения от наказания; г) виды замены неотбытой части наказания более мягким наказанием и более строгим наказанием; д) досрочное снятие судимости³⁵.

Примерно такой же круг мер уголовно-правового характера (воздействия) приводит О.В. Тюшнякова. Она включает в этот круг: а) меры, применяемые к лицу, совершившему преступление на стадии возбуждения уголовного дела и предварительного расследования; б) принудительные меры медицинского характера, сопряженные с наказанием; в) принудительные меры воспитательного воздействия; г) меры уголовно-правового воздействия, связанные с судимостью; д) условное осуждение; е) отсрочка отбывания наказания беременным женщинам, имеющим детей в возрасте до 14 лет; ж) освобождение от уголовной ответственности; з) освобождение от наказания; и) досрочное снятие судимости; к) принудительные меры медицинского характера, применяемые к лицам, признанными невменяемыми на момент совершения

³² Звечаровский И.Э. Понятие, система, виды мер уголовно-правового характера. В кн.: Российское уголовное право: Курс лекций. Т.2. Наказание / Под ред. проф. А.И. Коробеева. – Владивосток, 1999. – 3-8.

³³ См.: Уголовное право Российской Федерации. Общая часть. Иркутск, 1994. С. 187-214.

³⁴ См.: Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования. Ответственные редакторы Кудрявцев В.Н., С.Г. Келина.- М.1987.С.186-190; 191-194.

³⁵ См.: Российское уголовное право: Курс лекций. Наказание. Т.2 / Под. Ред. А.И. Коробеева. Владивосток, 1999. С.7.

общественно опасного деяния, а также признанным невменяемыми после совершения преступления.

На наш взгляд, более правильной является позиция Медведева Е.³⁶

Он обозначает, следующие признаки иных мер уголовно-правового характера.

1. Прежде всего, иным мерам уголовно-правового характера не свойственно наличие карательной составляющей.
2. Эти меры не затрагивают жизненно важных интересов личности, основных прав и свобод человека и гражданина, в частности – право на жизнь, личную свободу, неприкосновенность, право собственности и т.д.
3. Отсутствие правовых последствий их применения

В итоге он определяет иные меры уголовно-правового воздействия как назначаемые за совершение преступлений меры уголовно-правового принуждения, выражающиеся в правоограничениях некарательного свойства, выступающие в роли средств, дополняющих наказание или в качестве его альтернативы в случаях, когда его применение недостаточно или нецелесообразно для реализации задач уголовного закона.

По мнению этого автора, иные меры уголовно-правового характера должны быть средствами уголовного принуждения: 1) применяемые за совершение общественно опасных деяний (преступлений), а не за какое-либо иное уголовно-правовое поведение; 2) имеющие самостоятельное социально-правовое значение. Последнее, по его мнению, означает, что они должны: а) иметь собственные цели; б) обладать специфическим принудительным воздействием, отличающимся по содержанию от наказания и других мер ответственности в уголовном праве; в) отличаться от них правовыми последствиями (с.48).

Он выступает против того, чтобы считать мерами уголовно-правового воздействия уголовно-процессуальные меры принуждения.

Автор также считает спорным отнесение к иным мерам уголовно-правового характера видов освобождения от уголовной ответственности. Подтверждением тому, что их нельзя относить к числу рассматриваемых мер, по его мнению, являются следующие обстоятельства. Прежде всего, они не являются самостоятельными средствами реализации уголовной ответственности, имеющими собственное юридическое значение, а скорее характеризуют порядок, способ её прекращения. Их невозможно представить вне рамок уголовной ответственности. При этом цели освобождения от неё фактически сливаются с целями её реализации, что в целом не позволяет говорить о какой-либо их институционально-правовой самостоятельности.

Кроме того, виды освобождения от уголовной ответственности не предусматривают каких-либо ограничительных мер в отношении лица, совершившего преступление, а это по сути говорит об отсутствии уголовно-правового воздействия на него...Наконец, последствия освобождения лица от уголовной ответственности одинаковы во всех случаях его применения и, самое важное, не влекут преобразования его уголовно-правового статуса.

Все это, пишет Е.Медведев, не позволяет считать виды освобождения от уголовной ответственности мерами уголовно-правового характера (с.49).

³⁶ Медведев Е. Понятие и виды иных мер уголовно-правового характера, применяемых за совершение преступлений // Уголовное право. 2009. №5.- С.46-49.

Нельзя относить к иным мерам уголовно-правового характера, по мнению этого автора, также амнистию и помилование (с.49-50).

Спорным является отнесение к рассматриваемым мерам виды освобождения от наказания, виды замены не отбытой части наказания более мягким и более строгим наказанием, виды отсрочек от отбывания наказания. Дело в том, пишет Е. Медведев, что обозначенные средства не обладают ключевым конститутивным признаком иных мер уголовно-правового характера – самостоятельностью. На первый взгляд все они характеризуются различным содержанием, направлены на реализацию конкретно определенных задач, связанных с дифференциацией и индивидуализацией уголовной ответственности, предусматривают обособленные средства воздействия на лицо, совершившее преступление, а также влекут различные уголовно-правовые последствия.

Однако по факту они выступают конструктивными элементами системы наказаний, которые не могут существовать вне её пределов. По сути, это средства, составляющие порядок его реализации. Применение их не мыслимо без назначения наказания. Следовательно, они не могут рассматриваться как его альтернатива.

Он приходит к выводу: «...из всех предусмотренных УК средств, применяемых за совершения преступлений, под признаки иных мер уголовно-правового характера как самостоятельных средств принудительного воздействия, помимо указанных в УК принудительных мер медицинского характера и конфискации имущества, подпадают ещё только испытание (условное осуждение) и принудительные меры воспитательного воздействия, применяемые к несовершеннолетним, они больше других «вписываются» в смысл указанного понятия, при этом обладая всеми необходимыми его конститутивными признаками» (с.50).

Перечисленные меры, пишет автор, занимают собственное место в системе средств уголовно-правового принуждения и имеют индивидуальное предназначение. Они применяются независимо друг от друга, предполагают отличные друг от друга специфические средства и методы воздействия на лиц, совершивших преступления, предусматривают разные правоограничения статуса таких лиц и влекут различные уголовно-правовые последствия, что позволяет говорить об их институционально-правовой самостоятельности.

Все они существуют параллельно наказанию, при этом могут применяться как наряду с ним, так и вместо него, т.е. выступать по отношению к нему дополнительными либо альтернативными средствами воздействия на нарушителей уголовно-правовых запретов. Но только вместе с ним они способны обеспечивать эффективное функционирование системы средств уголовного закона по реализации его основных задач в борьбе с преступностью (с.50-51).

На наш взгляд, за основу в этой дискуссии можно было бы взять то положение закона, что и наказание и иные меры уголовно-правового воздействия являются формами реализации уголовной ответственности. В свою очередь, по содержанию понятие мер уголовно-правового воздействия (характера) шире понятия мер уголовной ответственности и включает в себя меры уголовной ответственности в различных формах их реализации.³⁷ Следует согласиться также и с тем, что в механизме реализации уголовной ответственности присутствует жесткая связь между уголовно-правовым поведением и его уголовно-правовыми последствиями (собственно уголовной ответственностью), в механизме применения мер уголовно-правового характера такая связь может отсутствовать³⁸.

³⁷ Звечаровский И. Понятие мер уголовно-правового характера // Законность. 2007.№1. Лист 2.

³⁸ Там же. Лист 2.

В самом общем виде, пишет С.И. Курганов, меры уголовно-правового характера можно определить как предусмотренные законом меры, применяемые судом к лицам, совершившим преступления. По основаниям применения их можно разделить на две группы: меры, применяемые за совершение преступлений, т.е. меры, являющиеся формой реализации уголовной ответственности, и меры, не связанные с реализацией уголовной ответственности, применяемые по иным основаниям.

Жесткая связь совершенного преступления прослеживается с назначенным в последующем наказанием, и это является реализацией уголовной ответственности. Применение иных мер уголовно-правового воздействия (характера) может быть формой реализации уголовной ответственности, но может и не являться таковой. Из числа принудительных мер медицинского характера, формой реализации уголовной ответственности является только такая мера, как амбулаторное принудительное наблюдение и лечение у психиатра (ч. ст.2 ст.90 УК РК). Согласно ч.1 ст.517 УПК РК суд признав доказанным, что деяние, запрещенное уголовным законом, совершено данным лицом в состоянии невменяемости или, что это лицо после совершения преступления заболело психическим расстройством, делающим невозможным назначение или исполнение наказания, суд выносит постановление в соответствии со статьями 16, 73 Уголовного кодекса Республики Казахстан об освобождении этого лица соответственно от уголовной ответственности или от наказания и о применении к нему принудительной меры медицинского характера и, какой именно. Таким образом, назначенные в таких случаях принудительные меры медицинского характера не являются реализацией уголовной ответственности.

Из всего вышеизложенного можно сделать вывод, что в уголовном праве к лицам, совершившим преступления, применяются меры уголовно-правового воздействия (характера) к которым относятся наказания и иные меры. При этом уголовная ответственность реализуется путем применения наказаний и некоторых иных мер уголовно-правового воздействия (характера). К иным мерам уголовно-правового характера, через которые не реализуется уголовная ответственность, относятся: принудительные меры медицинского характера и принудительные меры воспитательного характера и по УК РФ конфискация имущества. Так как по УК РК конфискация имущества не претерпела никаких изменений, и она является видом наказания, мы не относим её к иным мерам уголовно-правового воздействия.

Иные меры уголовно-правового воздействия – это, связанные с реализацией уголовной ответственности, назначаемые за совершение уголовных правонарушений меры уголовно-правового принуждения, выражающиеся в правоограничениях некарательного свойства, выступающие в роли средств дополняющих наказание, или в качестве его альтернативы

В УК новой редакции следует предусмотреть следующие виды иных мер уголовно-правового воздействия применяемых к физическим лицам:

- принудительные меры воспитательного воздействия;
- принудительные меры медицинского характера;
- условное осуждение

К юридическим лицам применяются следующие виды мер уголовно-правового воздействия:

- штраф;
- приостановка деятельности на определенный срок;
- ликвидация юридического лица.

ЮРЧЕНКО Р. Н.
Почетный судья Верховного Суда РК в отставке,
заслуженный деятель правосудия РК, эксперт ВС РК, д. ю. н.

Вопросы определения видов и размеров уголовных наказаний в свете Концепции правовой политики Республики Казахстан

В Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 по 2020 годы (далее – Концепция) отмечается, что важнейшим звеном правовой политики государства является уголовная политика.

Уголовное право служит укреплению конституционного строя и безопасности государства, выступает гарантией, обеспечиваемой самим государством, для защиты прав и свобод человека и гражданина от преступных посягательств, служит эффективным средством воздействия на каждого члена общества независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к политическим партиям, движениям и объединениям в целях соблюдения ими законов.

Новый Уголовный кодекс Республики Казахстан (далее – УК) призван отвечать изменившимся социально-политическим и экономическим условиям. В его нормах реализованы основные положения уголовно-правовой политики государства, закрепленные Конституцией Республики Казахстан 1995 года, утвердившей Казахстан демократическим, светским, правовым и социальным государством, высшими ценностями которого являются человек, его жизнь, права и свободы.

Государство требует от каждого члена общества правопослушного поведения посредством издания законов, относящих противоправные деяния к преступлениям, и устанавливающих за их совершение соответствующих мер уголовно-правового принуждения.

При наличии других инструментов пресечения незаконной преступной деятельности уголовное наказание является одним из главнейших. Данному институту наряду с понятием преступления уделяется огромное внимание в связи с тем, что наказание является самой острой реакцией государства на совершенное преступление.

Уголовное наказание способствует реализации функций уголовного права, в частности, восстановлению социальной справедливости, укреплению законности, превентивной функции (общее и специальное предупреждение преступлений).

Развитие уголовного законодательства в значительной мере связано с изменениями в формулировании составов преступлений и в санкциях. Степень криминализации деяний определяется не только причислением их к преступлениям, но и установленными за них видами и размерами наказания.

Об эффективности уголовного права можно судить по эффективности уголовного наказания, для этого необходима четкая формулировка понятия уголовного наказания, правильное определение его сущности и целей, применение и исполнение наказаний.

Положения об уголовном наказании (его признаки, сущность и отличия от иных мер государственного принуждения, цели, виды наказания, условия его назначения и отбывания, ответственность за нарушения, связанные с отбыванием наказания и др.) должно содержать уголовное законодательство любой страны. Без этого не может

нормально действовать вся система уголовного права и реализовано его предназначение.

В ходе создания и применения норм уголовного права выделяются два центральных вопроса: на чем основывается вопрос об уголовной ответственности и какая мера ответственности подлежит применению к виновному лицу.

Законодательное определение понятия наказания было дано в 1991 году в ст. 28 «Основ уголовного законодательства Союза ССР союзных республик», которое сформулировано следующим образом: «Наказание есть мера принуждения, применяемая от имени государства по приговору суда к лицу, признанному виновным в совершении преступления, и заключающаяся в предусмотренных законом лишении или ограничении прав и интересов осужденного».

Были даны и иные формулировки понятия наказания. Так, в процессе создания теоретической модели Уголовного кодекса приводилось следующее определение: «Наказание есть мера принуждения, применяемая от имени государства по приговору суда и в соответствии с законом к лицу, признанному виновным в совершении преступления, и выражающая отрицательную оценку его преступной деятельности» (ст. 57).

В современном уголовном законодательстве Республики Казахстан понятие уголовного наказания дано в статье 38 УК: «Наказание есть мера государственного принуждения, назначаемая по приговору суда. Наказание применяется к лицу, признанному виновным в совершении преступления, и заключается в предусмотренном настоящим кодексом лишении или ограничении прав и свобод этого лица».

Указанная дефиниция позволяет выделить следующие основные составляющие уголовного наказания.

Во-первых, наказание – это мера реагирования государства на совершение преступления – мера государственного принуждения.

Во-вторых, наказание применяется к лицу, совершившему деяние, содержащее все признаки состава преступления, предусмотренного в УК. Если какое-либо деяние лица и причинило вред охраняемым законом правам и интересам других лиц, но это деяние не включено в перечень преступлений, предусмотренных УК, применение к такому лицу уголовного наказания исключается.

В-третьих, наказание применяется только по приговору суда, выносимому от имени Республики Казахстан. В пункте 1 статьи 75 Конституции Республики Казахстан заложен принцип, согласно которому правосудие в Республике Казахстан осуществляется только судом, а в подпункте 1) пункта 1 статьи 77 Конституции закреплен важнейший принцип правосудия, согласно которому лицо признается виновным в совершении преступления не иначе, как по приговору суда, вступившему в законную силу.

В четвертых, наказание носит принудительный характер, т.е., как уже отмечалось, оно применяется к лицу помимо его воли. У осужденного не спрашивают, согласен ли он быть подвергнутым уголовному наказанию, желает ли претерпеть конкретные тяготы и лишения, связанные с его исполнением. Принудительный характер уголовного наказания, назначенного по приговору суда, проявляется в его обязательности. Осужденный не может от него уклониться или каким-либо образом его избежать. Он просто обязан его исполнить и претерпеть все, связанные с ним неблагоприятные для него обстоятельства. **В пункте 1 статьи 76 Конституции указано об обязательной силе приговора суда на всей территории страны, в**

статье 131 УПК закреплен принцип преюдиции, согласно которому вступивший в законную силу приговор, а также вступившее в законную силу другое решение суда по уголовному делу обязательны для всех государственных органов, организаций и граждан в отношении как установленных обстоятельств, так и их правовой оценки.

В-пятых, наказание предусматривает ограничение прав и свобод лица, к которому оно применяется. Через лишение или ограничение прав и свобод осужденного реализуется функция государственного принуждения.

В-шестых, наказание характеризуется строго личностным характером. Оно применяется лишь в отношении самого осужденного, и ни при каких обстоятельствах не может быть переложено на других лиц (например, на родственников осужденного, родителей несовершеннолетнего преступника и т.п.). Непосредственно лишение и ограничение прав лица, признанного судом виновным в совершении преступления, выступают как обязательные «атрибуты» наказания. Наказание влечет для осужденного особое юридическое последствие – судимость.

Названные признаки наказания позволяют отличить уголовное наказание от иных мер государственного принуждения.

Цели уголовного наказания определены законодателем и указаны в статье 38 УК РК:

- 1) восстановление социальной справедливости;
- 2) исправление осужденного;
- 3) предупреждение совершения новых преступлений со стороны осужденного;
- 4) предупреждение совершения новых преступлений со стороны других лиц

Определяя цели наказания в уголовном законе, законодатель должен указать и средства их достижения в материальном праве. Такая последовательность законодателя была бы оправданной и логичной.

Поэтому УК РК следует дополнить нормой, в которой должны быть даны определения целей наказания и раскрыто их содержание. В частности, таким дополнением могла быть, например, статья 38-1 «Исправление осужденного» и ее часть, касающаяся цели уголовного наказания – исправления осужденного, могла быть изложена примерно в следующей редакции:

«1. Исправление осужденного – это процесс формирования у осужденного нравственного отношения к человеку, обществу, труду, нормам, правилам и традициям человеческого общежития и стимулирование его к правопослушному поведению.

2. Средствами исправления осужденных являются: назначенное осужденному справедливое наказание, установленный порядок исполнения и отбывания наказания (режим), воспитательная работа, общественно-полезный труд, получение общего образования, профессиональная подготовка и общественное воздействие.

3. Критериями оценки исправимости осужденного могут выступать следующие нравственные и юридические показатели:

- а) отношение осужденного к совершенному преступлению и к назначенному наказанию;**
- б) отношение осужденного к порядку и условиям отбывания назначенного наказания;**
- в) отношение осужденного к исправительному воздействию;**

г) социальная характеристика осужденного.

4. Исправимость осужденного оценивается в следующих степенях:

а) характеризуется положительно, не нуждается в полном отбывании назначенного судом наказания;

б) характеризуется положительно;

в) характеризуется неопределенностью в поведении либо имеет неустойчивую социальную установку;

г) характеризуется отрицательно либо не стремится к исправлению;

д) злостный нарушитель установленного порядка отбывания наказания».

Уголовные наказания располагаются в законодательной норме в определенном порядке. Системность расположения наказаний образует т.н. в юридической литературе «лестницу наказаний».

Лестница наказаний позволяет правильно сориентироваться при избрании вида и размера наказания при постановлении приговора, при разрешении коллизии, какой закон является более строгим или мягким; при решении вопроса о замене неотбытой части наказания более мягким; при изменении приговора; при взаимозачете различных видов наказаний т.д.

Лестница» наказаний в ст. 21 УК Каз. ССР 1959 года представляла собой следующую картину:

- лишение свободы;
- ссылка;
- высылка;
- исправительные работы без лишения свободы;
- лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью;
- увольнение от должности;
- штраф;
- общественное порицание;
- конфискация имущества;
- лишение родительских прав;
- лишение воинского или специального звания;
- направление в дисциплинарный батальон (применялось только к военнослужащим срочной службы);
- направление в воспитательно-трудовой профилакторий (применялось только к лицам, занимающимся бродяжничеством или попрошайничеством либо ведущим иной паразитический образ жизни).

Смертная казнь как исключительная мера наказания по УК Каз. ССР 1959 года в перечень наказаний не включалась и предусматривалась отдельно в статье 22 УК.

В новом УК такие виды наказаний как общественное порицание, ссылка, высылка, увольнение от должности, направление в воспитательно-трудовой профилакторий, лишение родительских прав отсутствуют.

Система наказаний приводится в статье 39 УК РК 1997 года и к настоящему времени представляется следующей:

а) штраф;

б) лишение права занимать определенную должность или заниматься определенной деятельностью;

в) привлечение к общественным работам;

г) исправительные работы;

д) ограничение по воинской службе;

- е) ограничение свободы;
- ж) содержание на гауптвахте;
- з) исключен в соответствии с Законом РК от 10.07.09 г. № 177-IV
- и) лишение свободы;
- к) смертная казнь.

Кроме основных наказаний к осужденным могут применяться следующие дополнительные наказания:

- а) лишение специального, воинского или почетного звания, классного чина, дипломатического ранга, квалификационного класса и государственных наград;
- б) конфискация имущества.

Штраф и лишение права занимать определенную должность или заниматься определенной деятельностью, и привлечение к общественным работам могут применяться в качестве как основных, так и дополнительных видов наказаний.

Новый УК РК отказался от прежнего принципа построения системы наказаний от более тяжкого к менее тяжкому. Дело в том, что этот принцип волей-неволей ориентировал суды на выбор более строгого наказания. Новый принцип (от менее строгого к более строгим наказаниям) ориентирует на выбор наиболее справедливого наказания. И лишь в случае невозможности назначения менее строгого наказания (с учетом конкретных обстоятельств дела и данных о личности виновного) суд будет выбирать более тяжкое наказание³⁹.

Такой подход к построению системы наказаний зафиксирован не только в законодательном перечне видов наказаний, но и при построении санкций статей особенной части УК РК.

За более 10 летний срок действия УК РК в него были внесены изменения и дополнения на основании двадцати шести законов. Изменения и дополнения вносились в 261 статью УК, при этом в 41 статью изменения вносились дважды, в 4 статьи три раза, а в статью 175 УК четыре раза. Из УК были исключены пять статей, включены 16 новых статей.

В Общей части подвергались изменениям 43 статьи, что составило 16,5% от общего количества внесенных новелл в УК РК.

Приведенные данные позволяют сделать определенные выводы. Прежде всего, небольшое количество поправок в Общую часть свидетельствует о сохранении в действующем законодательстве концептуальных основ уголовной ответственности.

Изменения и дополнения в Особенную часть УК имеют различный характер: есть менее значимые, есть и обладающие принципиальными свойствами. Факторами, повлиявшими на необходимость внесения корректировок в УК РК, были как социально-экономические свойства, так и политического и международного характера.

Ряд корректировок в уголовное законодательство в прошлые годы был связан с необходимостью сокращения т.н. «тюремного населения» в Казахстане, т.е. количества лиц, приговоренных к лишению свободы. Многие изменения и дополнения в Общую часть УК были связаны с системой наказаний и их отдельными видами, именно с целью поиска путей сокращения «тюремного населения» в Казахстане.

³⁹ Наумов А.В. Российское уголовное право. Курс лекций: в 3 т. Т. 1. Общая часть. 4-е перераб. и доп. – М.- 2007. – С. 539.

Оценивая тяжесть мер государственного принуждения, указанных в статье 39 УК, было бы целесообразным часть первую этой статьи изложить в следующей редакции:

1. К лицам, признанным виновными в совершении преступления, могут применяться следующие основные наказания:

- а) штраф;
- б) ограничение свободы;
- в) привлечение к общественным работам;
- г) лишение права занимать определенную должность или заниматься определенной деятельностью;
- д) исправительные работы;
- е) ограничение по воинской службе;
- ж) содержание в дисциплинарной воинской части;
- з) лишение свободы на определенный срок;
- и) пожизненное лишение свободы;
- к) смертная казнь»;

О включении в перечень наказаний пожизненного лишения свободы в качестве самостоятельного наказания и в связи с этим изменения названия наказания в виде лишения свободы существуют мнения за и против, но если мы сейчас взглянем на «лестницу наказаний», приведенную в ст. 39 УК РК (Виды наказаний), то сможем убедиться в том, что судам очень трудно выбрать альтернативное лишению свободы наказание. При выборе наказания между лишением свободы и другим каким-либо наказанием, суд может в настоящее время прибегнуть только лишь к исправительным работам, да и только в том случае, если подсудимый имеет постоянную работу. Наказания, расположенные в промежутке между ними могут быть применены не всегда, так как ограничение по военной службе, содержание в дисциплинарной воинской части являются специальными видами наказания, а применение ареста сначала было отсрочено на длительное время ввиду отсутствия в стране арестных домов для исполнения этого вида наказания, а позже и вовсе арест исключен из УК. Поэтому даже при наличии ряда обстоятельств, указывающих на возможность не назначать лишение свободы, суды вынуждены прибегнуть к этой мере. В этой связи довольно часто суды вынуждены применять условное осуждение к лишению свободы, тогда как этот вид наказания мог бы вообще и не применяться.

И как результат, удельный вес лишения свободы в структуре наказаний, назначаемых судами, остается очень высоким.

К наказаниям, связанным с ограничением или лишением свободы, по действующему УК относятся:

- ограничение свободы,
- содержание на гауптвахте,
- лишение свободы на определенный срок,
- пожизненное лишение свободы.**

Лишение свободы занимает особо значимое положение в системе наказаний. Это наказание оказывает самое сильное воздействие на человека, поскольку обладает повышенной репрессивностью, т. к. сопряжено с возложением на приговоренного определенных обязанностей и лишение его прав и свобод.

Лишение свободы - это принудительная изоляция осужденного в специально предназначенные для этого учреждения. Прежний УК такого определения лишению свободы не давал.

Название наказания «лишение свободы» говорит само за себя. Понятно, что при назначении этого наказания затрагивается вопрос о праве приговоренного на личную свободу.

Правовые гарантии права каждого на личную свободу установлены в Конституции Республики Казахстан (далее – Конституция), которая провозглашает права и свободы человека высшими ценностями.⁴⁰

В соответствии со статьей 16 Конституции каждый человек имеет право на личную свободу. Данное право признается Конституцией не только в нашей стране, но и является одним из основных закрепленных в международных правовых актах прав человека в любом демократическом государстве современного мира.⁴¹

Согласно пункту 1 ст. 39 Конституции ограничение любого гарантированного права, в т.ч. и права на личную свободу, допускается только законами и лишь в той мере, в какой это необходимо в целях защиты конституционного строя, охраны общественного порядка, прав и свобод человека, здоровья и нравственности населения.

В п. 2 ст. 16 Конституции содержится положение, согласно которому допускается ограничение права на личную свободу в предусмотренных законом случаях при аресте лица и содержании его под стражей при задержании на срок не свыше 72 часов, а с санкции суда на более длительный срок.

Таким образом, право на личную свободу ограничивается путем применения к лицам соответствующих мер уголовно-правового воздействия, предусмотренных законами.

Ограничение права на личную свободу лиц, признанных виновными в совершении преступлений, происходит посредством применения к ним соответствующих уголовных наказаний.

Лишение свободы как вид уголовного наказания необходимо рассматривать в контексте с указанными конституционными положениями, гарантирующими неотъемлемость и неотчуждаемость права человека на личную свободу.

Но в части 1 ст. 48 УК понятие данного уголовного наказания сформулировано как мера государственного принуждения, назначаемая по приговору суда лицу, признанному виновным в совершении преступления, и заключается в предусмотренном Уголовным кодексом **лишении** или **ограничении прав и свобод этого человека**.

Т.е., редакция данной нормы, раскрывающей содержание уголовного наказания, допускает посредством его применения лишение прав и свобод осужденного, в т.ч. и лишение права на личную свободу, и вполне очевидно, что это не согласуется с вышеприведенными конституционными положениями, предусматривающими неотчуждаемость и неотъемлемость этого права человека и допускающими только его **ограничение** в строго определенных целях.

В этой связи представляется необходимым уяснить понятие и сущность «свободы», содержание понятия «лишение свободы».

⁴⁰ П. 1 ст. 1 Конституции Республики Казахстан

⁴¹ См.: статья 5 Конвенции Содружества Независимых Государств о правах и основных свободах человека (Минск, 26 мая 1995 г.); статья 9 Международного пакта о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 г.)

Понятие "**свобода**", чего лишается осужденный по приговору суда при назначении наказания в виде лишения свободы, его сущность ни в Уголовном, ни в Уголовно-исполнительном кодексах РК не раскрывается.

Между тем, в кажущемся внешне простым и привычном слове «свобода» фактически скрывается чрезвычайно сложное, многогранное понятие.

Свобода – это осознанная необходимость для человека.

Свобода означает то, что исходит от самого человека, от его осознаваемых действий. Реализуя свободу, человек выбирает, то, что считает необходимым.

Свобода позволяет человеку реализовать себя как личность, (например, один считает необходимым вести честный образ жизни, другой –преступный).

Свобода делает возможным для человека воспользоваться всеми правами и другими свободами, обладателем которыми он стал с самого своего рождения.

Иначе говоря, свобода - это отсутствие у индивидуума зависимости от кого-либо или от чего-либо, возможность располагать собою по собственному усмотрению; возможность действовать в какой-то области без ограничений, запретов, беспрепятственно.

В уголовно-правовом смысле «свобода» означает физическое, психическое и моральное состояние того, кто не находится в заключении, в неволе. Иначе говоря, задержанный, арестованный, находящийся под стражей – это человек, не обладающий личной свободой.

Свобода издавна считается ценнейшим благом человека, хотя и не всегда им осознаваемым. Законодатель устанавливает самое строгое наказание, связанное с лишением человека этого блага. Лишение свободы, таким образом, вошло в разряд самых суровых, после смертной казни, наказаний.

Лишение свободы согласно части первой статьи 48 УК трактуется как:

- А) изоляция осужденного от общества;
- Б) направление осужденного к лишению свободы в колонию-поселение или помещение в исправительную (воспитательную) колонию соответствующего режима или в тюрьму.

Эта законодательная формулировка лишения свободы не отражает всей сущности данного вида наказания. В ней акцент сделан на изоляцию человека от общества, хотя изоляция – это, скорее всего, способ реализации наказания, но не его суть и не содержание.

В уголовно-правовом понимании признаками изоляции личности могут быть определены следующие:

- 1) изоляция лица от общества носит принудительный характер независимо от его воли;
- 2) изоляция от общества осуществляется от имени государства судом;
- 3) изоляция от общества осуществляется в соответствии с целями и законодательно установленным порядком;
- 4) изоляция от общества носит временной характер;
- 5) изоляция от общества влечет правовое ограничение личности;
- 6) изоляция от общества прекращает разнообразные связи личности;

б) изоляция от общества делает недоступной связь личности с ранее внешне окружающей ее средой.

Основаниями изоляции личности от общества могут быть выделены следующие обстоятельства:

а) совершение лицом правонарушений;

б) болезненное психическое состояние личности, опасное для окружающих.

Уголовное законодательство Республики Казахстан не указывает, какого типа изоляция применяется к лицу при назначении ему наказания в виде лишения свободы.

Изоляция осужденных от общества посредством помещения их в специальные учреждения связана с принудительным изменением их образа жизни и включением в новые для них процессы: подчинением установленному режиму учреждения, участием в особо регулируемых процессах обучения, в труде, в общественной жизни и т. п. Разные виды социально-полезной деятельности в условиях изоляции от общества приобретают иную личную значимость. Наблюдается, что осужденные в изоляции в ряде случаев охотнее участвуют в учебе, оплачиваемой работе, спортивных мероприятиях, художественной самодеятельности, но в то же время немало и таких, которые не желают участвовать в самодеятельных организациях колонии, в бесплатных работах по благоустройству территории колонии, в воспитательных мероприятиях.

Изоляция связана и с негативными явлениями, поскольку происходит включение осужденных в специфическую среду, где собраны лица с разной степенью криминальной приверженности, неоднократно судимые и ранее отбывавшие наказания в колониях. В связи с этим, а также в силу слабой и неэффективной воспитательной работы со стороны персонала колонии на осужденных могут оказать непосредственное воздействие т. н. «тюремные законы», которые в значительной мере определяют их последующее поведение как в период отбывания наказания, так и по выходу на свободу.

И вот в этом-то и видится парадокс: с одной стороны лицо, виновное в совершении преступления, подвергается лишению свободы и направляется в колонию для исправления, с другой – чуть ли не официально признается негативное воздействие на личность его само пребывание в среде преступников. Не случайно укоренилось расхожее мнение, основанное на том, что в колониях осужденные зачастую повышают свое криминальное профессиональное мастерство, что места лишения свободы – это своего рода «академия», «институт повышения квалификации». А высокий процент рецидива преступлений среди лиц, отбывавших наказание в местах изоляции от общества, говорит сам за себя.

Трактуя термин «лишение» в контексте статьи 48 УК, необходимо отметить, что если перед этим словом специально не оговорено о неполном, о частичном лишении, то смысловое значение этого слова носит абсолютный характер, то есть лишение полное, а не частичное. Это токование приведено в Большом толковом словаре русского языка, где указывается на то, что лишение означает утрату, потерю, оставление без чего-либо и т.п.⁴²

Лишение свободы по приговору суда во всех случаях должно быть лишением именно свободы, но не лишением осужденных иных прав и свобод, об ограничении или лишении которых не указано в приговоре суда.

⁴² Большой толковый словарь русского языка. С-Пб., 2000. С. 504.

В этой связи права правозащитные организации, когда они ратуют за то, чтобы осужденные в местах лишения свободы не были лишены других своих прав, что они, например, должны иметь нормальные гигиенические условия, нормальную пищу, возможности интеллектуального и эстетического развития. Следовательно, при исполнении этого наказания должны быть полностью устранены излишние правоограничения, устанавливаемые режимом исправительного учреждения, в том числе и излишние ограничения связи с внешним миром, а также случаи жестокого обращения и пыток.

В соответствии с ч. 3 ст. 48 УК РК лишение свободы устанавливается на срок от шести месяцев до пятнадцати лет, а за особо тяжкие преступления, указанные в части первой статьи 49 УК РК, - до двадцати лет либо пожизненно.

По смыслу статьи 48 УК Республики Казахстан пожизненное лишение свободы избирается судом, если лишение свободы на предусмотренный законом максимальный срок признается наказанием недостаточным, а смертная казнь – чрезмерным наказанием.

Однако пожизненное лишение свободы как альтернативная мера наказания, в санкциях статей Особенной части УК, предусматривающих также срочное лишение свободы и смертную казнь, всегда располагается в них на последнем месте, замыкая весь ряд наказаний, обозначенных в санкции. А согласно порядку построения системы наказаний и конструирования санкций, принятому в новом УК, на последнем месте, как в системе наказаний, так и в санкциях статей должно располагаться самое суровое наказание.

Судьям же предписывается при выборе из указанных в санкции статьи уголовного закона наказаний обсуждать их достаточность и соразмерность для подсудимого, исходя от менее строгого к более строгому наказанию.

Случайное ли отступление законодателя от вышеуказанного правила конструирования санкций статей указанием менее строгого наказания в виде пожизненного лишения свободы после более строгого - смертной казни?

Представляется, что это подчинено определенному смыслу. По замыслу законодателя за совершение некоторых особо опасных преступлений устанавливается лишение свободы на длительный срок (до 20 лет) либо смертная казнь. Для судов это означает, что, придя к выводу о недостаточности наказания в виде лишения свободы на определенный срок, он должен избрать смертную казнь. Но поскольку смертная казнь – это самое строгое наказание, которое может быть назначено человеку, совершившему особо опасное преступление, а также в связи с тем, что на исполнение приговора о смертной казни введен мораторий, законодатель взамен предлагает пожизненное лишение свободы, и суды избирают пожизненное лишение свободы в качестве альтернативы смертной казни.

В связи с усилением роли пожизненного лишения свободы, было бы правильным, в **статье 39 УК РК** указать два вида лишения свободы: лишение свободы на определенный срок и пожизненное лишение свободы. В таком случае пожизненное лишение свободы можно было бы предусмотреть в самостоятельной статье с более широкой её характеристикой и ввести в санкции статей Особенной части УК, исключив смертную казнь.

Хотя по УК РК пожизненное лишение свободы не выделено в самостоятельный вид уголовного наказания и представлено как разновидность лишения свободы, между этими двумя видами наказаний имеется ряд существенных отличий.

Во-первых, лишение свободы на определенный срок может устанавливаться законом и применяться судами к широкому кругу лиц, совершивших разные преступления, относящиеся ко всем четырем категориям: преступления небольшой тяжести, преступления средней тяжести, тяжкие преступления и особо тяжкие преступления.

Что касается пожизненного лишения свободы, то оно имеет узкую сферу применения, может устанавливаться и назначаться за совершение преступлений, относящихся только к одной категории – за особо тяжкие преступления (согласно ч. 5 ст. 10 УК таковыми признаются умышленные деяния, за совершение которых установлено наказание в виде лишения свободы на срок свыше 12 лет или смертная казнь).

Во-вторых, лишение свободы устанавливается как альтернатива другим менее строгим наказаниям. Пожизненное лишение свободы устанавливается как альтернатива самому строгому наказанию - смертной казни, (когда суд сочтет возможным не применять смертную казнь, указанную в санкции уголовного закона, по которому квалифицировано преступление).

В-третьих, отбывание лишения свободы, назначенного на определенный срок, ставится в зависимость не от продолжительности срока лишения свободы, указанного в приговоре, а от других показателей (умышленность/неосторожность деяний, возраст осужденного, половая принадлежность, рецидив преступлений, отбывание осужденным ранее наказания в местах лишения свободы). Назначение пожизненного лишения свободы автоматически влечет его отбывание в исправительной колонии особого режима. (статья 122 УИК гласит о том, что в исправительных колониях особого режима отбывают наказание осужденные к пожизненному лишению свободы, а также осужденные, которым смертная казнь в порядке помилования заменена пожизненным лишением свободы отбывают наказание отдельно от других осужденных.)

В - четвертых, при назначении наказания по совокупности преступлений и приговоров законом предусматривается сложение наказаний, назначенных за каждое преступление, в пределах соответственно до 25 и 30 лет лишения свободы. К пожизненному лишению свободы прибавить что-либо не представляется возможным. В части 4 ст. 58 УК указано, что если за преступление, входящее в совокупность, назначается пожизненное лишение свободы, то окончательное наказание назначается в виде пожизненного лишения свободы. В силу этого складывается ситуация, при которой осужденный, получив пожизненное лишение свободы за совершение одного особо тяжкого преступления, не почувствует и не испытает на себе других наказаний, назначенных за совершение других преступлений.

Применение исключительного наказания - смертной казни

Смертная казнь в соответствии с уголовным законом является исключительной мерой наказания, и ее применение допускается при наличии обстоятельств, свидетельствующих об исключительной опасности подсудимого для общества, вследствие чего обеспечить достижение целей наказания применением других его видов невозможно.

Согласно Уголовному кодексу РК смертная казнь может быть назначена более чем за 20 преступлений.

Часть 2 статьи 49 УК устанавливает запрет на применение смертной казни женщинам, лицам, совершившим преступления в возрасте до 18 лет, к мужчинам, достигшим к моменту вынесения приговора 65 лет.

Смертная казнь не может назначаться также лицам, которых суд в соответствии с частью 5 статьи 69 УК счел невозможным освободить от уголовной ответственности по истечении сроков давности.

Согласно части 4 статьи 75 УК при исполнении приговора в отношении лица, приговоренного к смертной казни, после истечения сроков давности исполнения приговора, смертная казнь также должна быть заменена лишением свободы на 25 лет или пожизненно.

Часть 4 ст. 56 настоящего Кодекса содержит прямой запрет на назначение смертной казни за неоконченное преступление. Ранее уголовное законодательство не предусматривало никаких изъятий для применения исключительной меры наказания - смертной казни к виновным в приготовлении к совершению преступления или в покушении на преступление.

Смертная казнь не может применяться, если хотя бы один из судей против ее применения.

Дела о преступлениях, за совершение которых закон устанавливает наряду с другими наказаниями смертную казнь, подсудны специализированным межрайонным судам по уголовным делам. Они рассматриваются либо судьей единолично, либо с участием присяжных заседателей при наличии об этом ходатайства обвиняемого. Если другие виды наказания могут применяться большинством голосов судей, то смертная казнь может быть применена только при единогласном решении всех судей (в т.ч. десяти присяжных заседателей), входящих в состав суда.

Следует отметить, что с введением моратория на исполнение приговора о смертной казни и введением в действие наказания в виде пожизненного лишения свободы суды стали гораздо реже, можно сказать, вообще за последние годы перестали применять наказание в виде смертной казни.

При такой судебной практике оснований для утверждения о послаблении уголовной ответственности и наказания лиц, совершивших особо тяжкие преступления, не имеется.

В этой связи вновь активизируется обсуждение проблемы о необходимости сохранения наказания в виде смертной казни в УК Республики Казахстан.

Эта проблема занимает умы не только ученых и практиков, но и небезразлична для населения.

Противоположные воззрения по этой проблеме: «за» и «против» смертной казни сторонники подкрепляют соответствующими аргументами. Одни ссылаются на необходимость повышения карательных свойств уголовного наказания и предупредительно-профилактического воздействия, даже необходимостью физического уничтожения особо опасных преступников. Другие, поддерживая эту меру, выступают за сокращение применения и постепенную отмену смертной казни.

Смертная казнь никогда не способствовала предупреждению преступлений. Например, в Казахстане мораторий на исполнение приговоров о смертной казни и изменение в связи с этим правоприменительной практики назначения смертной казни не оказали существенного влияния на состояние преступности по особо тяжким преступлениям, караемым смертной казнью. К тому же было бы противоправным и аморальным применять смертную казнь к одним лицам для устрашения других потенциальных правонарушителей. Завышение наказания в таких случаях не отвечает принципу справедливости наказания

Смертная казнь сопряжена с нарушением права на жизнь, охраняемого Конституцией Республики Казахстан, т.к. согласно пункту 3 статьи 39 Конституции РК это право ни в каких случаях не подлежит никакому ограничению.

Представляется небесспорным и то, что вопрос о применении смертной казни, даже при необходимости достижения единогласия судей, отдается на решение юридически некомпетентным людям в лице присяжных заседателей. Как известно, они решения принимают не по праву, а по факту, и зачастую не последнюю роль играют их эмоции, вызванные характером последствий преступления и общественном мнении, основанном на позиции ужесточения карательных мер в отношении особо опасных преступников. И такое мнение наряду с данными правовой статистики о том, что применение смертной казни не приводит к существенному сокращению особо тяжких преступлений, в т.ч. связанных с посягательством на жизнь человека, существенно не меняется.

О том, что в обществе существует тенденция к насилию, установлению ответственности за преступление по принципу «око за око, зуб за зуб», свидетельствует пример, который отмечал в своих исследованиях Хохряков Г.Ф.⁴³ В подтверждение этому он приводил такие сведения: «В «Литературной газете» от 14 октября 1997 года была опубликована подборка писем под названием «Чувства добрые» А. Ваксберга. В этих письмах авторы требовали не только сохранения смертной казни, но и учреждения ее публичного исполнения. Среди этих людей были не только обыватели, но и обремененные научными степенями. А в 1988 году в рамках телепередачи «Пятое колесо» были проведены дебаты по поводу сохранения или отмены смертной казни. Большинство склонялось к сохранению смертной казни, а когда их спросили о том, могли ли они сами лично исполнить приговор, предусматривающий смертную казнь, то почти все из числа ратовавших за сохранение смертной казни ответили положительно».

Подобные настроения были и все еще есть и в казахстанском обществе.

Само исполнение смертной казни сопряжено с пытками, жестоким, бесчеловечным и унижающим достоинство человека обращением, хотя в статье 38 УК говорится о том, что уголовное наказание не имеет своей целью причинение физических страданий или унижение человеческого достоинства. Не случайно, в Казахстане исполнение приговоров о смертной казни в связи с мораторием не осуществляется.

Об отмене смертной казни в Казахстане говорится уже много лет и международное сообщество стран, отказавшихся от этого наказания, оказывают постоянное влияние на ситуацию. Например, эти страны, правозащитные организации указывают на недостаточное внимание к провозглашенным Конституцией правам человека, могут, например, отказывать в выдаче пребывающих на их территории преступников по мотивам возможного применения к ним смертной казни.

В нынешней ситуации, когда действует мораторий на исполнение приговоров о смертной казни, с учетом того, что при применении смертной казни цели наказания в полном объеме не могут быть достигнуты, статья 49 УК может быть изменена. Можно было бы начать с сокращения применения смертной казни путем исключения этого вида наказания из санкций некоторых статей УК, предусматривающих ответственность за ненасильственные преступления, не посягающие на жизнь людей, а в последующем полностью отказаться от этого вида наказания.

⁴³ Хохряков Г. Ф. «Парадоксы тюрьмы», Юридическая литература. М. 1991. С. 62

«Смертная казнь и пожизненное лишение свободы как виды наказания за преступления, предусмотренные в проекте Уголовного кодекса Республики Казахстан»

Общеизвестно, что смертная казнь и пожизненное лишение свободы являются одними из наиболее суровых видов уголовного наказания, изобретенных за всю историю человечества.

Первым, кто поднял вопрос об отмене смертной казни и введении пожизненного лишения свободы как ее альтернативы был двадцатипятилетний Чезаре Беккария, родившийся в Милане 15 марта 1738 года. В своем сочинении «О преступлении и наказании», относящемся к классике юридической мысли и не потерявшем своей актуальности и сегодня, Беккария отмечал: «Чтобы быть справедливым, наказание должно быть строгим в той мере, поскольку это способствует удержанию людей от совершения преступлений. Нет человека, который, взвесив все и зная о грозящем пожизненном лишении свободы, прельстился бы призрачными выгодами задуманного им преступления. Таким образом, пожизненная каторга, заменив смертную казнь, станет суровым наказанием, чтобы удержать даже самую отчаянную душу от совершения преступления»⁴⁴.

С момента появления идеи отмены смертной казни прошло около трех столетий, а смертная казнь, как следует из Доклада генерального секретаря на заседании ЭКОСОС ООН от 18 декабря 2009 года, продолжает сохраняться в 47 из 198 государств и территорий⁴⁵.

Заслуживает особого внимания криминальная статистика в европейских странах, реально отображающая, что смертные приговоры еще в конце 18 века в большинстве случаев не приводились в исполнение: так в Италии за 6 лет (сведения приведены по состоянию на 1885 год) в окружных судах было присуждено к смертной казни 586 человек, около 98 в год. В действительности, однако, почти все приговоренные были помилованы королевской властью, смертная казнь была заменена пожизненной каторгой. Число присужденных к бессрочной каторге (вместе с помилованными осужденными на казнь) достигало до 40 человек в год, тогда как в России, при одинаковом абсолютном числе осужденных за убийство, к вечной каторге присуждалось не более 20-25 человек в год (итальянские присяжные строже относились к преступлениям против личности, сравнительно даже с французскими судами)⁴⁶; во Франции число смертных приговоров в 1881 – 1885 годах увеличилось в связи с ростом преступлений против жизни, за 5 указанных лет к смерти было приговорено 148 человек (в предыдущие 5 лет - 127), из приговоренных к смерти было действительно казнено только 27⁴⁷.

⁴⁴ Чезаре Беккария «О преступлениях и наказании», С. 171, http://krotov.info/lib_sec/02_b/bek/karia.html.

⁴⁵ «Высшая мера наказания и выполнение мер безопасности, которые обеспечивают защиту прав тех лиц, кому грозит смертная казнь». Доклад генерального секретаря на заседании ЭКОСОС ООН 18 декабря 2009 года. Документ ООН E2010/10. Таблица 1.

⁴⁶ «Преступность в Италии, Германии и Франции (по новейшим статистическим данным)», С. 279 Юридический вестник № 2. Издание Московского Юридического Общества. Февраль 1888 год. Том XXII.

⁴⁷ Там же, С. 280.

В проекте Уголовного кодекса Республики Казахстан предусмотрен 21 состав преступлений⁴⁸, за совершение которых в качестве наказания может быть назначена смертная казнь и 38 статей⁴⁹ в санкциях которых предусмотрено наказание в виде

⁴⁸ ч.2 (развязывание или ведение агрессивной войны) ст.172 УК РК «Планирование, подготовка, развязывание или ведение агрессивной войны»; ч.2 (применение оружия массового поражения, запрещенного международным договором Республики Казахстан) ст.175 УК РК «Применение запрещенных средств и методов ведения войны»; ч.3 (убийство лиц, сдавших оружие или не имеющих средств защиты, раненых, больных, потерпевших кораблекрушение, медицинских работников, санитарного и духовного персонала, военнопленных, гражданского населения на оккупированной территории или в районе военных действий, иных лиц, пользующихся во время военных действий международной защитой, к службе в вооруженных силах противника или к переселению) ст.176 УК РК «Нарушение законов и обычаев войны»; ст.177 УК РК «Преступные нарушения норм международного гуманитарного права во время вооруженных конфликтов»; ч.2 (в военное время) ст. 180 УК РК «Геноцид»; ч.4 (повлекшее гибель людей или иные тяжкие последствия) ст.182 УК РК «Наемничество»; ч.3 (если действия соединены с посягательством на жизнь государственного или общественного деятеля либо лиц, пользующихся международной защитой; сопряжены с нападением на здания, сооружения, захватом заложника, зданий, сооружений, средств сообщения и связи, угоном, а равно с захватом воздушного или водного судна, железнодорожного подвижного состава либо иного общественного транспорта; повлекли по неосторожности смерть человека или иные тяжкие последствия) ст.184 «Международный терроризм»; ч.2 (в военное время) 187 УК РК «Государственная измена»; ст.189 УК РК «Посягательство на жизнь Первого Президента Республики Казахстан - Лидера Нации»; ст.190 УК РК «Посягательство на жизнь Президента Республики Казахстан»; ст.195 УК РК «Диверсия»; ч.4 ст.270 УК РК «Терроризм»; 5 (в военное время) ст.461 УК РК «Неповиновение или иное неисполнение приказа»; ч.4 (в военное время) ст.462 УК РК «Сопrotивление начальнику или принуждение его к нарушению служебных обязанностей»; 4 (в военное время) ст.463 УК РК «Насильственные действия в отношении начальника»; ч.4 (в военное время) ст.467 УК РК «Дезертирство»; 4 (в военное время) ст.468 УК РК «Уклонение от воинской службы путем членовредительства или иным способом»; ч.3 (в военное время) ст.469 УК РК «Нарушение правил несения боевого дежурства»; ч.4 (в военное время) ст.475 «Злоупотребление властью»; ч.4 (в военное время) ст.476 УК РК «Превышение власти»; и ст.480 УК РК «Сдача или оставление противнику средств ведения войны».

⁴⁹ ч.2 (с квалифицирующими признаками) ст.102 «Убийство» УК РК; ч.4 (в отношении потерпевшей, заведомо не достигшей четырнадцатилетнего возраста) ст.123 УК РК «Изнасилование»; ч.4 (в отношении лица, заведомо не достигшего четырнадцатилетнего возраста) ст.124 «Насильственные действия сексуального характера»; ч.2 (развязывание или ведение агрессивной войны) ст.172 УК РК «Планирование, подготовка, развязывание или ведение агрессивной войны»; ч.2 (применение оружия массового поражения, запрещенного международным договором Республики Казахстан) ст.175 УК РК «Применение запрещенных средств и методов ведения войны»; ч.3 (убийство лиц, сдавших оружие или не имеющих средств защиты, раненых, больных, потерпевших кораблекрушение, медицинских работников, санитарного и духовного персонала, военнопленных, гражданского населения на оккупированной территории или в районе военных действий, иных лиц, пользующихся во время военных действий международной защитой, к службе в вооруженных силах противника или к переселению) ст.176 УК РК «Нарушение законов и обычаев войны»; ст.177 УК РК «Преступные нарушения норм международного гуманитарного права во время вооруженных конфликтов»; ч.1 и ч.2 (в военное время) ст. 180 УК РК «Геноцид»; ч.4 (повлекшее гибель людей или иные тяжкие последствия) ст.182 УК РК «Наемничество»; ч.3 (если действия соединены с посягательством на жизнь государственного или общественного деятеля либо лиц, пользующихся международной защитой; сопряжены с нападением на здания, сооружения, захватом заложника, зданий, сооружений, средств сообщения и связи, угоном, а равно с захватом воздушного или водного судна, железнодорожного подвижного состава либо иного общественного транспорта; повлекли по неосторожности смерть человека или иные тяжкие последствия) ст.184 «Международный терроризм»; ч.1 и ч.2 (в военное время) 187 УК РК «Государственная измена»; ст.189 УК РК «Посягательство на жизнь Первого Президента Республики Казахстан - Лидера Нации»; ст.190 УК РК «Посягательство на жизнь Президента Республики Казахстан»; ст.195 УК РК «Диверсия»; ч.4 ст.270 УК РК «Терроризм»; ч.5 ст.277 УК РК «Создание и руководство преступным сообществом»; ч.4 ст.299 УК РК «Контрабанда наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов»; ч.3 (преступной группой,

пожизненного лишения свободы. Для сравнения в таких странах, как Германия и Польша, пожизненное лишение свободы может быть назначено за 5 преступлений, в Бельгии и Российской Федерации - за 6, Дании - 9, Грузии - 11, Швеции - 13, Беларуси - 14, Японии, Объединенных Арабских Эмиратах и Азербайджане - 16, Корее - 17, Франции - 18, Голландии -19, Молдове -24, Бахрейне - 26, Узбекистане -2⁵⁰.

Нормами проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан допускается назначение смертной казни как за совершение террористических преступлений, сопряженных с гибелью людей, и за особо тяжкие преступления, совершенные в военное время, так и за преступления ненасильственного характера либо за посягательство на жизнь (например, ч.2 ст.187 «Государственная измена»; ч.1 ст.190 «Посягательство на жизнь Президента»; ст.467 «Дезертирство»; ст.468 «Уклонение от воинской службы путем членовредительства в военное время»).

Отрадно отметить, что пожизненное лишение свободы, наконец, предусмотрено как вид наказания в статье 41 проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан.

Положительным также является и наличие в санкциях 16 из 21 статей проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан, предусматривающих альтернативы смертной казни - лица, которым грозит смертная казнь могут получить помимо наказания в виде пожизненного лишения свободы лишение свободы сроком от 10 до 20 лет.

Следует упомянуть об усилении уголовной ответственности: в проекте УК РК в некоторых случаях исключено наказание в виде лишения свободы, и единственной альтернативой смертной казни является пожизненное лишение свободы, кроме того, в нескольких из санкций 21 рассматриваемых статей по сравнению с нормами действующего Уголовного кодекса Республики Казахстан увеличен нижний предел возможного наказания.

несовершеннолетнему лицу или в особо крупном размере) ст.309 УК РК «Незаконные изготовление, переработка, приобретение, хранение в целях сбыта, перевозка, пересылка либо сбыт наркотических средств, психотропных веществ и их аналогов»; ч.3 (преступной группой, в отношении несовершеннолетнего или в особо крупном размере) ст.310 УК РК «Хищение либо вымогательство наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов»; ч.4 (если повлекли по неосторожности смерть потерпевшего или иные тяжкие последствия) ст.311 УК РК «Склонение к потреблению наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов»; ст.429 УК РК «Посягательство на жизнь лица, осуществляющего правосудие или досудебное расследование»; ч.4 ст.453 УК РК «Посягательство на жизнь сотрудника учреждения, обеспечивающего изоляцию от общества, либо его супруга (супруги) или близких родственников в связи с осуществлением им служебной деятельности, а также в отношении осужденного с целью воспрепятствовать его исправлению или из мести за оказанное им содействие администрации учреждения»; ч.4 (в боевой обстановке или в условиях чрезвычайного положения) и 5 (в военное время) ст.461 УК РК «Неповиновение или иное неисполнение приказа»; ч.3 (в боевой обстановке или в условиях чрезвычайного положения) и 4 (в военное время) ст.462 УК РК «Сопrotивление начальнику или принуждение его к нарушению служебных обязанностей»; ч.3 (в боевой обстановке или в условиях чрезвычайного положения) и 4 (в военное время) ст.463 УК РК «Насильственные действия в отношении начальника»; ч.3 (в боевой обстановке или в условиях чрезвычайного положения) и 4 (в военное время) ст.467 УК РК «Дезертирство»; ч.3 (в боевой обстановке или в условиях чрезвычайного положения) и 4 (в военное время) ст.468 УК РК «Уклонение от воинской службы путем членовредительства или иным способом»; ч.3 ст.469 УК РК «Нарушение правил несения боевого дежурства» (в военное время); ч.4 (в военное время) ст.475 «Злоупотребление властью»; ч.4 ст.476 УК РК «Превышение власти» (в военное время); и ст.480 УК РК «Сдача или оставление противнику средств ведения войны».

⁵⁰ «Пожизненное лишение свободы как мера уголовного наказания». Слепцов И.В. Международный научный журнал академии Комитета Уголовно-исполнительной системы Министерства юстиции Республики Казахстан 3 (18) 2008 год, С. 9.

Так в действующем УК РК в санкции статьи ч.2 ст.156 УК РК «Развязывание или ведение агрессивной войны» предусмотрено отсутствующее в проекте УК РК (ч.2 ст.172 УК РК) наказание в виде лишения свободы сроком от 10 до 20 лет; в ч.2 ст.175 проекта УК РК отсутствует возможное наказание в виде лишения свободы на срок от 10 до 20; в настоящее время в УК РК в качестве альтернативы смертной казни и пожизненного лишения свободы предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок от 15 до 20 лет за «Геноцид» в военное время; ужесточена в проекте УК РК уголовная ответственность и за наемничество (ч.4 ст.182) нижний предел наказания увеличен на 5 лет (от 15 до 20 лет лишения свободы).

Кроме того, в текст проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан добавлено 3 статьи, предусматривающие наказание в виде смертной казни: ст.176 «Нарушение законов и обычаев войны», ст.177 «Преступные нарушения норм международного гуманитарного права во время вооруженных конфликтов», ст.184 «Международный терроризм».

Подобные изменения произошли и при рассмотрении вопроса назначения пожизненного лишения свободы в проекте Уголовного кодекса Республики Казахстан. Безусловно, в проекте УК РК, помимо перечисленных, имеются и другие нормы, улучшающие положение лиц, приговоренных к пожизненному лишению свободы.

Согласно ч.5 ст.76 проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан: «Лицо, отбывающее назначенное судом пожизненное лишение свободы, а также лицо, которому наказание в виде смертной казни заменено пожизненным лишением свободы в порядке помилования, может быть освобождено условно-досрочно, если судом будет признано, что оно не нуждается в дальнейшем отбывании этого наказания и фактически отбыло не менее двадцати пяти лет лишения свободы либо достигло шестидесятипятилетнего возраста при отсутствии у осужденного злостных нарушений установленного порядка отбывания наказания в течение предшествующих трех лет».

В настоящее время, в соответствии со ст.70 УК РК и внутренними инструкциями данная категория лиц имеет право на условно-досрочное освобождение при фактическом отбытии не менее 25 лет при отсутствии у осужденного злостных нарушений в течение предшествующих 5 лет.

Однако лица, приговоренные к смертной казни фактически правом на условно-досрочное освобождение по-прежнему не обладают, и согласно проекта Уголовного кодекса положение их не меняется - они обречены на смерть в местах лишения свободы.

Применение пожизненного заключения без возможности досрочного освобождения вызывает те же возражения, что и применение смертной казни: «оно угрожает неотъемлемому праву на жизнь. Запереть заключенного и отнять у него надежду на освобождение означает прибегнуть к другой форме смертного приговора»⁵¹.

Во многих странах пожизненный приговор не означает, что человек, имеющий такой приговор будет лишен свободы на всю жизнь. Например, в Австрии средний срок отбывания заключения – 22 года. В Хорватии от 20 до 40 лет. В Дании – максимально 20 лет. В Эстонии – минимально 30 лет. В Финляндии – в среднем отбывают от 10 до 15 лет, а освобождаются только по постановлению Президента. В Венгрии имеется специальная альтернатива, по которой обычно отбывают от 15 до 30 лет пожизненного

⁵¹ Аргументы против смертной казни: Движение против смертной казни в Америке в 1972 – 1994 годах. Haines, H., Oxford University Press: 1996.

заклучения. В Латвии имеется обязательное пожизненное заключение, и минимальный период отбывания составляет не менее 6 месяцев, а максимальный – 50 лет. Для очень тяжелых преступлений обычно период составляет 20 лет. Германия является одной из тех стран, где имеется пожизненное заключение. Фактически максимальный срок отбывания наказания 15 лет до того, как дело будет пересматриваться. В Люксембурге имеется срок пожизненного заключения 15 лет до того, как будет рассматриваться вопрос об освобождении. В Польше минимальный срок, который необходимо отбыть, составляет 20 лет до пересмотра дела⁵².

Особого внимания заслуживает и «вводимое» наказание в виде пожизненного лишения свободы в проекте Уголовного кодекса уголовной ответственности за изнасилование потерпевшей, заведомо не достигшей четырнадцатилетнего возраста (ч.4 ст.123 проекта УК РК) и за насильственные действия сексуального характера (ч.4 ст.124 проекта УК РК).

В общей сложности количество санкций статей, предусматривающих наказание в виде смертной казни в проекте УК РК выросло на 4 (21 состав преступлений, в настоящее время предусмотрено 17 составов), количество статей, предусматривающих уголовную ответственность в виде пожизненного лишения свободы выросло на 5 (38 составов преступлений, предусматривающих в качестве наказания пожизненное лишение свободы).

В этой связи вполне оправданно отметить заключение Европейского Комитета Экспертов⁵³, в котором обозначено следующее: «Применяемая уголовная политика и то, как она реализуется, будет иметь долгосрочные последствия в отношении числа и доли заключенных, приговоренных к пожизненному лишению свободы, в общем количестве тюремного населения и в отношении того, каким образом с ними будут обращаться».

⁵² «Пожизненное лишение свободы как альтернатива смертной казни». Питер Ходкинсон, эксперт Международной Тюремной реформы (Великобритания). Информационно-справочный материал конференции «Институт пожизненного лишения свободы в Казахстане: возможности реформирования». 19 ноября 2010 года, г. Астана.

⁵³ Совет Европы, 2003г., С. 15.

Совершенствование Уголовного кодекса Казахстана через призму пенитенциарной системы

Внутреннее содержание Уголовного кодекса имеет непосредственное влияние на состояние системы исполнения уголовных наказаний. В этом смысле численность т.н. «тюремного населения» является своего рода лакмусовой бумажкой, по которой определяют степень репрессивности уголовного закона. По данным Комитета уголовно-исполнительной системы МВД РК за последние два с половиной года, а именно с января 2010 года по июль 2012 года, численность заключенных в стране уменьшилась с 63445 до 48408, то есть на 15037 человек. Это является результатом реализации поручения Президента страны, озвученного в Послании народу Казахстана 29 января 2010 года, где он подверг критике правоохранительную систему, сказав: «Этот сектор сохранил многие изъяны прошлой системы. У нас в системе наказания штрафы составляют менее 5%, исправительные работы – 0,4%, общественные работы – 0%. Основным видом наказания остается лишение свободы... Необходимо гуманизировать наши законы, повысить их качество».

За истекший период проведена большая работа по гуманизации прежде всего Уголовного кодекса РК. Путем принятия ряда законов отдельные составы преступлений были декриминализованы, также в санкциях ряда статей сфера применения лишения свободы была сужена. Кроме этого, 28 декабря 2011 года был принят Закон РК «Об амнистии в связи с двадцатилетием государственной независимости Республики Казахстан», на реализацию которого было отведено шесть месяцев. Таким образом, на 1 июля 2012 года численность заключенных в Казахстане составляла 48408 человек, из которых 6552 – содержались в следственных изоляторах и 41856 в исправительных учреждениях.

Является ли указанное количество заключенных на данный момент оптимальным для Казахстана? Следует ли продолжить процесс гуманизации или принятые меры являются достаточными, так как любое смягчение уголовного законодательства должно иметь разумные пределы?

Чтобы ответить на эти вопросы обратимся к данным Международного центра тюремных исследований относительно индекса тюремного населения стран мира. Сразу оговоримся, что данные приведены в начале 2012 года по итогам предыдущего года.

Казахстан в этом списке занимает 33 место среди 220 стран мира с 316 заключенными на 100 тыс. населения. Для сравнения, в странах Европы, куда мы ориентируемся, тюремный индекс значительно ниже, например: в Исландии - 47, в Финляндии - 59, в Швеции - 70, в Норвегии - 73, в Германии - 83, в Нидерландах - 87, в Бельгии - 100, во Франции - 101, в Австрии - 104, в Италии - 109, в Греции - 111, в Португалии - 126, в Великобритании – 154 и т.д. В приведенном списке особый интерес для сравнения представляют Нидерланды, так как население этой страны составляет 17 млн. человек, то есть почти как в Казахстане.

В странах постсоветского пространства тюремный индекс составляет: в Таджикистане - 130, в Армении - 146, в Узбекистане - 152, в Кыргызстане - 181, в Молдове - 182, в Туркменистане - 224, в Эстонии - 252, в Латвии - 304, в Литве - 314, в Украине - 336, в Азербайджане - 407, в Беларуси - 438, в России - 511 и в Грузии - 524.

Как видно, Казахстан даже среди постсоветских стран имеет индекс «тюремного населения» выше среднего, так как лишение свободы все еще остается доминирующим видом наказания. Даже если учесть, что за первое полугодие 2012 года количество заключенных уменьшилось на 3930 человек (в т.ч. 2100 освободились из ИУ по амнистии) и на июль месяц наш тюремный индекс составлял уже 288, оно все равно остается высоким по международным стандартам, а среди бывших союзных республик по Центральной Азии мы сохраняем лидерство.

Проведенные расчеты показывают, что при нынешнем состоянии уголовного законодательства и практики его применения дальнейшего резкого сокращения «тюремного населения» не стоит ожидать. Так, за последние два месяца, то есть с момента окончания амнистии, динамика снижения числа заключенных резко замедлилась, в среднем на 200 человек в месяц.

Ситуация напоминает 2011 год, когда после принятия закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам дальнейшей гуманизации уголовного законодательства и усиления гарантий законности в уголовном процессе» от 18 января 2011 года в первые месяцы численность заключенных резко снижалась, но с июля данный процесс стал замедляться и к октябрю остановился. Затем, после принятия Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования правоохранительной деятельности и дальнейшей гуманизации уголовного законодательства» от 9 ноября 2011 года снижение резко возобновилось, позже в роли катализатора послужила еще и амнистия.

Авторы Концепции проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан новой редакции (далее – Концепция проекта УК) в части перспектив дальнейшей гуманизации строго ориентируются на Концепцию правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года, в которой сказано: «Гуманизация должна касаться главным образом лиц, впервые совершивших преступления небольшой и средней тяжести, ... Вместе с тем, необходимо и впредь проводить жесткую уголовную политику в отношении лиц, виновных в совершении тяжких и особо тяжких преступлений».

Если исходить из данной установки, то пенитенциарный резерв снижения численности заключенных уже почти исчерпан. Так, в течение двух с половиной лет гуманизации структура «тюремного населения» резко изменилась, если на 1 января 2010 года в ИУ доля заключенных, осужденных за совершение преступлений небольшой или средней тяжести, составляла 9056 человек либо 16%, то на 1 июня 2012 года всего 2416 человек или 5,7%. Как видно, данная остаточная цифра малозначительна, поэтому не способна решить проблему высокого тюремного индекса.

Таким образом, сегодня в местах лишения свободы сконцентрированы осужденные за совершение тяжких и особо тяжких преступлений, за которые предусмотрены длительные сроки лишения свободы и которых обошла стороной как текущая гуманизация уголовного законодательства, так и последняя амнистия. И если дальше проводить такую же жесткую правовую политику в отношении данной категории осужденных, то высокий тюремный индекс нам обеспечен навсегда.

С точки зрения уголовно-исполнительной системы парадокс заключается в том, что, с одной стороны, законодатель ставя перед ней задачу исправить преступника, с другой стороны, лишает этого преступника в местах лишения свободы стимула к исправлению. Например, действующая редакция статьи 76 Уголовного кодекса РК запрещает амнистировать лиц, совершивших тяжкие и особо тяжкие преступления, поэтому последняя амнистия была самой малочисленной из всех предыдущих за годы независимости. Но, не только в количестве заключается смысл упущенных возможностей, а еще и в том, что если бы амнистия распространялась и на

осужденных по тяжким и особо тяжким преступлениям путем частичного снижения срока наказания (например, на 1/3 по тяжким и на 1/4 по особо тяжким), при условии отсутствия у них нарушений дисциплины и хотя бы частичного погашения ущерба потерпевшим, то и обстановка в местах лишения свободы была бы более управляемой и уровень восстановительного правосудия в стране был бы значительно выше.

Проведенный анализ показал, что причина высокого индекса «тюремного населения» Казахстана кроется, прежде всего, в чрезмерно длительных сроках лишения свободы. Так, согласно статье 48 Уголовного кодекса РК лишение свободы назначается на срок от 6 месяцев до 15 лет, за особо тяжкие преступления - до 20 лет либо пожизненно, при совокупности преступлений и ряде других оснований, связанных с неисполнением смертной казни - до 25 лет, а по совокупности приговоров - до 30 лет.

В то же время, во многих зарубежных странах максимальный срок тюремного заключения не превышает 15 лет. Например, в Китае от 6 месяцев до 15 лет, в Венгрии от 2 месяцев до 15 лет, в Польше и Германии от 1 месяца до 15 лет, в Финляндии от 1 месяца до 12 лет, в Швеции от 14 дней до 10 лет и т.д. Данный подход продиктован, прежде всего, тем, что согласно результатам исследований пенитенциарных психологов, среднестатистическому человеку достаточно пяти лет пробыть в условиях изоляции, чтобы у него в значительной степени атрофировались социальные навыки жить в свободном обществе. Дальнейшее пребывание в изоляции лишь усиливает процесс его отторжения от свободного общества, отдаляя его еще больше, образно говоря, от «точки невозврата».

Ведь очевидно, что чем больше человек находился в изоляции, тем труднее ему адаптироваться снова к свободной жизни. Здесь процесс обоюдный, с одной стороны сам человек отвывается от жизни в обществе свободных людей, с другой стороны, само общество с настороженностью, а порой и с откровенным неприятием относится к нему. К тому же, отсутствие в стране эффективной системы ресоциализации бывших заключенных вызывает и культивирует у определенной части из них чувство неполноценности, социально-психологического дискомфорта, озлобленности к окружающим и ощущение себя изгоями общества. В итоге, отдельные из них осознанно снова совершают преступления с целью возврата в привычную для них тюремную среду.

Следует отметить и то, что законодательно закрепленные большие срока лишения свободы обуславливают чрезмерную вариативность санкций Уголовного кодекса РК, за что критикуется специалистами в области уголовного права как одно из обстоятельств, создающее условия для коррупции. Если посмотреть на результаты широкой вариативности санкций через пенитенциарную систему, то сегодня в пределах одного исправительного учреждения несложно найти несколько осужденных по одной и той же статье, части и пункту Уголовного кодекса РК, но приговоренных к лишению свободы с существенной разницей в сроках. Это обстоятельство несколько не способствует насаждению понятия справедливости в местах лишения свободы.

В рассматриваемом аспекте особо необходимо подчеркнуть, что в действовавшем до 1 января 1998 года Уголовном кодексе Казахской ССР общеустановленный срок лишения свободы составлял от 3 месяцев до 10 лет, за особо тяжкие преступления при наступлении особо тяжких последствий и особо опасным рецидивистам допускалось до 15 лет, а при замене смертной казни в порядке помилования лишением свободы оно могло быть назначено и на срок более 15 лет, но не свыше 20 лет. Отсюда неутешительный вывод, что Уголовный кодекс независимого Казахстана по критерию сроков лишения свободы значительно репрессивней Уголовного кодекса Казахстана советского периода.

Почему так произошло? Полагаем, что ответ кроется в тех социально-экономических и криминогенных условиях, которые существовали в стране на момент разработки,

обсуждения и принятия первого Уголовного кодекса суверенного Казахстана. Это было сложное время, когда распад советской империи привел к тяжелейшему экономическому и социальному кризису на всем постсоветском пространстве, и как спутник любого подобного кризиса, в республике произошел беспрецедентный всплеск преступности. Поэтому вполне понятна логика законодателя того периода, когда в интересах защиты граждан от преступности была ужесточена ответственность за уголовные деяния.

Однако, прошло уже 15 лет с момента принятия действующего Уголовного кодекса РК, за это время республика достигла очевидных успехов в политической и социально-экономической сферах, и преступность в стране не имеет прежних угрожающих масштабов, хотя появились новые угрозы в виде терроризма и экстремизма. Но, это не мешает задуматься о возвращении предыдущих более разумных диапазонов лишения свободы с обязательным их сочетанием с эффективными мерами по подготовке заключенных к освобождению.

С позиции арифметики большие срока лишения свободы являются одной из главных причин высокого индекса «тюремного населения», так как в местах изоляции происходит скопление людей. С другой стороны, распространение гуманизации путем сложившихся стандартных методов на лиц, совершивших тяжкие и особо тяжкие преступления, способно вызвать справедливую отрицательную реакцию со стороны общества, особенно потерпевших от преступлений. Очевидно, что гуманизация законодательства должна иметь разумные пределы, иначе ее ошибки и перекосы, как показывает имеющийся опыт, приведут к обратному процессу. Очень важно в вопросе гуманизации найти и реализовать именно те ресурсы, которые не дискредитируют ее.

Поэтому, архиважным является не просто механическое сокращение сроков лишения свободы путем снижения верхнего предела, а изменение в целом концепции лишения свободы, чтобы главной целью этого наказания было не аморфное исправление человека, а его подготовка к жизни в обществе после освобождения.

В этом вопросе очень ценен европейский опыт тюремного заключения, когда оно является не столь продолжительным, чтобы человек не успел деградировать, и обязательно сочетается с иными мерами уголовно-правового воздействия. Например, в Германии к концу первого года отбывания тюремного заключения освобождается около половины осужденных. Но они не просто выходят на свободу, а передаются на определенный срок под контроль служб занимающихся их реинтеграцией в общество, то есть под контроль пробации. Причем, зачастую это изначально оговаривается в приговоре суда, например два года тюремного заключения и два года нахождения под надзором службы пробации. В течение посттюремного срока лицо должно выполнить обязанности, возложенные на него судом: возместить ущерб потерпевшему и принести ему публичное извинение; загладить иной вред, причиненный преступлением; отработать бесплатно определенное количество часов на муниципальных и социально-значимых объектах (уборка мусора на улицах, работа в доме престарелых, хосписах и т.п.); не посещать заведения увеселительного профиля; не покидать свое жилище в определенное время суток; не выезжать без разрешения службы пробации за пределы населенного пункта; при наличии какой-либо болезни пройти курс лечения; и др. Большое значение при этом придается возмещению непосредственно преступником ущерба потерпевшему, принесению потерпевшему публичного извинения и примирения с ним, так как это, говоря языком нашего законодательства, важный признак восстановления социальной справедливости.

Прилежное и досрочное выполнение этих обязанностей дает возможность полного освобождения раньше установленного судом срока. А невыполнение их в полном объеме в отведенные сроки означает, что человек не готов к полному освобождению. И тогда, по представлению службы пробации срок нахождения под надзором продлевается судом независимо от первоначального срока в приговоре. В случаях же

грубого или системного нарушения пробационный надзор заменяется на повторное тюремное заключение.

Такая парадигма отбывания уголовного наказания имеет, с одной стороны, мощное стимулирующее воздействие на сознание осужденного, не в последнюю очередь в интересах потерпевшего, с другой стороны, профилактическое воздействие на окружающих, так как общество при публичном отбывании преступником наказания имеет больше возможности созерцать результаты совершения преступления.

Не секрет, что уровень т.н. восстановительного правосудия в нашей стране остается крайне низким. Правовые механизмы принуждения к возмещению причиненного преступлением вреда являются не эффективными, в то время, как удельный вес хищений чужого имущества в общей структуре преступности всегда был очень высок и варьируется на уровне 40%. Основной целью наказания в виде лишения свободы де-факто остается возмездие за совершенное преступление, поэтому потерпевшим от преступления остается только довольствоваться отправлением преступника в места лишения свободы.

С учетом сказанного, пока процесс разработки проекта Уголовного кодекса РК новой редакции еще не завершен, предлагается рассмотреть вопрос снижения в целом верхнего предела лишения свободы с обязательным сочетанием данного наказания с мерами уголовно-правового воздействия восстановительного характера. Также необходимо снять ограничения в части распространения поощрительных норм на лиц, осужденных за совершение тяжких и особо тяжких преступлений. Указанные меры не просто приведут к механическому снижению индекса «тюремного населения», а сделают это через положительное поведение заключенных, ориентированное на такую цель уголовного наказания, как восстановление социальной справедливости.

В мировой практике при определении степени репрессивности уголовного закона, помимо индекса «тюремного населения», используется еще один критерий – это процентное соотношение отбывающих тюремное заключение и альтернативные виды наказаний, то есть не связанные с изоляцией от общества. В отношении последних в Концепции проекта УК отмечается: «В настоящее время предпринимаются меры по пересмотру системы уголовных наказаний в целях более широкого применения видов наказаний, альтернативных лишению свободы. В этой связи в рамках подготовки новой редакции УК появляется возможность глубоко изучить этот вопрос и внедрить новые виды таких наказаний».

Актуальность затронутой проблемы подтверждается следующим обстоятельством. Во многих развитых европейских странах доля отбывающих тюремное заключение в общей массе осужденных не превышает 10%. В США, которую многие правозащитники критикуют за самый высокий тюремный индекс (730 заключенных на 100 тыс. населения), доля отбывающих наказание в тюрьмах от общего количества осужденных составляет 30%⁵⁴.

В Казахстане этот показатель значительно хуже. Анализ статистических данных за последние десять лет показал, что процентное соотношение отбывающих лишение свободы и альтернативные виды наказаний в купе с условным осуждением выглядит следующим образом:

- на 1 января 2003 года – 77% лишение свободы и 23% иные наказания и условное осуждение;
- на 1 января 2004 года – 64,8% и 35,2%;
- на 1 января 2005 года – 65,7% и 34,3%;

⁵⁴ В тюрьмах 2 млн. 100 тыс. и под пробационным надзором 5 млн. человек.

- на 1 января 2006 года – 66,8% и 33,2%;
- на 1 января 2007 года – 78,3% и 21,7%;
- на 1 января 2008 года – 72,5% и 27,5%;
- на 1 января 2009 года – 71% и 29%;
- на 1 января 2010 года – 71,3% и 28,7%;
- на 1 января 2011 года – 69,5% и 30,5%;
- на 1 января 2012 года – 71,6% и 28,4%;
- на 1 июля 2012 года – 78,1% и 21,9%⁵⁵.

В тоже время статистические данные Верховного суда РК выглядят несколько иначе. В частности, в 2009 году из 39391 осужденных приговорено к лишению свободы 18790 человек либо 47,7%. В 2010 году из 31968 осужденных лишены свободы 12030 либо 37,6% и в 2011 году из 26219 осужденных лишены свободы 10498 либо 40%. Тем не менее, как видно из вышеприведенной статистики, в этот же период доля отбывающих лишение свободы в общей структуре отбывающих уголовные наказания составляла 69-71%.

Существенная разница в процентном соотношении объясняется элементарно – лишение свободы имеет очень длительные сроки в сравнении со сроками альтернативных видов наказаний и условным осуждением. К примеру, в течение 2009 года альтернативные наказания и условное осуждение отбывали 40508 человек, а на 31 декабря этого же года их было 22148. Аналогично, в течение 2010 года - 42985, на 31 декабря – 21730, в течение 2011 года - 41105, на 31 декабря - 17965 человек. То есть, эта категория осужденных долго не задерживается в этом статусе. Но, в случае с лишением свободы все обстоит иначе. Попадая в исправительные колонии, осужденные находятся там довольно продолжительное время, следовательно, происходит их скопление, а также поддерживается высокий тюремный индекс страны. Это еще раз обозначает проблему длительных сроков лишения свободы и насколько бы суды не уменьшали в рамках существующих санкций количество осуждаемых к лишению свободы, это не сильно изменит процентное соотношение отбывающих это наказание и наказания, не связанные с изоляцией от общества.

Таким образом, подавляющее большинство отбывающих лишение свободы в общей структуре осужденных носит хронический характер, а после проведения последней амнистии, коснувшейся исключительно преступлений небольшой и средней тяжести, этот показатель стал еще хуже. Поэтому желание авторов Концепции проекта УК расширить сферу применения альтернативных лишению свободы видов наказаний вызывает одобрение. Однако, причина проблемы и ее решение заключается не в том, что таких наказаний недостаточно и поэтому следует «внедрить новые виды таких наказаний», а в том, что существующие правовые условия создают препятствия для назначения отдельных из них, а следовательно, требуют усовершенствования.

Например, в Концепции проекта УК говорится о необходимости упрощения порядка исполнения наказания в виде привлечения к общественным работам, что также оправданно с учетом ярко выраженной социальной направленности данного наказания и крайне слабой практикой его применения. Так, на 1 января 2010 года общественные работы выполняли 523 осужденных (0,68% в общей структуре отбывающих уголовные наказания), на 1 января 2011 года 654 (0,92%), на 1 января 2012 года 174 (0,27%). Как видно, в этой части после Послания Президента народу Казахстана от 29 января 2010 года, давшего старт текущему процессу гуманизации, ситуация в лучшую сторону не изменилась.

⁵⁵ При этом, в структуре второй группы доля условно осужденных в сравнении с альтернативными наказаниями всегда была подавляющей, например, в течение 2010 года – 81,6%, в течение 2011 года – 67,4%.

В качестве способа решения указанной проблемы разработчики Концепции проекта УК предлагают следующее: «... целесообразно было бы установить, что общественные работы относятся к видам работ, не требующим какой-либо квалификации от осужденного, создания особых условий по технике безопасности, что исключало бы возможность получения осужденным профессиональных травм и заболеваний при выполнении общественных работ. При этом объекты таких работ должны находиться, как правило, в общественных местах, назначение таких работ должно приносить пользу обществу, а их выполнение осужденным будет являться общеизвестным фактом для большинства граждан, проживающих в данной местности, и выступать действенной мерой по профилактике правонарушений».

В последний раз попытка улучшить практику назначения судами общественных работ была предпринята с помощью Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам уголовно-исполнительной системы» от 18 января 2012 года, которым в статью 30 Уголовно-исполнительного кодекса РК было введено положение, что списки объектов общественных работ ежеквартально представляются в суды местными исполнительными органами по согласованию с уголовно-исполнительной инспекцией. Однако, с момента принятия этих поправок ситуация не улучшилась, так как само по себе составление списка объектов общественных работ и предоставление его в суды никак не способствует увеличению самих объектов. Так, на 1 июля 2012 года отбывающих общественные работы по всей стране было всего 94 человека, что составляло 0,17% в общей структуре осужденных.

Так в чем же кроется истинная причина незаинтересованности работодателей в осужденных к общественным работам? Анализ законодательства и правоприменительной практики выявил, то все упирается в финансовый вопрос. То есть, общественные работы, которые по определению должны быть абсолютно бесплатными, являются таковыми только для осужденных, но не для работодателей. Именно на это указывает пункт 3 статьи 30 Уголовно-исполнительного кодекса РК: «Уголовно-исполнительная инспекция: ... контролирует своевременное поступление финансовых средств за выполненные осужденными работы в соответствующий бюджет». Из этого следует, что работодатель, например, в лице местного исполнительного органа, в любом случае должен начислять заработную плату осужденному лицу, которую должен перечислить в соответствующий бюджет, то есть самому себе, при этом нести затраты на банковских операциях. Так какой смысл ему брать на работу осужденных лиц, когда на таких же платных условиях он может взять законопослушных граждан?

Объективно говоря, это и есть единственная причина непривлекательности общественных работ для работодателей и при таких условиях осужденные к этому наказанию никогда не будут востребованы на рынке труда. И никакие изменения в будущем Уголовном кодексе РК по упрощению требований к квалификации и технике безопасности для осужденных к общественным работам не приведут к широкому применению этого наказания, как это имеется во многих зарубежных странах.

В целом, необходимы преобразования, способные установить изначальный приоритет альтернативных лишению свободы видов наказаний в купе с четкими основаниями и упрощенным механизмом их замены на лишение свободы в случае ненадлежащего поведения осужденного. Например, в США порядка 20% (в отдельных штатах до 40%) поступающих в тюрьмы составляют те, кому изначально было назначено более мягкое наказание и они находились на свободе под надзором служб пробации. Но, они по своей вине нарушили условия нахождения под надзором, не выполнили обязанности предписанные судом, тем самым не прошли испытания, и суд по представлению службы пробации заменил им изначальное наказание на тюремное заключение. Главный смысл всего этого заключается в том, что государство, благодаря гибкости уголовного закона дает шанс многим преступникам, не представляющим опасности

для общества и не допустившим наступления тяжких последствий в результате преступления, избежать тюремного заключения при условии выполнения определенных требований.

При желании не составляет большого труда указанные подходы в уголовно-правовой политике внедрить и в нашей стране, что не только разгрузит пенитенциарные учреждения, но и сместит акцент на альтернативные лишению свободы виды наказаний. Сама уголовно-исполнительная система уже давно готова к таким реформам, в 2010 и 2011 годах в рамках подготовительных мероприятий к созданию службы пробации штаты уголовно-исполнительных инспекций, исполняющих альтернативные виды наказаний, были увеличены в 5,5 раз. И если ранее нагрузка на одного сотрудника указанной службы в среднем составляла от 90 до 100 осужденных, то сейчас, после амнистии данная нагрузка составляет всего 8,2 осужденных.

В завершение следует еще раз отметить, что состояние уголовно-исполнительной системы является прямым отражением содержания уголовного законодательства, прежде всего, тех его положений, которые определяют виды наказаний, их сроки, порядок назначения наказаний, замену одних наказаний на другие, отсрочку отбывания наказаний, основания освобождения от наказаний и др. Поэтому, обновление Уголовного кодекса Казахстана должно осуществляться, в том числе, и через призму проблем пенитенциарной системы.

**«Международные обязательства по правам человека и реформа
Уголовного кодекса Республики Казахстан»**

1. О приоритетности ратифицированных Республикой Казахстан международных договоров. Республикой Казахстан ратифицированы международные договоры в сфере прав человека, налагающие обязательства по исполнению их положений, имплементации и представления отчетов об их соблюдении. Конституция в ст. 4 утверждает, что **ратифицированные международные договоры** являются частью действующего права (что означает обязательное их исполнение) и имеют **приоритет перед законами страны**. Однако место международных договоров, по-прежнему, остается не уточненным в системе казахстанского законодательства, в связи с чем, Комитетом ООН по правам человека в п. 6 Заключительных замечаний по представленному докладу о соблюдении МПГПП сделана рекомендация о «*принятии всех необходимых мер для обеспечения правовой ясности в вопросе о статусе и применимости Пакта и других международных договоров по правам человека, которые были ратифицированы государством-участником*».⁵⁶

В этой связи примечательно дополнение частью 4 статьи 1 проекта УК РК о том, что приоритет перед УК РК отдается международным договорам, ратифицированным РК и «применении их непосредственно». Приоритет международного договора перед Уголовным кодексом РК имеет важное значение, и **необходимо обеспечить соответствие УК международным договорам, ратифицированным государством.**

Вызывающим озабоченность представляется положение об исключительных случаях не применения международного договора, когда из последнего следует, что для его применения требуется издание закона.

Рекомендация: обеспечить имплементацию положений международных договоров, ратифицированных Республикой Казахстан в проект УК.

2. О терминах «общепризнанные принципы и нормы международного права». «УК 1997 г. и настоящий проект УК РК основывается на общепризнанных принципах и нормах международного права», почему?⁵⁷ Как правило, этому положению какого-либо внимания правоприменителями не уделяется, в то время как данная норма четко устанавливает часть национальной правовой системы, источники уголовного права. В

⁵⁶ статья 4 (3) Конституции государства-участника предусматривает, что международные договоры имеют приоритет перед законами государства-участника и применяются непосредственно, Комитет выражает обеспокоенность в связи с отсутствием ясности в вопросе о статусе Пакта в правовой системе страны **после решений Конституционного совета, устанавливающих приоритет Конституции перед правом международных договоров и объявляющих не имеющим исковой силы любое положение договора, которое находится в коллизии с Конституцией.** Комитет также обеспокоен теми последствиями, которые могут иметь для соблюдения Пакта осуществление закрепленного за Президентом права вето. Комитет далее обеспокоен тем, что в национальных судах ссылки на Пакт редки (Статья 2). Замечания Комитета ООН по правам человека по докладу об исполнении Международного пакта о гражданских и политических правах. Организация Объединенных Наций ССРР/С/КАЗ/СО/1.СИГНАЛЬНЫЙ НЕОТРЕДАКТИРОВАННЫЙ ВАРИАНТ. Distr.:21 July 2011. Источник: <http://www.minjust.kz/ru/node/30636>.

⁵⁷ Уголовное право Республики Казахстан (общая часть), издание 3-е, дополненное. Е.Каиржанова. Алматы, 2003 г. С.17-18.

международной практике под общепризнанными принципами понимают нормы, признанные представительным большинством государств. Такие нормы имеют юридическую форму международного обычая или договора (конвенции) и содержатся в уставах ООН, Совета Европы, международных договорах, конвенциях, декларациях, пактах, в резолюциях Генеральной Ассамблеи ООН, статутах и иных источниках.

Основные принципы международного права (неприменение силы, невмешательство во внутреннюю политику другого государства, суверенное равенство государств, равноправие и самоопределение народов, добросовестное выполнение государственных обязательств и др.) содержатся в Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН (1970).

Рекомендация: Если ратифицированные договоры согласно Конституции применяются непосредственно (в связи с приоритетом перед УК РК), то учитывая, что источником уголовного закона страны являются **общепризнанные принципы и нормы международного права, в целях исключения противоречий в будущем, их следует применить при разработке проекта Уголовного кодекса** (потому как согласно ч.2 ст. 1 проекта УК РК, «Кодекс основывается на Конституции Республики Казахстан и общепризнанных принципах и нормах международного права»).

3. Является согласно проекту УК и должен ли представитель власти быть признан субъектом преступлений и проступков? В 5-ти статьях проекта УК назван представитель власти как объект преступного посягательства. Следует отметить, что это весьма специфический состав: ст. 286 «Массовые беспорядки», ст. 306 «Хулиганство», примечание к ст. 378 «Злоупотребление должностными полномочиями», ст. 397 «Оскорбление представителя власти», ст. 398 «Неповиновение представителю власти», ст. 399 «Применение насилия в отношении представителя власти», ст. 410 «Самовольное присвоение звания представителя власти или должностного лица, занимающего ответственную государственную должность». Однако, почему-то нигде не фигурирует «представитель власти» как субъект преступления и проступка. По непонятным для нас причинам этот же представитель власти в диспозициях норм в качестве субъекта называется должностным лицом, следователем, лицом, осуществляющим дознание и т.д., но не представителем власти. Такой подход представляется не верным. Во-первых, важно единообразие в терминологии. И с учетом как минимум двух аспектов: а) того, что теперь термин «представитель власти» шире термина «должностное лицо» (ст. 9 проекта УК), б) примерно в этом же контексте данный термин используется в международных документах о правах человека, необходимо рассмотреть вопрос о рациональности принятия единообразного использования вышеуказанных терминов. МПГПП, КЛДЖ и КЛРД говорят о таком субъекте как представитель государства (наряду с общим субъектом и возможными иными), КПП называет помимо указанных, в качестве такового «государственное должностное лицо, иное лицо, выступающее в официальном качестве», а также выделяется, к примеру, Кодексом должностных лиц по поддержанию правопорядка, субъектом должностные лица по поддержанию правопорядка. Вместе с этим, во всех международных документах о правах человека однозначно подчеркивается особая ответственность представителей государства.

4. Классификация понятий «жертвы (злоупотребления властью и преступлений)» и реституция⁵⁸. Отдельным вопросом представляется важным

⁵⁸ «8. При соответствующих обстоятельствах правонарушители или третьи стороны, несущие ответственность за их поведение, должны предоставлять справедливую реституцию жертвам, их семьям или иждивенцам. Такая реституция должна включать возврат собственности или выплату за причиненный вред или ущерб, возмещение расходов, понесенных в результате

отметить не проработанность позиции разработчиков имплементировать полностью положения ратифицированных международных договоров (к примеру, нормы международного гуманитарного права; примером могут служить ст.ст.175⁵⁹, 178 проекта УК), с одной стороны, и реализации в проекте УК норм не ратифицированных международных договоров (пример ст. 182 «Наемничество»⁶⁰), с другой стороны. В

виктимизации, предоставление услуг и восстановление в правах». Декларация основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью.

⁵⁹ **Статья 175. Применение запрещенных средств и методов ведения войны**

1. Жестокое обращение с военнопленными или гражданским населением, депортация гражданского населения, разграбление национального имущества на оккупированной территории, применение в вооруженном конфликте средств и методов, запрещенных международным договором Республики Казахстан, – наказываются лишением свободы на срок от шести до **пятнадцати** лет.

2. Применение оружия массового поражения, запрещенного международным договором Республики Казахстан, – наказывается смертной казнью или пожизненным лишением свободы.

Комитет национальной безопасности

Предлагается сохранить в действующей редакции как отсылочную норму к ратифицированным Республикой Казахстан международным договорам.

Полное воспроизведение в Кодексе их положений, включая толкования терминов, а также описание условий применения той или иной нормы затруднительно ввиду значительного объема.

Кроме того увеличен максимальный срок наказания, т.к. Модельный УК относит данное деяние к особо тяжким преступлениям.

⁶⁰ **Статья 182. Наемничество**

1. Вербовка, обучение, финансирование или иное материальное обеспечение наемника, а равно его использование в вооруженном конфликте, военных действиях или иных насильственных действиях, направленных на свержение или подрыв конституционного строя либо нарушение территориальной целостности государства, – наказываются лишением свободы на срок от четырех до восьми лет с конфискацией имущества.

2. Те же деяния, совершенные лицом с использованием своего служебного положения или в отношении несовершеннолетнего, – наказываются лишением свободы на срок от семи до пятнадцати лет с конфискацией имущества.

3. Участие наемника в вооруженном конфликте, военных действиях или иных насильственных действиях, направленных на свержение или подрыв конституционного строя либо нарушение территориальной целостности государства, – наказывается лишением свободы на срок от семи до десяти лет.

4. Действие, предусмотренное частью третьей настоящей статьи, повлекшее гибель людей или иные тяжкие последствия, – наказывается лишением свободы на срок от пятнадцати до двадцати лет либо смертной казнью или пожизненным лишением свободы с конфискацией имущества.

Примечание. Наемником признается лицо, которое завербовано для участия в вооруженном конфликте, военных действиях или иных насильственных действиях, направленных на свержение или подрыв конституционного строя либо нарушение территориальной целостности государства, действует в целях получения материального вознаграждения или иной личной выгоды, не является ни гражданином стороны, участвующей в вооруженном конфликте, либо государства, против которого направлены указанные действия, ни лицом постоянно проживающим на их территории, не входит в личный состав вооруженных сил участвующей в конфликте стороны или государства, на территории которого совершаются указанные действия, и не направлено другим государством для выполнения официальных обязанностей.

Комитет национальной безопасности

В целях изложения понятия «наемник» в соответствии с положениями статьи 1 Международной конвенции о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников, совершенной в г.Нью-Йорке 4 декабря 1989 года .

Аналогичный подход закреплен в УК Украины и Молдовы.

Примечание: указанная Конвенция не ратифицирована Казахстаном.

Генеральная прокуратура

Части 1, 2 и 3:

связи с этим, проект УК лишь выиграл бы, если бы было учтено предложение об имплементации Декларации (по принципу ст. 1 проекта УК) и не ратифицированной Казахстаном «Конвенции по возмещению ущерба жертвам насильственных преступлений»⁶¹, предусматривающих признание правонарушениями (проступками согласно проекту УК) не представляющих собой нарушение Уголовного закона, но являющихся нарушениями международно признанных норм, касающихся прав человека.⁶² Здесь возникает вопрос о рассмотрении терминологии и классификации жертв преступлений и жертв правонарушений (проступков).

Сравнивая место «Злоупотребления властью» ст. 475 проекта УК⁶³ с понятием злоупотребления властью, закрепленном в Декларации, важно отметить необходимость его переноса из главы 18 «Воинские преступления и проступки» в главу 15 «Коррупционные и иные преступления и проступки против интересов государственной службы и государственного управления», для приведения конструкции Особенной части в соответствии с принципом разделения ее по родовому объекту, либо привести название ст. 378 проекта УК в соответствии с Декларационным термином жертв злоупотребления властью.

Отсюда следует логическая рекомендация о рассмотрении вопроса о выделении самостоятельным составом проступка злоупотребления властью в контексте п. 18 Декларации. Особенное внимание п. 21 Декларации уделяет необходимости введения в действие законодательных положений, запрещающих деяния, представляющие собой серьезные виды злоупотребления политической или экономической властью. Обязательным условием в соответствии с п. 19, предусмотреть средства защиты для жертв злоупотребления властью, с установлением в перечне прав последних права на реституцию и компенсацию, необходимую материальную, медицинскую, психологическую и социальную помощь и поддержку.

П. 9 Декларации основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью⁶⁴ рекомендует «Правительствам рассмотреть возможность включения реституции в свои законы в качестве одной из мер наказания по уголовным делам в дополнение к другим уголовным санкциям». Отдельно вынесено положение о случаях причинения серьезного ущерба окружающей среде⁶⁵. Пункт 11 Декларации определяет необходимость наличия норм о получении жертвами реституции от государства (должностные лица которого несут ответственность за причиненный ущерб), когда нарушения уголовного закона имелись со стороны государственных

Согласно Концепции проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан (новая редакция) требуется усилить ответственность за наемничество.

Учитывая наличие признака «финансирование», необходимо установить конфискацию в качестве обязательного дополнительного вида наказания.

⁶¹ Совет Европы, ETS №116, Страсбург, 24.11.1983 г.

⁶² П.18 Декларации: «под термином «жертвы» понимаются лица, которым индивидуально или коллективно был причинен вред, включая телесные повреждения или моральный ущерб, эмоциональные страдания, материальный ущерб или существенное ущемление их основных прав в результате действия или бездействия, еще не представляющего собой нарушения национальных уголовных законов, но являющегося нарушением прав человека».

⁶³ Статья с таким названием одна в проекте УК; ст. 378 «Злоупотребление должностными полномочиями», с учетом примечания к ст. 378 проекта УК, охватывая круг субъектов по Декларации, не отвечает контексту последней в связи с понятием жертв злоупотреблений властью.

⁶⁴ Принята резолюцией 40/34 Генеральной Ассамблеи от 29.11.1985 г.

⁶⁵ «10. В случаях причинения серьезного ущерба окружающей среде реституция, если будет вынесено соответствующее решение, должна включать, насколько это возможно, восстановление окружающей среды и инфраструктуры, замену имущества общины и возмещение расходов, связанных с переселением в тех случаях, когда такой ущерб вызывает необходимость перемещения общины».

должностных лиц (или других представителей, действующих в официальном или полуофициальном качестве). Кроме того, необходимо обратить внимание на «Основные принципы, касающиеся роли юристов» ООН (функции и обязанности всех юристов), закрепляющие положение об обязанности каждого юриста иметь «профессиональное» достоинство и защищать права и свободы жертв.

Особо выделены категории жертв, которые в результате тяжких преступлений получили значительные телесные повреждения или существенно подорвали свое физическое или психическое здоровье; семьи, в частности иждивенцы лиц, которые умерли или стали физически или психически недееспособными в результате такой виктимизации. П.12 Декларации говорит по этому вопросу: «В тех случаях, когда компенсацию невозможно получить в полном объеме от правонарушителя или из других источников, государствам следует принимать меры к предоставлению финансовой компенсации».

Вопрос о реституции не единственный, который возникает в связи с Декларацией о защите жертв злоупотребления властью. К примеру, в п. 13 речь идет о формировании национальных фондов для предоставления компенсации жертвам.

В обоснование необходимости имплементации положений Декларации следует сослаться на ратифицированные, но не реализованные в действующем уголовном законе в полной мере ст. 2 МПГПП (об обязанности государства обеспечить эффективные средства защиты, включая компетентные суды, административные и иные органы⁶⁶), ст. 9 МПГПП (право жертвы на компенсацию), ст. 13 КПП (право жертвы на предъявление жалобы), ст. 14 ч.1 КПП (возмещение жертве пыток компенсации причиненного вреда, реабилитация), ст. 6 КЛРД (эффективная защита жертв, справедливое, адекватное возмещение), ст. 39 КПР (физическое и психологическое восстановление и социальная реинтеграция ребенка, жертвы пренебрежительного отношения, эксплуатации, пыток, конфликтов).

Рекомендации (основные):

1. Признать правонарушениями (проступками) не представляющие собой преступление, но являющиеся нарушениями международно-признанных норм, касающихся прав человека.
2. Жертв различать по категориям: жертвы преступлений и жертвы злоупотреблений властью.
3. Дополнить перечень видов наказаний реституцией.
4. Создать фонд, из средств которого будет предоставлена компенсация жертвам злоупотреблений, преступлений в случае невозможности получения компенсации в полном объеме от правонарушителя.

5. О некоторых обязательствах Республики Казахстан по международным договорам о правах человека. Тема доклада определила наш интерес об обязательствах Республики Казахстан как государства-участника Международного пакта о гражданских и политических правах, Конвенции против пыток и другого жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения и наказания, Конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации и Конвенции о ликвидации дискриминации в отношении женщин и др.

⁶⁶ Пример: если более 6 недель в результате злоупотребления властью жертва страдает психическим заболеванием, то есть таблица в Великобритании, по которой оценивается психический вред. Так, к примеру, если более 6 недель, то оценивается в 20 тысяч фунтов стерлингов, что оплачивает государство. Дело Чорап 2 против Молдовы, решение Европейского суда по правам человека. ЕСПЧ указал, что суд Молдовы не верно подошел к мотивации морального вреда, в связи с чем решение признано несправедливым.

Каждый из названных договоров ратифицирован Республикой Казахстан регулирует отношения между человеком и государством, закрепляя те или иные обязанности государства по отношению к человеку. Если в первой части специальные уголовно-правовые отношения схожи с концепцией прав человека, то вторая часть принципиально отличает их в том, что содержанием уголовно-правовых отношений являются взаимные права и обязанности их участников (профессор Каиржанов Е.И. указывал, что «органы государства имеют право и обязаны привлечь преступника к ответственности, а последний обязан понести ответственность и испытывать наказание»⁶⁷). Содержанием же международных обязательств государства по договорам о правах человека является **обязанность власти соблюдать права и свободы человека и создавать условия для их реализации.**

Так, преамбула к МПГПП гласит об обязанности государства поощрять всеобщее уважение и соблюдение прав и свобод человека; ст. 4 МПГПП⁶⁸ - не отступать от статей 6, 7, 8 (пункты 1, 2), 11, 15, 16, 18; ч. 3 ст. 6 МПГПП⁶⁹ (право на жизнь) – не отступать от любых обязательств, принятых согласно Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него. Говоря иначе, **государство обязано не нарушать следующие права:**

- на жизнь,
- на свободу от пыток (жестокого, бесчеловечно обращения, наказания, медицинских и научных опытов без согласия),
- на свободу от рабства (подневольного состояния),
- на свободу от лишения свободы по причине невозможности выполнения какого-либо договорного обязательства,
- на свободу от признания виновным в совершении преступления, если на момент его совершения последнее не являлось уголовным преступлением (от назначения более тяжелого наказания, чем предусмотренного на момент совершения преступления, право на применение более легкого наказания, установленного за это же преступление после его совершения),
- на признание правосубъектности,
- на свободу мысли, совести и религии.

Часть указанных прав является специальным предметом, определяющим содержание отдельных международных договоров. Для примера рассмотрим первые 3 права.

Проектом УК предусматривается увеличение составов преступлений, санкцией за которые установлена смертная казнь (к примеру, геноцид и др.). Факультативный протокол к МПГПП №2 об отмене смертной казни дополнительно регулирует обязанности государства по ст. 6 Пакта. Вместе с тем, что он не ратифицирован Казахстаном, важно обратить внимание на то, что его ратификация запланирована

⁶⁷ Уголовное право Республики Казахстан (общая часть), издание 3-е, дополненное. Е.Каиржанова. Алматы, 2003 г. С.12.

⁶⁸ 1. Во время чрезвычайного положения в государстве, при котором жизнь нации находится под угрозой и о наличии которого официально объявляется, участвующие в настоящем Пакте Государства могут принимать меры в отступление от своих обязательств по настоящему Пакту только в такой степени, в какой это требуется остротой положения, при условии, что такие меры не являются несовместимыми с их другими обязательствами по международному праву и не влекут за собой дискриминации исключительно на основе расы, цвета кожи, пола, языка, религии или социального происхождения.

2. Это положение не может служить основанием для каких-либо отступлений от статей 6, 7, 8 (пункты 1 и 2), 11, 15, 16 и 18.

⁶⁹ Ст. 6 МПГПП: 3. Когда лишение жизни составляет преступление геноцида, следует иметь в виду, что ничто в настоящей статье не дает участвующим в настоящем Пакте государствам права каким бы то ни было путем отступать от любых обязательств, принятых согласно постановлениям Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него.

рядом концептуальных документов, к примеру, Национальным планом действий в области прав человека на 2009-2012 гг. Определение такой цели в концептуальном документе, одобренном Президентом страны, означает, по существу, направление, в котором страна будет двигаться дальше. Поэтому следует учесть данный аспект при обсуждении вопроса о видах наказаний, и исключить из ч. 2 ст. 41 проекта УК РК пункт «д» (смертную казнь).

Генеральная Ассамблея ООН посчитала необходимым отдельно защитить свободу от пыток (которая, в свою очередь, является абсолютной согласно ч.ч. 2 и 3 ст.2 КПП), специально посвятив ей Конвенцию против пыток и другого жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания (ратифицирована страной в 1998 г.). Импонируют: ст. 75 проекта УК, исключая пытки из перечня преступлений, за совершение которых возможно освобождение от уголовной ответственности в связи с истечением срока давности; ст. 82 о не применении акта амнистии к лицам, совершившим пытки. Вместе с этим, имеются несколько аспектов, которые необходимо рассмотреть:

- один сводится к запрету выдачи лица другому государству при наличии оснований полагать, что ему может угрожать там применение пыток (ч. 1 ст. 3 КПП). Проект УК в ст. 8⁷⁰ не содержит такого **исключения из правила о выдаче** лиц, совершивших уголовное правонарушение, в то время как это установлено ст. 551 ч. 1 п. 6 проекта УПК (в ст. 532 ч. 1 п. 5 действующего УПК). Такое закрепление в процессуальном законе не верно, поскольку УПК должен регулировать порядок/процедуру (для имплементации ч. 2 ст. 3 КПП⁷¹), а не определять общие правила о запрете выдачи;

- другой аспект заключается в том, что Казахстан не установил уголовной ответственности за **попытку** подвергнуть пытке, как это установлено ч. 1 ст. 4 КПП;

- третий аспект – конструкция состава пыток в ст. 148 проекта УК⁷² осталась прежней в части круга субъектов:

⁷⁰ **«Статья 8. Выдача лиц, совершивших уголовное правонарушение**

1. Граждане Республики Казахстан, совершившие уголовное правонарушение на территории другого государства, не подлежат выдаче этому государству, если иное не установлено международными договорами.

2. Иностранцы и лица без гражданства, совершившие уголовное правонарушение за пределами Республики Казахстан и находящиеся на территории Республики Казахстан, могут быть выданы иностранному государству для привлечения к уголовной ответственности или отбывания наказания в соответствии с международным договором Республики Казахстан».

⁷¹ «2. Для определения наличия таких оснований компетентные власти принимают во внимание все относящиеся к делу обстоятельства, включая, в соответствующих случаях, существование в данном государстве постоянной практики грубых, вопиющих и массовых нарушений прав человека».

⁷² «Статья 148. Пытки

1. Умышленное причинение физических и (или) психических страданий, совершенное следователем, лицом, осуществляющим дознание, или иным должностным лицом либо с их подстрекательства или с молчаливого согласия другим лицом либо с их ведома с целью получить от пытаемого или третьего лица сведения или признания либо наказать его за действие, которое совершило оно или в совершении которого оно подозревается, а также запугать или принудить его или третье лицо или по любой причине, основанной на дискриминации любого характера, – наказывается штрафом в размере от одной тысячи до пяти тысяч месячных расчетных показателей, либо ограничением свободы на срок до пяти лет, либо лишением свободы на тот же срок с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет.

2. То же деяние, совершенное:

- а) группой лиц или группой лиц по предварительному сговору;
- б) неоднократно;

а) остался не имплементированным такой субъект пыток согласно ст. 1 КПП как «лицо, выступающее в официальном качестве», что не позволяет, к примеру, привлечь к уголовной ответственности воспитателя в детском доме (не являющегося должностным лицом). Кроме того, проект УК в ст. 9 дополняет определение термина «представитель власти⁷³», который остается в круге субъектов пыток не учтенным;

б) следователь и лицо, осуществляющее дознание, являются должностными лицами согласно определению этого термина в примечании к ст. 378 проекта УК. Если оставить диспозицию в прежней редакции, то отсутствует необходимость в выделении отдельно этих субъектов пыток (наряду с должностными лицами), учитывая одинаковую санкцию. Между тем, предлагаем выделить следователя, лицо, осуществляющее дознание, субъектами квалифицированного состава пыток в часть 4 ст. 148 проекта УК, и с учетом причинения вреда интересам государства предусмотреть более тяжелое наказание.

- четвертый аспект – установление наказания, которое соответствовало бы тяжести преступления «Пытки»:

а) **тяжкий характер** пыток (что зависит от родового объекта, последствий пыток) недооценен разработчиком;

б) также как и не учтены **виды и размеры санкции ст. 148** проекта УК (пытки по ч. 1 отнесены максимум к категории преступлений средней тяжести);

в) вызывает озабоченность и **отсутствие нижнего предела в санкции ч. 1 ст. 148** проекта УК, в то время как, к примеру, смежный состав по ч. 2 ст. 113 «Истязание с применением пытки» проекта УК содержит низший предел в 3 года и верхний в 7 лет лишения свободы;

г) вместе с увеличением верхнего предела санкции (с 3-х до 4-х лет) и внесением дополнительного наказания (в виде лишения права занимать определенную должность или заниматься определенной деятельностью), непонятна позиция разработчика и в вопросе **включения альтернативных наказаний в виде штрафа и ограничения свободы** за совершение такого деяния как «Принуждение к даче показаний» (ст. 436 проекта УК), являющегося смежным с пытками составом преступления;

д) предусмотренное проектом УК наказание за совершение пыток абсолютно не соответствует тяжести преступления, и **позволяет применение ст. 70** проекта УК

в) с причинением средней тяжести вреда здоровью;

г) в отношении женщины, заведомо для виновного находящейся в состоянии беременности, или несовершеннолетнего, –

наказывается лишением свободы на срок от трех до семи лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет.

3. То же деяние, повлекшее причинение тяжкого вреда здоровью или по неосторожности смерть потерпевшего, –

наказывается лишением свободы на срок от пяти до десяти лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет.

Примечание.

Не признаются пыткой физические и психические страдания, причиненные в результате законных действий должностных лиц».

⁷³ Ст. 9 проекта УК: «представитель власти – должностное лицо государственного органа, наделенное в установленном законом порядке распорядительными полномочиями в отношении лиц, не находящихся от него в служебной зависимости, в том числе при исполнении служебных обязанностей сотрудник правоохранительного или специального органа, военнослужащий, участвующий в обеспечении общественного порядка».

(примирение сторон), ст. 68 (освобождение от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием), ст. 66 (условное осуждение, что достаточно распространено в практике по такого рода делам, несмотря на тяжкий характер деяний), что недопустимо применительно к пыткам. При этом такая цель как ужесточение ответственности, названная Генеральной прокуратурой в пояснениях к ст. 82 проекта УК, к примеру, себя не оправдывает в указанных случаях.

Кроме того, по правилам ст. 6 КПП обвиняемого в пытках или попытке в этом заключают под стражу, что УПК РК не предусматривает (так же как и не реализованы в проекте УПК ст.ст. 11-13 КПП; ст. 14 КПП не имплементирована в проекте УПК, поскольку за счет средств государства компенсируется лишь вред, причиненный тяжким преступлением согласно ст. 62 ч.7; отсутствует также и четкий запрет и немедленное разрешение в досудебном и судебном порядке ходатайства о признании доказательств недопустимым в порядке ст.103 проекта УПК согласно ст. 15 КПП) и т.д.

Свободе от рабства посвящены Конвенция относительно рабства⁷⁴ и Дополнительная Конвенция об упразднении рабства, работорговли и институтов и обычаев, сходных с рабством⁷⁵. Эти договоры ратифицированы Республикой Казахстан Законом от 05 февраля 2008 г. В проекте УК не реализовано положение ст. 6 Дополнительной Конвенции об установлении уголовной ответственности за совершение преступления «рабство»⁷⁶.

Импонирует имплементация положений Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений⁷⁷, в части признания насильственного исчезновения правонарушением. Вместе с этим, главной ценностью, которой причиняется вред при этом, является личная свобода. Статья 435 «Заведомо незаконное задержание, заключение под стражу или содержание под стражей»⁷⁸ из

⁷⁴ Женева, 25 сентября 1926 г.) (с изменениями, внесенными протоколом от 7 декабря 1953 г.

⁷⁵ Женева, 7 сентября 1956 года.

⁷⁶ «Обращение другого лица в рабство или склонение другого лица к отдаче себя или лица, зависимого от этого другого лица, в рабство или покушение на совершение таких действий, или соучастие в них, или участие в тайном сговоре для совершения любого из этих действий».

⁷⁷ Принята ООН 20 декабря 2006 г., ратифицирована Республика Казахстан в соответствии с Законом от 15 декабря 2008 г.

⁷⁸ «Статья 435.

1. Заведомо незаконное задержание –

наказывается штрафом в размере от одной тысячи до трех тысяч месячных расчетных показателей, либо ограничением свободы на срок до трех лет, либо лишением свободы на тот же срок, с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет или без такового.

2. Заведомо незаконное заключение под стражу или содержание под стражей –

наказываются штрафом в размере от одной тысячи до пяти тысяч месячных расчетных показателей, либо ограничением свободы на срок до пяти лет, либо лишением свободы на тот же срок, с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет или без такового.

3. Деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, повлекшие тяжкие последствия, –

наказываются лишением свободы на срок от трех до восьми лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до пяти лет или без такового.

4. Умышленное не уведомление родственников подозреваемого о факте его задержания и месте нахождения, незаконный отказ в предоставлении информации о месте содержания под стражей лица, гражданину, имеющему право на получение такой информации, а равно фальсификация времени составления протокола задержания или времени фактического задержания –

главы 17 «Преступления и проступки против правосудия и порядка исполнения наказаний» должна быть перенесена в главу 3 «Преступления и проступки против конституционных и иных прав и свобод человека и гражданина», поскольку устанавливает уголовную ответственность за нарушение конституционного права на свободу и личную неприкосновенность, гарантированную ст. 16 Основного закона страны.

В проекте УК наблюдается тенденция к использованию альтернативных санкций за совершение преступлений представителями власти, которые по своей сути направлены против конституционных прав и свобод, что недопустимо. Например, ст. ст. 446, 436, 435 проекта УК за разглашение сведений о мерах безопасности, применяемых в отношении лиц, подлежащих государственной защите, принуждение к даче показаний, заведомо незаконное заключение под стражу наряду с другими санкциями предусмотрен штраф, в то время как в этот период жертву могут подвергнуть пыткам, причинить тяжкие последствия (в виде смерти в том числе). Подобные преступления сопряжены с нарушением иных абсолютных конституционных прав и свобод человека, и недопустимо включать альтернативные лишению свободы виды наказаний. Поэтому вместе с принципом гуманизма, важно учесть принцип интернационализма⁷⁹, когда уголовное наказание устанавливается за преступления, ответственность за которые предусмотрена в международных договорах и соглашениях. При этом наказание, согласно последним должно соответствовать тяжести преступления.

Импонирует учет разработчиками ст.ст. 18 и 21 Факультативного протокола к Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания в части реализации в примечании к ст. 443 проекта УК исключения ответственности участников национального превентивного механизма за отказ свидетеля или потерпевшего от дачи показаний.

Диспозиция нормы «Распространение сведений о виновности в совершении преступления» (признается проступком согласно ст. 447 проекта УК РК⁸⁰), не включает полного содержания презумпции невиновности (когда лицо признается виновным лишь по вступлению обвинительного приговора суда в законную силу), что противоречит ст. 77 Конституции РК, ст. 14 МПГПП.

наказываются штрафом в размере от двухсот до пятисот месячных расчетных показателей, либо привлечением к общественным работам на срок от ста восьмидесяти до двухсот сорока часов, либо арестом на срок до сорока пяти суток».

⁷⁹ Уголовное право Республики Казахстан (общая часть), издание 3-е, дополненное. Е.Каиржанова. Алматы, 2003 г. С.17.

⁸⁰ «Статья 447. Распространение сведений о виновности в совершении преступления
Публичное распространение сведений о виновности лица в совершении преступления до рассмотрения дела судом или при наличии оправдательного приговора –
наказывается штрафом в размере от пятидесяти до ста месячных расчетных показателей, либо привлечением к общественным работам на срок до ста двадцати часов, либо арестом на срок до пятнадцати суток».

СЕССИЯ 2. ВОПРОСЫ ОСОБЕННОЙ ЧАСТИ УГОЛОВНОГО КОДЕКСА

АБДРАШЕВ Р. М.
Профессор, д ю н.

К вопросам реформирования Особенной части УК Республики Казахстан

УК Республики Казахстан 1997г. отказался от приверженности советским традициям и перешел к новой иерархии ценностей, признанной международным правом и действующей Конституцией Республики Казахстан. На первое место в Кодексе поставлена задача уголовно-правовой охраны прав и свобод человека и гражданина, а уже потом прав и законных интересов организаций.

В Особенной части УК Республики Казахстан появились новые главы, не известные прежнему УК, например, экологические преступления, преступления в сфере экономической деятельности, преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях и другие нормы об ответственности за ранее не известные разновидности общественно опасного поведения. Все это было обусловлено реакцией законодателя на реальную преступность Казахстана, изменение социально-политических и экономических условий жизни общества. Впервые в УК включена самостоятельная глава о преступлениях против мира и безопасности человечества, которые относятся к международным преступлениям, посягающим на основные принципы международного права, обеспечивающие мир и безопасность человечества.

УК Республики Казахстан содержит исчерпывающий перечень преступлений и предусматривает за их совершение соответствующие виды и пределы наказаний. В основу построения Особенной части положен родовый объект преступления (содержание общественных отношений).

Вместе с тем, с момента вступления в законную силу УК Республики Казахстан прошло время, а Республика Казахстан находится на качественно новом этапе своего развития. Появились новые, ранее неизвестные общественные отношения и связанные с ними угрозы, а существующие подвергаются серьезной трансформации. Ратификация ряда международных соглашений свидетельствует о необходимости решения вопросов, связанных с имплементацией норм международного права.

Кроме того, в уголовном кодексе накопилось немало системных проблем, которые сложно решить только лишь коррекцией действующего права.

Изложенное указывает на необходимость коррекции действующих механизмов уголовно-правовой защиты и создания новых уголовно-правовых институтов.

Таким образом, перед законодателем неизбежно встал вопрос о разработке новой концепции и проекта УК Республики Казахстан.

Несмотря на концептуальные отличия от действующего УК Республики Казахстан, УК Республики Казахстан в новой редакции в основном воспроизводит, конечно, с рядом существенных изменений, дополнений и уточнений главнейшие нормы права.

Особенная часть УК Республики Казахстан в новой редакции (далее УК РК) состоит из 18 глав, 388 статей (ст.ст.102-490) и описывает составы конкретных преступлений, а также перечисляет санкции за их совершение. Система Особенной части УК РК отражает приоритеты уголовно-правовой охраны: на первое место в ней

ставятся преступления и проступки против личности, и только затем преступления и проступки против семьи и несовершеннолетних, конституционных и иных прав и свобод человека и гражданина, мира и безопасности человечества, основ конституционного строя и безопасности государства, собственности, безопасности информационных технологий, преступления и проступки в сфере экономической деятельности, против интересов службы в коммерческих и иных организациях, общественной безопасности и общественного порядка, здоровья населения и нравственности, медицинские преступления и проступки, экологические преступления и проступки, транспортные преступления и проступки, коррупционные и иные преступления и проступки против интересов государственной службы и государственного управления, преступления и проступки против порядка управления, преступления и проступки против правосудия и порядка исполнения наказаний, воинские преступления и проступки.

Появились новые 2 главы: медицинские преступления и проступки; преступления и проступки против безопасности информационных технологий. К действующим статьям УК РК добавлено 91 правонарушение (уголовные проступки и преступления, из которых часть из КоАП РК, другая связана с криминализацией ранее непроступных деяний, принимая во внимание их повышенную общественную опасность в настоящее время).

Анализ предлагаемой редакции нового УК РК позволил нам выявить ряд проблем, связанных с присутствием в нем пробелов права. В обобщенном виде они выражаются в следующем.

Одним из основных недостатков новой редакции Особенной части УК Республики Казахстан (далее УК Республики Казахстан) является наличие пробелов, которые существенно снизят эффективность правоприменительной деятельности органов уголовного преследования и суда. ***В первую очередь, речь идет о размытости понятийного аппарата, используемого,*** как в общей, так и в особенной части УК Республики Казахстан, которые образуют коллизии правовых норм, возникших в процессе законотворчества.

Создание четких и бесколлизийных норм уголовного закона – одно из направлений обеспечения законности уголовно-правового регулирования. Еще в свое время Петр Первый, давая указания о принципах формирования отечественного законодательства, заметил: «надлежит законы писать ясно, чтобы их не перетолковывать».

К примеру, в ст.9 УК Республики Казахстан дается разъяснение понятий различных видов организованных преступных формирований: организованная группа, преступная организация, преступное сообщество, транснациональная организованная группа, транснациональная преступная организация, транснациональное преступное сообщество, террористическая группа, экстремистская группа, банда, преступная группа. Вместе с тем, несмотря на существенное различие в их содержании, в ряде статей Особенной части УК Республики Казахстан отмечается, что в целях унификации положений Кодекса все виды организованных преступных формирований обозначаются одним обобщающим термином «преступная группа» (ст.ст.109, 110, 128, 129 и ряд других статей новой редакции УК РК). Таким образом, законодатель не принял во внимание различную степень опасности преступлений, совершенных в составе различных видов организованных преступных формирований.

Во-вторых, в ряде составов преступлений можно отметить неполноту признаков предусмотренного статьей деяния, то есть отсутствие одного из признаков деяния в квалифицированном составе. Анализ правоприменительной деятельности органов внутренних дел (Комитета криминальной полиции МВД Республики Казахстан) свидетельствует о том, что ряд преступлений совершается в

составе организованных преступных групп. К примеру, законодателю необходимо рассмотреть целесообразность введения квалифицированного состава в следующие уголовно-наказуемые деяния:

- подмена ребенка (ст.137 УК РК);
- нарушение равноправия граждан (ст.147 УК РК);
- выдача гражданам избирательных бюллетеней в целях предоставления им возможности голосования за других лиц (ст.161 УК РК);
- принуждение к участию в забастовке или к отказу от участия в забастовке (ст.169 УК РК);
- воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналиста (ст.170 УК РК);
- геноцид (ст.180 УК РК);
- экоцид (ст.181 УК РК);
- самоуправство (ст.409 УК РК);

Например, на сегодняшний день, принимая во внимание неспособность судебной и правоохранительной системы эффективно разрешать возникающие споры, распространены самоуправства в составе организованных групп, специально создаваемых для решения вопросов, связанных с возвратом невозвращенного имущества. Распространена незаконная деятельность и коллекторских компаний, которые под видом легальной деятельности осуществляют выбивание долгов.

В-третьих, пробелы в Особенной части УК Республики Казахстан связаны с тем, что многие уголовно-правовые нормы имеют сходство друг с другом, то есть речь идет о конкуренции норм права. К примеру, как в действующем УК РК, так и в УК РК (новая редакция), необоснованно криминализована такая форма деловой коррупции, как рейдерство. Принимая во внимание, что диспозиция рейдерства содержит признаки, присущие ряду составов преступлений (самоуправству, вымогательству, должностным и коррупционным преступлениям и т.д.), имеет место конкуренция норм права. Кроме того, множественность существующих признаков понятия «рейдерство» в диспозиции ст.263 УК.РК создает неразрешимые сложности в правоприменительной деятельности, поскольку рассматриваемый термин имеет двойственное, а иногда и тройственное толкование.

Кроме того, законодателю необходимо обратить внимание на преждевременную криминализацию ряда деяний и возможную конкуренцию следующих уголовно-правовых норм:

- оставления ребенка с целью избавиться от него (ст.144 УК РК) и оставления в опасности (ст.122 УК РК);
- умышленного уничтожения или повреждения предметов, имеющих особую ценность (ст.217 УК РК) и умышленного уничтожения или повреждения чужого имущества (ст.216 УК РК);
- незаконного предпринимательства и незаконной банковской деятельности (ст.230 УК РК) и запрещенного предпринимательства (ст.231 УК РК);
- пиратства (ст.285 УК РК) и разбоя (ст.206 УК РК);
- предложения взятки (ст.383 УК РК) и дачи взятки (ст.385 УК РК);
- мошенничества (ст.204 УК РК) и хищения с использованием информационных технологий путем обмана (ст.219 УК РК);
- незаконным вывозом ребенка за пределы страны (ст.145 УК РК), самоуправством (ст.409 УК РК) и похищением несовершеннолетнего (ст.128 УК РК).
- организацией деятельности финансовых пирамид (ст.232 УК РК), созданием и руководством организованной группой (ст.276 УК РК), созданием и руководством преступным сообществом (ст.277 УК РК); созданием и руководством транснациональной организованной группы (ст.278 УК РК); созданием и руководством транснациональным преступным сообществом (ст.279 УК РК).

В-четвертых, пробелы в Особенной части УК Республики Казахстан имеют место в связи с наличием большого количества бланкетных диспозиций. Возникает вопрос, какие правовые последствия влекут за собой диспозиции ряда составов преступлений, имеющие бланкетный характер?

На сегодняшний день в УК РК отсутствует норма, регламентирующая допустимость бланкетных норм и соответственно обусловленность уголовной ответственности нарушением других — не уголовных — законов и (или) иных нормативных правовых актов. Кроме того, в ряде норм с бланкетными диспозициями сделаны ссылки не на конкретные законы и (или) другие нормативные правовые акты, а на целые правовые институты, порой, точно не очерченные, регламентирующие определенные сферы общественных отношений, каждый из которых складывается из совокупности норм, установленных в разных законах и (или) иных нормативных правовых актах. К примеру, диспозиция ст.168 УК Республики Казахстан содержит отсылочные нормы к нормативно-правовым актам, регулирующим охрану труда. Причем их количество является значительным, а наименования различны. Чаще всего к ним относятся правила, инструкции, положения, требования, указания. Правила об охране труда представляют собой систему правовых, технических и санитарных норм, обеспечивающих безопасные для жизни и здоровья человека условия выполнения работ.

Помимо изложенного, законы и иные нормативные правовые акты, на которые сделаны ссылки в бланкетных диспозициях статей Особенной части УК Республики Казахстан, весьма нестабильны, так как в них законодатель нередко и порой неоднократно вносят изменения и дополнения.

Таким образом, практическим работникам порой просто невозможно ознакомиться с упомянутыми законами и актами, что служит одной из причин неприменения или серьезным препятствием к применению соответствующих норм УК Республики Казахстан с бланкетными диспозициями. В этой связи представляется необходимым дополнить УК Республики Казахстан приложениями к нему, содержащими тексты законов, на которые сделаны ссылки в бланкетных нормах УК Республики Казахстан, или необходимые выдержки из них, поскольку неизмеримо рациональнее централизованно специалистами в соответствующих отраслях законодательства осуществить единожды или осуществлять еще и периодически (при внесении в законы изменений и дополнений) работу по составлению указанных приложений, нежели возложить ее на многие тысячи загруженных обилием находящихся у них в производстве уголовных дел практических работников.

Следующая проблема связана с казуистичностью норм УК Республики Казахстан, когда описания уголовно-правовых норм различных признаков состава преступления носят неясный, расплывчатый или двусмысленный характер. Недостаточно ясное описание признаков составов преступлений наблюдается в: ст.112. Побои (понятие «побои» не разъясняется, диспозиция дублирует название статьи); ст.190. Посягательство на жизнь Первого Президента РК – Лидера Нации (понятие «посягательство» не разъясняется, диспозиция дублирует название статьи); ст.191. Посягательство на жизнь Президента РК (понятие «посягательство» не разъясняется, диспозиция дублирует название статьи) и т.д.

Результатом этого является то, что такого рода статьи УК Республики Казахстан практически неприменимы и относятся к заведомо «мертвым». Таким образом, недостатки описания диспозиции признаков вышеуказанных составов преступлений являются существенным фактором, затрудняющим их применение в практической деятельности органов уголовного преследования и суда.

В качестве примера казуистичности норм права можно отметить ст.387 УК РК, в диспозиции которой описаны признаки состава преступления, связанные с

ответственностью за провокацию взяточничества. Статья 387 УК Республики Казахстан определяет провокацию взяточничества, как провокацию взяточничества, совершенную должностным лицом правоохранительного или специального органа либо по его поручению сотрудничающим с ним конфиденциальным помощником в целях искусственного создания доказательств совершения преступления этим лицом либо его шантажа.

Это создает определенные трудности в правоприменительной деятельности. ***Суть казуистичности подобной ситуации заключается в том, что законодатель целенаправленно обходит стороной описание понятия «провокация взяточничества».*** Становится неясным, с какого момента следует считать провокацию взяточничества оконченным: с момента попытки передачи денежных средств или с момента передачи? Такое положение вызывает обеспокоенность у должностных лиц, у которых есть опасения быть необоснованно признанными виновными в совершении коррупционных преступлений.

Очередным недостатком Особенной части УК Республики Казахстан является пробел в части установления преступности и наказуемости деяний.

К примеру, ст.ст.273, 280 УК Республики Казахстан связаны с финансированием террористической (экстремистской) деятельности, а также деятельности преступной группы. Однако привлечение к уголовной ответственности за финансирование деятельности преступных сообществ, в том числе и транснациональных, УК Республики Казахстан не регламентирует. И таких недоработок в Особенной части УК Республики Казахстан множество.

Таким образом, анализ Особенной части УК РК (в новой редакции) свидетельствует о необходимости ее тщательного анализа, сопоставления с нормами Общей части, рассмотрения целесообразности криминализации и декриминализации преступных действий, устранения системных проблем и пробелов в праве, решения вопросов имплементации в уголовное законодательство норм международного права в части ратификации ряда договоров.

О направлениях модернизации уголовного законодательства в экономической сфере

I.

Необходимость модернизации уголовного законодательства в экономической сфере не представляет собой задачу исключительно уголовного права или даже правовой системы в целом. Ее насущность определяется потребностями нынешнего социально-экономического состояния страны, для которого характерны такие явления, как недопустимо низкий уровень защиты права собственности, дискриминация субъектов предпринимательской деятельности и искусственная (и иногда насильственная) маргинализация социального слоя предпринимателей.

На сегодня эффективная, основанная на социальном консенсусе и отвечающая современным потребностям общества и принципам права модель взаимодействия государства и предпринимателей (власти и собственности) отсутствует.

Та модель, которая фактически сложилась в этой сфере, основана на изжившей себя идее о допустимости принятия государством экономических решений, основанных на разовом интересе и использующих право как «инструмент», не имеющий самоценности и внутренних ограничителей для обслуживания любых (в том числе неправовых) интересов власти или лиц, имеющих доступ к власти. Эта модель является лишь модификацией сформировавшейся в советский период государственной (и одновременно анти-правовой и анти-эффективной) политики уголовно-правового воздействия на экономику, не имеющего никаких внешних (находящихся вне государства) ограничителей (управление экономикой посредством уголовного права).

В результате произвольно подменяются подлинные социально-оправданные цели уголовно-правовой регламентации отношений в сфере экономики: уголовное право и уголовная юстиция используются в качестве инструментов уголовно-правового управления экономикой и передела собственности.

Неограниченное уголовно-правовое воздействие на экономику порождает феномен «смешанного» (легального и нелегального одновременно) характера предпринимательской деятельности, когда «неуголовные» отрасли права признают ее легальной, однако уголовным правом она квалифицируется как преступление. Поскольку подобная презумпция «смешанного» характера предпринимательской деятельности не может основываться на праве, она реализуется двумя путями:

- принятием уголовных норм, противоречащих общеправовым принципам, нормам и общепризнанным принципам международного права, нормам других (неуголовных) отраслей права;
- толкованием, искажающим правовую норму.

В результате неправового толкования уголовной юстицией норма закона подменяется квазинормой, позволяющей искусственно и безосновательно квалифицировать в качестве преступных те действия предпринимателей, которые иным (неуголовным) правом признаются легальными. Такая искусственная криминализация бизнеса создает реальную опасность того, что любой договор, сделка, действие, транзакция могут быть квалифицированы как преступление. Ярким примером этого являются разъяснения Верховного суда, согласно которым сделка (договор) и действия по их исполнению могут

быть признаны преступными, если суд усмотрит в совершении этих легальных действий умысел на совершение преступления. При этом высший судебный орган страны не считает нужным делать оговорку о том, что преступные действия могут прикрываться видимостью соблюдения формы сделки (что безусловно требует доказывания), но не могут являться таковой. Такой подход ведёт к обвальному и бесконтрольному росту уголовных репрессий в отношении субъектов предпринимательской деятельности.

Основным экономическим мотивом искусственной криминализации нормальной предпринимательской деятельности выступает завладение собственностью предпринимателей, привлекаемых к уголовной ответственности, устранение конкурентов. Уголовное право и уголовная юстиция утрачивают при этом свои подлинные цели и используются как инструменты передела собственности. Перераспределение собственности посредством уголовной юстиции сегодня фактически превратилось в одну из основных функций, осуществляемых от имени государства. Однако осуществление государством (от имени государства) функции передела собственности посредством уголовной репрессии (или ее угрозы) является антиконституционным и, разумеется, не позволяет создать эффективную экономику, а самому государству стать правовым.

В стране сложился формально не закрепленный, но реально существующий и опасный для права собственности и законных интересов предпринимателей правопорядок, ведение предпринимательской деятельности в условиях которого неизбежно означает попадание в группу риска быть безосновательно привлеченным к уголовной ответственности и утратить свою собственность и личную свободу. Такой агрессивный правопорядок несовместим с созданием оптимальных условий для развития экономики. Поскольку в любом правопорядке участники экономической деятельности вынуждены одновременно достигать двух целей – цели самосохранения (себя и своей собственности) и цели наиболее эффективной и прибыльной экономической деятельности, постольку, чем более агрессивен правопорядок, тем большие ресурсы предприниматель вынужден использовать для самосохранения и, соответственно, тем меньшие ресурсы могут быть использованы для инвестиций и иных вложений в развитие экономической деятельности. Также следует учитывать, что и сама эта защита собственности и свободы предпринимателей в сложившихся условиях зачастую вынужденно осуществляется коррупционными методами, что продуцирует рост криминального воздействия на бизнес и уголовных репрессий. Так тиражируется порочный круг, угрожающий разложением экономики, правоприменительной системы и окончательным скатыванием страны в разряд третьесортных.

Изменение сложившегося правопорядка не может быть достигнуто исключительно изменением текста закона и невозможно без изменения целей и содержания уголовной политики, что включало бы:

- отказ от укоренившейся практики уголовно-правового управления экономикой;
- отказ от использования уголовной юстиции в качестве инструмента передела собственности;
- создание подлинно независимой судебной системы;
- поддержание практики опровержения при помощи процедуры конституционного контроля неправового толкования и конкретизации норм в разъяснениях высших судов;
- отказ от чрезмерно репрессивного уклона уголовного законодательства и практики его применения;
- последовательное осуществление принципа экономии уголовной репрессии, в соответствии с которым уголовная ответственность должна наступать за те правонарушения, защита от которых невозможна средствами иных отраслей права;
- последовательное осуществление принципа системности права, в соответствии с которым уголовный закон не может противоречить нормам других (позитивных) отраслей права, а его применение не может быть основано на нарушении или игнорировании норм иных отраслей права;

- законодательное введение и осуществление на практике специальных дополнительных (сравнительно с действующими в отношении иных субъектов права) материально-правовых и процессуальных гарантий, вытекающих из особенностей предпринимательской деятельности и ограждающих предпринимателей от незаконного уголовного преследования, в том числе в целях передела собственности.

Без реализации указанных изменений невозможно создание в стране эффективных институтов и повышение уровня защиты прав собственности, что является задачей несоизмеримо более значимой, чем даже задача количественного роста экономики.

Экономической теорией давно доказана и уже стала аксиомой зависимость от уровня защиты прав собственности не только экономического роста, но и, в конечном счете, самого существования государства. В один и тот же исторический период, при сходном состоянии производственного развития, одни государства возвышались, а другие приходили в упадок, длившийся столетиями, и даже исчезали с карты мира, поскольку государство пренебрегало своими обязанностями по регулированию прав собственности и их защите. Такая закономерность неоднократно подтверждалась исследованиями авторитетных экспертов.

Задачей государства является создание и поддержка существования институтов, обеспечивающих защиту прав собственности. Для этого необходимы устойчивая система формальных правил собственности и реальность защиты права собственности в рамках установленных государством формальных институтов, что крайне важно, поскольку в их отсутствие защита прав собственности может обеспечиваться и неформальными негосударственными институтами. Однако, как показал Эрнандо де Сото, замена формальных институтов регулирования и защиты прав собственности неформальными значительно сковывает потенциал использования активов и, соответственно, приводит к обратному экономическому результату.

Неэффективная защита прав собственности не только приводит к размыванию этих прав, но и неизбежно порождает риски экспроприации активов. Основным отрицательным последствием этого является увеличение выгод поведения, ориентированного лишь на получение ренты, когда приоритетом является нацеленность на приращение имущественного состояния за счёт перераспределения в свою пользу прав на уже имеющиеся активы, а не за счёт производства новых. При этом инвестиции ориентированы не на производство, а на поиск ренты. ***Экономика из экономики, нацеленной на инвестиции в увеличение производства благ, превращается в экономику поиска и отобрания чужих недостаточно защищенных прав.***

В связи с ростом неопределённости прав собственности в качестве стимула экономической деятельности рассматриваются лишь краткосрочные высокодоходные операции. Это ведет к непривлекательности долгосрочных инвестиционных проектов и концентрации инвестиций лишь в некоторых отраслях. Это также вынуждает государство финансировать долгосрочные проекты за счёт бюджетных средств, что, в свою очередь, влечёт количественный и качественный рост коррупционных способов их освоения.

Основной функцией государства в экономической сфере является защита прав собственности. В нашей стране эта функция имеет существенные и даже критические деформации. Формально провозгласив на конституционном уровне право частной собственности и право на свободное занятие предпринимательской деятельностью, государство одновременно создает содержательно иные неправовые институты либо намеренно допускает существование и постоянное воспроизводство неформальных (законодательно не закрепленных) механизмов, посредством которых права собственности размываются. Защита права собственности перестает быть универсальной правовой идеей, а деятельность государственных структур, профессионально призванных к защите права собственности, приобретает обратный вектор, когда вместо защиты права собственности осуществляется ее отъем в пользу

иного собственника, которым может являться как государство, так и частные субъекты. Тем самым государство само выступает в качестве главного участника формальных и неформальных институтов, направленных на размывание прав собственности и снижение уровня их защиты.

В этом наглядно проявляется известный эффект зависимости от траектории предшествующего развития. В советский период страны государство, являясь, по сути, единственным ведущим экономическую деятельность собственником, посредством уголовного права и уголовной юстиции подавляло (подвергало уголовной репрессии) всех иных (негосударственных) экономических агентов. При отказе от советской модели общества в качестве формальных (и соответственно, подлежащих государственной защите) институтов были провозглашены частная собственность и свобода ведения на ее основе предпринимательской деятельности. Однако такое провозглашение новых формальных институтов не привело к исчезновению института репрессии негосударственных участников экономических отношений посредством уголовной юстиции.

Институт и механизмы уголовной репрессии подверглись адаптации к современным условиям: поскольку непосредственная экономическая деятельность стала пониматься как несвойственная государству функция, уголовная репрессия экономических агентов стала осуществляться от имени и под прикрытием государства не столько в пользу государства, сколько в пользу любых лиц, заинтересованных в отъеме прав собственности. В первую очередь, лиц, имеющих должностной или коррупционный доступ к рычагам уголовной юстиции.

Имеющая в своей основе имущественный интерес деятельность уголовной юстиции и иных государственных структур по размыванию прав собственности и их выборочной защите сегодня является четко структурированной деятельностью, в которую заложен механизм самовоспроизводства. Поскольку реальный режим защиты прав собственности характеризуется высоким риском утраты этих прав, постольку предприниматели вынуждены покупать у так называемых государственных агентов «услуги» по реальной защите права собственности.

В этих неформальных институтах (размывание прав собственности, снижение уровня их защиты, избирательная защита/незащита прав собственности, квазизаконопосредительный передел собственности, получение доходов от политической ренты) в той или иной мере сегодня принимают участие практически все государственные структуры. Особенно в острых формах это проявляется в деятельности уголовной юстиции, которая имеет возможность путем использования неправового уголовного закона, а также неправового судебного толкования закона квалифицировать легальные действия как преступление. Именно этими явлениями вызывается нынешнее состояние российского МВД, всех следственных органов и прокуратуры, без прикрытия или бездействия (если не прямого участия) которой такой масштаб бедствия был бы невозможен.

Существование государственных институтов и механизмов, в рамках которых системно ущемляются и подвергаются насильственному ограничению права собственности, антиконституционно снижается уровень их защиты, задает ту деформированную и деформирующую институциональную матрицу, в рамках которой может существовать только неэффективная, стагнирующая экономика.

Поэтому совершенно объяснимо, что **нынешняя российская экономика обладает всеми атрибутами, наличие которых традиционно рассматривается экономической теорией как «стандартный набор», характеризующий неэффективность экономики и свойственный странам третьего мира. Слабо обеспеченные права собственности ведут к применению технологий с низкой долей основного капитала и мешают заключению долгосрочных соглашений; фирмы, как правило, имеют небольшие размеры (кроме тех, которые**

управляются государством или пользуются его защитой); существуют неформальные сектора экономики (теневая экономика), что является попыткой создать структуру для обмена благами за границами неэффективного институционального поля.

Согласно индексам мировых экспертных центров, Россия существенно отстает не только от развитых, но и от ряда развивающихся стран по показателю защиты прав собственности. В рейтинге Института Фрейзера (рейтинг 2009 г. на основе данных 2007 г.) Россия по этому индикатору находилась на 114-м месте из 126 стран и на 65-м из 141 страны по более общему показателю «Правовая система и защита прав собственности». В рейтинге Freedom House (рейтинг 2009 г. на основе данных 2008 г.) делила места со 150-го по 172-е из 193 стран. В рейтинге Всемирного экономического форума занимала 121-е место из 133 стран (рейтинг 2009 г. на основе данных 2008 – 2009 гг.).

Чрезмерное преобладание публичного регулирования в регламентации прав собственности в ущерб регулированию частноправовому ведет к тому, что институт права собственности оказывается мало эффективен и недостаточно защищен, несмотря на провозглашаемые и осуществляемые государством цели «усиления защиты». Эффективный процесс защиты государством права собственности не может быть жестко директивным и должен предполагать в качестве средства такой защиты признание приоритета частного права.

Жестко этатический подход, провозглашаемый и осуществляемый государством, в том числе путем чрезмерной криминализации имущественных отношений, не являющихся по сути преступными деяниями, в условиях правопорядка, агрессивного в отношении права собственности и предпринимательства, и отсутствия независимой судебной системы, в значительной мере определяет институциональную неэффективность реализуемой модели экономики.

Главное противоречие институционального состояния нашей страны заключается в том, что **субъект защиты прав собственности совпадает с субъектом размывания права собственности и искусственного и насильственного снижения уровня их защиты.** При этом в последнем случае государство действует не как внешний, независимый и объективный гарант прав собственности, а «в своем интересе» (или в интересе лиц, имеющих доступ к государственной машине). Это состояние разрушительно не только для самого государства, но и для экономики и общества в целом.

Необходимость институциональных изменений, которые привели бы к исчезновению неформальных институтов, размывающих права собственности и снижающих уровень их защищенности, несомненна. Первым шагом по пути таких изменений может стать модернизация уголовного законодательства в экономической сфере, поскольку изменения здесь одновременно крайне важны и вполне реализуемы в смысле формального (законодательного) закрепления, что позволит сократить формальную базу размывания права собственности и насильственного снижения уровня его защиты.

Не слишком удачный опыт налоговой амнистии свидетельствует о низком уровне доверия общества к такого рода действиям государства, равно как и о недоверии правоохранительных и финансовых органов к бизнесу, а также к готовности последнего изменить свое поведение в обмен на прощение «старых грехов». **Поэтому бизнес приспосабливается к ситуации с помощью коррупции.** Общество, государство и политические лидеры страны несут ущерб от непрерывно длящейся ситуации, когда «все хоть в чем-то виновны».

Именно руководство страны в интересах развития вынуждено искать выход из общей «институциональной ловушки»: пока все виноваты, проще продолжать коррупцию, чем пойти на риск некоррупционного поведения и внешнего давления на бизнес. Задача

является чрезвычайно сложной, но вынужденно необходимой - большинство бизнеса должно уйти из тени или полутени. Для этого необходимы реальная гуманизация уголовного законодательства, амнистия осужденных предпринимателей, снижение общего государственного давления на бизнес.

История советского и российского уголовного права и практики его применения наглядно демонстрируют, какой существенный социально-экономический вред наносит существующая длительное время в качестве одной из основных составляющих уголовной политики идея о том, что наилучшим способом защиты экономических отношений является ужесточение уголовной репрессии.

Согласно статистике с 1992 по 2007 год в стране осуждено свыше 15 миллионов человек (т.е. более 10 % населения), 5 миллионов из которых были приговорены к лишению свободы. К уголовной ответственности привлекался в среднем один миллион человек в год, что является крайне высоким порогом уголовной репрессии даже по сравнению с годами экономического спада и социальных потрясений (с 1987 по 1991), когда было осуждено 2,5 миллиона человек (т.е. среднегодовое число осужденных было ниже почти в два раза).

Статистические данные о динамике уровня судимости свидетельствуют о том, что между усилением уголовной репрессии (измерителем чего может служить рост количества осужденных) и объективным состоянием правопорядка существует обратная зависимость: ужесточение репрессии влечет ухудшение криминогенного состояния общества.

Нынешний Уголовный кодекс даже в сравнении с ранее действовавшим по ряду аспектов имеет чрезмерную репрессивную направленность. Активное и обширное применение государством уголовной репрессии, тем более - в виде лишения свободы, за преступления, не представляющие существенной (а иногда и вообще никакой реальной) общественной опасности, давая гипотетический эффект от временной изоляции правонарушителя, одновременно влечет длительные, негативные в целом для страны, последствия. У лиц, отбывающих наказание в виде лишения свободы, меняются нравственные установки, происходят личностные изменения и иные психологические и психические деформации, осужденные утрачивают социальные и семейные связи, их социальная адаптация после освобождения крайне затруднена. В результате страна лишается части демографически, экономически и социально активного населения, меняется социальная структура общества, экономика несет заметные потери, в том числе в связи с «временным выбытием» трудоспособного населения, которое приходится содержать за счет бюджета. С другой стороны, нарастающий масштаб репрессий влечёт пропорциональный и даже опережающий рост коррупции в этой сфере.

Для модернизации уголовного закона в экономической сфере необходимо внесение изменений в Общую часть УК, которые будут направлены на снижение репрессивности и установление барьеров для расширительного толкования уголовных норм. При этом необходимо учитывать, что правоприменение определяется не только текстом УК, но и смыслом, вкладываемым в него судебной и иной правоприменительной практикой, которая в ряде случаев создает квази-норму, не соответствующую действительному содержанию нормы так, как оно определено законодателем и как оно должно пониматься, исходя из принципов права и системного толкования в связи с применимыми нормами неуголовного права. Необходимо отказаться от неприемлемо абстрактных формулировок, используемых в УК и создающих очевидные противоречия в системе права, ведущие к смешению легальных действий и уголовно-наказуемых деяний.

Предлагается дополнить Общую часть УК положениями следующего содержания:

- Расширительное толкование уголовного закона запрещается, за исключением толкования норм об освобождении от уголовной ответственности и от наказания и норм об обстоятельствах, смягчающих наказание».

- Институты, понятия и термины гражданского и других отраслей законодательства Российской Федерации, используемые в настоящем Кодексе, применяются в том значении, в каком они используются в этих отраслях законодательства.
- Все неустранимые сомнения, противоречия и неясности уголовного закона, а равно иных законов и подзаконных актов, применяемых в уголовном деле, толкуются в пользу лица, привлекаемого к уголовной ответственности.

Терроризм, международное право и новый Уголовный кодекс Республики Казахстан

Разработчики новой редакции Уголовного кодекса Республики Казахстан провели неплохую работу. И тем более в этой связи хотелось бы обратить внимание разработчиков на некоторые недочеты. В новой редакции Уголовного кодекса Республики Казахстан проблемам борьбы с терроризмом посвящена глава 9, которая озаглавлена «Преступления против общественной безопасности и общественного порядка». Было бы желательно разделить главу 9 на две самостоятельные главы, отделив друг от друга «общественную безопасность» и «общественный порядок». Тогда было бы проще собрать в рамках главы «Преступления против общественной безопасности» все несколько разбросанные по тексту кодекса статьи, посвященные борьбе против терроризма. Таким подходом мы подчеркнули бы важность и актуальность проблем терроризма и борьбы с ним в свете участвовавших актов терроризма в стране в последнее время.

В статье 270 Уголовного кодекса республики понятие терроризма определено так: «Совершение взрыва, поджога или иных действий, создающих опасность гибели людей, причинения значительного имущественного ущерба либо наступления иных общественно опасных последствий, если эти действия совершены в целях нарушения общественной безопасности, устрашения населения либо оказания воздействия на принятие решений государственными органами Республики Казахстан, иностранным государством или международной организацией, а также угроза совершения указанных действий в тех же целях». Непонятно, относится ли это определение к внутригосударственному или международному терроризму? Если к внутригосударственному, то, может быть, это понятие так и назвать «внутригосударственный терроризм», тем более в новой редакции кодекса есть понятие «международного терроризма», которое в статье 184 кодекса определено так: «Подготовка или совершение террористического акта на территории иностранного государства в целях провокации войны или осложнения международных отношений», которые могут совершаться неоднократно, могут быть «соединены с применением или угрозой применения оружия массового поражения, радиоактивных материалов, совершением или угрозой совершения массовых отравлений, распространения эпидемий или эпизоотий, а равно иных действий, способных повлечь массовую гибель людей», «соединены с посягательством на жизнь государственного или общественного деятеля либо лиц, пользующихся международной защитой», «соединены с посягательством на жизнь государственного или общественного деятеля либо лиц, пользующихся международной защитой», «сопряжены с нападением на здания, сооружения, захватом заложника, зданий, сооружений, средств сообщения и связи, угоном, а равно с захватом воздушного или водного судна, железнодорожного подвижного состава либо иного общественного транспорта», могут повлечь «по неосторожности смерть человека или иные тяжкие последствия».

Авторы новой редакции кодекса признак «международности» терроризма усматривают в совершении террористического преступления на территории другого, иностранного, государства. Возникает вопрос: если террористическая акция совершается на нашей казахстанской территории, но совершает ее террористическая группа, состоящая из граждан целого ряда иностранных государств, захватила заложников из числа граждан ряда других иностранных государств, выставила требования к казахстанскому государству и двум иностранным государствам, то это - акт внутригосударственного

или международного терроризма? Скорее всего, это – акт международного терроризма, но тогда как понимать признак «территориальности»?

Не совсем понятно, почему террористов, совершивших действия, способные «повлечь массовую гибель людей», предлагается наказывать «лишением свободы на срок от десяти до пятнадцати лет», а вот если они же совершат действия, могущие повлечь «по неосторожности смерть человека», то они должны быть наказаны «лишением свободы на срок от пятнадцати до двадцати лет, либо пожизненным лишением свободы, либо смертной казнью». Хотелось бы получить ответы на поставленные вопросы. Думается, статья 184 нового Уголовного кодекса нуждается в определенном пересмотре.

Статья 185 новой редакции кодекса имеет наименование: «Нападение на лиц или организации, пользующиеся международной защитой». Вначале кажется, что на организацию, которая пользуется международной защитой, можно напасть и получить соответствующее наказание, а потом из текста данной статьи вытекает другое понимание международной организации: оказывается, на организацию вроде как нападать можно, и ничего тебе за это не будет; но ни в коем случае нельзя нападать на сотрудника международной организации и на его помещения, в противном случае можно схлопотать лишение свободы до 8 лет, правда, не совсем ясно, для чего в этой ситуации предлагается конфискация имущества: она, видимо, предлагается как дополнительное наказание. Хотелось бы, чтобы разработчики этой статьи кодекса внесли в анализируемую статью соответствующую ясность.

На основании части второй статьи 185 Уголовного кодекса усилена защита дипломатических и иных лиц, подлежащих международной защите: при совершении этих деяний, «совершаемых неоднократно, либо с применением оружия, либо по предварительному сговору группой лиц, либо сопряженные с причинением тяжкого вреда здоровью, либо повлекшие по неосторожности смерть человека, а равно совершенные с целью провокации войны или осложнения международных отношений» и в этой связи лишение свободы увеличивается «от десяти до пятнадцати лет, с конфискацией имущества или без таковой». Эта часть статьи может быть принята.

Статья 200 Уголовного кодекса предлагает «изготовление, хранение, ввоз, перевозку, распространение продукции средств массовой информации, а равно иной продукции, содержащей сведения и материалы, направленные на пропаганду или агитацию насильственного изменения конституционного строя, нарушения целостности Республики Казахстан, подрыва безопасности государства, войны, разжигания социальной, расовой, национальной, религиозной, сословной и родовой розни, пропаганду и оправдание экстремизма или терроризма, а также раскрывающие технические приемы и тактику антитеррористических операций в период их проведения», считать преступлением и наказывать «штрафом в размере от пятисот до одной тысячи месячных расчетных показателей, либо исправительными работами в том же размере, либо привлечением к общественным работам на срок от двухсот сорока до трехсот часов, либо арестом на срок до шестидесяти суток, с конфискацией имущества или без таковой». Эта же статья в орбиту уголовных наказаний вовлекает не только физическое лицо, но и юридическое лицо, которое в случае совершения такого деяния, «наказывается штрафом в размере от пяти тысяч до десяти тысяч месячных расчетных показателей, либо запрещением отдельных видов деятельности на срок до пяти лет, либо ликвидацией, с конфискацией имущества или без таковой».

Пропаганда терроризма либо экстремизма или публичные призывы к совершению акта терроризма либо экстремизма, а равно распространение материалов указанного содержания как преступление террористического характера наказывается согласно статье 271 кодекса лишением свободы на срок от трех до семи лет. Если такие деяния совершаются «лицом с использованием своего служебного положения либо руководителем общественного объединения либо с использованием средств массовой

информации, либо совершенное группой лиц», то его могут приговорить к «лишению свободы на срок от пяти до десяти лет». При уличении юридического лица в совершении подобного преступления предлагается такое юридическое лицо ликвидировать, а его имущество конфисковать или при наличии определенных оснований конфискацию не проводить. Думается, что «изготовление, хранение, ввоз, перевозку, распространение продукции средств массовой информации», а равно иной продукции, содержащей сведения и материалы, направленные на пропаганду терроризма, требует дифференцированного подхода и, следовательно, разного наказания за каждое из перечисленных здесь действий. Следует отметить как положительный аспект дифференцированный подход в наказании юридического лица за участие в пропаганде терроризма и иных экстремистских действий.

«Создание, руководство террористической группой и участие в ее деятельности» любого гражданина и эти же действия, «совершенные лицом с использованием своего служебного положения либо руководителем общественного объединения» в соответствии со статьей 272 новой редакции Уголовного кодекса признаются преступными деяниями и наказываются лишением свободы на срок до пятнадцати лет с конфискацией имущества или без таковой. Нам думается, что надо бы все же разграничить ответственность тех граждан, кто создает и руководит террористической группой от ответственности тех граждан, которые только принимают участие в ее деятельности.

Под финансированием террористической или экстремистской деятельности и иное пособничество терроризму либо экстремизму статья 273 понимает «заведомо незаконное предоставление или сбор денег и (или) иного имущества, права на имущество или выгод имущественного характера, а также дарение, мена, пожертвования, спонсорская и благотворительная помощь, оказание информационных и иного рода услуг либо оказание финансовых услуг физическому лицу, группе лиц или террористическим либо экстремистским организациям для осуществления террористической или экстремистской деятельности» и предлагает назначать наказание в виде лишения «свободы на срок до шести лет, с конфискацией имущества или без таковой». Юридическое лицо, которое совершило такое деяние, предлагается наказывать «ликвидацией с конфискацией имущества или без таковой». Нам кажется, что приведенная ответственность юридического лица за участие в финансировании террористической или экстремистской деятельности несколько чрезмерна, поскольку то или иное юридическое лицо может быть в разной степени и формах вовлечено в финансирование такой деятельности.

Статья 284 Уголовного кодекса Казахстана угон воздушного или водного судна либо железнодорожного подвижного состава, а равно захват такого судна или состава в целях угона, определяет как преступление в рамках главы об обеспечении общественной безопасности и предусматривает за такое преступление «лишение свободы на срок от двух до восьми лет». Угон судна или захват судна, железнодорожного подвижного состава в целях угона можно признать совершенным в целях кражи, преступлением против собственности, но достаточно трудно признавать данное преступление как деяние, направленное против общественной безопасности. Но если мы хотим придать угону террористическую направленность, то в такой статье должно быть записано, что угон соответствующего судна и железнодорожного подвижного состава должен быть сделан в целях разрушения судна, в целях пуска железнодорожного состава под откос, подвергая реальной опасности жизни немалого числа людей, за что должна быть предусмотрена достаточно жесткая санкция. Если мы говорим в данной статье о таких видах средств передвижения, как воздушное судно, водное судно, железнодорожный подвижной состав, то наверное, надо добавить автобус внутреннего и международного сообщения, который также может быть угнан в террористических целях.

Статьей 274 новой редакции Уголовного кодекса республики признается преступной «вербовка или подготовка либо вооружение лиц в целях организации террористической либо экстремистской деятельности». В принципе не возражая против такой постановки вопроса, тем не менее хотели бы обратить внимание разработчиков на возможность объединения данной статьи со статьей 272 этого же кодекса, которая говорит о «создании террористической группы».

«Захват или удержание лица в качестве заложника, - говорится в статье 275 Уголовного кодекса, - совершенные в целях понуждения государства, организации или гражданина совершить какое-либо действие или воздержаться от совершения *какого-либо действия* как условия освобождения заложника» наказываются в уголовно-правовом порядке. В Международной конвенции о борьбе с захватом заложников говорится о принуждении к совершению *любого акта*. Мы предлагаем в данной статье фразу «какого-либо действия» заменить на фразу «любого акта». Это усилит и укрепит борьбу с захватом заложников. Хотя авторы новой редакции Уголовного кодекса и не относят статьи 276-278 к антитеррористическим статьям, тем не менее хотелось бы высказать некоторые соображения по поводу этих статей, поскольку они достаточно близки по содержанию к терроризму и террористическим преступным группам.

В статье 276 кодекса предлагается наказывать за создание и руководство организованной группой (преступной организацией), а равно участие в организованной группе (преступной организации). Непонятно понятие «преступной организации»: оно, наверное, должно быть зарегистрировано в местном департаменте юстиции, иметь печать, счет в банке. Почему бы нам не придерживаться традиционного термина «организованная преступная группа»? Наверное, желательно отказаться от понятия преступной организации, а руководствоваться понятиями «преступного сообщества», «преступного объединения», которые, кстати, предусмотрены статьей 277 Уголовного кодекса.

Статья 283 предусматривает уголовное наказание за нападение на здания, сооружения, средства сообщения и связи и их захват в виде ограничения свободы на срок от трех до семи лет либо лишением свободы на тот же срок. Если такие действия совершены преступной группой либо повлекли по неосторожности смерть человека или иные тяжкие последствия, то предлагается наказывать «лишением свободы на срок от восьми до пятнадцати лет, с конфискацией имущества или без таковой». Разработчики предлагают эту статью отнести к преступлению террористического характера, но простое нападение на здания, сооружения, средства сообщения и связи может быть совершено в виде хулиганства, из мотивов мести, зависти. В тексте статьи нет признака, на основании которого можно было бы отнести деяние по данной статье к террористическому преступлению (запугивание, захват заложников, наличие реальной опасности для группы людей, для населения определенного пункта, страны). Для безопасности нашего общества важна статья 297 кодекса, квалифицирующая хищение либо вымогательство радиоактивных материалов, совершаемое в одиночку, группой лиц по предварительному сговору, неоднократно, лицом с использованием своего служебного положения, с применением насилия, не опасного для жизни или здоровья, либо с угрозой применения такого насилия как преступление.

Аналогичным является отношение к статье 298 кодекса, предлагающей наказание за нарушение правил обращения с радиоактивными материалами, то есть правил хранения, использования, учета, захоронения, перевозки радиоактивных материалов и других правил обращения с ними, тем более, если это повлекло смерть человека или иные тяжкие последствия. Желательно наказание по статьям 297 и 298 Уголовного кодекса Республики Казахстан определить только в виде лишения свободы и конфискации имущества, а штрафы и ограничения свободы из текстов данных статей исключить, исходя из повышенной степени общественной опасности деяния, а также это стало бы реальным вкладом страны в дело борьбы с ядерным терроризмом на

основе одноименной Конвенции, участником которого в составе 71 государства является и Республика Казахстан.

Терроризм в уголовном праве

1. ВВЕДЕНИЕ

Терроризм – одно из самых опасных социальных явлений современности, носящее международный характер. «Terror» в переводе с латыни означает страх, ужас. Терроризм как крайне опасное социальное явление стал известен человечеству сравнительно недавно - более 150 лет. В зависимости от цели, можно различить три основные формы терроризма – политический, религиозный и националистический.

Самые первые террористические акты в истории были совершены в России членами народовольческих организаций против представителей властей, в том числе, как известно, террористами был убит царь Александр II. Родной брат одного из лидеров мирового коммунистического движения и основателя Советского государства В.И. Ленина также был террористом и был осужден к смертной казни именно за акт терроризма.

Широкий размах террористическое движение приобрело в России на рубеже XIX и XX веков, и было направлено против представителей власти и политических оппонентов из числа оппозиционных сил. Безусловно, что общество и в то время осознавало очевидность социальной опасности терроризма и на законодательном уровне принимало меры по его предупреждению.

В других странах мира террористические организации и терроризм как явление политической жизни также получили развитие именно в начале XX века. Так, например, поводом для начала I Мировой войны послужил террористический акт, совершенный сербским националистом Гаврилой Принципом в городе Сараево (ныне Босния и Герцеговина, а тогда провинция АвстроВенгрии) против Австрийского Эрц-Герцога.

Надо отметить, что мировое коммунистическое движение широко использовало террористические методы политической борьбы в разных странах мира, о чем свидетельствует множество ярких примеров. Во многих странах Коминтерн – организация международного коммунистического движения, считалась именно террористической. Осуществление актов терроризма в Коминтерне было поставлено на институциональную основу и получало основную поддержку от СССР и его государственных органов. Так, например, бюро агитации и пропаганды Коминтерна совместно с командованием Красной Армии подготовило и выпустило в 1928 году на немецком и в 1931 году на французском языках книгу «Вооружённое восстание», написанную как своего рода учебно-справочное пособие по теории организации вооружённого восстания. Книга была выпущена под псевдонимом А. Neuberg, реальными же авторами были известные деятели международного коммунистического движения. Целью Коминтерна было свержение законных правительств в разных странах мира и установление там просоветских коммунистических режимов.

Террористические методы использовались также и сионистскими организациями. Так, широко известен взрыв отеля «Царь Давид» в Иерусалиме в 1946, совершенный сионистскими боевиками против представителей Британской администрации, которая в тот период управляла по мандату Лиги наций территорией Палестины.

Международное сообщество занимается проблемой терроризма с 1937 года, когда Лига Наций приняла Конвенцию о предупреждении терроризма и наказании за него. С тех пор Организация Объединенных Наций и другие международные и региональные межправительственные организации подходят к проблеме терроризма с правовой и политической точек зрения.

Вторая половина XX века ознаменовалась появлением новой формы терроризма – религиозного. Одной из основных причин развития данной формы терроризма стал застаревший неурегулированный конфликт на Ближнем Востоке. Как мы знаем, палестинские боевики захватывали заложников на самолетах и угоняли их в третьи страны, захватывали заложников даже на Олимпиаде в Мюнхене. Палестинские боевики получали поддержку не только от представителей мусульманских общин разных стран мира, но также пользовались прямой поддержкой некоторых государств и государственных лидеров.

В 1970-е годы Европу захлестнула волна левацкого терроризма, когда целью террористов стали известные государственные деятели. Это происходило в Германии, Италии, Франции.

Широко известны примеры националистического терроризма баскских сепаратистов в Испании и ирландских националистов в Великобритании.

К концу XX века терроризм становится реальной угрозой национальной безопасности целого ряда стран и международной стабильности. Возникают крупные террористические организации международного уровня с существенным финансовым ресурсом, классическим примером является Аль-Каида. В результате террористических актов погибают уже не государственные деятели и политики, а большое количество простых людей, возникает реальная угроза захвата и использования террористами оружия массового поражения, террористические методы используют политические режимы и лидеры некоторых государств.

Как следует из последних событий, терроризм стал явлением и в Казахстане. Терроризм у нас отличается тем, что целями террористических атак до настоящего времени являются представители правоохранительных структур, а не население в целом или объекты социальной сферы и инфраструктуры. Также на основе опыта последних террористических актов можно говорить, что терроризм в Казахстане является религиозным по своему субъектному составу только. Однако, террористические акты до настоящего времени не имели среди своих целей представителей других конфессий.

Можно с полной уверенностью утверждать, что правоохранительные органы оказались полностью не готовы к борьбе с террором и при этом понесли существенные потери.

При этом нельзя утверждать, что государство совершенно не готовилось к проблеме терроризма и предупреждению его. Так был принят Закон РК «О противодействии терроризму» в 13 июля 1999 г. Само назначение законодательного акта предполагает, что терроризму возможно только противодействовать, поскольку Закон устанавливает принципы, цель, правовые и организационные основы противодействия терроризму. Такое определение крайне неудачно как с правовой, так и с политической точки зрения. Кроме того, согласно статье 21 Закона «О противодействии терроризму», организация может быть признана террористической с запрещением ее деятельности.

Однако, при этом сам закон не создает механизм о признании запрещенной террористической организации не террористической. То есть, налицо обвинительный уклон в позиции государства. Это совершенно не создает основ как для политического решения вопроса реабилитации террористов, так и для правового решения проблемы. Сам по себе данный закон носит исключительно ведомственный характер, то есть

решает лишь бюрократические вопросы и попросту делит ответственность за решение проблемы терроризма в стране между государственными органами.

Большие претензии вызывает отказ в выдаче родственникам для погребения убитых лиц, подозреваемых в терроризме. Государство таким образом показывает, что попросту боится их даже мертвых, что совершенно недопустимо.

Данный закон определяет, что терроризм или угроза его совершения в отношении физических лиц или организаций в целях подрыва общественной безопасности, устрашения населения, оказание воздействия на принятие государственными органами Республики Казахстан, иностранными государствами и международными организациями решений либо с целью прекращения деятельности государственных либо общественных деятелей, или из мести за такую деятельность являются противоправными уголовно наказуемыми деяниями.

2. МЕЖДУНАРОДНЫЕ ИНСТРУМЕНТЫ БОРЬБЫ С ТЕРРОРИЗМОМ И ЕГО ПРЕДУПРЕЖДЕНИЯ

В связи с актуализацией проблемы глобального терроризма международное сообщество принимает меры на борьбу с терроризмом и в настоящее время в рамках ООН действует целый ряд конвенций по предупреждению терроризма.

При этом следует отметить, что мировое сообщество в лице ООН до настоящего времени не выработало единого и универсального подхода к юридическому определению понятия терроризм. Существует 16 конвенций ООН в области предупреждения терроризма и борьбы с ним, однако ни одна из них не дает реального правового определения данному явлению.

Понятие «терроризм» дано Шанхайской организацией сотрудничества в Конвенции против терроризма 2009 года, однако данное рабочее определение имеет чрезвычайно широкое толкование, носит политическое, а не правовое значение. Поэтому такое определение не может быть имплементировано в национальные законодательства стран-участников, при этом такое определение создает реальные угрозы правам человека и принципу верховенства закона.

В настоящее время действуют 16 основных международных соглашений (13 основных конвенций и три дополнительных протокола) по борьбе с терроризмом:

1. Конвенция о преступлениях и некоторых других актах, совершаемых на борту воздушных судов 1963 года («Токийская конвенция»), касающаяся авиационной безопасности

- применяется к актам, затрагивающим безопасность в полете;
- разрешает командиру воздушного судна устанавливать разумные меры, включая сдерживание, в отношении любого лица, которое, по мнению командира, совершило или намеревается совершить такой акт, когда это необходимо для защиты безопасности воздушного судна; и
- требует, чтобы договаривающиеся государства арестовывали нарушителей и возвращали контроль над воздушным судном законному командиру.

2. Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов 1970 года («Гаагская конвенция»), касающаяся захвата воздушных судов

- объявляет преступлением действия любого лица на борту воздушного судна, находящегося в полете, «незаконно, путем насилия или угрозы применения насилия или любой другой формы запугивания захватывает это воздушное судно или осуществляет над ним контроль», либо пытается совершить любое такое действие;

- требует, чтобы участники Конвенции применяли в отношении захвата воздушных судов «суровые меры наказания»;
- требует, чтобы стороны заключали преступников под стражу с целью либо их выдачи, либо осуществления преследования по делу; и
- требует, чтобы стороны оказывали друг другу содействие в связи с уголовным разбирательством, начатым согласно Конвенции.

3. Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации, 1971 года («Монреальская конвенция»), касающаяся актов авиационного саботажа, таких, как взрывы бомб на борту воздушного судна, находящегося в полете

- объявляет преступлением действия лица незаконно и преднамеренно совершающего акт насилия в отношении лица, находящегося на борту воздушного судна в полете, если такой акт может угрожать безопасности этого воздушного судна; помещение на воздушное судно взрывчатого вещества; попытку совершить такие действия или соучастие лицу, которое совершает или пытается совершить любое такое действие;
- требует, чтобы участники Конвенции применяли в отношении таких преступлений «суровые меры»; и
- требует, чтобы участники брали под стражу преступников либо для их выдачи, либо для осуществления преследования по делу.

4. Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, 1973 года, касающаяся нападений на высокопоставленных должностных лиц правительств и дипломатов

- определяет «лицо, пользующееся международной защитой» как главу государства, министра иностранных дел, представителя или должностного лица государства или международной организации, которое имеет право на специальную защиту в иностранном государстве, и его семью; и
- требует, чтобы участники устанавливали уголовную ответственность и предусматривали «соответствующее наказание с учетом тяжкого характера» за преднамеренное убийство, похищение или другое нападение против личности или свободы лица, пользующегося международной защитой, насильственное нападение на официальное помещение, жилое помещение или транспортное средство такого лица; угрозу совершить такое нападение или попытку его совершения; и действия «в качестве соучастника».

5. Международная конвенция о борьбе с захватом заложников 1979 года («Конвенция о заложниках»)

- предусматривает, что «любое лицо, которое захватывает или удерживает другое лицо и угрожает убить, нанести повреждение или продолжать удерживать другое лицо для того, чтобы заставить третью сторону, а именно: государство, международную межправительственную организацию, какое-либо физическое или юридическое лицо или группу лиц — совершить или воздержаться от совершения любого акта в качестве прямого или косвенного условия для освобождения заложника, совершает преступление захвата заложников по смыслу настоящей Конвенции.

6. Конвенция о физической защите ядерного материала 1980 года («Конвенция о ядерных материалах»), касающаяся незаконного захвата и использования ядерных материалов

- устанавливает уголовную ответственность за незаконное владение, использование, передачу или кражу ядерного материала и угрозу использовать ядерный материал для причинения смерти, серьезных увечий или существенного ущерба собственности.

Поправки к Конвенции о физической защите ядерного материала

- юридически обязывают государства-участники защищать ядерный материал при его мирном использовании, хранении и перевозке внутри государства, а также ядерные установки; и
- предусматривают расширенное сотрудничество между государствами в отношении оперативных мер по обнаружению и возвращению пропавшего или украденного ядерного материала, смягчения или сведения к минимуму радиологических последствий саботажа или предотвращения связанных с этим преступлений и борьбы с ними.

7. Протокол о борьбе с незаконными актами насилия в аэропортах, обслуживающих международную гражданскую авиацию, 1988 года, дополняющий Конвенцию о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации

- распространяет положения Монреальской конвенции (см. пункт 3, выше) с целью охватить террористические акты в аэропортах, обслуживающих международную гражданскую авиацию.

8. Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, 1988 года, касающаяся террористической деятельности на борту судов. Она

- устанавливает правовой режим, применимый к актам, направленным против международного морского судоходства, аналогичный режимам, установленным для международной авиации; и
- объявляет преступлением, действия лица по незаконному и преднамеренному захвату судна или осуществлению контроля над ним силой или угрозой силы или путем любой другой формы запугивания, совершение акта насилия против лиц на борту судна, если этот акт может угрожать безопасному плаванию данного судна, помещения или совершение действия в целях помещения на борт судна устройства или вещества, которое может разрушить это судно, и совершение других актов, направленных против безопасности судов.

Протокол 2005 года к Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства

- объявляет преступлением использование судна в качестве средства для совершения террористического акта;
- объявляет преступлением перевозку на борту судна различных материалов, когда известно, что они предназначены для использования с целью причинить или создать угрозу причинения смерти или серьезных увечий или ущерба для совершения террористического акта;
- объявляет преступлением перевозку на борту судна лиц, которые совершили террористический акт; и
- устанавливает процедуры для высадки на борт судна, которое считается совершившим преступление согласно Конвенции.

Протокол о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности стационарных платформ, расположенных на континентальном шельфе, 1998 года, касающийся террористической деятельности на морских стационарных платформах

- устанавливает правовой режим, применимый к актам, направленным против стационарных платформ, расположенных на континентальном шельфе, который сходен с режимами, установленными в области международной авиации.

Протокол 2005 года к Протоколу о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности стационарных платформ, расположенных на континентальном шельфе

- применяет изменения к Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, в отношении стационарных платформ, расположенных на континентальном шельфе.

10. Конвенция о маркировке пластических взрывчатых веществ в целях их обнаружения 1991 года предусматривает химическую маркировку для облегчения обнаружения пластических взрывчатых веществ, например для борьбы с актами саботажа в отношении воздушных судов

- предназначена для установления контроля и ограничения в отношении использованных немаркированных и не поддающихся обнаружению пластических взрывчатых веществ (заключена после взрыва рейса 103 компании «ПанАм» в 1988 году);
- стороны обязаны на своих соответствующих территориях обеспечивать эффективный контроль в отношении «немаркированных» пластических взрывчатых веществ, т. е. тех взрывчатых веществ, которые не содержат одно из маркирующих веществ, о котором говорится в Техническом приложении к договору; и
- в целом каждый участник обязан, среди прочего, принимать необходимые и эффективные меры для запрещения и предотвращения изготовления на его территории немаркированных взрывчатых веществ; предотвращать ввоз на его территорию и вывоз с нее немаркированных взрывчатых веществ; осуществлять строгий и эффективный контроль над владением и передачей во владение немаркированных взрывчатых веществ, которые были изготовлены до вступления Конвенции в силу; обеспечивать, чтобы все запасы взрывчатых веществ, не находящиеся во владении органов, осуществляющих военные или полицейские функции, были уничтожены, использованы, маркированы или лишены взрывчатых свойств в течение трех лет; принимать необходимые меры для обеспечения того, чтобы немаркированные взрывчатые вещества, находящиеся во владении военных или полиции, были уничтожены, использованы, маркированы или лишены взрывчатых свойств в течение 15 лет; и обеспечивает скорейшее уничтожение любых немаркированных взрывчатых веществ, произведенных после вступления Конвенции в силу для этого государства.

11. Международная Конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом 1997 года

- предусматривает режим универсальной юрисдикции в отношении незаконного и преднамеренного использования взрывных или иных смертоносных устройств в пределах различных указанных мест общественного пользования или против них с намерением причинить смерть или серьезные увечья или значительные разрушения таких общественных мест.

12. Международная Конвенция о борьбе с финансированием терроризма 1999 года

- требует, чтобы участники предпринимали шаги, с тем чтобы воспрепятствовать и противодействовать финансированию террористов, независимо от того, осуществляется ли такое финансирование прямо или косвенно через организации, которые утверждают, что преследуют благотворительные, общественные или культурные цели, или также вовлечены в запрещенные виды деятельности, такие, как незаконный оборот наркотиков и поставки оружия;
- обязывает государства привлекать тех, кто финансирует терроризм, к уголовной, гражданской или административной ответственности за такие деяния; и
- предусматривает выявление, блокирование и арест фондов, предназначенных для террористической деятельности, а также раздел с другими государствами конфискованных средств в каждом случае в отдельности. Банковская тайна более не является достаточным основанием для отказа в сотрудничестве.

13. Международная Конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма 2005 года

- охватывает широкий круг деяний и возможных целей, включая атомные электростанции и ядерные реакторы;
- охватывает угрозы или попытки совершить такие преступления или участвовать в них в качестве соучастника;
- предусматривает выдачу или преследование преступников;

- призывает государства сотрудничать в предотвращении террористических нападений посредством обмена информацией и оказания друг другу помощи в связи с уголовными расследованиями или процедурами выдачи; и
- предусматривает как кризисные ситуации (оказание государствам помощи в урегулировании ситуации), так и посткризисные ситуации (обеспечение безопасности ядерного материала через Международное агентство по атомной энергии (МАГАТЭ)).

Казахстан до настоящего времени не ратифицировал только два протокола и работа по подготовке ратификации в настоящее время ведется.

Начиная с 1963 года, международное сообщество разработало ряд международно-правовых документов, касающихся предупреждения и пресечения международного терроризма, которые наряду с соответствующими резолюциями Совета Безопасности представляют собой международно-правовой режим борьбы с терроризмом. В сентябре 2006 года государства - члены ООН договорились координировать свои усилия в борьбе с терроризмом, а также объединить все программы, подразделения и учреждения ООН, занимающиеся контртеррористической деятельностью под эгидой Глобальной стратегии ООН, которая образует общие стратегические и оперативные рамки борьбы с терроризмом.

В центре внимания этой расширенной программы стоят вопросы оказания помощи государствам, по их запросу, по юридическим и смежным аспектам противодействия терроризму, особенно в связи с ратификацией и осуществлением международно-правовых документов по борьбе с терроризмом и укреплению потенциала национальных систем уголовного правосудия для применения положений этих документов в соответствии с принципами верховенства права.

В настоящее время международные усилия по предотвращению терроризма должны осуществляться только на основе соблюдения принципа приоритета прав человека и верховенства закона. Всякий иной подход чреват самыми пагубными последствиями, в том числе возрастанием угрозы терроризма, вовлечением в террористическую деятельность большего количества новых участников, радикализацией слоев населения в мусульманских странах, ростом антиамериканских и антиизраильских настроений в разных странах мира.

3. НАЦИОНАЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО В ОБЛАСТИ БОРЬБЫ С ТЕРРОРИЗМОМ

Терроризм как преступление предусмотрен в Уголовном кодексе в статье 233. Как в казахской, так и в русской редакции Уголовного кодекса понятие «терроризм» указано одинаково.

Следует перечислить все статьи Уголовного кодекса, которые законодательно отнесены к перечню террористических:

Статья 162. Наемничество

Статья 163. Нападение на лиц или организации, пользующиеся международной защитой

Статья 166-1. Посягательство на жизнь Первого Президента Республики Казахстан - Лидера Нации

Статья 167. Посягательство на жизнь Президента Республики Казахстан

Статья 170. Призывы к насильственному свержению или изменению конституционного строя либо насильственному нарушению единства территории Республики Казахстан

Статья 233. Терроризм

Статья 233-1. Пропаганда терроризма либо экстремизма или публичные призывы к совершению акта терроризма

Статья 233-2. Создание, руководство террористической группой и участие в ее деятельности

Статья 233-3. Финансирование террористической или экстремистской деятельности и иное пособничество терроризму либо экстремизму

Статья 233-4. Вербовка или подготовка либо вооружение лиц в целях организации террористической либо экстремистской деятельности

Статья 234. Захват заложника

Статья 238. Нападение на здания, сооружения, средства сообщения и связи

Статья 239. Угон, а равно захват воздушного или водного судна либо железнодорожного подвижного состава

Уголовный кодекс Республики Казахстан

Статья 233.

Терроризм

1. Совершение взрыва, поджога или иных действий, создающих опасность гибели людей, причинения значительного имущественного ущерба либо наступления иных общественно опасных последствий, если эти действия совершены в целях нарушения общественной безопасности, устрашения населения либо оказания воздействия на принятие решений государственными органами Республики Казахстан, иностранным государством или международной организацией, а также угроза совершения указанных действий в тех же целях -

наказываются лишением свободы на срок от четырех до десяти лет с конфискацией имущества.

2. Те же деяния, совершенные:

а) неоднократно;

б) с применением оружия либо предметов, используемых в качестве оружия, взрывчатых веществ или взрывных устройств, которые могут создать реальную угрозу для жизни и здоровья граждан, -

наказываются лишением свободы на срок от семи до двенадцати лет с конфискацией имущества.

3. Деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, если они:

а) соединены с применением или угрозой применения оружия массового поражения, радиоактивных материалов и совершением или угрозой совершения массовых отравлений, распространения эпидемий или эпизоотий, а равно иных действий, способных повлечь массовую гибель людей;

б) повлекли по неосторожности смерть человека или иные тяжкие последствия, - наказываются лишением свободы на срок от десяти до пятнадцати лет.

4. Посягательство на жизнь человека, совершенное в целях нарушения общественной безопасности, устрашения населения либо оказания воздействия на принятие решений государственными органами Республики Казахстан, иностранным государством или международной организацией, а равно посягательство на жизнь государственного или общественного деятеля, совершенное в тех же целях, а также в целях прекращения его государственной или иной политической деятельности либо из мести за такую деятельность, либо посягательство на жизнь человека, сопряженное с нападением на лиц или организации, пользующихся международной защитой, здания, сооружения, захватом заложника, зданий, сооружений, средств сообщения и связи, угон, а равно с захватом воздушного или водного судна, железнодорожного подвижного состава либо иного общественного транспорта -

наказывается лишением свободы на срок от пятнадцати до двадцати лет либо смертной казнью, или пожизненным лишением свободы.

Примечания.

1. Лицо, участвующее в подготовке акта терроризма, освобождается от уголовной ответственности, если оно своевременным предупреждением государственных органов или иным способом способствовало предотвращению акта терроризма и если в его действиях не содержится состава иного преступления.

2. Террористическими преступлениями признаются преступления, предусмотренные статьями 162, 163, 166-1, 167, 171, 233, 233-1, 233-2, 233-3, 233-4, 234, 238, 239 настоящего Кодекса.

Уголовно-правовая характеристика

Основную часть вопросов уголовно-правового характера вызывает само название статьи «Терроризм», что не соответствует определению самого понятия «Преступление» согласно статьи 9 Уголовного кодекса, где указано, что «Преступлением признается совершенное виновно общественно опасное деяние (действие или бездействие), запрещенное настоящим Кодексом под угрозой наказания. Применение уголовного закона по аналогии не допускается». То есть, само по себе понятие «Терроризм» не может рассматриваться как деяние, поэтому предлагаемая в настоящее время поправка по изменению наименования уголовно наказуемого деяния на «Акт терроризма» соответствует смыслу и духу основополагающих положений уголовного законодательства. В Комментариях к Уголовному кодексу профессора Борчашвили И.Ш. также как преступление указывается не сам терроризм, а террористический акт.

Существенные сомнения с точки зрения вызывают цели преступления, указанные в статье 233 Уголовного кодекса, которыми являются:

- нарушение общественной безопасности;
- устрашения населения;
- оказания воздействия на принятие решений государственными органами Республики Казахстан, иностранным государством или международной организацией;
- прекращения государственной или иной политической деятельности государственного или общественного деятеля;
- из мести за такую деятельность.

Такие цели имеют расширительное толкование и могут быть использованы в целях преследования инакомыслящих и оппозиционно настроенных граждан, в том числе в целях наказания их за активный протест против установленной политической системы. Тем более, что наступление самих общественно опасных последствий по данной статье необязательно.

Кроме того, исходя из имеющейся судебной практики (и об этом чуть позже) практически невозможно доказать такую цель как устрашение населения. Поэтому данная цель была внесена в диспозицию статьи, чтобы оправдать наименование самой статьи «Терроризм», что, как уже говорилось выше, означает устрашение.

Можно даже полагать, что на прямой вопрос террористу желал ли он устроить население, он ответит, что преследовал прямо противоположную цель.

Также хотелось бы обратить внимание на проблему того, что условно-досрочное наказание в отношении лица, осужденного за террористическое преступление, не может быть применено в силу ст.70 ч.8 УК РК.

Законом РК от 29.11.2011 года в часть 8 статьи 70 УК РК внесены изменения, согласно которому условно-досрочное освобождение не применяется к лицу, осужденному за террористическое преступление. Поэтому в настоящее время все осужденные террористы не могут обратиться в суд с ходатайством об условно-досрочном освобождении.

Однако, большая часть осужденных террористов была осуждена еще до вступления в законную силу данной поправки. В соответствии со Статьей 4 УК РК, преступность и **наказуемость** деяния определяются законом, действовавшим во время совершения этого деяния. Временем совершения преступления признается время осуществления

общественно опасного действия (бездействия), независимо от времени наступления последствий. А в соответствии с Статьей 5 ч. 3 УК РК, закон, устанавливающий преступность или наказуемость деяния, усиливающий ответственность или наказание или **иным образом ухудшающий положение лица, совершившего это деяние, обратной силы не имеет.**

То есть, в соответствии с Уголовным законом, данное положение закона применимо только к лицам, которые осуждены или будут осуждены за совершение преступления после вступления данного законодательного положения в силу, то есть после 29.11.2011 года

Таким образом, в отношении осужденных до 29.11.2011 года применение обратной силы закона по вопросу условно-досрочного освобождения является незаконным, так как в его отношении по вопросу наказуемости деяния подлежит применению редакция Уголовного кодекса РК, действовавшая на момент вынесения приговора.

Объектом терроризма являются общественная безопасность. Дополнительным объектом могут быть жизнь и здоровье граждан, собственность, существующий порядок управления и т.д. Поэтому терроризм следует отнести к числу многообъектных преступлений.

Объективная сторона терроризма носит сложный характер и выражается в совершении взрыва, поджога или иных действий, создающих опасность гибели людей, причинения значительного имущественного ущерба либо наступления иных общественно опасных последствий, а также в угрозе совершения указанных действий в тех же целях.

Под взрывом понимается приведение в негодность какого-либо объекта или уничтожение людей путем применения тротилового или иного заряда, иначе говоря, с использованием разрушительной энергии взрывной волны.

Под поджогом понимается выполнение виновным противоправных действий с использованием поражающей силы огня.

Наряду со взрывом и поджогом, ст. 233 УК РК предусматривает иные действия. Под иными действиями при терроризме следует понимать разрушение зданий, сооружений, организацию аварий, крушений, заражение местности, воды, воздуха, продуктов питания, дезорганизацию работы органов власти и управления и т.д.

Обязательным условием уголовной ответственности терроризма является создание опасности гибели людей, причинения значительного имущественного ущерба, либо наступления иных общественно опасных последствий. Опасность гибели людей означает, что она угрожала хотя бы одному человеку.

Значительность имущественного ущерба при терроризме следует определять в зависимости от стоимости и значимости уничтоженного или поврежденного имущества.

Под иными общественно опасными последствиями понимается весь остальной вред, который не подпадает под признаки гибели людей и значительного имущественного ущерба. К ним можно отнести: причинение гражданам вреда здоровью различной степени тяжести, нарушение деятельности органов государственной власти и управления, приостановление деятельности предприятий, учреждений, организаций, движения транспорта и т.д.

Оконченным состав терроризма будет являться с момента выполнения виновным действий, предусмотренных в диспозиции ч.1 ст.233 УК РК. Наступление последствий не обязательно, достаточно создания действительной опасности гибели людей,

причинения значительного имущественного вреда или иных общественно опасных последствий.

Уголовная ответственность за терроризм предусматривает также и угрозу совершения названных действий. При этом угроза должна быть реальной и действительной. Угроза может быть открытой или анонимной, она может быть обращена как к общественности, так и к органам государственной власти. Для квалификации преступления не имеет значения форма ее распространения: устно, письменно, с помощью средств информации и т.д.

Субъективная сторона характеризуется умышленной виной в виде прямого умысла. Лицо сознает, что совершает взрыв, поджог или иные действия, создающие опасность гибели людей, причинения значительного имущественного ущерба либо наступления иных общественно опасных последствий, либо угрожает такими действиями и желает совершить такие действия.

Основным признаком субъективной стороны терроризма является специальная цель его совершения – нарушение общественной безопасности, устрашение населения, оказание воздействия на принятие решений государственными органами, иностранным государством, международной организацией. Объективная сторона терроризма во многом идентична диверсии (ст.171 УК РК), различие состоит в цели преступлений. Оба преступления совершаются с прямым умыслом, но при терроризме лицо добивается нарушения общественной безопасности, устрашения населения либо оказания воздействия на принятие решений органами власти, а при диверсии умысел направлен на подрыв экономической безопасности и обороноспособности.

Если лицо, совершая терроризм, желает гибели людей или сознательно допускает такие последствия, то его действия подлежат квалифицировать по совокупности ст. 96 и 233 УК РК.

Часть 2 ст. 233 УК предусматривает наступление уголовной ответственности за совершение квалифицированного терроризма:

- а) неоднократно;
- б) с применением оружия либо предметов, используемых в качестве оружия, взрывчатых веществ или взрывных устройств, которые могут создать реальную угрозу для жизни и здоровья граждан.

Под неоднократностью понимается совершение лицом двух и более террористических актов, при этом за совершение предыдущего террористического акта требуется, чтобы лицо не было в установленном законом порядке освобождено от уголовной ответственности, не истекли сроки давности привлечения за терроризм к уголовной ответственности, либо судимость за ранее совершенный террористический акт не была погашена или снята.

Под применением оружия понимается использование при терроризме по прямому назначению любого оружия, за исключением оружия предусмотренных в п. «а» ч. 3 ст. 233 УК РК. Не образует квалифицирующего признака применение оружия с целью избежать задержания после совершения терроризма. Ранее данный пункт гласил «с применением огнестрельного оружия», но, как правило, акт терроризма в большинстве случаев совершается с применением взрывных устройств или взрывчатых веществ. Часть 3 ст.233 УК предусматривает уголовную ответственность за деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, если они:

- а) соединены с применением или угрозой применения оружия массового поражения, радиоактивных материалов и совершением или угрозой совершения массовых

отравлений, распространения эпидемий или эпизоотий, а равно иных действий, способных повлечь массовую гибель людей;

б) повлекли по неосторожности смерть человека или иные тяжкие последствия.

Под оружием массового поражения понимается такой вид оружия, который согласно Законодательства об оружии позволяет при его использовании привести к большому количеству человеческих жертв. К нему относятся: ядерное оружие, термоядерное, химическое, биологическое, нейтронное и т.д.

Под радиоактивными материалами понимаются вещества, распространяющие рентгеновские лучи либо альфа - бета - гамма излучения, которые приводят к значительному ухудшению состояния здоровья живых организмов, а также гибели людей.

Под массовыми отравлениями следует понимать нарушение нормального процесса обмена веществ в организмах большого количества людей. Отравления организма можно добиться путем употребления некачественной питьевой воды, пищи, а также путем применения различных газов.

Под распространением эпидемий понимается заражение большого количества людей различными заболеваниями. Характер эпидемии болезни приобретают после массового заболевания людей на обширной территории и в короткий промежуток времени.

Под распространением эпизоотий понимается массовое заразное заболевание домашних животных: скота или птицы, охватившее определенный регион. Для эпизоотии характерны массовость поражения животных и тенденция к распространению за пределы территории, где появилась болезнь.

Под иными действиями, указанными в п. «а» ч. 3 ст. 233 УК, следует понимать такие действия, которые способны повлечь массовую гибель людей. Обязательным является наличие такого признака как «массовость».

Под причинением смерти человеку понимается наступление биологической смерти лица в результате совершения терроризма.

Под иными тяжкими последствиями при терроризме понимаются причинение тяжкого вреда здоровью нескольким лицам либо вреда средней тяжести многим лицам, а также причинение крупного материального ущерба.

Субъективная сторона преступления предусмотренного п. «б» ч. 3 ст. 233 УК отличается от остальных пунктов и частей данной нормы тем, что она характеризуется двойной формой вины. По отношению к деянию (к терроризму) вина характеризуется умыслом, а по отношению к наступившим последствиям (смерти или иным тяжким последствиям) – неосторожностью, в виде самонадеянности или в виде небрежности. Однако, в целом, в соответствии со ст. 22 УК РК, такое преступление признается совершенным умышленно.

По ст. 233 УК РК часть 4 следует отметить, что «посягательство на жизнь государственного или общественного деятеля, совершенное в тех же целях, а также в целях прекращения его государственной или иной политической деятельности либо из мести за такую деятельность» ранее было предусмотрено в ч. 1 ст. 167 УК и

расценивалось как совершение террористического акта. Законодатель в полном объеме, т.е. без изменений, данную норму поместил в ч. 4 ст. 233 УК. Отсюда следует, что при совершении вышеуказанных действий поменялся объект преступного посягательства. Если ранее ч. 1 ст. 167 УК находилась в главе 5 «Преступления против основ конституционного строя и безопасности государства», при этом объектом посягательства признавалась политическая система РК, а дополнительным объектом - жизнь и здоровье государственного и общественного деятеля, то теперь объектом преступного посягательства выступает общественная безопасность. Дополнительный объект остался без изменений. Таким образом, новая редакция ст. 233 УК представляется более унифицированной и включает в понятие терроризма все способы совершения противоправного деяния.

Объективную сторону ч.4 ст. 233 УК РК образуют посягательство на жизнь человека, а равно посягательство на жизнь государственного или общественного деятеля.

Под посягательством на жизнь понимается умышленное противоправное причинение смерти (убийство) либо покушение на убийство, т.е. умышленные действия, непосредственно направленные на причинение смерти. Согласно Закона РК «О государственной службе» от 23 июля 1999 г. (с посл. изм. и доп.) государственными деятелями являются граждане РК, занимающие оплачиваемую государственную должность и в соответствии с законодательством осуществляющие должностные полномочия от имени государственного органа в целях реализации задач и функций государства. Следовательно, к государственным деятелям относятся представители администрации Президента, члены Правительства, министры и их заместители, члены парламента и т.д.

Профессор Борчашвили И.Ш. в своем комментарии к данной статье Уголовного кодекса указывает, что к общественным деятелям относятся руководители или видные члены общественных объединений и партий. Однако, как известно, некоторые оппозиционные деятели в нашей стране не могут добиться регистрации своих политических партий, а некоторые партии и организации оказались прямо запрещенными. Как будет квалифицировать уголовный закон убийство лидера запрещенной Верховным Судом религиозно-политической партии «Хисбут-Тахрир» или просто лидера религиозного объединения, если это убийство совершено без квалифицирующих признаков статьи 96 УК РК? Налицо очевидное общественное значение такого лица и такое деяние может быть направлено на устрашение его последователей. Это деяние может вызвать массовые нарушения общественной безопасности. Поэтому в ч.4 статьи 233 следует внимательно изучить, кого понимать под общественным деятелем.

Способы и средства посягательства на жизнь государственного или общественного деятеля могут быть самыми разнообразными и на квалификацию данного преступления они не влияют.

В примечании к ст. 233 УК определяется основание освобождения от уголовной ответственности при терроризме. Таким основанием является: своевременное предупреждение государственных органов об акте терроризма или иная помощь (иной способ) в предотвращении террористического акта. При этом действия виновного не должны содержать состав иного преступления. Своевременность предупреждения определяется заблаговременностью сообщения о готовящемся террористическом акте и наличием реальной возможности у органов власти принять предупредительные меры до начала акта терроризма.

Иной способ предотвращения терроризма может заключаться в самостоятельных действиях лица по предотвращению взрыва, поджога, привлечению других граждан к локализации вредных последствий, в уговорах соучастников отказаться от осуществления террористических намерений, в предупреждении жителей о готовящемся терроризме с указанием места его совершения и т.д.

Если лицо участвовало в подготовке или совершении нескольких актов терроризма, оно освобождается от уголовной ответственности только за те из них, совершение которых оно предотвратило.

Статья 233-1.

Пропаганда терроризма либо экстремизма или публичные призывы к совершению акта терроризма

1. Пропаганда терроризма либо экстремизма или публичные призывы к совершению акта терроризма либо экстремизма, а равно распространение материалов указанного содержания -

наказываются лишением свободы на срок от трех до семи лет.

2. Те же деяния, совершенные лицом с использованием своего служебного положения либо руководителем общественного объединения либо с использованием средств массовой информации, либо совершенные группой лиц-

наказываются лишением свободы на срок от пяти до десяти лет.

Общественная опасность указанного преступления заключается в том, что в результате пропаганды терроризма и публичных призывов к совершению акта терроризма дестабилизируется обстановка в обществе, что сопряжено с созданием социально-психологической атмосферы общественного беспокойства, созданием благоприятной почвы для совершения террористических актов, возвращением насилия и агрессивности в обществе.

Объектом рассматриваемого преступления является общественная безопасность.

Объективная сторона характеризуется действиями, заключающимися в пропаганде терроризма или публичных призывах к совершению акта терроризма, а также в распространении материалов указанного содержания.

Акт терроризма – это совершение или угроза совершения взрыва, поджога или иных действий, создающих опасность гибели людей, причинения значительного имущественного ущерба либо наступления иных общественно опасных последствий, если эти действия совершены в целях нарушения общественной безопасности, устрашения населения либо оказания воздействия на принятие решений государственными органами Республики Казахстан, иностранными государствами или международными организациями, а также посягательство на жизнь человека, совершенное в тех же целях, а равно посягательство на жизнь государственного или общественного деятеля, совершенное в целях прекращения его государственной или иной политической деятельности либо из мести за такую деятельность.

Пропаганда означает активное воздействие на сознание и волю людей с целью возбудить в них стремление к совершению неправомерных действий, в частности, осуществлению террористического акта. Пропаганда может носить характер устных выступлений либо распространения письменных или печатных материалов.

Призывы - это устные или письменные обращения к достаточно большому числу слушателей с целью убедить их в необходимости агрессии. Призывы обязательно должны носить публичный характер, то есть осуществляться в присутствии нескольких лиц и для них. В отличие от пропаганды воздействие здесь непосредственное. Кроме того, публичные призывы должны быть подчинены строго определенной цели, а

именно направлены на совершение акта терроризма.

Под распространением материалов следует признавать действия, направленные на передачу материалов с пропагандой или призывами к совершению акта терроризма третьим лицам.

Преступление следует считать оконченным, с момента осуществления пропаганды, публичных призывов и распространения материалов с пропагандой или призывами к совершению акта терроризма, независимо от того был совершен или нет террористический акт.

Уголовная ответственность по данной норме возможна лишь в случаях, если призывы к совершению акта терроризма имели место в присутствии публики, открыто, так как речь идет о «публичных призывах», а не о единичном факте призыва.

С субъективной стороны преступление характеризуется прямым умыслом. Лицо сознает, что совершает пропаганду терроризма или публично призывает к совершению акта терроризма, а равно распространяет материалы указанного содержания и желает совершить такие действия.

Субъект – физическое вменяемое лицо, достигшее 16-летнего возраста.

Часть 2 ст. 233-1 предусматривает следующие квалифицирующие признаки: деяние, совершенное лицом с использованием своего служебного положения либо руководителем общественного объединения, либо с использованием средств массовой информации.

Совершение должностным лицом либо руководителем общественного объединения действий, направленных на пропаганду терроризма или публичные призывы к совершению акта терроризма, а равно распространение материалов указанного содержания предполагает использование им для этого своего служебного либо общественного положения.

Использование средств массовой информации – это пропаганда и призывы к совершению террористического акта, опубликованные в печати, а также распространенные по радио или телевидению.

Субъект преступления по ч. 2 ст. 233-1 УК – специальный. Им является лицо, использующее свое служебное положение или руководитель общественного объединения.

Статья 233-2.

Создание, руководство террористической группой и участие в ее деятельности

1. Создание группы для совершения преступлений, преследующих террористические цели (террористической группы), а равно руководство ею - наказываются лишением свободы на срок от восьми до пятнадцати лет с конфискацией имущества или без таковой.

2. Участие в деятельности террористической группы или в совершаемых ею актах терроризма - наказываются лишением свободы на срок от шести до двенадцати лет с конфискацией имущества или без таковой.

3. Деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, совершенные лицом с использованием своего служебного положения либо руководителем общественного объединения, - наказываются лишением свободы на срок от десяти до пятнадцати лет с конфискацией имущества или без таковой.

Общественная опасность указанного преступления заключается в том, что оно представляет угрозу для безопасности общества, возникает угроза совершения актов терроризма, создается опасность гибели людей, причинения значительного имущественного ущерба либо наступления иных общественно опасных последствий.

Непосредственным объектом данного преступления является общественная безопасность.

Дополнительным объектом выступает жизнь, здоровье людей, собственность, порядок управления и т.д.

Объективная сторона данного преступления выражается в создании группы для совершения преступлений, преследующих террористические цели (террористической группы), а равно в руководстве ею.

Под террористической организацией понимается организация, созданная в целях осуществления террористической деятельности или признающая возможность использования в своей деятельности терроризма. Организация признается террористической, если хотя бы одно из ее структурных подразделений осуществляет террористическую деятельность с ведома одного из руководящих органов данной организации.

Формы террористических групп могут быть различными: группа лиц по предварительному сговору, организованная группа, преступное сообщество.

Под созданием группы для совершения преступлений, преследующих террористические цели понимается совершение любых действий, результатом которых явилось объединение нескольких лиц или преступных организаций для совершения террористических актов.

Руководство указанной террористической группой означает определение общей направленности деятельности отдельных лиц или террористических групп, выбор объектов посягательства, выбор способа посягательства, обеспечение дисциплины и распределение обязанностей между членами преступного формирования, координация деятельности террористической группы и т.д.

Преступление признается оконченным с момента создания, либо фактического руководства террористической группой.

С субъективной стороны деяние характеризуется виной в форме прямого умысла, выраженное осознанием общественно опасного характера своих действий по созданию или руководству террористической группой, а также участию в террористическом формировании, виновный предвидит, что в результате таких действий террористические группы будут функционировать, и желает этого.

Субъект – физическое вменяемое лицо, достигшее 16-летнего возраста.

Ответственность по ч. 2 ст. 233-2 УК наступает в случаях участия в деятельности террористической группы или в совершаемых ею актах терроризма.

Участием в деятельности террористической группы или в совершаемых ею актах терроризма признается не только непосредственное участие в совершаемых террористических актах, но и выполнение иных действий в интересах данной террористической группы: финансирование, обеспечение транспортом, систематическое укрывательство членов террористической организации.

Часть 3 ст. 233-2 предусматривает ответственность за совершение деяний, предусмотренных частями первой или второй настоящей статьи, совершенных лицом с использованием своего служебного положения либо руководителем общественного объединения. Указанные признаки являются особоотягчающими, так как благодаря занимаемым государственным или общественным должностям такие лица обладают большими возможностями в создании, руководстве и в принятии участия в деятельности террористических групп.

Субъектом преступления ч. 3 является руководитель общественного объединения либо лицо, использующее свое служебное положение.

Статья 233-3.

Финансирование террористической или экстремистской деятельности и иное пособничество терроризму либо экстремизму

1. Заведомо незаконное предоставление или сбор денег и (или) иного имущества, права на имущество или выгод имущественного характера, а также дарение, мена, пожертвования, спонсорская и благотворительная помощь, оказание информационных и иного рода услуг либо оказание финансовых услуг физическому лицу, группе лиц или террористическим либо экстремистским организациям для осуществления террористической или экстремистской деятельности, - наказываются лишением свободы на срок до пяти лет.

2. Те же деяния, совершенные неоднократно, наказываются лишением свободы на срок от трех до восьми лет с конфискацией имущества.

Примечание. Лицо, осуществляющее финансирование террористической или экстремистской деятельности и иное пособничество терроризму либо экстремизму под угрозой насилия и добровольно заявившее об этом, а также активно способствовавшее раскрытию или пресечению преступления, освобождается от уголовной ответственности, если в его действиях не содержится состава иного преступления.

Общественная опасность указанного преступления состоит в том, что в результате финансирования экстремизма или террористической деятельности возникает угроза совершения террористических действий, создается опасность гибели людей, причинения значительного имущественного ущерба либо наступления иных общественно опасных последствий, дестабилизируется обстановка в обществе.

Объектом данного преступления является общественная безопасность.

Объективная сторона выражается в финансировании экстремизма или террористической деятельности.

Под террористической деятельностью понимается деятельность лиц использующих в своих действиях террор, то есть жесткое запугивание, устрашение своих политических противников, выражающееся в физическом насилии вплоть до уничтожения.

Под экстремизмом понимается приверженность к крайним взглядам и мерам (обычно в политике).

Финансирование экстремизма или террористической деятельности заключается в предоставлении средств, для приобретения оружия, взрывчатых веществ, оплаты участникам экстремизма и террористической деятельности. Как финансирование следует рассматривать не только представление собственных средств, но и организацию их сбора у других лиц в тех же целях.

Преступление считается оконченным с момента получения материальных средств лицом, подготавливающим или совершающим экстремизм или террористическую деятельность, либо одним из их участников.

С субъективной стороны деяние характеризуется виной в форме прямого умысла, выраженное осознанием общественно опасного характера своих действий по финансированию экстремизма или террористической деятельности и желанием этого.

Субъект – физическое вменяемое лицо, достигшее 16-летнего возраста.

В части 2 ст. 233-3 УК РК предусмотрен такой квалифицирующий признак, как совершение то же деяния неоднократно.

Под неоднократно совершенным финансированием экстремизма, или террористической деятельности следует признать, если лицо за ранее совершенное финансирование экстремизма или террористической деятельности не было в установленном законом порядке освобождено от уголовной ответственности, не истекли сроки давности привлечения к уголовной ответственности, либо судимость за ранее совершенное деяние не была погашена или снята.

Согласно ч. 2 примечания к ст.41 УК РК преступлениями содержащими признаки экстремизма, признаются преступления, предусмотренные статьями 164, 168-171, 233-3, 236, частями второй и третьей статьи 337, статей 337-1 УК РК.

Следовательно, неоднократно будет признано совершение субъектом преступлений предусмотренных указанными статьями УК РК если лицо за ранее совершенное одно из преступлений не было в установленном законом порядке освобождено от уголовной ответственности, по нему не истекли сроки давности привлечения к уголовной ответственности, либо судимость за ранее совершенное деяние не была погашена или снята.

В данном случае речь идет о специальной неоднократности.

Статья 233-4.

Вербовка или подготовка либо вооружение лиц в целях организации террористической либо экстремистской деятельности

1. Вербовка или подготовка либо вооружение лиц в целях организации террористической либо экстремистской деятельности - наказываются лишением свободы на срок от шести до двенадцати лет с конфискацией имущества.

2. Те же деяния, совершенные лицом с использованием своего служебного положения или в отношении несовершеннолетнего, - наказываются лишением свободы на срок от восьми до пятнадцати лет с конфискацией имущества.

4. ИЗМЕНЕНИЯ В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ

Закон Республики Казахстан

О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам противодействия терроризму

Статья 1. Внести изменения и дополнения в следующие законодательные акты Республики Казахстан:

1. В Уголовный кодекс Республики Казахстан от 16 июля 1997 года (Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1997 г., № 15-16, ст. 211; 1998 г., № 16, ст. 219; № 17-18, ст. 225; 1999 г., № 20, ст. 721; № 21, ст. 774; 2000 г., № 6, ст. 141; 2001 г., № 8, ст. 53, 54; 2002 г., № 4, ст. 32, 33; № 10, ст. 106; № 17, ст. 155; № 23-24, ст. 192; 2003 г., № 15, ст. 137; № 18, ст. 142; 2004 г., № 5, ст. 22; № 17, ст. 97; № 23, ст. 139; 2005 г., № 13, ст. 53; № 14, ст. 58; № 21-22, ст. 87; 2006 г., № 2, ст. 19; № 3, ст. 22; № 5-6, ст. 31; № 8, ст. 45; № 12, ст. 72; № 15, ст. 92; 2007 г., № 1, ст. 2; № 4, ст. 33; № 5-6, ст. 40; № 9, ст. 67; № 10, ст. 69; № 17, ст. 140; 2008 г., № 12, ст. 48; № 13-14, ст. 58; № 17-18, ст. 72; № 23, ст. 114; № 24, ст. 126; 2009 г., № 6-7, ст. 32; № 13-14, ст. 63; № 15-16, ст. 71, 73, 75; № 17, ст. 82, 83; № 24, ст. 121, 122, 125, 127, 128, 130; 2010 г., № 1-2, ст. 5; № 7, ст. 28, 32; № 11, ст. 59; № 15, ст. 71; № 20-21, ст. 119; № 22, ст. 130; № 24, ст. 149; 2011 г., № 1, ст. 9; № 2, ст. 19, 28; № 19, ст. 145; № 20, ст. 158; № 21, ст. 161; № 24, ст. 196; 2012 г., № 1, ст. 5; № 2, ст. 13; № 3, ст. 26, 27; № 4, ст. 30; № 5, ст. 35, 36):

1) в оглавлении заголовков статьи 233 главы 9 изложить в следующей редакции:
«Статья 233. Акт терроризма»;

2) в статье 15:

в части второй слово «терроризм» заменить словами «акт терроризма»;

3) в статье 163:

в части первой после слов «оружия» дополнить словами «или предметов, используемых в качестве оружия»;

4) в статье 233:

заголовок изложить в следующей редакции:

«Статья 233. Акт терроризма»;

в пункте 2 примечания:

цифры 162 исключить;

5) в статье 233-3:

часть первую изложить в следующей редакции:

«1. Предоставление или сбор денег и (или) иного имущества, права на имущество или выгод имущественного характера, а также дарение, мена, пожертвования, спонсорская и благотворительная помощь, оказание информационных и иного рода услуг либо оказание финансовых услуг физическому лицу либо группе лиц, либо юридическому лицу с осознанием того, что они будут использованы для осуществления террористической или экстремистской деятельности либо обеспечения террористической группы, террористической или экстремистской организации, незаконного военизированного формирования,

- наказываются лишением свободы на срок до пяти лет с конфискацией имущества или без таковой.».

СРАВНИТЕЛЬНАЯ ТАБЛИЦА
к проекту Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в
некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам
противодействия терроризму»

№	№ статьи	Действующая редакция	Предлагаемая редакция	Обоснование
Уголовный кодекс Республики Казахстан от 16 июля 1997 года № 167-І				
1	Часть вторая статьи 15	Статья 15. Возраст, с которого наступает уголовная ответственность 2. Лица, достигшие ко времени совершения преступления четырнадцатилетнего возраста, подлежат уголовной ответственности за убийство (статья 96), умышленное причинение тяжкого вреда здоровью (статья 103), умышленное причинение средней тяжести вреда здоровью при отягчающих обстоятельствах (статья 104, часть вторая), изнасилование (статья 120), насильственные действия сексуального характера (статья 121), похищение человека (статья 125), кражу (статья 175, части вторая, третья), грабеж (статья 178, части вторая, третья), разбой (статья 179), вымогательство (статья 181, части вторая, третья), неправомерное завладение автомобилем или иным транспортным средством без цели хищения при отягчающих обстоятельствах (статья 185, части вторая, третья, четвертая), умышленное уничтожение или повреждение имущества при отягчающих обстоятельствах (статья 187, части вторая, третья), терроризм (статья 233) , захват заложника (статья 234), заведомо ложное сообщение об акте терроризма (статья 242), хищение либо вымогательство оружия, боеприпасов, взрывчатых веществ и взрывных устройств (статья 255), хулиганство при	Статья 15. Возраст, с которого наступает уголовная ответственность 2. Лица, достигшие ко времени совершения преступления четырнадцатилетнего возраста, подлежат уголовной ответственности за убийство (статья 96), умышленное причинение тяжкого вреда здоровью (статья 103), умышленное причинение средней тяжести вреда здоровью при отягчающих обстоятельствах (статья 104, часть вторая), изнасилование (статья 120), насильственные действия сексуального характера (статья 121), похищение человека (статья 125), кражу (статья 175, части вторая, третья), грабеж (статья 178, части вторая, третья), разбой (статья 179), вымогательство (статья 181, части вторая, третья), неправомерное завладение автомобилем или иным транспортным средством без цели хищения при отягчающих обстоятельствах (статья 185, части вторая, третья, четвертая), умышленное уничтожение или повреждение имущества при отягчающих обстоятельствах (статья 187, части	В целях приведения в соответствие с предлагаемым изменением заголовка ст. 233 УК РК.

		<p>отягчающих обстоятельствах (статья 257, части вторая, третья), вандализм (статья 258), хищение либо вымогательство наркотических средств или психотропных веществ (статья 260), надругательство над телами умерших и местами их захоронения при отягчающих обстоятельствах (статья 275, часть вторая), умышленное приведение в негодность транспортных средств или путей сообщения (статья 299).</p>	<p>вторая, третья), акт терроризма (статья 233), захват заложника (статья 234), заведомо ложное сообщение об акте терроризма (статья 242), хищение либо вымогательство оружия, боеприпасов, взрывчатых веществ и взрывных устройств (статья 255), хулиганство при отягчающих обстоятельствах (статья 257, части вторая, третья), вандализм (статья 258), хищение либо вымогательство наркотических средств или психотропных веществ (статья 260), надругательство над телами умерших и местами их захоронения при отягчающих обстоятельствах (статья 275, часть вторая), умышленное приведение в негодность транспортных средств или путей сообщения (статья 299).</p>	
2	Часть 2 статьи 163	<p>Статья 163. Нападение на лиц или организации, пользующиеся международной защитой 2. Те же деяния, совершенные неоднократно, либо с применением оружия, либо по предварительному сговору группой лиц, либо сопряженные с причинением тяжкого вреда здоровью, либо повлекшие по неосторожности смерть человека, - наказываются лишением свободы на срок от десяти до пятнадцати лет с конфискацией имущества или без таковой.</p>	<p>Статья 163. Нападение на лиц или организации, пользующиеся международной защитой 2. Те же деяния, совершенные неоднократно, либо с применением оружия, или предметов, используемых в качестве оружия либо по предварительному сговору группой лиц, либо сопряженные с причинением тяжкого вреда здоровью, либо повлекшие по неосторожности смерть человека, - наказываются лишением свободы на срок от десяти до пятнадцати лет с</p>	<p>Нападение может быть осуществлено не только с применением оружия, но также предметов, используемых в качестве таковых.</p>

			конфискацией имущества или без таковой.	
3	Заголовок статьи 233	<p>Статья 233. Терроризм</p> <p>1. Совершение взрыва, поджога или иных действий, создающих опасность гибели людей, причинения значительного имущественного ущерба либо наступления иных общественно опасных последствий, если эти действия совершены в целях нарушения общественной безопасности, устрашения населения либо оказания воздействия на принятие решений государственными органами Республики Казахстан, иностранным государством или международной организацией, а также угроза совершения указанных действий в тех же целях – наказываются лишением свободы на срок от четырех до десяти лет.</p> <p>2. Те же деяния, совершенные:</p> <p>а) неоднократно;</p> <p>б) с применением оружия либо предметов, используемых в качестве оружия, взрывчатых веществ или взрывных устройств, которые могут создать реальную угрозу для жизни и здоровья граждан, - наказываются лишением свободы на срок от семи до двенадцати лет.</p> <p>3. Деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, если они:</p> <p>а) соединены с применением или угрозой применения оружия массового поражения, радиоактивных материалов и совершением или угрозой совершения массовых отравлений, распространения эпидемий или эпизоотий, а равно иных действий, способных повлечь массовую гибель</p>	<p>Статья 233. Акт терроризма</p> <p>1. Совершение взрыва, поджога или иных действий, создающих опасность гибели людей, причинения значительного имущественного ущерба либо наступления иных общественно опасных последствий, если эти действия совершены в целях нарушения общественной безопасности, устрашения населения либо оказания воздействия на принятие решений государственными органами Республики Казахстан, иностранным государством или международной организацией, а также угроза совершения указанных действий в тех же целях – наказываются лишением свободы на срок от четырех до десяти лет.</p> <p>2. Те же деяния, совершенные:</p> <p>а) неоднократно;</p> <p>б) с применением оружия либо предметов, используемых в качестве оружия, взрывчатых веществ или взрывных устройств, которые могут создать реальную угрозу для жизни и здоровья граждан, - наказываются лишением свободы на срок от семи до двенадцати лет.</p> <p>3. Деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, если они:</p> <p>а) соединены с</p>	<p>В Законе «О противодействии терроризму» предлагается унифицировать понятие терроризма и определить его как социальное явление. В УК терроризм должен остаться как криминальное явление, выражающееся в конкретных деяниях (взрыва, поджога или иных действий), совершенных в определенных целях или угроза их совершения. Аналогичный подход закреплен в УК Российской Федерации.</p>

	<p>людей;</p> <p>б) повлекли по неосторожности смерть человека или иные тяжкие последствия, - наказываются лишением свободы на срок от десяти до пятнадцати лет.</p> <p>4. Посягательство на жизнь человека, совершенное в целях нарушения общественной безопасности, устрашения населения либо оказания воздействия на принятие решений государственными органами Республики Казахстан, иностранным государством или международной организацией, а равно посягательство на жизнь государственного или общественного деятеля, совершенное в тех же целях, а также в целях прекращения его государственной или иной политической деятельности либо из мести за такую деятельность, либо посягательство на жизнь человека, сопряженное с нападением на лиц или организации, пользующихся международной защитой, здания, сооружения, захватом заложника, зданий, сооружений, средств сообщения и связи, угоном, а равно с захватом воздушного или водного судна, железнодорожного подвижного состава либо иного общественного транспорта –наказывается лишением свободы на срок от пятнадцати до двадцати лет либо смертной казнью, или пожизненным лишением свободы.</p> <p>Примечания.</p> <p>1. Лицо, участвующее в подготовке акта терроризма, освобождается от уголовной ответственности, если оно своевременным предупреждением государственных органов или иным способом</p>	<p>применением или угрозой применения оружия массового поражения, радиоактивных материалов и совершением или угрозой совершения массовых отравлений, распространения эпидемий или эпизоотий, а равно иных действий, способных повлечь массовую гибель людей;</p> <p>б) повлекли по неосторожности смерть человека или иные тяжкие последствия, - наказываются лишением свободы на срок от десяти до пятнадцати лет.</p> <p>4. Посягательство на жизнь человека, совершенное в целях нарушения общественной безопасности, устрашения населения либо оказания воздействия на принятие решений государственными органами Республики Казахстан, иностранным государством или международной организацией, а равно посягательство на жизнь государственного или общественного деятеля, совершенное в тех же целях, а также в целях прекращения его государственной или иной политической деятельности либо из мести за такую деятельность, либо посягательство на жизнь человека, сопряженное с нападением на лиц или организации, пользующихся международной защитой, здания, сооружения, захватом заложника, зданий,</p>	
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

		<p>способствовало предотвращению акта терроризма и если в его действиях не содержится состава иного преступления.</p> <p>2. Террористическими преступлениями признаются преступления, предусмотренные статьями 162, 163, 166-1, 167, 171, 233, 233-1, 233-2, 233-3, 233-4, 234, 238, 239 настоящего Кодекса.</p>	<p>сооружений, средств сообщения и связи, угоном, а равно с захватом воздушного или водного судна, железнодорожного подвижного состава либо иного общественного транспорта – наказывается лишением свободы на срок от пятнадцати до двадцати лет либо смертной казнью, или пожизненным лишением свободы.</p> <p>Примечания.</p> <p>1. Лицо, участвующее в подготовке акта терроризма, освобождается от уголовной ответственности, если оно своевременным предупреждением государственных органов или иным способом способствовало предотвращению акта терроризма и если в его действиях не содержится состава иного преступления.</p> <p>2. Террористическими преступлениями признаются преступления, предусмотренные статьями 163, 166-1, 167, 171, 233, 233-1, 233-2, 233-3, 233-4, 234, 238, 239 настоящего Кодекса.</p>	
4	Пункт 2 Примечаний к статье 233	<p>2. Террористическими преступлениями признаются преступления, предусмотренные статьями 162, 163, 166-1, 167, 171, 233, 233-1, 233-2, 233-3, 233-4, 234, 238, 239 настоящего Кодекса.</p>	<p>2. Террористическими преступлениями признаются преступления, предусмотренные статьями 163, 166-1, 167, 171, 233, 233-1, 233-2, 233-3, 233-4, 234, 238, 239 настоящего Кодекса.</p>	<p>Полагаем целесообразным исключить статью 162 УК «Наемничество» из числа преступлений, относящихся к террористическим. Согласно положениям ратифицированных Казахстаном международных договоров и примечанию к статье 162 УК,</p>

				данная норма направлена против вербовки и незаконного участия в военных действиях или вооруженных конфликтах, не относящихся к террористической деятельности. Аналогичные вопросы, непосредственно связанные с терроризмом разрешены путем введения статьи 233-4 УК «Вербовка или подготовка либо вооружение лиц в целях организации террористической либо экстремистской деятельности».
5	Часть 1 статьи 233-3	Статья 233-3. Финансирование террористической или экстремистской деятельности и иное пособничество терроризму либо экстремизму 1. Заведомо незаконное предоставление или сбор денег и (или) иного имущества, права на имущество или выгод имущественного характера, а также дарение, мена, пожертвования, спонсорская и благотворительная помощь, оказание информационных и иного рода услуг либо оказание финансовых услуг физическому лицу, группе лиц или террористическим либо экстремистским организациям для осуществления террористической или экстремистской деятельности, - наказываются лишением свободы на срок до пяти лет.	Статья 233-3. Финансирование террористической или экстремистской деятельности и иное пособничество терроризму либо экстремизму 1. Предоставление или сбор денег и (или) иного имущества, права на имущество или выгод имущественного характера, а также дарение, мена, пожертвования, спонсорская и благотворительная помощь, оказание информационных и иного рода услуг либо оказание финансовых услуг физическому лицу либо группе лиц, либо юридическому лицу с осознанием того, что они будут использованы для осуществления террористической или экстремистской деятельности либо обеспечения	Приведение в соответствие с положениями Договора государств-участников СНГ о противодействии легализации (отмыванию) преступных доходов и финансированию терроризма от 5 октября 2007 года, ратифицированного Законом Республики Казахстан от 29 марта 2011 года № 422-IV и Рекомендациями Группы финансовых мер борьбы с отмыванием денег (ФАТФ).

			террористической группы, террористической или экстремистской организации, незаконного военизированного формирования, - наказываются лишением свободы на срок до пяти лет с конфискацией имущества или без таковой.	
--	--	--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

5. ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНАЯ ПРАКТИКА

Мой подзащитный **Абдулла Нурполат** гражданин Австралии 29 августа 1970 года рождения, уроженец г.Кульджа, Китай был осужден Алмалинским районным судом г.Алматы **19 октября 2001 года** по статьям 233 часть 2 «А,Б», 233 часть 3 «А,Б», 235 части 2, 251 часть 3 и статья 363 УК РК по совокупности преступлений путем частичного сложения окончательно к 15 годам лишения свободы, содержится под арестом с 02 октября 2000 года.

Также по данному приговору Алмалинского суда были осуждены:

Абдусаттар Мухамеджан гражданин Китая 12.11.1969 года рождения, уроженец г.Кульджа, Китай был осужден Алмалинским районным судом г.Алматы **19 октября 2001 года** по статьям 235 ч.2, 233 ч.3 п.п. «А,Б», 251 ч.3, 323, 325 ч.2, ч.3 УК РК по совокупности преступлений путем частичного сложения окончательно к 15 года лишения свободы.

Азиз Турсунтай гражданин Китая 30.01.1971 года рождения, уроженец г.Кульджа, Китай, был осужден Алмалинским районным судом г.Алматы **19 октября 2001 года** по статьям 235 ч.3, 233 ч.3 п.п. «А,Б», 251 ч.3 УК РК по совокупности наказаний путем частичного сложения окончательно к 12 годам лишения свободы.

Как следует из приговора, после уничтожения группы вооруженных лиц в районе ул.Сатпаева угол ул.Фурманова в городе Алматы осенью 1999 года, мой подзащитный позвонил из района Барахолки в Афганистан самому Усама бен Ладену и доложил об уничтожении группы моджахеддинов. Разумеется, лидер Аль-Каиды дал указание Абдулле Нурполату взорвать здание ДВД г.Алматы.

Данный разговор якобы слышал некий свидетель, который впоследствии дал показания следствию и суду, но как зашифрованный свидетель под псевдонимом. Надо отметить, что двое из осужденных узнали этого свидетеля и считают, что он должен был вернуть им большую сумму денег. Факт долга подтвердил в том числе и родной брат свидетеля.

Проблема доказательств в этом деле заключалась, однако, в том, что Абдулла Нурполат в указанный свидетелем день был уже задержан полицией и находился в ИВС ДВД г.Алматы. Эту проблему суд решить так и не смог и просто указал, что телефонный разговор состоялся где-то в конце месяца. Мол, свидетель не помнит точный день.

Кроме того, Абдулла Нурполат не владел тогда русским языком и плохо говорил на уйгурском. Можно уверенно предполагать, что Усама бен Ладен тоже не говорил на

уйгурском, поэтому возможный разговор между ними должен был вестись на английском либо родном для Усамы арабском языке, которым Абдулла тоже не владел. Свидетель же владел только русским в совершенстве и на бытовом уровне уйгурским и казахским.

Свидетель также не мог услышать то, что говорил главный мировой террорист моему подзащитному в телефон, но в суде неожиданно выяснилась одна подробность, что якобы сразу после разговора Абдулла Нурполат в подробностях рассказал о разговоре и именно рядом стоящему свидетелю. Потрясающая беспечность для террориста и очень честный свидетель обеспечили доказательства вины по уголовному делу. Только осталось непонятным, почему свидетель около месяца молчал про этот разговор и вспомнил о нем уже после того, как его самого отпустили из полиции, где он провел три дня как задержанный за причастность к перестрелке.

Поскольку приговор был незаконный и основанный фальсификациях, а также на голословных утверждениях следствия и суда, я в течение длительного времени обжаловал приговор в отношении Абдуллы Нурполата, однако все мои жалобы остались без удовлетворения, а приговор суда без изменения.

Так по ст.235 ч.2 УК РК Абдулла Нурполат был приговорен к 7 годам лишения свободы за финансирование экстремизма или террористической деятельности совершенное неоднократно. Однако, в основу данного обвинения легли свидетельские показания анонимных свидетелей, которые были заинтересованы в исходе дела, поскольку являлись должниками одного из обвиняемых, что было установлено в ходе судебного разбирательства.

По ст.233 ч.3 п.п. «А,Б» УК РК (в редакции Закона по состоянию на 2000 г.) Абдулла Нурполат был приговорен к 12 годам лишения свободы за «неоднократную угрозу терроризма, то есть совершения неоднократных взрывов в административных зданиях ГУВД г.Алматы с применением огнестрельного оружия, организованной группой, способных повлечь массовую гибель людей». Однако, оружием массового поражения в соответствии с Законом РК «Об обороте оружия» являются ядерное, химическое и бактериологическое виды оружия. То есть, гранаты и автоматы к оружию массового поражения никак не относятся, а квалифицировать действия Абдуллы Нурполата и других обвиняемых следовало по ст.233 ч. 1 УК РК, то есть за акт терроризма с угрозой применения взрыва, даже на основе сфальсифицированных доказательств.

В дальнейшем Статья 233 УК РК была существенно изменена Законом РК от 19.02.02 г. № 295-II, в которой прямо предусматривается ответственность за терроризм с применением взрыва, который может создать реальную угрозу для жизни и здоровья граждан. Наказание за данное преступление составляет от семи до двенадцати лет лишения свободы.

То есть, в соответствии с ст.5 УК РК приговор в отношении всех обвиняемых должен быть пересмотрен, поскольку был принят закон, улучшающий положение лица, совершившего преступление. Такой закон имеет обратную силу, то есть распространяется на лиц, совершивших соответствующее деяние до вступления такого закона в силу, в том числе на лиц, отбывающих наказание. В соответствии с ч. 2 ст.5 УК РК если новый уголовный закон смягчает наказуемость деяния, за которое лицо отбывает наказание, то назначенное наказание подлежит сокращению в пределах санкции вновь изданного уголовного закона.

За хранение гранат в доме Абдулла Нурполат был приговорен по ст.251 ч.3 УК РК к пяти годам лишения свободы. Однако, в суде один из понятых заявил, что находился во время обыска в нетрезвом состоянии, а хозяйка дома заявила, что гранаты были подброшены сотрудниками КНБ и прямо указывали на данное лицо.

За укрывательство преступления Абдулла Нурполат был осужден по ст.363 УК РК к двум годам лишения свободы. Однако, в ходе следствия и суда не было установлено фактов укрывательства им, а в основу обвинительного приговора в этой части были положены взаимоисключающие доказательства и голословные доводы суда. То есть, Абдулла Нурполат не мог звонить и укрывать кого-либо, так как в это время находился под стражей в ГУВД г.Алматы.

В ходе предварительного следствия неоднократно и грубо были нарушены различные нормы уголовно-процессуального законодательства, что повлекло вынесение неправосудного приговора. При этом предварительное следствие и судебный процесс лично курировал начальник Департамента КНБ по г.Алматы Рахат Алиев, сам осужденный в дальнейшем к длительному сроку лишения свободы за совершение особо тяжких преступлений.

У стороны защиты по уголовному делу Абдуллы Нурполата были все основания полагать, что данное уголовное дело было полностью сфальсифицировано подчиненными Рахата Алиева с целью имитации активной борьбы с международным терроризмом, что подтверждается дальнейшим развитием религиозной обстановки в Казахстане. В течение ряда лет органы национальной безопасности своими непрофессиональными и некомпетентными действиями фактически создали в местах лишения свободы подпольные исламские группировки из числа незаконно осужденных верующих граждан, озлобленных на правоохранительную и государственную системы, на должностных лиц. Эти осужденные одним только фактом своего пребывания в местах лишения свободы оказывают негативное влияние на колеблющуюся и неустойчивую часть осужденных, активно вовлекают их в религиозную жизнь, в свои группировки, тем самым создавая напряженность в местах лишения свободы, что регулярно приводит к неповиновениям и активным акциям протеста в местах лишения свободы

При этом считаю своим долгом заявить, что все должностные лица, вовлеченные в незаконное осуждение Абдуллы Нурполата, прекрасно понимали, что осуждают его незаконно. Они прекрасно понимали, что он абсолютно не виновен, что он не был знаком с международным террористом Усамой бен Ладеном и никогда с ним не общался, не звонил ему по телефону, что найденная граната была подброшена во двор дома перед обыском, что этой гранатой невозможно взорвать здание ГУВД г.Алматы. Но, тем не менее, все следователи, прокуроры и судьи кивали «наверх» и дружно разводили руками.

В настоящее время все трое: Абдулла Нурполат, Азиз Турсунтай и Мухамеджан Абдусаттар отбывают наказание в различных исправительных учреждениях. При этом Азиз Турсунтай в октябре 2012 года подлежит освобождению по истечении срока наказания. Однако, в связи с освобождением жизни Азиза Турсунтая реально угрожает опасность, так как он в установленном порядке он должен быть депортирован в Китай, где в отношении него выдвинуты обвинения за участие в оппозиционных движениях уйгурских националистов и ему грозит **смертная казнь**.

Такая же участь ожидает и Абдусаттара Мухамеджана в случае его освобождения по отбытию всего срока.

РЕКОМЕНДАЦИИ

1. Внести изменение в ст.70 ч.8 Уголовного кодекса и исключить положение «осужденному за террористические преступления».
2. Разработать принципиально новое законодательство о предупреждении терроризма, а не о противодействии терроризму, который разработать с учетом принципов прав человека и верховенства закона.

3. Обеспечить соблюдение прав человека и соблюдение законности в государственной политике по предотвращению терроризма, в том числе при проведении контртеррористических операций, а также при расследовании уголовных дел и судебных процедурах.

Актуальные вопросы уголовно-правовой ответственности за разжигание социальной розни

Актуальность темы исследования и международные стандарты. «Международный Пакт о гражданских и политических правах», принятый Резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1966 года закрепляет, что «всякое выступление в пользу национальной, расовой или религиозной ненависти, представляющее собой подстрекательство к дискриминации, вражде или насилию, должно быть запрещено законом» (Статья 20).

В статье 1 Международной Конвенции «О ликвидации всех форм расовой дискриминации» (утверждена резолюцией Генеральной Ассамблеи 2106 (XX) от 21 декабря 1965 года, вступила в силу 4 января 1969 года) указано, что «в настоящей Конвенции выражение «расовая дискриминация» означает любое различие, исключение, ограничение или предпочтение, основанное на признаках расы, цвета кожи, родового, национального или этнического происхождения, имеющие целью или следствием уничтожение или умаление признания, использования или осуществления на равных началах прав человека и основных свобод в политической, экономической, социальной, культурной или любых других областях общественной жизни». Также в ст. 4 п. «а» государства-участники «объявляют караемым по закону преступлением всякое распространение идей, основанных на расовом превосходстве или ненависти, всякое подстрекательство к расовой дискриминации, а также все акты насилия или подстрекательство к таким актам, направленным против любой расы или группы лиц другого цвета кожи или этнического происхождения, а также предоставление любой помощи для проведения расистской деятельности, включая ее финансирование».

До обретения независимости в отечественных Уголовных кодексах не содержалось состава преступления, рассматривающего подобные деяния. Аналогичный состав преступления в УК нашей страны включен впервые в последнем, уже не новом, Уголовном кодексе (далее УК) Республики Казахстан от 16 июля 1997 года.

Так, часть 1 статьи 164 гласит: «Умышленные действия, направленные на возбуждение социальной, национальной, родовой, расовой, религиозной вражды или розни, на оскорбление национальной чести и достоинства либо религиозных чувств граждан, а равно пропаганда исключительности, превосходства либо неполноценности граждан по признаку их отношения к религии, сословной, национальной, родовой или расовой принадлежности, если эти деяния совершены публично или с использованием средств массовой информации, а равно путем распространения литературы и иных носителей информации, пропагандирующих социальную, национальную, расовую, религиозную вражду или рознь».

Этот состав преступления сформулирован на основании Международной Конвенции 1965 года "О ликвидации всех форм расовой дискриминации". В соответствии с Конвенцией, караемым по закону преступлением объявлено всякое распространение идей, основанных на расовом превосходстве или ненависти, всякое подстрекательство к расовой дискриминации, всякие акты насилия или подстрекательство к таким актам,

направленным против любой расы или группы лиц другого цвета кожи или этнического происхождения⁸¹.

Согласно статье 20 Конституции Республики Казахстан, не допускается пропаганда и агитация социального, национального, религиозного, сословного и родового превосходства, а статья 5 Конституции запрещает создание и деятельность общественных объединений, цели и действия которых направлены на разжигание социальной, расовой, национальной, религиозной, сословной и родовой розни.

В качестве реализации этого запрета и выступает ответственность за возбуждение указанной вражды или розни, установленная статьей 164 УК.

Необходимость наличия такой нормы в новом законодательстве обусловлена тем фактом, что национальное и расовое равноправие является важнейшим условием существования и развития любого цивилизованного общества.

Из контекста данного состава вытекает запрещение возбуждения таких видов вражды и розни как:

- а) социальная вражда или рознь;
- б) национальная вражда или рознь;
- в) родовая вражда или рознь;
- г) расовая вражда или рознь;
- д) религиозная вражда или рознь.

Наряду с ними запрещены и такие деяния, как:

- а) оскорбление национальной чести и достоинства;
- б) оскорбление религиозных чувств граждан;
- в) пропаганда исключительности граждан по признаку их отношения к религии, сословной, национальной, родовой или расовой принадлежности;
- г) пропаганда превосходства граждан по признаку их отношения к религии, сословной, национальной, родовой или расовой принадлежности;
- д) пропаганда неполноценности граждан по признаку их отношения к религии, сословной, национальной, родовой или расовой принадлежности.

События, имевшие место в последнее время в Республике Казахстан, и предъявление обвинения в отношении некоторых граждан РК по ст. 164 УК РК по фактам, связанным с этими событиями, вызывает необходимость разъяснения состава преступления, предусмотренного ст. 164 УК РК.

По объективной стороне преступления, предусмотренного в ст. 164 УК РК, представляются более или менее понятным такие виды вражды или розни, как национальная, расовая, религиозная, в то время как социальная и родовая вражда или рознь остаются непонятными не только простым гражданам, но и специалистам. Постановление Пленума Верховного Суда РК или какого-либо другого официального документа, которое дает разъяснение диспозиции ст. 164 УК РК, отсутствует.

На сегодняшний день основанием всех уголовных дел, возбужденных по ст. 164 УК РК, служило совершение деяния, направленное не на возбуждение национальной, расовой или религиозной вражды или розни, а на возбуждение именно социальной розни. Все это вызывает необходимость разъяснения понятия социальной розни или вражды не только в официальном, но и доктринальном плане.

Одним из громких примеров обвинения по статье 164 УК («Возбуждение социальной, национальной, родовой, расовой или религиозной вражды») является уголовное дело

⁸¹ Комментарий к УК РК (Под ред. И.И. Рогова и С.М. Рахметова) Алматы, 1999. С. 345.

в отношении юриста профсоюза нефтяников компании "Каражанбасмунай" Натальи Соколовой. Так, 8 августа 2011 года Актауский городской суд Мангистауской области вынес обвинительный приговор в отношении Соколовой Натальи Геннадьевны, являющейся юристом Профсоюза работников «Каражанбас», за то, что она «совершила тяжкое преступление, направленное на возбуждение социальной розни»⁸².

После кровавых событий 16 декабря 2011 г. в Жанаозене, где погибло, по официальной версии, 16 человек и ранено более ста, некоторые оппозиционные политики и активисты обвинялись в разжигании социальной розни. Среди них режиссер Болат Атабаев, политики Серик Сапаргали и Жанболат Мамай, лидер оппозиционной незарегистрированной партии «Алга» Владимир Козлов, активист этой партии Айжангуль Амирова, а также бывший активист бастующих нефтяников Роза Тулетаева.

В.И.Козлов, С.С. Сапаргали, А.М. Аминов обвинялись в том, что они совершили «умышленные действия, направленные на *разжигание социальной вражды и розни*, в группе лиц, с использованием средств массовой информации, повлекшие тяжкие последствия в виде массовых беспорядков в г. Жанаозен 16 декабря 2011 года, то есть преступление против мира и безопасности человечества, предусмотренное ст. 164 ч. 3 УК Республики Казахстан»⁸³ (*курсив наш*). Из заявления Генеральной прокуратуры от 25 января 2012 г., опубликованного в СМИ, становится ясно, что власти считают, что «одной из причин массовых беспорядков [16 декабря] являлись активные действия отдельных лиц по склонению уволенных рабочих к продолжению акций протеста и жесткому противостоянию властям». В числе лиц, причастных к «разжиганию социальной розни», названы Козлов, Амирова и Сапаргали»⁸⁴. Впоследствии В.И. Козлов осужден в том числе и по ст.164 к 7,5 годам лишения свободы.

26.03.2012 г. председатель Совета директоров Корпорации «Казахмыс» господин Огай написал в КНБ заявление о том, что Андрей Цуканов, а также Берик Жагипаров и двое уволенных рабочих: Асет Ерубаяев и Евгений Завадский якобы разжигают социальную рознь⁸⁵.

Есть даже курьезный пример, когда житель Темиртау Андрей Попов 16 февраля 2012 подал иск на администрацию г. Темиртау за отказ переименования улицы имени знаменитого разбойника. Более того, в действиях акимата истец усмотрел «разжигание социальной розни» и потребовал возмещения морального ущерба в размере 30 млн. тенге⁸⁶.

Зарубежный опыт. Аналогичный состав преступления в УК Российской Федерации (далее РФ) предусмотрен в ст. 282 УК РФ, по родовому признаку объекта преступления он относится к Разделу X (Преступления против государственной власти), а по видовому признаку - к Главе 29 («Преступления против основ конституционного строя и безопасности государства»). Немаловажным фактором является то, что изначально, когда принимался УК РФ, действия, направленные на «возбуждение социальной вражды и розни», не рассматривались в качестве преступления, т.е. подобные деяния были декриминализованы. В ст. 282

⁸² Отрывок из обвинительного заключения по уголовному делу № 1147000317703 П по обвинению Соколовой Натальи Геннадьевны по ст. ст. 164 ч. 3, 334 ч.2 УК Республики Казахстан.

⁸³ Отрывок из обвинительного заключения по уголовному делу № 12471804100001 по обвинению Козлова В.И. по ст.ст. 234 ч. 1 , 164 ч. 3, 170 ч. 2, Сапаргали С.С. по ст.ст. 164 ч. 3, 170 ч. 2, , Аминова А.М. по ст.ст. 234 ч. 1 , 164 ч. 3, 170 ч. 2. С.с. 676-677.

⁸⁴ Ссылка: <http://www.hrw.org/ru/news/2012/03/16>

⁸⁵ Ссылка: <http://sv-news.su/?p=682>

⁸⁶ Ссылка: <http://www.facebook.com/notes/газета-республика/житель-темиртау-подал-в-суд-на-акимат-за-разжигание-розни/332221380153362>

предусматривались только «действия, направленные на возбуждение национальной, расовой или религиозной вражды, унижение национального достоинства, а равно пропаганда исключительности, превосходства либо неполноценности граждан по признаку их отношения к религии, национальной или расой принадлежности».

Но позднее редакция статьи 282 («Возбуждение ненависти либо вражды, а равно унижение человеческого достоинства») претерпела изменения и стала выглядеть так: «Действия, направленные на возбуждение ненависти либо вражды, а также на унижение достоинства человека либо группы лиц по признакам пола, расы, национальности, языка, происхождения, отношения к религии, а равно принадлежности к какой-либо социальной группе, совершенные публично или с использованием средств массовой информации». Из последней редакции видно, что особый акцент делается на принадлежность «к какой-либо социальной группе».

УК Армении также подобный состав преступления относится к главе 23 («Преступления против общественной безопасности») раздела 9, где рассматриваются «Преступления против общественной безопасности, безопасности компьютерной информации, общественного порядка, общественной нравственности и здоровья населения». В ст. 226 УК Армении предусмотрено «*возбуждение национальной, расовой или религиозной вражды*», а социальная вражда и рознь не включены.

В УК Республики Беларусь аналогичный состав преступления (статья 130) рассматривается так же, как в и УК РК, в главе, предусматривающей преступления против мира и безопасности человечества, но в объективной стороне преступления нет деяний, направленных на разжигание социальной вражды. Она рассматривает лишь «Умышленные действия, направленные на возбуждение расовой, национальной, религиозной вражды или розни, на унижение национальной чести и достоинства».

УК Республики Узбекистан также ограничивается возбуждением «национальной, расовой, этнической или религиозной вражды» (статья 156 «Преступления против мира и безопасности человечества») и не затрагивает вопрос о «социальной вражде или розни» как таковой в собственном смысле слова. Интересным представляется подход законодателя Республики Узбекистан в том плане, что по ч. 1 ст. 156 уголовная ответственность наступает только после применения административного взыскания⁸⁷.

Также интересным представляется то, что законом охраняются не только религиозные, но и атеистические убеждения. Например, ч. 2 ст. 156 УК РУз гласит: «Умышленные действия, унижающие национальную честь и достоинство, оскорбляющие чувства граждан в связи с их религиозным или атеистическим убеждением, совершенные с целью возбуждения вражды, нетерпимости или розни к группам населения по национальным, расовым, этническим или религиозным признакам, а равно прямое или косвенное ограничение прав или установление прямых или косвенных преимуществ в зависимости от их национальной, расовой, этнической принадлежности или отношения к религии». Словооборот «к группам населения по национальным, расовым, этническим или религиозным признакам» нам представляется более или менее точным и понятным, чем словосочетание «возбуждения социальной, национальной, расовой и т.д. вражды или розни».

Из уголовного законодательства таких стран, как Федеративная Республики Германия, Франция, Китайская Народная Республика определить объекты аналогичных составов

⁸⁷ Текст ч.1 ст. 156 УК РУ: «Изготовление, хранение с целью распространения или распространение материалов, пропагандирующих национальную, расовую, этническую или религиозную вражду, совершенные после применения административного взыскания за такие же деяния»

преступлений не представляется возможным, так как разделы (главы) УК этих государств не имеют названий, ограничиваясь лишь нумерацией.

В УК Китайской Народной Республики «социальная вражда и рознь» как таковая не рассматривается, а Особенная часть УК КНР не систематизирована, как принято в отечественной юриспруденции, главы и параграфы не имеют названия. Но все же аналогичные составы, которые предусматривают пропаганду «национальной ненависти, национальной дискриминации при отягчающих обстоятельствах» (ст. 249) и публикацию «в печатном издании дискриминационных материалов, оскорбляющих в грубой форме достоинство национальных меньшинств» (ст. 250), имеются.

Так, УК ФРГ рассматривает действия, «которые разжигают ненависть против части населения или против национальной, расовой, религиозной группы или определяемой какими-либо признаками народности группы, призывает к совершению насилия или актов произвола против них или подвергает поруганию, злонамеренно пренебрежительно представляет или очерняет их». Также в § 166 рассмотрено «Оскорбление вероисповеданий, религиозных обществ и мировоззренческих объединений».

Для УК Франции как таковая «социальная группа» не имеет значения, также не имеет значения, относится ли лицо на самом деле к такой группе либо это только предполагается. В статье R. 625-7 прямо указывается, что «непубличное подстрекательство к дискриминации, ненависти или насилию в отношении какого-либо лица или группы лиц в силу их происхождения либо принадлежности или непринадлежности, реальной или предполагаемой, к определенной этнической группе, нации, расе или религии».

Таким образом, группа потерпевших в разных уголовных законах определяется по разным признакам. Наиболее обширный подход у российского законодателя: в УК РФ указаны «группы лиц по признакам пола, расы, национальности, языка, происхождения, отношения к религии, а равно принадлежности к какой-либо социальной группе».

УК Армении и Беларуси ограничиваются национальными, расовыми или религиозными признаками, УК Узбекистана помимо этих признаков добавляет этнические признаки и «атеистические убеждения», а УК Китая учитывает лишь национальный признак.

УК Франции учитывает этнические, национальные, расовые или религиозные признаки.

УК ФРГ для определения потерпевших признает любые «какие-либо признаки народности».

По санкциям и степени тяжести эти преступления наказываются более строго в Китае (до 10 лет лишения свободы), с последним может сравниться только Республика Казахстан. Ст. 164 УК РК по состоянию на 12.01.2012 г. предусматривает по ч.ч.1, 2 – до 7 лет, по ч. 3- до 12 лет лишения свободы. Далее по нарастающей идут УК Армения (предусматривается по ч.1 – до 4 лет, ч.2 – до 6 лет лишения свободы), УК ФРГ (предусматривается по ч.1 – до 5 лет, ч.2 – до 3, ч. 3 – до 5 лет лишения свободы), УК РФ (предусматривается по ч.1 – до 2 лет, ч.2 – до 5 лет лишения свободы), УК Республики Беларусь (предусматривается до 5 лет лишения свободы) и Республики Узбекистан (предусматривается по ч.1 – до 3 лет, ч.2 – до 5 лет лишения свободы). Французское уголовное законодательство не предусматривает наказания в виде лишения свободы за аналогичные преступления, т.е. даже если в суде либо во время следствии будут допущены ошибки, они не влекут за собой тяжкие социальные последствия.

Анализ состава преступления, предусмотренного ст. 164 УК РК. Статья 164 УК РК, предусматривающая ответственность за «возбуждение социальной розни», предусмотрена в главе 4 УК наряду с другими «Преступлениями против мира и безопасности человечества». Деяния, предусмотренные ст. 164 УК, относятся к преступлениям с альтернативными действиями, т.е. совершение хотя бы одного из указанных деяний образует оконченное преступление. Кроме того, они относятся к преступлениям, которым не применяются сроки давности (ч.6 ст. 69 УК РК).

Постановление Пленума Верховного Суда РК, которое давало бы разъяснение диспозиции ст. 164 УК РК, отсутствует. Отсутствует и официальное толкование этой статьи.

В связи с этим, например, члены незарегистрированной партии «Алга!» неоднократно обращались в различные государственные органы с просьбой предоставить официальное толкование ст. 164 УК РК. Так, 13 марта 2012 года руководитель оргкомитета по созданию Народной партии «Алга!» в Восточно-Казахстанской области Фатима Касенова обратилась к Генеральному прокурору РК Асхату Даулбаеву с заявлением, в котором попросила его предоставить официальное толкование статьи 164 УК РК (возбуждение социальной, национальной, родовой, расовой или религиозной вражды)⁸⁸, где говорится «У ...привлеченных лиц по данной статье не было умысла и мотива для разжигания социальной, национальной, родовой, расовой или религиозной вражды. Целью их была защита прав граждан, т.е. они руководствовались ст.19 Закона «Об общественных объединениях», об этом свидетельствуют их многочисленные интервью, статьи, обращения к Президенту РК, правоохранительным органам с предложениями о создании независимой комиссии с привлечением общественности для мирного разрешения конфликта. Согласно Комментариям к статье 164 Уголовного Кодекса РК, под возбуждением социальной, национальной, родовой, расовой или религиозной вражды или розни понимается попытка создать конфликты между гражданами разных национальностей, родов, рас или концессий, которые могут сопровождаться агрессивными выпадами, физической расправой или угрозой таковой, уничтожением или повреждением имущества и т.п., либо изоляцией, отчуждением, ограничением в правах, льготах, преимуществах и т.д.

Нам известно, события в Жанаозене произошли по причине трудового спора, возникшего между работодателем и нефтяниками, этот факт подтвердил и сам Президент РК при встрече с жителями Жанаозена.

Из всего этого следует, что по данной статье к уголовной ответственности может быть привлечен любой гражданин, осуществляющий общественную деятельность в рамках устава общественного объединения...

На основании выше изложенного, руководствуясь п.2 ст.74 Конституции РК, прошу Вас дать официальное толкование статьи 164 УК РК»⁸⁹.

Одними из первых, кто дал доктринальное толкование УК РК от 1997 года, были авторы комментария под редакцией И.И.Рогова и С.М. Рахметова, где говорится, что «непосредственным объектом этого преступления... является международно-

⁸⁸ Ссылка по электронному адресу:
http://odfoundation.eu/ru/archive/2012/3/13/683/fatima_kasenova_poprosila_genprokurora_rastolkova_t_statyu_164_uk_rk

⁸⁹ Заявление Ф. Касеновой Генеральному Прокурору РК, ссылка:
http://odfoundation.eu/ru/archive/2012/3/13/683/fatima_kasenova_poprosila_genprokurora_rastolkova_t_statyu_164_uk_rk.

правовой, а также конституционный принцип недопущения разжигания социальной, национальной, родовой, расовой или религиозной вражды или розни»⁹⁰.

Родовым объектом преступлений, предусмотренных главой 4 УК РК, выступают общественные отношения, обеспечивающие мир и безопасность человечества. Непосредственным объектом являются интересы, честь и достоинство граждан, социальных групп, их конституционные права и свободы, которые они могут использовать и защищать вне зависимости от национальной или расовой принадлежности либо отношения к религии.

Объективная сторона преступления, предусмотренного ч.1 статьи 164 УК РК, характеризуется действиями, направленными на:

- а) возбуждение социальной, национальной, родовой, расовой или религиозной вражды или розни;
- б) оскорбление национальной чести и достоинства либо религиозных чувств граждан;
- в) пропаганду исключительности, превосходства либо неполноценности граждан по признаку их отношения к религии, сословной, национальной, родовой или расовой принадлежности.

Субъективная сторона характеризуется прямым умыслом.

Субъектом преступления является любое вменяемое лицо, достигшее 16 лет.

По мнению Б.А. Мухамеджанова и Т.С. Донакова, «под возбуждением социальной, национальной, родовой, расовой или религиозной вражды или розни понимается *попытка создать конфликты между гражданами разных национальностей, родов, рас или конфессий (их религиозной принадлежности)* (курсив наш – А.Ж.), которые могут сопровождаться агрессивными выпадами, физической расправой или угрозой таковой, уничтожением или повреждением имущества и т.п. (при вражде), либо изоляцией, отчуждением, ограничением в правах, льготах, преимуществах и т.п. (при розни).

Оскорбление национальной чести и достоинства либо религиозных чувств граждан заключается в действиях, направленных на унижение чести и достоинства указанной категории лиц, выраженном в неприличной форме. Эти действия совершаются с целью принизить национальные святыни, образ жизни, уклад, историю развития отдельных рас, национальностей или народностей»⁹¹.

Из вышеизложенного определения мы выделили слова «*попытка создать конфликты между гражданами разных национальностей, родов, рас или конфессий (их религиозной принадлежности)*». Здесь расплывчато дается определение «возбуждения социальной вражды или розни», так как из буквального толкования текста «*попытка создать конфликты между гражданами разных национальностей, родов, рас или конфессий (их религиозной принадлежности)*» можно понять действия, направленные на возбуждение национальной, родовой, расовой или религиозной вражды или розни соответственно, а социальная вражда и рознь остаются нераскрытыми.

Комментарий к УК РК под редакцией С.М.Рахметова и Т.А.Бапанова также не раскрывает сущность «возбуждения социальной вражды и розни»⁹².

⁹⁰ Комментарий к УК РК (Под ред.И.И. Рогова и С.М. Рахметова) Алматы, 1999. С. 345. (авторы комментария ст. 164 - к.ю.н. Мухамеджанов Б.А. и к.ю.н. Донаков Т.С.)

⁹¹ Там же.

⁹² Қазақстан Республикасының Қылмыстық кодексіне түсінік(жауапты редакторлар С.М.Рахметов, Т.Ә.Бапанов). Алматы, 2001. 303-бет.

В УК РК термины «возбуждение» и «рознь» встречаются только в рассматриваемой статье. «Вражда» как термин используется кроме ст. 164, в таких статьях УК РК, как п. «л» ч. 2 ст. 96, п. «з» ч. 2 ст.103, п. «е» ч. 2 ст. 104, п. «е» ч. 2 ст.107, п. «г» ч. 2 ст.187, п. «в» ч. 2 ст. 275 УК РК. Но при этом, «вражда» используется только как мотив преступлений. В одних случаях излагается в форме «по мотиву социальной, национальной, расовой, религиозной ненависти или вражды», а в других – «по мотивам социальной, национальной, расовой или религиозной вражды».

Значение слова «возбуждение» по Ефремовой: 1. Процесс действия; 2. Состояние; 3. Состояние недовольства, возмущения какими-либо порядками, социальными установлениями и т.п. 4. Реакция живой клетки на раздражение внешней среды, заключающаяся в переходе из состояния относительного физиологического покоя к деятельности». Также имеются значения данного слова в физическом и физиологическом смыслах, которые не представляются нам значимыми для разъяснения данного преступления.

Возбуждение — в психологии рассматриваются процессы возбуждения и торможения, возбуждённое и заторможенное состояние человеческой психики. Толковый словарь под ред. С. И. Ожегова и Н.Ю. Шведовой дает определение «вражде» как «отношениям и действиям, проникнутым неприязнью, ненавистью», а Т.Ф. Ефремова («Новый толково-словообразовательный словарь русского языка») определяет ее как «недоброжелательные, неприязненные, проникнутые ненавистью отношения и действия».

Рознь определяется как «1. Вражда, несогласие, ссора. 2. в знач. сказуемого. Различается с кем-чем-нибудь, не имеет сходства»⁹³.

Как упоминалось выше, «под возбуждением социальной, национальной, родовой, расовой или религиозной вражды или розни понимается *попытка создать конфликты между гражданами разных национальностей, родов, рас или конфессий (их религиозной принадлежности)* (курсив наш – А.Ш.), которые могут сопровождаться агрессивными выпадами, физической расправой или угрозой таковой, уничтожением или повреждением имущества и т.п. (при вражде), либо изоляцией, отчуждением, ограничением в правах, льготах, преимуществах и т.п. (при розни)»⁹⁴.

Если применить логику уголовного закона и проводить систематическое толкование данной нормы, принимая во внимание вышеизложенный комментарий аналогичных действий, предусмотренных ст. 164 УК РК, то вытекает мысль о том что, возбуждение социальной вражды и розни - это *попытка создать конфликты между гражданами, принадлежащими к разным социальным группам*, которые могут сопровождаться определенными действиями.

Для дальнейшего анализа нам необходимо выяснить понятие *социальной группы*.

Понятие «социальная группа». Термин «социальная группа» в науке не имеет однозначного определения и его значение возможно установить только из контекста. Так, Макс Вебер предпочитал пользоваться термином «статусная группа». При этом он писал:

«Общество – это конгломерат социальных групп, причем частичные расхождения во взглядах и интересах обусловлены различным статусом, а частичное совпадение во

⁹³ Толковый словарь Ушакова. Д.Н. Ушаков. 1935-1940.

⁹⁴ Комментарий к УК РК (Под ред.И.И. Рогова и С.М. Рахметова) Алматы, 1999. С. 345. (авторы комментария ст. 164 - к.ю.н. Мухамеджанов Б.А. и к.ю.н. Донаков Т.С.)

взглядах и интересах требует исследования имевших место в прошлом конфликтов и причин их возможного разрешения, ведущего к формированию модели господства и согласия»⁹⁵.

Социальная группа — это «совокупность людей, имеющих общие интересы, ценности и нормы поведения, воплощающая специфические взаимосвязи индивидов между собой и обществом в целом. Каждой социальной группе присущи определенные поведенческие нормы, в том числе и речевые, обусловленные различным характером связей»⁹⁶.

Имеющиеся на сегодняшний день определения крайне неудовлетворительны. Например, «Социальная группа — объединение людей, имеющих общий значимый социальный признак, основанный на их участии в некоторой деятельности, связанное системой отношений, которые регулируются формальными или неформальными социальными институтами»⁹⁷.

Есть и другие определения. Например, такие, как «любая относительно устойчивая совокупность людей, находящихся во взаимодействии и объединенных общими интересами и целями». В каждой социальной группе воплощаются некоторые специфические взаимосвязи индивидов между собой и обществом в целом в рамках определенного исторического контекста.

История изучения социальной группы имеет давнюю традицию. Еще Гоббс попытался дать определение социальной группе как «...известного числа людей, объединенных общими интересом и делом», и выделил группы упорядоченные и неупорядоченные, политические, частные и другие. В дальнейшем этот термин приобрел более глубокую социальную окраску. Одним из основоположников теории социальной группы является Зиммель, рассмотревший целый спектр закономерностей и аспектов взаимодействия микро- и макроструктур. Значительный вклад в изучение социальной группы внес Куля, рассмотревший влияние на социализацию индивида первичных групп. Дальнейшее развитие теория социальной группы получила в работах Э. Мэйо, акцентировавшем свое внимание на изучении оптимальных условий сотрудничества в производственных групповых образованиях, и Морено, который ввел в оборот методику измерения характера и уровня межличностного взаимодействия, известного в практике как социометрия. Общие проблемы взаимодействия социальной группы с обществом в рамках функционального анализа изучались Парсонсом. Наибольшее развитие теория социальной группы получила в рамках психологии, где акцентировались именно интрогрупповые характеристики, через призму которых далее проецировался внешний мир. Именно в таком контексте получили жизнь три общепсихологических подхода к изучению группы в целом и межгруппового взаимодействия: 1) мотивационный (Фрейд, Берковитц, Адорно), где постулатом являлся момент образования группы на основе общей выгоды и целей с позиций аутгрупповой враждебности и внутrigрупповой сплоченности; 2) ситуационный (А. Тэджфел, М. Шириф), где единственным основанием для образования группы являются цели: «...индивиды, стремящиеся к цели посредством взаимозависимых действий, становятся группой, они развивают социальную иерархию и специфические нормы; 3) когнитивный (Фергюссон, Келли, Горовитц и др.), когда формирование группы имеет место там, где два или более человека начинают воспринимать себя с позиции ингрупповой-аутгрупповой категоризации. Любая совокупность людей с большей вероятностью будет характеризовать себя как группу, когда субъективно воспринимаемая разница между ними меньше, чем разница между ними и другими людьми в данных условиях. В

⁹⁵ Вебер М Избранное. Образ общества. М,1994, с.569

⁹⁶ Словарь лингвистических терминов: Изд. 5-е, испр-е и дополн. — Назрань: Изд-во "Пилигрим". Т.В. Жеребило. 2010.

⁹⁷ Пособие для подготовки к ЕГЭ 2011: Обществознание, М 2010

социологических теориях вопрос изучения социальной группы имел некоторый функциональный оттенок в контексте выхода не на атмосферу существования группы, а на процессы ее взаимодействия с другими социальными образованиями в обществе. С этой точки зрения имеют место также онтологические подходы, как холизм (теории социальных систем, структурно-функциональный анализ и т.д.), культурологические концепции (антропологические, концепции гуманитарного толка и т.д.), биологизм. В каждом из направлений понятие социальной группы имеет свою специфику в интерпретации⁹⁸.

Некоторые ученые выделяют внешние отличительные признаки социальной группы:

- 1) статика существования соцгруппы проявляется в непрерывной динамизации групповых процессов в латентной или явной форме;
- 2) социальная группа характеризуется определенным набором социальных норм, институционализацией ценностей, репродуцируемым групповым контекстом;
- 3) социальная группа имеет свою ролевую структуру с достаточно выраженными функциональными нагрузками.

Существует значительное число критериев, характеризующих специфический способ действия каждой социальной группы: их разделяют по числу входящих в них индивидов (большие, средние, малые), по индивидуальным признакам входящих в них индивидов, по характеру внутренней структуры, по статусу в обществе, по уровню сплоченности, по степени взаимодействия членов, по ее культурологическим признакам⁹⁹.

В большие группы входят совокупности людей, существующие в масштабе всего общества в целом: это социальные слои, профессиональные группы, этнические сообщества (нации, народности), возрастные группы (молодежь, пенсионеры) и т. д. Осознание принадлежности к социальной группе и соответственно ее интересов как своих происходит постепенно, по мере формирования организаций, защищающих интересы группы (например борьба рабочих за свои права и интересы через организации рабочих).

К средним группам относятся производственные объединения работников предприятий, территориальные общности (жители одной деревни, города, района и пр.).

К многообразным *малым группам* относятся такие группы, как семья, дружеские компании, соседские общности. Их отличает наличие межличностных отношений и личных контактов друг с другом.

Таким образом, в данном случае мы видим отсылку определения социальной группы к *некоему признаку*, сформированному некоей деятельностью и системой отношений, которые в свою очередь регулируются социальными институтами.

В учебной и научной литературе признается, что определение «социальная группа» фактически не является определенным. Как справедливо отмечает С.С.Фролов «Несмотря на то, что понятие группы является одним из самых важных в социологии, у ученых нет полного согласия относительно его определения»¹⁰⁰.

⁹⁸ Новейший философский словарь .М., 2009.

⁹⁹ Ссылка: http://dic.academic.ru/dic.nsf/dic_new_philosophy/1121/%D0%A1%D0%9E%D0%A6%D0%98%D0%90%D0%9B%D0%AC%D0%9D%D0%90%D0%AF

¹⁰⁰ Фролов С.С. Социология. Учебник для вузов. - М.: Наука. 1994

И в частности, невозможно соотнести никакую группу «представителей» социальной группы (даже если ее можно мысленно отождествить как совокупность всех людей, входящих в данную группу) с самой социальной группой:

«Мы не можем отождествлять агентов, объективирующих позицию, с самой позицией, даже если совокупность этих агентов является практической группой, мобилизованной для единых действий ради общего интереса»¹⁰¹.

Таким образом, даже осознанное самоотнесение индивидов к социальной группе вовсе не означает, что они к этой группе принадлежат и даже то, что эта группа существует.

Социальная группа оформляется на самых разных основаниях не столько по самоопределению, сколько по внешнему признанию с точки зрения других людей, а точнее - как факт общественного сознания, определяющего конструкцию общества в целом и отражающий наличные социальные отношения. Фактически это означает, что нестабильные общества не имеют устойчивых социальных групп, устойчивой социальной структуры общества. За исключением больших социальных групп, которые учитываются по социально-демографическим, антропологическим и культурным факторам и имеют объективную природу: возрастные, имущественные, соотношенные с уровнем работоспособности, образования и т.д., а также с расой, религией и этнической принадлежностью.

Само наличие некоей группы должно означать стабильность ее как явления, а это значит - стабильность социальных отношений. Только в этом случае возникают признаки групп: однородность, групповое сознание, внутреннее взаимодействие (вместе с системой знаковой коммуникации), идентичность (вместе с «опривычиванием» в качестве члена данной группы) и внешнее признание (вместе со «стигматизацией» - символьным оформлением «ярлыков»).

Необходимо обратить внимание на правовой статус таких групп, как государственные служащие, работники прокуратуры, суда, МВД, депутаты. Отечественное право не предполагает наличие у этих групп обособленных интересов, что противопоставило бы их сложившимся или складывающимся социальным группам или обществу в целом. Напротив, все указанные формальные (в данном случае именно формальные, а не социальные) группы должны в своей деятельности исходить из интересов общества в целом, а также неконфликтных с другими группами интересов социальных групп, если таковые в обществе имеются.

Какие социальные группы подпадают под признаки состава преступления, предусмотренного ст. 164 УК РК? Ст. 164 УК РК специально не перечисляет и даже не дает определения социальным группам, подпадающим под признаки состава преступления. Из контекста следует, что касается возбуждения национальной, расовой, религиозной вражды или розни, тогда подпадают такие социальные группы как представители нации, расы или религии соответственно. Об этом свидетельствует сам текст статьи, когда речь идет о других альтернативных действиях как «пропаганда исключительности, превосходства либо неполноценности граждан по признаку их отношения к религии, ...национальной, ...расовой принадлежности» или «оскорбление национальной чести и достоинства либо религиозных чувств граждан». А когда речь идет о возбуждения «родовой вражды» или пропаганды «исключительности, превосходства либо неполноценности граждан по признаку их сословной, родовой принадлежности» нет четкого понимания. Если законодатель имеет в виду роды, имеющиеся внутри состава казахского народа, составляющие три жуза и не входящие в них роды, как, например, Аргын, Найман, Дулат, Керейт, Шапырашты, Торе и т.д., то

¹⁰¹ Ю. Л. Качанов, I А. Шматко Проблема реальности в социологии: как возможна социальная группа?// Социологические исследования. 1996. № 12. с. 90-105.

должно быть какое-то примечание к статье для единого понимания текста закона. Слово «род» в разных языках по-разному понимается (в нашем случае, казахский и русский языки) и в него вкладывается разное содержание. Если законодатель имеет в виду другие слои, сословия общества, тогда для общества, называвшего себя до недавнего времени «детьми рабочих», «трудовым классом», «пролетариями», говорить о каких-либо сословиях, кастах и родах очень трудно. Все это создает путаницу вокруг понятийного аппарата ст. 164 УК РК.

Если речь идет о возбуждения «социальной вражды и розни», вопрос и вовсе остаются открытым. Как упоминалось выше, ст. 164 УК РК специально не перечисляет и даже не дает определения социальным группам, подпадающим под признаки состава преступления. Доктринальные толкования не раскрывают сущность данного вопроса. Юридическая практика по применению ст. 164 УК РК не богата.

Как уже упоминалось выше, в отношении юриста профсоюза нефтяников компании "Каражанбасмунай" Натальи Соколовой был вынесен обвинительный приговор за то, что она «совершила тяжкое преступление, направленное на возбуждение социальной розни»¹⁰².

Из контекста обвинительного заключения по уголовному делу № 1147000317703 П по обвинению Соколовой Н.Г. можно сделать вывод о том, что Соколова совершила действия, направленные на возбуждение социальной розни между такими социальными группами, как «работодатель» и «работники».

А вот в обвинительном заключении по уголовному делу № 12471804100001 по обвинению Козлова В.И., Сапаргали С.С. и Аминова А.М. указывается, что они «организовали распространение листовок «Ардақты ағайын! Қасиетті Маңғыстау елінің күрескерлері!» («Борцы священной земли Мангистау!») и «Көтер басыңды, қазақ, желкендегі жендетті түсір!» («Встань с колен, казах, сбрось с шеи тирана и вора!»), содержащих признаки возбуждения социальной вражды и розни в виде негативной характеристики властей Казахстана, а также делали высказывания, формирующие негативный образ, стереотип власти, подстрекающий участников незаконной протестной акции к насильственным действиям против власти» (*курсив наш*)¹⁰³.

Из этого текста следует, что следователь при применении норм ст. 164 УК РК рассматривал «власть Казахстана» как социальную группу.

Как было отмечено выше, в заявлении Генеральной прокуратуры от 25 января говорится, что власти считают, что «одной из причин массовых беспорядков [16 декабря] являлись активные действия отдельных лиц по склонению уволенных рабочих к продолжению акций протеста и жесткому противостоянию властям»¹⁰⁴. Имелся даже случай, когда в соседней России следственный комитет Кировской области счел возможным возбудить уголовное дело о разжигании ненависти к такой социальной группе, как «депутаты Госдумы». Данное решение невозможно считать обоснованным, поскольку депутатский корпус во всех государствах без исключения формируется из представителей различных социальных групп, что отражено в избирательном законодательстве РК, исключаящую какую-либо социальную дискриминацию при выборах в представительные органы власти любого уровня.

¹⁰² Отрывок из обвинительного заключения по уголовному делу № 1147000317703 П по обвинению Соколовой Натальи Геннадьевны по ст. ст. 164 ч. 3, 334 ч.2 УК Республики Казахстан.

¹⁰³ Отрывок из обвинительного заключения по уголовному делу № 12471804100001 по обвинению Козлова В.И. по ст.ст. 234 ч. 1 , 164 ч. 3, 170 ч. 2, Сапаргали С.С. по ст.ст. 164 ч. 3, 170 ч. 2, , Аминова А.М. по ст.ст. 234 ч. 1 , 164 ч. 3, 170 ч. 2. С.с. 5,6,7,8 и т.д.

¹⁰⁴ Ссылка: <http://www.hrw.org/ru/news/2012/03/16>

Небезынтересным представляется нам прецедент, имевший место в Российской Федерации, когда по запросу Р. Замураева в Конституционный Суд РФ «Об определении понятия "социальная группа" в антиэкстремистском законодательстве» от 22 апреля 2010 года, было дано такое определение: «В целях обеспечения названного конституционного запрета Уголовный кодекс... в статье 282 (*Возбуждение ненависти либо вражды, а равно унижение человеческого достоинства – курсив наш*) предусматривает ответственность за действия, направленные на возбуждение ненависти либо вражды, а равно на унижение человеческого достоинства. Содержащаяся в ней норма направлена на охрану общественных отношений, гарантирующих признание и уважение достоинства личности независимо от каких-либо физических или социальных признаков, и устанавливает уголовную ответственность не за любые действия, а только за те, которые совершаются с прямым умыслом, направленным на возбуждение ненависти или вражды, унижение достоинства человека или группы лиц, в связи с чем неопределенности не содержит и сама по себе не может рассматриваться как нарушающая конституционные права заявителя». В связи с этим некоторые эксперты считают, что вопрос определения понятия «социальной группы» автоматически снимается. Например, во внесудебном исследовании, выполненном доктором политических наук, депутатом Государственной Думы IV созыва А.Н. Савельевым утверждается, что «речь идет вовсе не о социальной группе, а о личности и ее социальных признаках. Это снимает вопрос о границах социальных групп и определении «социальной группы»»¹⁰⁵.

Как различать преступное от непроступного? Как указывалось выше, во-первых, УК РК не дает нам четкого определения «возбуждения социальной вражды или розни», и во-вторых, из текста ст. 164 УК РК не понятно, что имеется в виду – социальная группа или индивид, которому присущи определенные признаки. В-третьих, если речь идет о социальных группах, то даже ученые-специалисты не могут прийти к единому мнению по данному вопросу. В-четвертых, «действия, направленные на возбуждение вражды или розни» еще предстоит охарактеризовать в официальных документах.

Обратимся еще раз к делу Натальи Соколовой. «Так, 09.04.2011 года, Соколова Н.Г., находясь на территории месторождения Каражанбас, призывала к забастовке работников АО «Каражаибасмунай», ТОО «АргымакТрансСервис», и ТОО «ТулпарМунайСервис» высказывая фразы: «Что касается 1.8 и 1.7, у озеньцев она есть, они эту надбавку выбили в июне 2010 года»; «Надо бороться за свои деньги, за свое надо бороться. Почему наши не могут премиальные получать по 70% ежемесячно? Кто Айткулова тянул за язык? Теперь мы не одни, еще плюс Озеньцев, и плюс еще Алма-ата. Это будет прогоняться постоянно, через прессу, будет очень серьезная трепка этих имен, и плюс еще я буду обязательно административные дела возбуждать либо буду смотреть уже по обстоятельствам. Заявления передавайте мне и как только налетчики-работодатели будут попадаться - они будут получать серьезно»»¹⁰⁶.

ОФ «Хартия за права человека» совместно с Международным фондом защиты свободы слова «Әділ сөз» провели независимое исследование высказываний Н.

¹⁰⁵ Отрывок из заключения специалиста доктора политических наук А.Н. Савельева по запросу на проведение социолого-политологического исследования адвоката С.Л. Сазанаква от 28.03.2011.

¹⁰⁶ Отрывок из обвинительного заключения по уголовному делу № 1147000317703 П по обвинению Соколовой Натальи Геннадьевны по ст. ст. 164 ч. 3, 334 ч.2 УК Республики Казахстан.

Соколовой, в результате которого было получено Заключение специалистов 284-Э от 31.08.2011 года. Ниже указаны основные выводы этого заключения:

1. Лингвистический анализ представленного на исследование материала показал, что в высказываниях Н.Г. Соколовой содержится требование повысить заработную плату работников АО «Каражанбасмунай», сделав ее такой, как и в других подобных организациях. Кроме того, в высказываниях Н.Г. Соколовой выдвигается требование освободить Е. Косарханова от должности председателя профкома. Эти требования выражены в форме высказываний-информативов.

2. В высказываниях Н.Г. Соколовой отсутствуют все признаки речевого акта оскорбления, и они не имеют оскорбительный характер по отношению к таким социальным группам, как работодатели и рабочие.

3. Высказывания Н.Г. Соколовой не содержат призыв.

4. В высказываниях Н.Г. Соколовой не формируется образ врага, и среди них отсутствуют высказывания с коммуникативной установкой на разжигание ненависти к какой-либо социальной группе.

Однако руководитель следственной группы майор полиции Б.Ж. Султанов утверждает обратное. По его мнению, «согласно заключению комплексной психолога - филологической экспертизы №5329 от 03 июня 2011 года, в высказываниях Соколовой Н. содержатся побуждение продолжать забастовку; отдельные признаки разжигания социальной вражды; идеи, способные привести к обострению конфликта с руководством АО «Каражанбасмунай», и провоцирующие его дальнейшее развитие.

Также, согласно дополнительной комплексной психолого-филологической экспертизе №5982 от 09.06.2011 г., в высказываниях Соколовой Н.Г. содержатся: побудительные конструкции к забастовке, представляющие собой голодовку и приостановку производства работников АО «Каражанбасмунай»; имеются высказывания об исключительности одной социальной группы (работники); оскорбительная характеристика социальных групп, которые, в данном случае представляет работодатель и мечь чиновники, а также признаки возбуждения социальной розни»¹⁰⁷.

Из вышеизложенных фактов вытекает, что мнения экспертов по поводу «возбуждения социальной розни» Н.Г.Соколовой расходятся. Если имеет место расхождение по юридической оценке действий, тогда вполне закономерно встает вопрос об аналогии уголовного закона. В соответствии со ст. 9 УК РК «Применение уголовного закона по аналогии не допускается». Так же в соответствии с п.п. 8 п.3 ст. 77 Конституции РК, «любые сомнения в виновности лица толкуются в пользу обвиняемого».

Анализируя документы по обвинению Н.Г. Соколовой, можно сказать, что, во-первых, в законе нет четкой грани преступного и не преступного, т.е. возникает вопрос об аналогии уголовного закона, и во-вторых, как в таком случае реализовать право, гарантированное ст. 32 Конституции на мирные собрания, митинги, демонстрации, шествия и пикетирование?

Вопрос об аналогии уголовного закона возникает не только по делу Н.Соколовой, но и в практике применения ст. 164 УК РК относительно к социальным группам вообще.

Под аналогией в уголовном праве понимают применение уголовного закона к случаям, прямо им не предусмотренным, но схожим по тем или иным признакам.

¹⁰⁷ Отрывок из обвинительного заключения по уголовному делу № 1147000317703 П по обвинению Соколовой Натальи Геннадьевны по ст. ст. 164 ч. 3, 334 ч.2 УК Республики Казахстан.

В то же время другие авторы определяют природу аналогии закона в уголовном праве иначе. Так, А. Наумов полагает, что аналогией закона "называется восполнение пробела в праве"¹⁰⁸. В связи с этим раздаются призывы к отмене запрета аналогии закона ввиду того, что она позволяет устранять пробелы в уголовном праве¹⁰⁹.

В уголовном праве (ст. 9 УК РК) запрещена не аналогия как таковая, а применение уголовного закона по аналогии. "Применение уголовного закона по аналогии, - отмечает Г. Цепляева, - является нарушением принципа законности и влечет отмену неправосудного решения"¹¹⁰. Как видим, аналогия уголовного закона является нарушением принципа законности, а не восполнением пробелов в праве.

Требование законности, содержащееся в Конституции РК и нормах международного права, является императивом для кодификации уголовного права и его исполнения. Уголовные законы, принятые вплоть до 60-х г. прошлого столетия, допускали применение уголовного закона по аналогии. Привлечение к уголовной ответственности по аналогии уголовного закона привело к грубейшим нарушениям законности в борьбе с преступностью, к необоснованным репрессиям в отношении людей, не нарушивших закон. Поэтому отказ отечественного уголовного права от применения уголовного закона по аналогии является важной вехой на пути приведения его в соответствие с современными международными стандартами.

Исходя из этого, *во избежание нарушения принципа законности и применения уголовного закона по аналогии, предлагаем исключить из текста ст. 164 УК РК «возбуждение социальной вражды или розни», которое не получило четкого определения в науке, Мы предлагаем оставить лишь «действия, направленные на возбуждение национальной, расовой, религиозной вражды или розни», понимание которых не вызывает сомнений и расхождений во мнениях ученых.*

Место состава преступления, предусматривающего ответственность за возбуждение, национальной, родовой, расовой, религиозной вражды или розни при систематизации уголовного законодательства

Позиция уголовных законов зарубежных стран, которые мы изучали в рамках настоящего исследования, неоднозначна. Например, только две из них согласны с позицией РК, отнеся аналогичный состав преступления к преступлениям против мира и безопасности человечества. Это - Республика Беларусь и Республика Узбекистан. Но даже в этом случае, подход уголовных кодексов указанных стран не совсем идентичен с позицией УК РК. Например, оба уголовного кодекса в объективную сторону преступления не включили «разжиганию социальной розни» или возбуждение социальной вражды или розни. Эти кодексы ограничивались лишь «Разжиганием расовой, национальной или религиозной вражды или розни» (Беларусь) или «Возбуждением национальной, расовой, этнической или религиозной вражды» (Узбекистан).

Все остальные уголовные законы зарубежных стран при систематизации уголовного законодательства исследуемый состав преступления относят к тем или иным разделам или главам. Например, УК Российской Федерации относит его к главе,

¹⁰⁸ Наумов А.В. Российское уголовное право: Курс лекций. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Юрид. литература, 2004. С. 50.

¹⁰⁹ Хабаров А.В. Об аналогии уголовного закона / Уголовное право на стыке тысячелетий. Материалы региональной научно-практической конференции. Тюмень: Изд-во Тюмен. юрид. ин-та МВД РФ, 2004. С. 21.

¹¹⁰ Цепляева Г.И. Аналогия Общей части УК РФ, или как определить пределы сокращения наказания на основании ч. 2 ст. 10 УК РФ // Российский судья. 2005. N 4. С. 33.

посвященной преступлениям против основ конституционного строя и безопасности государства, а УК Армении - к главе, посвященной преступлениям против общественной безопасности. Что касается УК других стран, то мы можем лишь условно отнести его к конкретным группам преступлений, так как в некоторых уголовных законах отсутствует название разделов или глав. Например, в УК ФРГ исследуемый состав преступления рассмотрен в группе преступлений, которую можно назвать условно «*преступления против общественной безопасности*», чему свидетельствуют предыдущие статьи УК ФРГ. Картина данных преступлений выглядит таким образом: «§123. Нарушение неприкосновенности жилища

§ 125. Нарушение общественного спокойствия, сопряженное с насильственными действиями группы лиц; § 125а. Особо тяжкий случай нарушения общественного спокойствия, сопряженный с насильственными действиями группы лиц; § 126. Нарушение общественного спокойствия посредством угрозы; § 127. Создание вооруженных групп; § 129. Создание преступных объединений; § 129а. Создание террористических объединений».

Исследуемый состав преступления в УК Франции также можно отнести к преступлениям «*против общественной безопасности*». Так, аналогичный состав преступления рассмотрен в УК Франции в Главе V, и состоит из нескольких отделов. Например, «ОТДЕЛ I. Статья R. 625-1. Умышленные насильственные действия, повлекшие полную утрату трудоспособности на срок меньший или равный восьми дням; ОТДЕЛ II. Статья R. 625-3. – Деяние, совершенное в результате умышленного неисполнения обязанности по безопасности или предосторожности, возложенной законом или регламентами, выразившееся в причинении вреда неприкосновенности другого лица, если за этим не последовала полная утрата трудоспособности; ОТДЕЛ III. Статья R. 625-7. – Непубличное подстрекательство к дискриминации, ненависти или насилию в отношении какого-либо лица или группы лиц в силу их происхождения либо принадлежности или непринадлежности, реальной или предполагаемой, к определенной этнической группе, нации, расе или религии».

Группу преступлений в УК КНР можно отнести к «преступлениям против конституционных прав и свобод», так как состав преступления, рассматривающий «Пропанду национальной ненависти, национальной дискриминации», уместился наряду с такими преступлениями, как:

«Статья 244. Принуждение рабочих к труду посредством ограничения свободы человека организациями...

Статья 245. Незаконный личный досмотр, обыск жилища человека или незаконное вторжение в жилище другого человека

Статья 246. Публичное оскорбление или надругательство над человеком с применением насилия или иных методов

Статья 247. Работники юстиции, применяющие к подозреваемым в преступлении или обвиняемым допрос под пыткой с целью получения вынужденного признания или с помощью насилия вымогающие свидетельские показания

Статья 248. Надзиратели тюрем, помещений для арестованных, домов предварительного заключения, осуществляющие избиение заключенных и применяющие жестокие телесные наказания...

Статья 249. Пропаганда национальной ненависти, национальной дискриминации при отягчающих обстоятельствах

Статья 250. Публикация в печатном издании дискриминационных материалов, оскорбляющих в грубой форме достоинство национальных меньшинств, повлекшая за собой серьезные последствия

Статья 251. Незаконное лишение работниками государственных органов права на свободу вероисповедания и посягательство на традиции и обычаи национальных меньшинств при отягчающих обстоятельствах

Статья 252. Соккрытие, выбрасывание или незаконное вскрытие корреспонденции третьего лица, нарушающие право гражданина на свободу переписки, при отягчающих обстоятельствах.

Статья 253. Почтовые работники, производящие самовольное вскрытие, соккрытие или выбрасывание почтовых отправлений, телеграмм».

Как мы видим, законодатели многих стран не отнесли исследуемый состав преступления к преступлениям против мира и безопасности человечества, хотя все они без исключения включили в свой уголовный закон и преступления против мира и безопасности человечества. В международных документах, где описываются преступления против мира и безопасности человечества, состав преступления, рассматривающий «Возбуждение социальной, национальной, родовой, расовой или религиозной вражды», не включается. В этом нам видится лишь инициатива законодателя РК. Такая инициатива не совсем оправдана. Во-первых, по характеру деяний он не совсем совпадает с преступлениями против мира и безопасности человечества, во-вторых, законодатель, включая его в данную группу преступлений, чрезмерно ужесточил наказание (до 12 лет лишения свободы), в-третьих, в связи с включением в данную группу аналогичного состава преступления, лица, их совершившие и государства, устанавливающие ответственность и наказание за эти преступления, поневоле подпадают под действие принципа «**aut dedere, aut judicare**» («либо выдай, либо суди сам»), распространяющегося во всем мире на преступления против мира и безопасности человечества. Кроме того, к данной группе преступлений положения о сроках давности не применяются. Так, в соответствии с ч. 6 ст. 69 УК РК, «к лицам, совершившим преступления против мира и безопасности человечества, террористические преступления..., сроки давности не применяются».

На наш взгляд, совершение преступления, предусмотренного ст. 164 УК РК, является вопросом исключительно внутригосударственным, к тому же фактически данное преступление (по родовому объекту преступления) посягает не на мир и безопасность человечества, а на интересы, которые отражены в Конституции РК и охраняются главой 3 УК РК («Преступления против конституционных и иных прав и свобод человека и гражданина»). Согласно статье 20 Конституции РК, в Республике не допускается пропаганда и агитация социального, национального, религиозного, сословного и родового превосходства, а статья 5 Конституции запрещает создание и деятельность общественных объединений, цели и действия которых направлены на разжигание социальной, расовой, национальной, религиозной, сословной и родовой розни.

Резюмируя вышеизложенное, мы предлагаем состав преступления, рассматривающий уголовную ответственность за возбуждение национальной, расовой или религиозной вражды, исключить из состава главы 4 УК РК и включить в главу 3 УК РК наряду с иными составами преступлений против конституционных и иных прав и свобод человека и гражданина.

РЕКОМЕНДАЦИИ:

1. Во избежание нарушения принципа законности и применения уголовного закона по аналогии, предлагаем исключить из текста ст. 164 УК РК «возбуждение социальной вражды или розни».

2. Предлагается состав преступления, рассматривающий уголовную ответственность за возбуждение национальной, расовой или религиозной вражды, включить в главу 3 УК РК («Преступления против конституционных и иных прав и свобод человека и гражданина»).

ПРИЛОЖЕНИЕ

Сравнительный анализ уголовного законодательства Республики Казахстан и зарубежных стран по разжиганию социальной розни

№	Название уголовного закона	Соответствующая глава (или раздел) уголовного закона и название статьи	Диспозиция соответствующей статьи	Санкция соответствующей статьи и максимальный срок лишения свободы (в скобках)
1	Уголовный кодекс Республики Казахстан	<p>Глава 4. Преступления против мира и безопасности человечества Статья 164. Возбуждение социальной, национальной, родовой, расовой, религиозной вражды</p>	<p>1. Умышленные действия, направленные на возбуждение социальной, национальной, родовой, расовой, религиозной вражды или розни, на оскорбление национальной чести и достоинства либо религиозных чувств граждан, а равно пропаганда исключительности, превосходства либо неполноценности граждан по признаку их отношения к религии, сословной, национальной, родовой или расовой принадлежности, если эти деяния совершены публично или с использованием средств массовой информации, а равно путем распространения литературы и иных носителей информации, пропагандирующих социальную, национальную, расовую, религиозную вражду или рознь -</p>	<p>наказываются штрафом в размере до одной тысячи месячных расчетных показателей либо исправительными работами на срок до двух лет, либо лишением свободы на срок до семи лет (до 7 лет).</p>
			<p>2. Те же действия, совершенные группой лиц или неоднократно, или соединенные с насилием либо угрозой его применения, а равно лицом с использованием своего служебного положения либо руководителем общественного объединения, -</p>	<p>наказываются штрафом в размере от пятисот до трех тысяч месячных расчетных показателей, либо ограничением свободы на срок до четырех лет, либо лишением свободы на срок от трех до семи лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет или без такового (до 7 лет).</p>

			3. Действия, предусмотренные частями первой и второй настоящей статьи, повлекшие тяжкие последствия, -	наказываются лишением свободы на срок от семи до двенадцати лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет или без такового (до 12 лет).
2	Уголовный кодекс Федеративной Республики Германия	Раздел 7 § 130. Подстрекательство против народов	(1) Кто способом, могущим нарушить общественное спокойствие, 1. разжигает ненависть против части населения или призывает к насилию или актам произвола против нее или 2. посягает на человеческое достоинство другого таким образом, что этим подвергается поруганию, пренебрежительно представляется или очерняется часть населения, тот, кто 1. печатает материалы (§11, абз. 3), которые разжигают ненависть против части населения или против национальной, расовой, религиозной группы или определяемой какими-либо признаками народности группы, призывает к совершению насилия или актов произвола против них или подвергает поруганию, злонамеренно пренебрежительно представляет или очерняет их: а) распространяет, б) публично выставляет, предлагает, вводит или иным образом делает доступными, с) предлагает, передает или делает доступным для лица, не достигшего восемнадцати лет, или d) изготавливает, получает, поставляет, заготавливает, предлагает, извещает о них, ввозит и вывозит, чтобы использовать, эти издания или отдельные их части способом, указанным в п. а-с, или сделать возможным такое использование другому лицу, или 2. передает информацию указанного в абз. 1 содержания по радио.	наказывается лишением свободы на срок от трех месяцев до пяти лет (до 5 лет). (2) Лишением свободы на срок до трех лет или денежным штрафом наказывается (до 3 лет)

			<p>...тот, кто, руководствуясь идеями национал-социализма, публично или на собрании одобряет, оспаривает или преуменьшает серьезность совершенного деяния, указанного в § 220а, абз. 1, вида, способом, могущим нарушить мирное состояние общества.</p> <p>(4) Абзац 2 действует также для печатных материалов (§11, абз. 3) указанного в абз. 3 содержания.</p> <p>(5) В случаях, предусмотренных абз. 2, также в связи с абз. 4, и в случаях, указанных в абз. 3, § 86, абз. 3, действует соответственно.</p>	(3) Лишением свободы на срок до пяти лет или денежным штрафом наказывается (до 5 лет)
		<p>Раздел 11 § 166. Оскорбление вероисповеданий, религиозных обществ и мировоззренческих объединений</p>	<p>(1) Кто публично либо распространяя письменные материалы (§11, абз. 3) подвергает оскорблению содержание религиозных вероисповеданий и мировоззренческих взглядов других лиц каким-либо образом, что ведет к нарушению общественного спокойствия,</p> <p>(2) Такому же наказанию подвергается тот, кто публично либо распространяя письменные материалы (§11, абз. 3) оскорбляет действующую на территории государства церковь или другое религиозное общество или мировоззренческое объединение, их учреждения или обычаи таким образом, что это ведет к нарушению общественного спокойствия.</p>	наказывается лишением свободы на срок до трех лет или денежным штрафом (до 3 лет).
3	Уголовный кодекс Франции	Книга шестая. Глава V. Отдел III.	<p>Статья R. 625-7. – Непубличное подстрекательство к дискриминации, ненависти или насилию в отношении какого-либо лица или группы лиц в силу их происхождения либо принадлежности или непринадлежности, реальной или предполагаемой, к определенной этнической группе, нации, расе или религии,</p>	наказывается штрафом, предусмотренным за нарушения 5-го класса. Лица, виновные в нарушении, предусмотренном в настоящей статье, подвергаются равно следующим дополнительным наказаниям: п. 1. Запрещение хранения или ношения сроком не более трех лет оружия, на которое требуется разрешение; п. 2. Конфискация одной или нескольких единиц оружия, принадлежащего осужденному или находящегося в его свободном распоряжении; п. 3. Конфискация вещи,

				<p>которая служила или была предназначена для совершения преступного деяния, или вещи, которая получена в результате преступного деяния;</p> <p>п. 4. Работы в общественных интересах сроком от двадцати до ста двадцати часов.</p> <p>Юридические лица могут нести уголовную ответственность за преступное деяние, определенное в настоящей статье, при наличии условий, предусмотренных статьей 121-2.</p> <p>(нет лишения свободы)</p>
4	<p>Уголовный кодекс Российской Федерации</p>	<p>Раздел X Преступлениям против государственной власти, Глава 29. Преступления против основ конституционного строя и безопасности государства. Статья 282. Возбуждение ненависти либо вражды, а равно унижение человеческого достоинства</p>	<p>1. Действия, направленные на возбуждение ненависти либо вражды, а также на унижение достоинства человека либо группы лиц по признакам пола, расы, национальности, языка, происхождения, отношения к религии, а равно принадлежности к какой-либо социальной группе, совершенные публично или с использованием средств массовой информации,</p> <p>- ...2. Те же деяния, совершенные: а) с применением насилия или с угрозой его применения; б) лицом с использованием своего служебного положения; в) организованной группой...». Из последней редакции видно что особой акцент делается на принадлежность «к какой-либо социальной группе».</p>	<p>наказываются штрафом в размере от ста тысяч до трехсот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от одного года до двух лет, либо лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет, либо обязательными работами на срок до ста восьмидесяти часов, либо исправительными работами на срок до одного года, либо лишением свободы на срок до двух лет (до 2 лет).</p> <p>наказываются штрафом в размере от ста тысяч до пятисот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от одного года до трех лет, либо лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной</p>

				деятельностью на срок до пяти лет, либо обязательными работами на срок от ста двадцати до двухсот сорока часов, либо исправительными работами на срок от одного года до двух лет, либо лишением свободы на срок до пяти лет (до 5 лет).
5	Уголовный кодекс Армении	Раздел 9. Преступления против общественной безопасности, безопасности компьютерной информации, общественного порядка, общественно нравственности и здоровья населения Глава 23 Преступления против общественной безопасности Статья 226. Возбуждение национальной, расовой или религиозной вражды	1. Действия, направленные на возбуждение национальной, расовой или религиозной вражды, пропаганда расового превосходства или унижение национального достоинства -	наказываются штрафом в размере от двухсоткратного до пятисоткратного размера минимальной заработной платы, либо исправительными работами на срок не свыше двух лет, либо лишением свободы на срок от двух до четырех лет (до 4 лет).
			2. Деяния, предусмотренные частью первой настоящей статьи, совершенные: 1) гласно или с использованием средств информации; 2) с применением насилия или с угрозой его применения; 3) с использованием должностного положения; 4) организованной группой, -	наказываются лишением свободы на срок от трех до шести лет (до 6 лет).
6	Уголовный кодекс Китайской Народной Республики	Глава 4. Статья 249	Пропаганда национальной ненависти, национальной дискриминации при отягчающих обстоятельствах -	наказывается лишением свободы на срок до 3 лет, краткосрочным арестом, надзором или лишением политических прав; при особо отягчающих обстоятельствах - наказывается лишением свободы на срок от 3 до 10 лет (до 10 лет).
		Статья 250	Публикация в печатном издании дискриминационных материалов, оскорбляющих в грубой форме достоинство национальных	- наказывается лишением свободы на срок до 3 лет, краткосрочным арестом

			меньшинств, повлекшая за собой серьезные последствия, в отношении лиц, несущих непосредственную ответственность	или надзором (до 3 лет).
7	Уголовный кодекс Республики Беларусь	Глава 17 Преступления против мира и безопасности человечества Статья 130. Разжигание расовой, национальной или религиозной вражды или розни	1. Умышленные действия, направленные на возбуждение расовой, национальной, религиозной вражды или розни, на унижение национальной чести и достоинства, –	наказываются штрафом, или арестом на срок до шести месяцев, или ограничением свободы на срок до пяти лет, или лишением свободы на тот же срок (до 5 лет).
8	УК Республики Узбекистан	Преступления против мира и безопасности человечества Статья 156. Возбуждение национальной, расовой, этнической или религиозной вражды	Изготовление, хранение с целью распространения или распространение материалов, пропагандирующих национальную, расовую, этническую или религиозную вражду, совершенные после применения административного взыскания за такие же деяния, - Умышленные действия, унижающие национальную честь и достоинство, оскорбляющие чувства граждан в связи с их религиозным или атеистическим убеждением, совершенные с целью возбуждения вражды, нетерпимости или розни к группам населения по национальным, расовым, этническим или религиозным признакам, а равно прямое или косвенное ограничение прав или установление прямых или косвенных преимуществ в зависимости от их национальной, расовой, этнической принадлежности или отношения к религии -	наказывается штрафом до шестисот минимальных размеров заработной платы или исправительными работами до трех лет либо лишением свободы до трех лет (до 3 лет). наказываются лишением свободы до пяти лет (до 5 лет).

Декриминализация клеветы: за и против

Из всех вариантов наказания, которые до сих пор официальные структуры предлагали в отношении клеветы и оскорбления, нынешний — самый мягкий. Вместо многолетнего лишения свободы предлагается арест максимум на 60 суток. Более того, Генеральная прокуратура переводит клевету как преступление в разряд проступков, сообщает, что «привлечение к уголовной ответственности за проступок не влечет судимости и ограничено годичным сроком давности». и говорит о перспективе перевода ее через этап административной ответственности в разряд гражданских споров, ссылается на рекомендации Комиссии по правам человека, Организации экономического сотрудничества и развития.

Добавлю к аргументам Генпрокуратуры, что в 2010 году Казахстан принял рекомендации Комитета ООН по правам человека в части декриминализации клеветы и оскорбления к 2014 году. Весной 2011 года гражданское общество страны получило мощную поддержку от главы государства Нурсултана Назарбаева. В интервью «Вашингтон пост» президент Казахстана однозначно высказался за перевод клеветы и оскорбления в разряд гражданских споров. Цитирую: «Мы прислушиваемся к голосу нашего растущего гражданского общества по поводу ускорения перемен в культуре соблюдения прав и свобод. Мы, например, делаем клевету фактом не уголовной, а гражданской ответственности, чтобы способствовать свободе выражения мнений и привести ситуацию у нас в соответствие с лучшей международной практикой». Не буду даже перечислять многочисленные инициативы гражданского общества страны, призванные убрать из Уголовного кодекса злополучные статьи 129 и 130.

Тем не менее, авторы проекта УК не решаются сделать последний принципиальный шаг - декриминализировать клевету и оскорбление. Почему?

Обратимся к Концепции нового проекта УК. «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. ...С указанных позиций была бы преждевременной декриминализация состава клеветы и оскорбления, которые в настоящее время имеют сильную превентивную составляющую», - говорится в проекте концепции, презентованном почти год назад, в ноябре 2011 года. Концепция, появившаяся в нынешнем году, уже не содержит откровенного утверждения, что уголовную ответственность за клевету и оскорбление необходимо сохранить, но вся мотивировочная часть, подводящая в такому выводу, сохранена неизменной.

Мне бы очень хотелось встретиться с авторами и редакторами этой концепции и спросить у них, почему они считают конституционное право на свободу слова «внешне полезным действием», а уголовное преследование за диффамацию «сильной превентивной составляющей»?

Общеизвестно (и наши ведущие правоведы любят это напоминать), что ужесточение наказаний не ведет к уменьшению числа преступлений. Кого и от чего предостерегает уголовное преследование за умышленную диффамацию? В бытовых слухах первоисточник найти невозможно. Не зря теоретики права говорят, что доказать умысел в случаях диффамации практически невозможно. Источником, замыслившим распространить диффамацию через СМИ, является субъект или субъекты, намерившиеся испортить чью-то репутацию. Но кто этот субъект или субъекты?

Конечно, не журналист и не блогеры, они только распространители. Первоисточник ложной позорящей информации, то есть действительный автор клеветы, по действующему УК, истинный преступник, всегда остается за кадром, всегда уходит от ответственности. Журналист польстился на левый гонорар, не проверил информацию, то есть, он тоже виновен и должен нести наказание, но не за умысел, а за распространение. Ну так это наказание предусмотрено Гражданским кодексом, грубо говоря — польстился на деньги — рублем и будешь наказан, это справедливо. Таким образом, угроза уголовного наказания за умышленную диффамацию не несет предупреждающей функции.

Даже в тех случаях, когда судебный процесс по обвинению в клевете заканчивается оправдательным приговором, он идет со всеми ограничениями, предписываемыми процессуальным кодексом.. Вот в Кокчетаве с ноября прошлого года идет судебное преследование журналиста за клевету по основаниям, на мой взгляд, совершенно надуманным, и то одна судебная инстанция, то другая берут с журналиста подписку о невыезде, - а ведь журналиста, как мы все знаем, ноги кормят.

Очень настораживает, что в Концепции УК говорится, что «В рамках уголовно-процессуального законодательства потребуются также упрощенный порядок расследования и рассмотрения судами дел об уголовных проступках, что, в свою очередь, положительно отразится на оперативности их разрешения и восстановления нарушенных прав и свобод.». Но что даст упрощенный судебный порядок в таких сложных делах, как умышленная диффамация? Не будем забывать, что унижение чести и достоинства — это вообще категории субъективные, не случайно они относятся к делам частного обвинения. Что лежит в основе таких обвинений — реальные факты или желание отомстить? Чтобы установить истину, в гражданских процессах судьи все чаще обращаются к экспертным исследованиям специалистов, к тщательному изучению всех обстоятельств дела, личности участников спора. Упрощенный судебный порядок все это исключает, а значит, повышается возможность судебных ошибок. В еще большей мере это относится к оскорблению, которое тоже представляет унижение чести и достоинства, только в неприличной форме. Что оскорбительно, что — нет? В знаменитом романе Михаила Булгакова «Мастер и Маргарита» бродячий проповедник Иешуа говорит прокуратору: «Он оскорблял, вернее, думал, что оскорбляет меня, называя собакой, хотя я ничего плохого в этом животном не вижу». В таких случаях, чтобы найти истину, нужно дискутировать, спорить, для чего и существуют гражданские процессы. У уголовного суда достаточно серьезных дел, чтобы тратить время и силы на такие разбирательства.

Необоснованными представляются новации в ч. 3 статьи о клевете - **3. Деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, соединенные с обвинением лица в совершении коррупционного, тяжкого или особо тяжкого преступления, а равно повлекшие тяжкие последствия**». Простите, но за любые тяжкие последствия предусмотрено уголовное наказание. Если муж избил жену, поверив слухам о ее неверности, он будет наказан без всяких ссылок на клевету. Если служащий уволен после недостоверных публикаций, он может восстановиться в должности по суду и получить моральную компенсацию. Если человек после оскорбительной или клеветнической статьи попал в больницу, то, во-первых, наверняка у него и без того были проблемы со здоровьем и неизвестно, какую роль тут сыграла публикация, во-вторых, он может в порядке гражданского судопроизводства получить моральную компенсацию. Если же вспомнить многократно повторявшийся пример о том, что человек, находящийся в заключении, покончил с собой, прочитав позорящую его статью, то, наверное, все-таки основной причиной было лишение свободы и судебное преследование, а не публикация. Кстати, за доведение до самоубийства тоже предусмотрена уголовная ответственность.

Не исключено, что диффамацию никак не удастся выкорчевать из Уголовного кодекса еще и потому, что у нас работа над УК и ГК ведется отдельно. Сейчас в эпицентре УК,

и разработчики явно не держат в фокусе внимания, что ответственность за диффамацию содержится и в ГК, там она формулируется как «защита чести и достоинства», статья 143. То, что диффамация разделена по разным кодексам, оказывает плохую службу правосудию и справедливости. По наблюдениям нашего фонда за судебными процессами о клевете, сплошь и рядом судьи стараются установить не наличие или отсутствие умысла, что и является квалифицирующим признаком клеветы, а достоверность или недостоверность распространенной информации, что является прерогативой гражданского спора. Именно из-за этого, в частности, по обвинению в клевете отсидел три года фрилансер Вадим Курамшин. Суд вменил ему в вину слово «махинации», приговорил к ограничению свободы на один год, но добавил неотбытую часть наказания по предыдущему приговору, не имеющему никакого отношения к спорной публикации. Пока умышленная диффамация будет находиться в уголовном кодексе, такие ситуации не исключены. Нужно переводить ее вместе с оскорблением в Гражданский кодекс, не нагромождая искусственных дистанций в виде временного перевода в административный кодекс. Дела частного обвинения нельзя рассматривать в административном порядке, это очевидно всем, кто даст себе труд вникнуть в специфику дел о диффамации.

Таким образом, логика права и просто здравая логика требуют, чтобы все все виды диффамации хранились, так сказать, в одном пакете, то есть в Гражданском кодексе: бытовая диффамация, диффамация через СМИ, выраженная в оскорбительной форме, умышленная.

К сожалению, в рамках данной конференции нет времени поговорить о не менее важных принципах защиты чести и достоинства должностных лиц. Напомню лишь, что согласно демократическим стандартам свободы выражения, ни при каких обстоятельствах положения о посягательствах на честь и достоинство не должны предусматривать особые средства защиты для представителей власти, независимо от их звания или служебного положения. Подробно предложения медийного сообщества страны по этим и ряду других вопросов, имеющих отношение к свободе слова, изложены в сравнительной таблице, которая разработана коалицией неправительственных организаций Казахстана «20-шы бап» и предлагается участникам конференции.

Преступления в сфере информационных технологий в проекте новой редакции Уголовного кодекса Республики Казахстан

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 - проект УК РК). 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, а также предварительные варианты статей в виде сравнительной таблицы. В Концепции предлагается обеспечить надлежащую уголовно-правовую защиту информационной безопасности и, с этой целью, ввести в УК самостоятельную главу, содержащую соответствующие составы уголовных преступлений и уголовных проступков.

Нельзя не согласиться с авторами данного документа, указывающими на то, что анализ ситуации, связанной с вопросами противодействия правонарушениям 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.

Как справедливо указывает профессор Л.В. Головкин в своем «Анализе Концепции проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан»: «Судя по опыту западных и постсоветских государств, феномен так называемой «инфляции уголовно-правовых норм» сегодня является не только универсальным, но и естественным. 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». Действительно, революционные изменения, происходящие в сфере информационных технологий в последнее время, требуют срочного реагирования на возникающие проблемы. Они определяют насущную необходимость включения в правовую систему Республики Казахстан юридических норм, которые бы регулировали правоотношения, возникающие в сфере сбора, обработки, накопления, хранения, распространения и передачи информации, а также использование компьютерной техники, средств хранения информации, носителей информации и каналов связи телекоммуникаций.

Однако, последние шаги казахстанских законодателей показывают, что необходимость срочной разработки правовых основ регулирования информационных отношений приводит зачастую к поспешному и не всегда корректному формированию ряда базовых правовых понятий в этой области. Прежде всего, имеется в виду **Закон 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», который в 2009 году заменил в казахстанских законах понятие «веб-сайт» на более широкое «интернет-ресурс». Между тем, как известно, правовые механизмы могут быть включены и становятся эффективными лишь тогда, когда общественные отношения, подлежащие регулированию, достаточно изучены и средства их регулирования в полной мере апробированы. Для задач криминализации или декриминализации определенных деяний важно иметь стройную систему представлений о сути данного явления и его качествах, проявляющихся в различных ситуациях по-разному.

На сегодня в Казахстане ряд базовых нормативных правовых актов в сфере информационных отношений до сих пор отсутствуют, и принятие их постоянно откладывается. Соответственно, разрозненные нормы, принимаемые в спешном порядке, неизбежно требуют все новых и новых уточнений в каждом следующем нормативном правовом акте. Тому есть немало примеров в недавней истории казахстанского нормотворчества.

Анализ последних законодательных инициатив показывает, что вопросам терминологии, используемой законодателем для формулирования норм о преступлениях в сфере информационной безопасности, не было уделено должного внимания. Это диктует необходимость изучения зарубежного опыта борьбы с такими преступлениями.

Если брать региональный опыт, то, например, на заседаниях Совета министров внутренних дел (полиции) государств-участников СНГ регулярно обсуждаются вопросы принятия совместных мер по противодействию новым формам преступлений в сфере информационных технологий. Аналогичный подход демонстрируется и в деятельности Организации Договора о коллективной безопасности. Генеральный секретарь ОДКБ Николай Бордюжа еще в 2010 году отмечал, что: «Преступления в сфере информационных технологий - особая сфера. Главная особенность - сложившаяся система телекоммуникаций, не имеющая границ. Преступление может быть задумано в одной стране, пройти по коммуникациям трех-четырех других стран и совершиться в пятой...Эта ситуация, в буквальном смысле обрекает нас на налаживание взаимодействия. Надо иметь в виду и то, что предупреждение и раскрытие преступлений в сфере информационных технологий тесно связано с противодействием терроризму, предупреждением чрезвычайных ситуаций и другими направлениями обеспечения безопасности».

На региональном уровне, в СНГ, подписано **Соглашение о сотрудничестве государств - участников Содружества Независимых Государств в борьбе с преступлениями в сфере компьютерной информации** (Минск, 1 июня 2001 г.), утвержденное Указом Президента РК от 25 июня 2002 года № 897. В данном соглашении под «**преступлениями в сфере компьютерной информации**» понимается уголовно-наказуемое деяние, предметом посягательства которого является компьютерная информация. А под «**компьютерной информацией**» понимается информация, находящаяся в памяти компьютера, на машинных или иных носителях в форме, доступной восприятию ЭВМ, или передающаяся по каналам связи. Стороны соглашения обязались признавать в соответствии с национальным законодательством в качестве уголовно-наказуемых следующие деяния, если они совершены умышленно: а) осуществление неправомерного доступа к охраняемой законом компьютерной информации, если это деяние повлекло уничтожение, блокирование, модификацию либо копирование информации, нарушение работы ЭВМ, системы ЭВМ или их сети; б) создание, использование или распространение вредоносных программ; в) нарушение правил эксплуатации ЭВМ, системы ЭВМ или их сети лицом, имеющим доступ к ЭВМ, системе ЭВМ или их сети, повлекшее уничтожение, блокирование или модификацию охраняемой законом информации ЭВМ, если это деяние причинило существенный вред или тяжкие последствия; г) незаконное

использование программ для ЭВМ и баз данных, являющихся объектами авторского права, а равно присвоение авторства, если это деяние причинило существенный ущерб.

В Модельном Уголовном кодексе для государств - участников Содружества Независимых Государств (принят Постановлением Межпарламентской Ассамблеи государств - участников Содружества Независимых Государств, Санкт-Петербург, 17 февраля 1996 года) (с изменениями от 3 декабря 2009 года) в одноименном разделе есть глава 30 «Преступления против информационной безопасности», которая включает 7 статей: «Несанкционированный доступ к компьютерной информации», «Модификация компьютерной информации», «Компьютерный саботаж», «Неправомерное завладение компьютерной информацией», «Изготовление и сбыт специальных средств для получения неправомерного доступа к компьютерной системе или сети», «Разработка, использование и распространение вредоносных программ», «Нарушение правил эксплуатации компьютерной системы или сети».

Если рассматривать отдельные страны, расположенные на территории бывшего СССР, как государства с наиболее близкой для нас правовой системой, то по рассматриваемому вопросу накоплен следующий опыт.

1) Подход, предложенный в Концепции проекта УК РК, а также Модельном УК СНГ, разделяют Беларусь и Таджикистан. Уголовный кодекс Республики Беларусь от 9 июля 1999 года № 275-З (с изменениями и дополнениями по состоянию на 13.07.2012 г.) содержит главу 31 «**Преступления против информационной безопасности**» в разделе XII «Преступления против информационной безопасности». В Уголовном кодексе Республики Таджикистан от 21 мая 1998 года № 574 (с изменениями и дополнениями по состоянию на 03.07.2012 г.) есть глава 28 «Преступления против информационной безопасности» в разделе XI «Преступления в сфере экономики».

2) Подход, предложенный в сравнительной таблице по проекту УК РК и в проекте Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам информатизации» разделяет Узбекистан. В Уголовном кодексе Республики Узбекистан (утвержден Законом Республики Узбекистан от 22 сентября 1994 года № 2012-XII) (с изменениями и дополнениями по состоянию на 12.04.2012 г.) есть Глава XX «**Преступления в сфере информационных технологий**» в Разделе 6 «Преступления против общественной безопасности и общественного порядка».

3) Позицию Соглашения о сотрудничестве государств - участников СНГ в борьбе с преступлениями в сфере компьютерной информации восприняли 3 страны. Глава «**Преступления в сфере компьютерной информации**» имеется в уголовных кодексах следующих стран СНГ:

Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 года № 63-ФЗ (с изменениями и дополнениями по состоянию на 28.07.2012 г.) - глава 28 в Разделе IX «Преступления против общественной безопасности и общественного порядка»;

Уголовный кодекс Кыргызской Республики от 1 октября 1997 года № 68 (с изменениями и дополнениями по состоянию на 10.08.2012 г.) - глава 28 в Разделе IX «Преступления против общественной безопасности и общественного порядка»;

Уголовный кодекс Туркменистана от 12 июня 1997 года № 222-1 (по состоянию на 4 августа 2011 года) - глава 33 в разделе XIII «Преступления в сфере компьютерной информации».

4) Схожий подход наблюдается в Уголовном кодексе Республики Армения от 29 апреля 2003 года № ЗР-528 (по состоянию на 2011 год), где есть глава 24

«**Преступления против безопасности компьютерной информации**» в разделе 9 «Преступления против общественной безопасности, безопасности компьютерной информации, общественного порядка, общественной нравственности и здоровья населения».

5) В Уголовном кодексе Грузии от 22 июля 1999 года № 2287-вс (по состоянию на 2011 год) есть глава XXXV «**Компьютерные преступления**» в разделе 9 «Преступления против общественной безопасности и общественного порядка».

Схожее название в Уголовном кодексе Азербайджанской Республики от 30 декабря 1999 года № 787-IQ (с изменениями и дополнениями по состоянию на 29.06.2012 г.), где есть глава 30 «**Киберпреступления**» в разделе X «Преступления против общественной безопасности и общественного порядка».

6) Близкий подход наблюдается в Молдове и Украине.

Уголовный кодекс Украины от 5 апреля 2001 года № 2341-III (с изменениями и дополнениями по состоянию на 07.06.2012 г.) содержит раздел XVI «Преступления в сфере использования электронно-вычислительных машин (компьютеров), систем и компьютерных сетей, сетей электросвязи».

А в Уголовном кодексе Республики Молдова от 18 апреля 2002 года № 985-XV (с изменениями и дополнениями по состоянию на 14.06.2012 г.) есть глава XI «Информационные преступления и преступления в области электросвязи»

7) В Уголовном кодексе Литвы от 26 сентября 2000 года № VIII-1968 (по состоянию на 2011 год) глава 30 называется «**Преступления против безопасности электронных данных и информационных систем**» (Crimes against security of electronic data and information systems).

8) В Латвии и Эстонии **нет специализированных глав или разделов**, посвященных рассматриваемому вопросу.

В Уголовном кодексе Латвийской Республики 17 июня 1998 года (по состоянию на 2011 год) есть статья 177_1 «Мошенничество в автоматизированной системе обработки данных» в главе XVIII «Преступные деяния в отношении собственности». Также в главе XX «Преступления против общей безопасности и общественного порядка» имеются: статья 241 «Самовольный доступ к автоматизированной системе обработки данных», статья 243 «Создание помех в действии автоматизированной системы обработки данных и незаконные действия с включенной в эту систему информацией», статья 244 «Незаконные действия с устройствами воздействия на ресурсы автоматизированной системы обработки данных», статья 244_1 «Приобретение, изготовление, изменение, хранение и распространение данных, программного обеспечения и оборудования для незаконных действий с конечными устройствами сетей электронной связи» и статья 245 «Нарушение правил надежности (эксплуатации) информационной системы».

В Уголовном (Пенитенциарном) кодексе Эстонии от 6 июня 2001 года (по состоянию на 11.06.2008 г.) в подразделе 1 «Причинение вреда» раздела 1 «Виновные деяния против собственности» главы 13 «Виновные деяния против имущества» имеются: статья 206 «Вмешательство в компьютерные данные (Компьютерный саботаж)», статья 207 «Нарушение работы компьютерной сети», статья 208 «Распространение шпионских, деструктивных программ и компьютерных вирусов», а в подразделе 3 «Незаконное пользование»: статья 213 «Компьютерное мошенничество», статья 216_1 «Подготовка компьютерного преступления» (подготовка к совершению предусмотренных статьями 206, 207, 208, 213 или 217), статья 217 «Незаконное пользование компьютерами, компьютерными системами и компьютерными сетями».

А в подразделе 2 «Виновные деяния, связанные с представлением и использованием сведений» раздела 3 «Виновные деяния против осуществления публичной власти» есть статья 284 «Передача защитных кодов».

Следует также отметить, что в ряде этих государств применяется **Конвенция о компьютерных преступлениях (Convention on Cybercrime CETS № 185)** (Будапешт, 23 ноября 2001 года), которая на сегодня вступила в силу для всех постсоветских государств за исключением Беларуси, РФ и центральноазиатских стран.

В данной Конвенции применяются понятия: «**компьютерная система**» - любое устройство или группа взаимосвязанных или смежных устройств, одно или более из которых, действуя в соответствии с программой, осуществляет автоматизированную обработку данных и «**компьютерные данные**» - любое представление фактов, информации или понятий в форме, подходящей для обработки в компьютерной системе, включая программы, способные обязать компьютерную систему выполнять ту или иную функцию.

Будапештская Конвенция обязывает государства:

- криминализовать атаки на компьютерные данные и системы (то есть незаконный доступ, неправомерный перехват, воздействие на данные и функционирование системы, противозаконное использование устройств), а также деяния, совершенные с использованием компьютерных технологий (включая подлог и мошенничество, детскую порнографию и нарушение авторских и смежных прав);
- предпринять процессуальные законодательные меры для того, чтобы компетентные органы смогли проводить расследование киберпреступлений и сохранить легко изменяемые электронные доказательства наиболее эффективно, включая оперативное обеспечение сохранности данных, обыск и выемку хранимых компьютерных данных, перехват данных и т.д.);
- эффективно сотрудничать с другими странами-участницами Конвенции через общие (выдача, взаимная правовая помощь и другие) и специальные процессуальные меры (оперативное обеспечение данных, доступ к хранящимся данным, перехват телекоммуникационных сообщений, создание контактных центров, работающих 24 часа в сутки семь дней в неделю и другие) для международного сотрудничества.

Заметим, что в соответствии с **Рамочным решением Совета Европейского Союза от 24 февраля 2005 года № 2005/222/ПВД «Об атаках на информационные системы»**, государства-члены Европейского Союза были обязаны привести собственные уголовные кодексы и иные правовые акты в соответствии с данным Рамочным решением не позднее 16 марта 2007 года. Решение содержит следующие статьи: статья 2 «Незаконный доступ к информационным системам», статья 3 «Нарушение неприкосновенности системы», статья 4 «Нарушение неприкосновенности данных», статья 5 «Подстрекательство, помощь, пособничество и покушение».

Государства-члены Европейского Союза также должны были принять необходимые меры с целью обеспечить, чтобы предусмотренные статьями 2, 3, 4 и 5 преступления подлежали уголовно-правовым санкциям, которые являются эффективными, соразмерными и обладают предупредительным эффектом, а в отношении наиболее опасных посягательств могут достигать 5 лет лишения свободы. При этом, как и в других актах уголовного законодательства Европейского Союза, речь идет о минимальных стандартах, т.е. государствам-членам не запрещено устанавливать более высокие наказания. Решение также говорит о том, чтобы юридические лица могли привлекаться к ответственности за преступления, предусмотренные статьями 2, 3, 4 и 5, совершенные их пользу всяким лицом, которое действует индивидуально или в качестве члена органа соответствующего юридического лица и занимает внутри этого юридического лица руководящее положение. Государства-члены Европейского Союза установили свою юрисдикцию в отношении преступлений, предусмотренных статьями 2, 3, 4 и 5, когда преступление было совершено: а) полностью или частично

на их территории, или b) кем-либо из их граждан, или с) в пользу юридического лица, чье местонахождение расположено на их территории.

Таким образом, в соответствии со сложившимся на сегодня международным подходом, киберпреступность можно разделить на следующие категории:

Преступления против конфиденциальности, целостности и доступности компьютерных систем и данных (так называемые «CIA-преступления»), включая:

- неправомерный доступ, например, путем взлома, обмана и иными средствами;
- неправомерный перехват компьютерных данных;
- воздействие на данные, включая повреждение, удаление, ухудшение качества, изменение или блокирование компьютерных данных;
- воздействие на функционирование системы, включая создание серьезных помех функционированию компьютерной системы, например, путем распределенных атак на ключевую информационную инфраструктуру типа отказ в обслуживании;
- противозаконное использование устройств, то есть, например, производство, продажа или иные действия, направленные на обеспечение доступности программ, устройств и иных средств, предназначенных для совершения «CIA-преступлений»

Преступления, совершенные при помощи компьютерных систем, включая:

- подлог и мошенничество, совершенные с использованием компьютерных технологий;
- преступления, связанные с содержанием данных, в частности - детская порнография, детская эксплуатация и сексуальное насилие, расизм, ксенофобия, а также консультирование, подстрекательство, содействие путем указаний и предложение совершить преступление, начиная с убийства и кончая изнасилованием, пытками, диверсией и терроризмом. Под эту же категорию подпадают кибер-вымогательство, запугивание, клевета, распространение ложной информации в Интернете, азартные игры он-лайн;
- преступления, связанные с нарушением авторских и смежных прав, например, незаконное воспроизводство и использованием компьютерных программ, аудио/видео и иных видов цифровой формы, а также баз данных и книг.

Основные инструменты и инфраструктура киберпреступности включают в себя вредоносные программы, бот-сети, незаконное использование доменов, теневую экономику, предоставляющую товары и услуги. Социальные сети и облачные компьютерные услуги создают новые основы для киберпреступности и новые проблемы для правоохранительных органов.

Мошенничество — это то киберпреступление, о котором в практике отдельных государств сообщается наиболее часто. В частности, оно включает в себя мошенничество, совершенное при помощи украденных персональных данных (с использованием фишинга и других методов социального инжиниринга для кражи информации), платежных карт, атак на он-лайн-банкинг, незаконное использование номера счета, массового маркетинга, аукционов и иных видов злоупотребления доверием, инвестиционного мошенничества, а также пирамид и иных сетевых схем. Помимо мошенничества часто упоминается коммерческое использование материалов со сценами насилия над детьми, подделка медикаментов, преступления, связанные с нарушением авторских прав, мошенничества на сайтах знакомств, незаконные азартные игры, вымогательство и иные преступления, приносящие доход, который потом перемещается и отмывается.

Как следует из проекта УК РК, указанные выше явления, отмеченные в международной практике, были учтены и информационные правоотношения в целом получили в нем широкую уголовно-правовую защиту, а новое уголовное законодательство включает в себя ряд неизвестных ранее составов преступлений.

В Сравнительной таблице по новой редакции УК РК предложена специальная глава 7 «**Преступления и проступки против безопасности информационных технологий**». Она включает следующие статьи: статья 220 «Нарушение правил эксплуатации информационных систем, электронных информационных ресурсов или информационно-коммуникационных сетей», статья 221 «Несанкционированный доступ к информации», статья 222 «Незаконная модификация информации», статья 223 «Компьютерный саботаж», статья 224 «Неправомерное завладение информацией», статья 225 «Принуждение к передаче информации», статья 226 «Создание, использование или распространение вредоносных компьютерных программ и программных продуктов», статья 227 «Неправомерное распространение электронных информационных ресурсов ограниченного распространения», статья 228 «Предоставление услуг для размещения интернет-ресурсов в противоправных целях», статья 229 «Неправомерное изменение идентификационного кода абонентского устройства сотовой связи, устройства идентификации абонента, а также создание, использование, распространение программ для изменения идентификационного кода абонентского устройства». Также, в главе 6 «Преступления и проступки против собственности» содержится статья 219 «Хищение с использованием информационных технологий».

При этом статья 229 явно выбивается из общего ряда и расширяет родовой объект данных преступлений по украинско-молдавскому образцу.

Что касается общего объекта для остальных преступлений, то хочется отметить следующие моменты.

Очевидно, что задача разработки новой редакции УК РК поставила ряд серьезных проблем перед авторами законопроекта: определить объект соответствующих преступлений, сформулировать их понятие и систему; установить критерии выделения близких по содержанию видов преступных посягательств, ограничения их от других составов преступлений; решить вопрос квалификации, а также ответственности и наказания за них.

Бланкетный характер диспозиций предложенных разработчиками законопроекта уголовно-правовых норм требует обращения к различным нормативным правовым актам, регулирующим возникающие правоотношения, и знания их терминологии.

Представляется вполне правильной позиция авторов законопроекта, о том, что подход, согласно которому в законодательстве следует отражать конкретные технические средства, себя исчерпал. Поэтому именовать всю совокупность данных преступлений термином «компьютерные преступления» не верно. Ведь термин «компьютер» является лишь разновидностью коммуникационной техники или информационного оборудования, частью аппаратно-программного комплекса и не исчерпывает всего разнообразия техники и отношений, связанных с обращением информации, например использование телефонов, коммуникаторов, микроволновой, спутниковой или другой системы передачи данных.

Как указывалось выше, в заголовке соответствующей главы проекта УК РК применяется другой термин: «**безопасность информационных технологий**».

Но, в настоящее время в законодательстве РК термин «безопасность информационных технологий» 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».

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», разработчиком предлагается объединить все уголовно-правовые нормы, касающиеся киберпреступлений, в самостоятельной главе УК РК «Преступления в сфере информационных технологий». Что относится к сфере информационных технологий в казахстанском законодательстве, также не раскрывается.

Однако, сейчас действует **Положение о Департаменте государственной политики в сфере информационных технологий Министерства транспорта и коммуникаций Республики Казахстан**, утвержденное приказом Ответственного секретаря Министерства транспорта и коммуникаций Республики Казахстан от 5 апреля 2012 года № 153. В нем Департаменту отводится задача реализации государственной политики в сфере: информатизации, «электронного правительства» и электронного документооборота.

Также отметим, что термин «преступления в сфере информационных технологий» в последнее время применяется в работе правоохранительных органов. Так, в **Структуре Комитета криминальной полиции Министерства внутренних дел Республики Казахстан**, утвержденной приказом МВД РК от 28 ноября 2007 года № 461, существует Управление по организации борьбы с преступлениями в сфере информационных технологий.

В **Концепции информационной безопасности Республики Казахстан до 2016 года**, утвержденной Указом Президента Республики Казахстан от 14 ноября 2011 года № 174, также говорится об информационных технологиях. В этом документе используется термин «**Информационная преступность (киберпреступность)**» - вид уголовной преступности, подразумевающий уголовно-наказуемые деяния, совершаемые с использованием информационных технологий.

Таким образом, предложено 2 варианта родового объекта для данного рода преступлений: «безопасность информационных технологий» и «сфера информационных технологий». Возможна также группировка преступлений по их объективной стороне: «с использованием информационных технологий».

Если вести речь об использовании информационных технологий в целом, то сам этот термин раскрывается в **Законе Республики Казахстан от 11 января 2007 года № 217-III «Об информатизации»** (с изменениями и дополнениями по состоянию на 10.07.2012 г.). Подпункт 13 данного закона гласит, что под «**информационными технологиями**» понимается совокупность методов, производственных процессов и программно-технических средств, объединенных в технологический комплекс, обеспечивающий сбор, создание, хранение, накопление, обработку, поиск, вывод, копирование, передачу и распространение информации. В той же статье раскрывается содержание еще ряда понятий, употребляемых в проекте УК РК: «**информационная система**» - система, предназначенная для хранения, обработки, поиска, распространения, передачи и предоставления информации с применением аппаратно-программного комплекса (п.п. 6); «**информационно-коммуникационная сеть**» - совокупность технических и аппаратно-программных средств обеспечения взаимодействия между информационными системами или между их составляющими, а также передачи информационных ресурсов (п.п. 10); «**электронные информационные ресурсы**» - информация, хранимая в электронном виде (информационные базы данных), содержащаяся в информационных системах (п.п. 31).

Соответственно, если мы ведем речь о посягательствах на собственно информационные технологии (методы, производственные процессы и программно-технические средства, объединенные в технологический комплекс), то в данной главе

должны быть: статья 220 «Нарушение правил эксплуатации информационных систем, электронных информационных ресурсов или информационно-коммуникационных сетей», статья 223 «Компьютерный саботаж» и статья 226 «Создание, использование или распространение вредоносных компьютерных программ и программных продуктов». По названию статьи 220, кстати, сразу возникает вопрос - если, согласно приведенной выше терминологии, информационные ресурсы обязательно содержатся в информационных системах, какой смысл их выделять отдельно?

Статья 219 «Хищение с использованием информационных технологий», статья 228 «Предоставление услуг для размещения интернет-ресурсов в противоправных целях» - это случаи совершения преступлений против иных объектов, когда они совершаются с использованием информационных технологий. В связи с этим, возникает вопрос, являются ли информационные технологии только лишь средством совершения преступлений такого вида или же могут выступать и их предметом, когда они используются с целью совершения другого противоправного посягательства на иной объект? Думается, что при использовании информационных технологий в качестве средства совершения другого преступления отношения по их охране страдают неизбежно, т.е. они сами становятся предметом общественно опасного деяния. Невозможно противоправно воспользоваться информационными технологиями для совершения иного преступления, не нарушив при этом их защиты, т.е. не совершив искажения, подделки, уничтожения, модификации, копирования, блокирования и других форм незаконного вмешательства в информационные ресурсы и системы. Даже если не пострадают ресурсы и системы конкретного компьютера, включенного в преступную бот-систему, правомерно употребляемые ее законным пользователем, то практически неизбежно подвергнутся ущербу те, с которыми он связан сетью.

А вот статья 221 «Несанкционированный доступ к информации», статья 222 «Незаконная модификация информации», статья 224 «Неправомерное завладение информацией», статья 225 «Принуждение к передаче информации», статья 227 «Неправомерное распространение электронных информационных ресурсов ограниченного распространения» - говорят о случаях, когда объектом являются права на информацию ее владельца и третьих лиц. В проекте УК РК речь идет об информации, хранящейся на машинном носителе, содержащейся в информационной системе или передаваемой по информационно-коммуникационной сети. В действующем УК РК говорится о **компьютерной информации**, то есть информации на машинном носителе, в электронно-вычислительной машине (ЭВМ), системе ЭВМ или их сети (ст. 227 УК РК).

Для того чтобы вести речь о уголовно-правовых средствах защиты прав на информацию, думается, надо рассмотреть особенности и юридические свойства информации как объекта права. **Гражданский кодекс Республики Казахстан** (Общая часть), принятый Верховным Советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 года (с изменениями и дополнениями по состоянию на 22.06.2012 г.) не выделяет информацию как самостоятельный объект гражданских прав. Но говорит, что гражданским законодательством защищается информация, составляющая служебную или коммерческую тайну, в случае, когда информация имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности ее третьим лицам, к ней нет свободного доступа на законном основании и обладатель информации принимает меры к охране ее конфиденциальности (ст.126).

Таким образом, к охраняемой законом относится не вся информация, а лишь та, для которой законодателем установлен специальный режим правовой защиты, а обладателем приняты специальные меры защиты. К слову, в ГК РК понятие «обладатель информации» используется, но не раскрывается. Раскрывается оно, например, в Федеральном законе от 27 июля 2006 года № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» как «лицо, самостоятельно создавшее информацию либо получившее на основании закона или договора право

разрешать или ограничивать доступ к информации, определяемой по каким-либо признакам». В Казахстане на сегодня документа устанавливающего статус обладателя информации и его права - нет.

Может ли вообще вести речь о собственности на информацию? Нет, поскольку суть права вещной собственности заключается в том, что конкретная вещь может принадлежать одновременно только одному лицу – собственнику. Однако свойство информации, распространяемость, говорит о том, что одна и та же информация (ее содержание, сведения о чем-либо или о ком-либо) может принадлежать одновременно неограниченному кругу лиц (т.е. ею может обладать или знать ее содержание неограниченный круг лиц).

Информация может иметь разные статусы и режим, присущие только ей, например, правовой режим ограничения доступа к различным видам информации, статус официальной информации и т.д. Но данные статусы не имеют ничего общего с имущественным правом. Когда законодатель пытается распространить на определенные информационные ресурсы институт собственности, по сути дела, он регулирует только отношения собственности на носитель информации - машинный носитель или информационную систему.

Соответственно, следует определиться - о нарушении каких прав и законных интересов идет речь в рассматриваемых статьях проекта УК РК? Кому, например, принадлежит информация, передаваемая по информационно-коммуникационной сети? Думается открытым на данный момент остается и вопрос о том, какие правила эксплуатации информационных систем, электронных информационных ресурсов или информационно-коммуникационных сетей имеет в виду законодатель?

В свою очередь, Концепцией новой редакции УК РК предлагается дополнить проект УК РК главой «**Преступления и проступки против информационной безопасности**» и, представляется, что именно этот вариант наиболее правильно обозначает объект преступных посягательств в нашем случае.

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 один из видов национальной безопасности: 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. Информационная инфраструктура при этом будет охватывать информационные технологии, а т.н. компьютерная информация будет выступать здесь предметом преступного посягательства. При незаконном проникновении в информационную систему и модификации или копировании охраняемой информации преступник не только

посягает на отношения собственности или личности, но и нарушает информационную безопасность, которая является видовым объектом по отношению к родовому – национальной безопасности.

Помимо прочих моментов, именно в этом случае будет учитываться тот факт, что в Казахстане абсолютно все интернет-ресурсы приравнены к СМИ.

Как справедливо указывается в **Концепции информационной безопасности Республики Казахстан до 2016 года**, утвержденной Указом Президента Республики Казахстан от 14 ноября 2011 года № 174, в настоящее время в обществе складывается особый вид отношений – информационные отношения, предметом которых является информация. Поэтому в Концепции высказана идея о создании отдельной отрасли права - информационного права. В связи с этим напрашивается вопрос о возможности существования понятия «информационные преступления», под которыми понимаются общественно-опасные деяния, запрещенные уголовным законом под угрозой наказания, совершенные в области информационных правоотношений, то есть связанные со сбором, обработкой, накоплением и иными информационными процессами.

Подводя итог вышесказанному, отметим, что сложность информационных технологий, неоднозначность квалификации, а также трудность сбора доказательственной базы вряд ли приведут в ближайшее время к появлению большого числа уголовных дел, возбужденных по предложенным статьям проекта УК РК. Кроме этого, с развитием технологий, нас, несомненно, ждет появление новых специфических форм правонарушений, к которым, возможно, будут не применимы составы преступлений, предусмотренные вышеуказанными статьями.

Но, в любом случае, первым шагом в борьбе с преступностью, посягающей на информационную безопасность, должно стать создание универсального развитого и детального понятийного аппарата. Эти термины и понятия потребуют определенных пояснений, основанных на осмыслении технических характеристик новых средств обработки информации и сущности самой информации, хранящейся на машинном носителе, содержащейся в информационной системе или передаваемой по информационно-коммуникационной сети, как новой уголовно-правовой категории.

Без ясного понимания норм, регулирующих информационные правоотношения, правоохранительные органы не смогут в дальнейшем правильно определить круг вопросов, подлежащих доказыванию, а затем и точно квалифицировать выявленные случаи преступлений. Важно, что терминологическая неточность изложения уголовного законодательства может повлечь неправильное его применение, а следовательно, и негативные последствия. И если такие ошибки, допущенные в области гражданских отношений, могут быть тем или иным образом исправлены, то ошибки в уголовной сфере отразятся на конституционных правах и свободах конкретных граждан и могут носить необратимый характер.

Уголовная ответственность за нарушение избирательного законодательства Республики Казахстан

1. **Актуальность исследования.**
2. **Зарубежный опыт.**
3. **Анализ составов преступлений, предусмотренных в ст. 146 и 147 УК РК.**
4. **Соотношение уголовной и административной ответственности за нарушения избирательного законодательства Республики Казахстан.**
5. **Выводы и рекомендации.**

Приложение 1.

Сравнительная таблица статей уголовных кодексов зарубежных стран защищающих избирательные права и процесс.

Приложение 2.

Статистические данные о количестве уголовных дел за период с 2000 по 2011 год (10 месяцев 2011 года) и административных дел за период с 2004 по 2011 год (9 месяцев 2011 года).

1. **Актуальность исследования.** Особое место в комплексе средств юридической защиты занимают механизмы *уголовной* и *административной* ответственности. Эти виды ответственности, в особенности уголовно-правовая, являются санкциями за совершение преступлений, имеющих гораздо *большую* степень общественной *опасности* по сравнению с другими деликтами.

Уголовный кодекс Республики Казахстан содержит две статьи, направленные на защиту избирательных прав граждан. Так, статья 146 Уголовного кодекса (далее УК) Республики Казахстан (далее РК) устанавливает ответственность за воспрепятствование свободному осуществлению гражданином своих избирательных прав или права участвовать в референдуме, а также незаконное вмешательство в работу избирательных комиссий или комиссий по проведению референдума и воспрепятствование голосованию, исполнению обязанностей, связанных с регистрацией кандидатов, подсчетом голосов и определением результатов голосования на выборах или референдуме.

В свою очередь, статья 147 УК РК преследует фальсификацию избирательных документов или документов референдума, внесение фиктивных записей в бюллетени или подписные листы, заведомо неправильный подсчет голосов, либо заведомо неправильное установление результатов выборов или итогов референдума, либо нарушение тайны голосования, если эти деяния совершены доверенным лицом кандидата в президенты Республики Казахстан, или доверенным лицом кандидата в депутаты, а равно членом инициативной группы, или избирательной комиссии, или комиссии по проведению референдума,

Актуальность данного исследования связана с повторяющимися при каждом выборах в Казахстане сообщениями международных и национальных наблюдателей, кандидатов и представителей средств массовой информации о фактах грубых нарушений избирательного законодательства и отсутствием должным образом проведенных открытых и справедливых расследований таких случаев. В частности, в Итоговом

отчете Миссии по наблюдению за выборами БДИПЧ/ОБСЕ по результатам наблюдения внеочередных выборов в Мажилис РК 15 января 2012 года сказано:

«Качество подсчета голосов и подведения итогов голосования было оценено значительно ниже в связи с несоблюдением надлежащих процедур и отсутствием прозрачности. Были отмечены значительные нарушения, в том числе серьезные признаки вброса бюллетеней (выделено нами). Во многих случаях наблюдатели были лишены возможности с точностью установить, насколько честно отражался выбор избирателей»¹¹¹.

Мы считаем, что такая ситуация не в последнюю очередь связана с отсутствием эффективного уголовного и административного законодательства защищающего избирательный процесс.

В частности, вызывает недоумение то, что такие деяния, как многократное голосование («карусель») и выдача двух и более бюллетеней для голосования в одни руки является, согласно Кодексу об административных правонарушениях (далее КоАП) РК, только административным правонарушением.

По данным, полученным из Комитета по правовой статистике и специальным учетам Генеральной Прокуратуры РК, в период с 2000 года и за 10 месяцев 2011 года в Казахстане было зарегистрировано всего 6 уголовных дел по ст.146 УК РК (только 1 передано в суд) и 3 уголовных дела по ст.147 УК РК (2 передано в суд).

Все это говорит о наличии серьезной необходимости доработки и совершенствования уголовного законодательства в целях обеспечения защиты фундаментального права граждан голосовать и быть избранным, а также обеспечения свободных и справедливых выборов в Республике Казахстан.

2. Зарубежный опыт. В целом зарубежная практика показывает более широкую уголовно-правовую защиту избирательных прав и процесса. Это выражается как в более широком круге субъектов преступлений, так и в наличии большего количества конкретных составов преступлений. При этом квалифицирующие признаки отличаются конкретностью, лаконичностью изложения и опорой на специфическую терминологию избирательного законодательства.

Так, УК Литовской Республики содержит 4 статьи, в которых имеется 6 составов преступлений. В частности, ст.172 «Воспрепятствование осуществлению избирательных прав либо права участвовать в референдуме»; статья 173 «Фальсификация избирательных документов, документов референдума либо использование фальсифицированного документа выборов либо референдума»; статья 174 «Неправильный подсчет голосов избирателей»; статья 175 «Уничтожение, повреждение, похищение либо сокрытие документа выборов или референдума»; статья 175 «Уничтожение, повреждение, похищение либо сокрытие документа выборов или референдума».

В УК Украины 7 статей, в которых содержится 28 составов преступлений. В числе преследуемых - действия, направленные на воспрепятствование деятельности официального наблюдателя (ст.157 УК), голосование избирателем на избирательном участке более одного раза (ст.158-1 УК), незаконное изготовление или хранение или использование заведомо незаконно изготовленных избирательных бюллетеней, бланков открепительных удостоверений, бюллетеней для голосования на

¹¹¹ Республика Казахстан. Внеочередные парламентские выборы, 15 января 2012 года. Итоговый отчет Миссии по наблюдению за выборами БДИПЧ/ОБСЕ. Стр. 3.

референдуме (ч.1 ст.158 УК), умышленное предоставление членом избирательной комиссии или комиссии по референдуму гражданину возможности проголосовать за другое лицо или проголосовать более одного раза в ходе голосования или предоставление избирательного бюллетеня или бюллетеня для голосования на референдуме лицу, не включенному в список избирателей (граждан, имеющих право участвовать в референдуме) на соответствующем избирательном участке (участке по референдуму), или предоставление избирателю заполненного избирательного бюллетеня (бюллетеня для голосования на референдуме) (ч.8 ст.158 УК).

УК Германии содержит 9 статей, посвященных защите избирательных прав, содержащих 12 отдельных составов преступлений. Достаточно интересными являются трактовки статьи 107а. УК Германии – «Фальсификация результатов выборов»:

(1) Кто участвует в выборах, не имея на это права, или иным образом приводит к неправильному результату выборов или подделывает их результат.

(2) Так же наказывается тот, кто неправильно оглашает результаты выборов или позволяет это сделать.

УК Российской Федерации содержит 4 статьи, содержащие 9 составов преступлений. Объективная сторона соответствующих статей УК РФ характеризуется наличием большого количества альтернативных действий. Например статья 142.1. Фальсификация итогов голосования:

«Включение неучтенных бюллетеней в число бюллетеней, использованных при голосовании, либо представление заведомо неверных сведений об избирателях, участниках референдума, либо заведомо неправильное составление списков избирателей, участников референдума, выражающееся во включении в них лиц, не обладающих активным избирательным правом, правом на участие в референдуме, или вымышленных лиц, либо фальсификация подписей избирателей, участников референдума в списках избирателей, участников референдума, либо замена действительных бюллетеней с отметками избирателей, участников референдума, либо порча бюллетеней, приводящая к невозможности определить волеизъявление избирателей, участников референдума, либо незаконное уничтожение бюллетеней, либо заведомо неправильный подсчет голосов избирателей, участников референдума, либо подписание членами избирательной комиссии, комиссии референдума протокола об итогах голосования до подсчета голосов или установления итогов голосования, либо заведомо неверное (не соответствующее действительным итогам голосования) составление протокола об итогах голосования, либо незаконное внесение в протокол об итогах голосования изменений после его заполнения, либо заведомо неправильное установление итогов голосования, определение результатов выборов, референдума».

3. Анализ составов преступлений, предусмотренных в ст. 146 и 147 УК РК. Статья 146¹¹² Уголовного кодекса Республики Казахстан предусматривает

¹¹² Статья 146 УК РК - Воспрепятствование осуществлению избирательных прав или работе избирательных комиссий

1. Воспрепятствование свободному осуществлению гражданином своих избирательных прав или права участвовать в референдуме, а также незаконное вмешательство в работу избирательных комиссий или комиссий по проведению референдума и воспрепятствование голосованию, исполнению обязанностей, связанных с регистрацией кандидатов, подсчетом голосов и определением результатов голосования на выборах или референдуме, - наказываются штрафам в размере от пятидесяти до ста месячных расчетных показателей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до одного месяца, либо привлечением к общественным работам на срок от ста двадцати до ста восьмидесяти часов, либо исправительными работами на срок до одного года.

2. Те же деяния:

ответственность за воспрепятствование осуществлению избирательных прав или работе избирательных комиссий.

В ранее действовавшем уголовном законодательстве Казахской ССР предусматривалась ответственность за воспрепятствование осуществлению избирательного права, подлог избирательных документов, неправильный подсчет голосов и нарушение тайны голосования, но случаев преступных посягательств на избирательные права граждан зарегистрировано не было. Поэтому этот вид ответственности носил характер не столько практический, сколько политический.

Сегодня **объектом преступления**, предусмотренного частью первой статьи 146 УК, являются избирательные права граждан Республики Казахстан, обеспечивающие им возможность участия в управлении государством, а также нормальная деятельность избирательных комиссий и комиссий республиканского референдума. При квалификации действий по пункту «а» части 2 статьи 146 Уголовного кодекса Республики Казахстан в качестве факультативного (дополнительного) объекта может выступать здоровье граждан.

Объективная сторона преступления, предусмотренного частью первой статьи 146 УК, выражается в воспрепятствовании гражданину Республики Казахстан в осуществлении своих избирательных прав (права избирать и быть избранным), права участвовать в референдуме, в незаконном вмешательстве в работу избирательных комиссий или комиссий по проведению референдума, а также состоит в воспрепятствовании голосованию, исполнению обязанностей, связанных с регистрацией кандидатов, подсчетом голосов и определением результатов голосования на выборах или референдуме.

Само воспрепятствование может выражаться как в активных действиях, и в бездействии: в создании препятствий либо в непредоставлении гражданину Республики Казахстан фактической возможности осуществить свои конституционные права. Здесь следует отметить, что воспрепятствование осуществлению избирательных прав или работе избирательных комиссий (всех уровней), в контексте части первой статьи 146 УК не должно быть соединено с насилием, подкупом, обманом, угрозой. То есть для того, чтобы известные действия квалифицировать по части первой статьи 146 УК, необходимо доказать лишь факт воспрепятствования. Например, по ходу следования избирателей на избирательный участок через речку заинтересованным лицом разбирается мост или выводится из строя паромная переправа. В качестве другого примера можно привести ситуацию, связанную с воспрепятствованием работе избирательной комиссии, когда на избирательном участке умышленно отключается электричество или умышленно не ведется работа по его подключению и т.п.

Для признания преступления оконченным не обязательно, чтобы виновный фактически лишил избирателя возможности участвовать в выборах или в референдуме либо полностью сорвал работу избирательной комиссии, достаточно констатировать

-
- а) соединенные с подкупом, обманом, применением насилия либо с угрозой его применения;
 - б) совершенные лицом с использованием своего служебного положения;
 - в) совершенные группой лиц по предварительному сговору или организованной группой,
- наказываются штрафом в размере от двухсот до пятисот месячных расчетных показателей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от двух до пяти месяцев, либо исправительными работами на срок от одного года до двух лет, либо арестом на срок до шести месяцев, либо ограничением свободы на срок до пяти лет, либо лишением свободы на тот же срок.

совершение им указанных действий, направленных на воспрепятствование осуществлению избирательных прав или работе избирательных комиссий.

Побуждение граждан к отказу от исполнения гражданских обязанностей, в том числе к отказу от осуществления избирательного права, со стороны организаторов, руководителей и активных участников религиозных групп или иных общественных объединений образует состав преступления, предусмотренный частью первой статьи 337 УК.

С субъективной стороны рассматриваемое преступление совершается с прямым умыслом. Виновный сознает, что своими действиями препятствует осуществлению избирательных прав других лиц, а также работе избирательных комиссий, и желает этого.

Мотив и цель на квалификацию рассматриваемого деяния не влияют, но могут учитываться при назначении наказания.

Субъект преступления - вменяемое лицо, достигшее 16-летнего возраста.

Часть вторая рассматриваемой статьи предусматривает ответственность за три квалифицирующих признака. К таким признакам законодатель относит совершение тех же деяний, что предусмотрены частью первой данной статьи, но:

- а) соединенные с подкупом, обманом, применением насилия либо с угрозой его применения;
- б) совершенные лицом с использованием своего служебного положения;
- в) совершенные группой лиц по предварительному сговору или организованной группой.

Подкуп - это предоставление избирателю или кандидату в депутаты, либо члену избирательной комиссии различных выгод имущественного характера.

Избирательной практике прошлого века известен классический случай подкупа, когда кандидат в депутаты дарит каждому избирателю башмак на правую ногу, говоря: «если я буду избран, то отдам вам и левый башмак». В наши дни подкуп может иметь и более изощренные способы, тем более, если он производится в отношении должностного лица избирательной комиссии или комиссии референдума. При этом следует иметь в виду, что совершая подкуп должностного лица названных комиссий, параллельно совершается и другое более тяжкое преступление - дача взятки (часть вторая статьи 312 УК), то есть имеет место совокупность преступлений.

Обман - это способ, при помощи которого виновный вводит в заблуждение избирателя, кандидата в депутаты, члена избирательной комиссии. Вследствие обмана названные лица либо вообще не осуществляют своего избирательного права, либо осуществляют его, но не в соответствии со своей волей. Примером такого обмана может служить сообщение неверной даты выборов, ложных сведений о выдвинутом кандидате, ложное сообщение о готовящемся террористическом акте на кандидата в депутаты или о взрывном устройстве на избирательном участке, что повлияет на решение кандидата в депутаты снять свою кандидатуру или вызовет испуг у членов избирательной комиссии, а впоследствии и отказ от выполнения своих обязанностей на избирательном участке.

По вопросу понятия насилия в юридической литературе существует единство мнений. Поэтому под насилием, охватываемым рассматриваемым составом, следует понимать физическое насилие, которое, как правило, сопряжено с нанесением побоев, ударов, причинением легкого вреда здоровью, незаконным лишением свободы, связыванием и т.п.

Иные, более опасные формы насилия, как то: преступления, наказуемые более строго, чем преступление, предусмотренное частью второй статьи 146 УК, требуют дополнительной квалификации по соответствующим статьям УК.

Кроме того, насилие может быть направлено как против самого лица, участвующего в выборах или избирательном процессе, так и против близких ему людей.

Угроза насилием при воспрепятствовании осуществления избирательных прав или работе избирательных комиссий представляет собой психическое воздействие на потерпевшего, которое способно, по мнению угрожающего, заставить его отказаться от осуществления избирательного права. Угроза в данном преступлении может быть выражена словами, угрожающими действиями, прямо или косвенно. Но независимо от формы выражения угрозы, она должна быть реальной, непосредственной, то есть способной, по мнению угрожающего, сломить волю лица, которое является субъектом избирательного права.

В отличие от ранее действовавшего уголовного законодательства, угроза при совершении рассматриваемого преступления должна быть связана только с насилием. Все иные виды угроз, например, истребление или повреждение имущества, разглашение тайн личной жизни потерпевшего, шантаж расцениваться как угроза, в редакции данного пункта части второй статьи 146 УК, не могут, так как это вытекает из семантики словосочетания «соединенные с: применением насилия либо с угрозой его применения».

Квалификация рассматриваемого преступления по пункту «б» части второй статьи возможна лишь в том случае, если оно совершается специальным субъектом.

В качестве такого субъекта преступления может выступать как должностное лицо, которое постоянно, временно или по специальному полномочию осуществляет функции представителя власти, либо выполняющее организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах местного самоуправления, а также в Вооруженных Силах Республики Казахстан, других войсковых и воинских формированиях Республики Казахстан, так и не должностное лицо, но наделенное специальными служебными полномочиями, которые оно обрело в связи с выполняемой им работой в той или иной организации. При этом следует иметь в виду, что форма собственности организации, где работает рассматриваемое должностное лицо, не имеет значения. Например, ректор (преподаватель) частного учебного заведения заставляет голосовать студентов только за определенного кандидата.

Для квалификации действий виновного по пункту «в» части второй статьи 146 необходимо установить, что воспрепятствование было совершено группой лиц, которые ранее договорились между собой совершить это преступление. В соответствии с частью второй статьи 31 УК, «преступление признается совершенным группой лиц по предварительному сговору, если в нем участвовали лица, заранее договорившиеся о совместном совершении преступления».

Под организованной группой законодатель понимает устойчивую группу лиц, заранее объединившихся для совершения одного или нескольких преступлений (часть третья статьи 31 УК).

В то же время теоретически не исключена возможность совершения этого преступления группой лиц, в которой не все участники группы будут являться субъектами этого преступления, например, в силу малолетства или невменяемости. Можно ли действия лица, принимавшего участие в выполнении объективной стороны данного преступления в составе такой группы, квалифицировать по пункту «в» части второй статьи 146 УК? Здесь следует поддержать позицию тех ученых, которые

отмечают, что преступная группа в уголовно-правовом значении является соучастием, поэтому она может существовать при наличии не менее двух физических лиц, участвовавших в совершении преступления и одновременно являвшихся субъектами преступления. Поэтому не образует преступной группы объединение двух и более фактических участников преступления, из которых лишь одно лицо является субъектом преступления.

Статья 147¹¹³. Фальсификация избирательных документов, документов референдума или неправильный подсчет голосов

Это преступление определяется законодателем как фальсификация избирательных документов или документов референдума, внесение фиктивных записей в бюллетени или подписные листы, заведомо неправильный подсчет голосов, либо заведомо неправильное установление результатов выборов или итогов референдума, либо нарушение тайны голосования.

Объектом преступления являются избирательные права граждан, право участия в референдуме, а также избирательная система Республики Казахстан, гарантирующая свободное волеизъявление избирателей.

В то же время следует отметить, что в уголовно-правовой литературе советского периода при обрисовке объекта аналогичного преступления отдельные ученые отмечали, что «наряду с избирательными правами граждан» нарушается и «порядок проведения выборов».

Справедливости ради следует сказать, что эту точку разделяли далеко не все ученые-криминалисты. Так, М.И. Федоров по этому поводу писал, что «указание на «порядок проведения выборов» не только излишне, но и способно исказить сущность данного преступления как преступления против политических прав граждан. Так, неявка члена избирательной, участковой, окружной комиссии, как и учинение хулиганских действий на избирательном участке, нарушают порядок выборов, но не являются признаками рассматриваемого преступления, так как не препятствуют непосредственно свободному волеизъявлению избирателей».

В юридической литературе по уголовному праву последних лет на этот счёт высказывается суждение, что непосредственным объектом рассматриваемого преступления является «избирательное право, право на участие в референдуме». На наш взгляд, с такой трактовкой непосредственного объекта рассматриваемого преступления вряд ли можно согласиться. Поскольку, если проанализировать суть деяний, составляющих объективную сторону этого преступления (фальсификация

¹¹³ **Статья 147 УК РК - Фальсификация избирательных документов, документов референдума или неправильный подсчет голосов**

Фальсификация избирательных документов или документов референдума, внесение фиктивных записей в бюллетени или подписные листы, заведомо неправильный подсчет голосов, либо заведомо неправильное установленных результатов выборов или итогов референдума, либо нарушение тайны голосования, если эти деяния совершены доверенным лицом кандидата в президенты Республики Казахстан, или доверенным лицом кандидата в депутаты, а равно членом инициативной группы, или избирательной комиссии, или комиссии по проведению референдума,

- наказываются штрафом в размере от двухсот до пятисот месячных расчетных показателей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от двух до пяти месяцев, либо исправительными работами на срок до двух лет, либо лишением свободы на срок до четырех лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет или без такового.

документов избирательных, референдума; неправильный подсчет голосов; неправильное установление результатов выборов, референдума; нарушение тайны голосования), то можно прийти к выводу, что первые три деяния посягают непосредственно на демократический порядок определения результатов голосования, а четвертое - на отношения, составляющие конституционный принцип тайного голосования. Конституционный принцип тайного голосования означает такой способ выражения воли избирателя, при котором его волеизъявление остается неизвестным для других лиц.

Представляется, что статья 147 УК содержит четыре состава преступления, отличающиеся друг от друга по своим объективным признакам.

К их числу следует отнести:

- 1) фальсификацию избирательных документов или документов референдума, внесение фиктивных записей в бюллетени или подписные листы;
- 2) заведомо неправильный подсчет голосов;
- 3) заведомо неправильное установление результатов выборов или итогов референдума;
- 4) нарушение тайны голосования.

Фальсификация избирательных документов или документов референдума, внесение фиктивных записей в бюллетени или подписные листы совершаются в форме действия. К такому выводу можно прийти исходя из толкования слова «фальсификация (лат. falsificare)». В словаре иностранных слов под этим термином понимается «подделывание чего-либо; искажение, подмена чего-либо подлинного ложным, мнимым». В контексте рассматриваемого нами деяния под фальсификацией следует понимать внесение в списки избирателей, избирательные бюллетени, подписные листы, удостоверения на право голосования не по месту жительства и другие документы, связанные с избирательным процессом, заведомо ложных данных либо их изготовление с такими данными. В то же время следует иметь в виду, что ложные данные, внесенные в названные документы, должны реально влиять на результаты выборов (искажать), итоги референдума или создавать угрозу искажения результатов выборов, итогов референдума. В случае, если в избирательные документы будут внесены изменения, которые в принципе не могут повлиять на результаты выборов (референдума), регистрацию кандидатов, то состава этого преступления не будет. Например, в подписном листе членом инициативной группы неправильно были записаны отчества нескольких избирателей, поставивших свою подпись в поддержку кандидата.

Заведомо неправильный подсчет голосов состоит в уменьшении или завышении числа голосов против действительно поданных за того или иного кандидата, или по тому либо иному вопросу референдума. Представляется, что это преступление следует считать оконченным только тогда, когда данные неправильного подсчета голосов попали в официальную итоговую информацию соответствующей избирательной комиссии. Заведомо неправильное установление результатов выборов или итогов референдума предполагает официальное объявление через средств массовой информации искаженных истинных их результатов. Например, объявление победителем вопреки истине кандидата, который фактически проиграл выборы.

Нарушение тайны голосования состоит в нарушении порядка (процесса) голосования с тем, чтобы узнать, как то или иное лицо проголосовало за того или иного кандидата, или за тот либо иной вопрос референдума.

При совершении рассмотренных деяний наступления общественно опасных последствий не требуется, поэтому оконченными эти деяния будут с момента их совершения. Иначе говоря, в данном случае речь идет о формальных составах преступления.

С субъективной стороны все перечисленные деяния могут быть совершены только с прямым умыслом.

Субъектом совершения деяний, предусмотренных статьей 147 УК, может быть лицо, наделенное специальными полномочиями. Круг таких лиц назван непосредственно в данной статье. К ним относятся: доверенные лица кандидата в Президенты Республики Казахстан или доверенные лица кандидата в депутаты, члены инициативной группы или избирательной комиссии, или комиссии по проведению референдума.

4. Соотношение уголовной и административной ответственности за нарушения избирательного законодательства Республики Казахстан. Кодекс об административных правонарушениях РК содержит 20 статей предусматривающих ответственность с сфере выборов. В частности, это статьи 98 – 110-1.

По данным, полученным из Комитета по правовой статистике и специальным учетам Генеральной Прокуратуры РК, в период с 2004 года и по сентябрь 2011 года суды Казахстана рассмотрели в общей сложности 108 административных дел о нарушениях избирательного законодательства¹¹⁴.

Рассматривая с позиции степени тяжести деяния и отрицательного влияния на избирательный процесс, а также целесообразности квалификации в качестве административного правонарушения или уголовного преступления мы распределили все статьи на три группы:

1) Правонарушения которые целесообразно сохранить в качестве административных правонарушений. К таким мы отнесли:

Статья 98. Непредставление избирательной комиссии (комиссии референдума) должностными лицами необходимых сведений и материалов или невыполнение решений комиссии.

Статья 99. Проведение агитации в период ее запрещения.

Статья 102-1. Представление недостоверных данных об избирателях, а также списков избирателей.

Статья 104. Отказ работодателя в предоставлении отпуска для участия в выборах (республиканском референдуме).

Статья 108. Непредставление или неопубликование отчетов о расходовании средств на подготовку и проведение выборов (республиканского референдума).

Статья 106. Изготовление или распространение анонимных агитационных материалов.

Статья 107. Умышленное уничтожение, повреждение агитационных материалов.

Статья 109. Принятие пожертвований кандидатом на выборную государственную должность либо политической партией от иностранных государств, организаций, граждан и лиц без гражданства.

Статья 109-1. Оказание физическими и юридическими лицами услуг кандидатам, политическим партиям без их письменного согласия.

Статья 110-1. Нарушение условий проведения опроса общественного мнения, связанного с выборами

Статья 101. Нарушение прав члена избирательной комиссии (комиссии референдума), доверенного лица и наблюдателя.

Статья 102-3. Осуществление иностранцами, лицами без гражданства, иностранными юридическими лицами и международными организациями деятельности, препятствующей и (или) способствующей выдвижению и избранию кандидатов,

¹¹⁴ См. Приложение 2 к настоящему исследованию.

политических партий, выдвинувших партийный список, достижению определенного результата на выборах.

Данные статьи, по нашему мнению, обоснованно являются административными правонарушениями, так как ущерб, причиняемый этими деяниями, не оказывает большого влияния на результаты выборов. Еще одной причиной, несомненно, является наличие в законе о выборах дополнительных механизмов, восстанавливающих возможное негативное влияние на избирательный процесс, в случае, когда правонарушение совершается кандидатом или политической партией по вышеуказанным правонарушениям. В частности, ст.50 «Закона о выборах в РК» предусматривает наказание кандидата в виде предупреждения, а в случае повторного нарушения отмена регистрации кандидата. Данный механизм оказывает сдерживающий эффект на кандидатов от дальнейшего продолжения совершения других правонарушений или нарушений закона о выборах. Поэтому нет необходимости криминализировать данные деяния. Сказанное выше, тем не менее, не отменяет необходимости уточнения диспозиций указанных статей административного кодекса, однако это выходит за рамки данного исследования и требует отдельного анализа.

2) Правонарушения, целесообразность наличия которых вызывает сомнения.

Статья 100. Распространение заведомо ложных сведений о кандидатах, политических партиях

Статья 105. Нарушение условий проведения предвыборной агитации через средства массовой информации

Статья 100 и 105 не могут существовать и должны быть отменены, так как они очевидно ограничивают свободу выражения мнения и политические дебаты между кандидатами. В стране, где имеется свобода выражения мнения и действуют независимые и свободные СМИ любой кандидат может защититься от ложных сведений обратившись к другим СМИ. Свобода слова и выражения мнения являются лучшей гарантией от ложных сведений. Излишнее «перегружение» СМИ ответственностью ведет только к ограничению в их деятельности путем самоцензуры, и в конечном счете, негативно сказывается на получении неполной информации о кандидатах, партиях избирателями и сокращает свободную конкуренцию в политической сфере.

3) Правонарушения, требующие криминализации.

Статья 108-1. Финансирование избирательной кампании или оказание иной материальной помощи, помимо избирательных фондов.

Статья 110. Непредставление либо неопубликование сведений об итогах голосования или о результатах выборов.

Статья 99-1. Воспрепятствование праву вести предвыборную агитацию.

Статья 102. Нарушение права граждан на ознакомление со списком избирателей.

Статья 102-2. Нарушение требования о равном избирательном праве.

Нарушение требования о равном избирательном праве путем голосования два или более раза или за другого избирателя.

Статья 103. Выдача гражданам избирательных бюллетеней (бюллетеней для голосования) в целях предоставления им возможности голосования за других лиц.

Данные правонарушения следует криминализировать не столько в связи с тем, что они являются более тяжкими по сравнению с другими административными правонарушениями, но и в связи с тем, что они посягают на фундаментальные права и принципы избирательного процесса и причиняют непоправимый вред свободному проведению выборов.

Например, когда кандидат или партия получают финансирование в обход избирательного фонда, это создает неоправданные преимущества для кандидата или

партии при проведении агитации и такое незаконное финансирование, безусловно, влияет на итоговый результат выборов. В процессе использования незаконного финансирования может нарушаться и налоговое законодательство, так как будут производиться незаконные транзакции по изготовлению агитационных материалов, оплате услуг агитаторов и т.п. Поэтому степень негативного воздействия на избирательный процесс правонарушения по статье 108-1 КоАП РК никак не тянет на административное нарушение, а требует более жесткого подхода через уголовное преследование.

Как известно, кульминацией выборов является проведение голосования. В этой связи вызывает недоумение наличие статей КоАП РК 102-2 (Нарушение требования о равном избирательном праве **путем голосования два или более раза или за другого избирателя**) и 103 (Выдача гражданам избирательных бюллетеней в целях предоставления им возможности голосования за других лиц), которые признают такие грубые деяния против выборов мелкими правонарушениями, карающимися только штрафом.

Голосование более одного раза и голосование за других лиц, а равно выдача для этого бюллетеней являются самыми грубыми и опасными формами осуществления фальсификации выборов. В связи с этим данные деяния в обязательном порядке должны быть переведены в разряд уголовных преступлений. В противном случае можно говорить о поощрении фальсификаций в связи с отсутствием эффективной защиты процедуры голосования.

5. Выводы и рекомендации. Анализ составов преступлений, предусмотренных в статьях 146 и 147 УК РК, показал, что данные составы охватывают довольно ограниченный перечень деяний и не включают в себя механизмы защиты многих важных прав и аспектов проведения выборов.

Так, статья 146 не защищает от нарушений прав кандидатов и политических партий. Спектр прав кандидатов и партий, имеющих важное значение для проведения свободных и честных выборов, довольно широк. В уголовно-правовом порядке не защищаются права при выдвижении кандидатов. Например, запугивание, угрозы, физическое насилие, предоставление заведомо недостоверных сведений для недопущения регистрации кандидатов, воспрепятствование проведению региональных собраний, съездов партий по выдвижению кандидатов. Также не преследуются случаи умышленного невключения граждан в списки избирателей, либо умышленное включение граждан в списки избирателей, не имеющих на это право, когда такое деяние совершается должностными лицами местных исполнительных органов (не членами избирательных комиссий).

Также не преследуются действия, воспрепятствующие проведению кандидатами и партиями агитации. Например, умышленное непредоставление помещений для встреч с избирателями, срыв встреч кандидатов с избирателями путем отключение света, ложный вызов аварийных служб, умышленное уничтожение агитационных материалов, совершенное сотрудниками государственных учреждений либо по указанию сотрудников госучреждений и должностных лиц государственных органов, умышленное завышение цен на размещение платной агитации на радио, телевидении и в печатных изданиях.

Статья 147 УК РК не включает с себя в качестве субъекта преступления возможных соучастников - членов вышестоящей избирательной комиссии, должностных лиц государственных органов или государственных учреждений, кандидатов, членов руководящих органов партий.

Отдельно следует отметить, что указанные статьи УК РК не включают составы преступлений, которые мы предложили криминализовать из административных правонарушений в уголовные преступления. В частности, голосование два и более раза либо за другого лица, выдача бюллетеней для незаконного голосования, непредставление либо неопубликование сведений об итогах голосования или о результатах выборов, нарушение права на ознакомление со списком избирателей, финансирование избирательной кампании по мимо избирательных фондов. Отдельно следует ввести состав уголовного преступления «Незаконное изготовление, перевозка, распространение, хранение, незаконная выдача поддельных либо официальных избирательных бюллетеней».

В целях эффективной защиты избирательных прав граждан, кандидатов и политических партий, а равно защиты законности проведения избирательных процедур, предлагаем криминализовать приведенные ниже деяния. При этом считаем, что криминализация статей Уголовного кодекса по защите демократических выборов должна происходить двумя путями – путем криминализации статей КоАП РК и путем введения новых составов уголовных преступлений, ранее не указанных ни в КоАП, ни в УК РК. Также считаем необходимым исключить из КоАП РК статьи, ограничивающие свободу выражения мнения и конкуренцию кандидатов и партий, а также средств массовой информации.

1. Правонарушения, содержащиеся в КоАП РК, требующие криминализации путем перевода в состав уголовных преступлений:

Статья 108-1. Финансирование избирательной кампании или оказание иной материальной помощи, помимо избирательных фондов.

Статья 110. Непредставление либо неопубликование сведений об итогах голосования или о результатах выборов.

Статья 99-1. Воспрепятствование праву вести предвыборную агитацию.

Статья 102. Нарушение права граждан на ознакомление со списком избирателей.

Статья 102-2. Нарушение требования о равном избирательном праве.

Нарушение требования о равном избирательном праве путем голосования два или более раза или за другого избирателя.

Статья 103. Выдача гражданам избирательных бюллетеней (бюллетеней для голосования) в целях предоставления им возможности голосования за других лиц.

2. Криминализации путем введения новых составов уголовных преступлений, ранее не указанных ни в КоАП, ни в УК РК:

Запугивание, угрозы, физическое насилие, предоставление заведомо недостоверных сведений для недопущения регистрации кандидатов, воспрепятствование проведению региональных собраний, съездов партий по выдвижению кандидатов.

Умышленное невключение граждан в списки избирателей, либо умышленное включение граждан в списки избирателей не имеющих на это право когда такое деяние совершается должностными лицами местных исполнительных органов (не членами избирательных комиссий).

Деяствия, воспрепятствующие проведению кандидатами и партиями агитации. Умышленное непредоставление помещений для встреч с избирателями, срыв встреч кандидатов с избирателями путем отключение света, ложный вызов аварийных служб, ложное сообщение об актах терроризма с целью срыва встречи с избирателями, умышленное уничтожение агитационных материалов совершенное сотрудниками государственных учреждений либо по указанию сотрудников госучреждений и должностных лиц государственных органов, умышленное завышение цен на размещение платной агитации на радио, телевидении и в печатных изданиях.

Включение в статью 147 УК РК в качестве субъекта преступления возможных соучастников - членов вышестоящей избирательной комиссии, должностных лиц

государственных органов или государственных учреждений, кандидатов, членов руководящих органов партий.

Отдельно следует ввести состав уголовного преступления незаконное изготовление, перевозка, распространение, хранение, незаконная выдача поддельных либо официальных избирательных бюллетеней.

3. Правонарушения, которые следует вывести из состава административных правонарушений.

Статья 100. Распространение заведомо ложных сведений о кандидатах, политических партиях.

Статья 105. Нарушение условий проведения предвыборной агитации через средства массовой информации.

Об уголовной ответственности юридических лиц

Не только в Казахстане, но и в России идут дебаты по данной теме. В 2011 году представители прокуратуры и администрации публично подтвердили, что инициативы о введении уголовной ответственности юридических лиц в Уголовный кодекс России поддержаны не будут. Но дискуссии продолжаются, что, в общем неплохо и позволяет разобраться в предмете.

На этот счет есть много интересных исследований известных американских авторов. Статьи полезны тем, что они объективны и анализируют все за и против, в том числе Конвенцию ОЭСР 1997 по предупреждению подкупа иностранных должностных лиц, которая часто используется сторонниками введения уголовной ответственности компаний, хотя уголовная ответственность по Конвенции вовсе необязательна. Связано это с тем, что привлечение к уголовной ответственности в США имеет место только на бумаге, на деле же такая не применяется из-за боязни ликвидации законопослушных компаний (именно это по признанию суда имело место в нашумевшем случае с аудиторской компании Артур Андерсен). В результате, в США ограничиваются только досудебным урегулированием, когда прокуроры предлагают компаниям платить штрафы под страхом прекращения деятельности. При этом, есть обратная сторона медали. Отмечается, что даже невинные компании соглашались на штрафы из-за боязни ущерба репутации, что вызывает волну возмущений.

В отношении предложений о введении в правовую систему Казахстана (и Российской Федерации) уголовной ответственности юридических лиц¹¹⁵ есть несколько замечаний.

1. Предложения основываются на утверждении о том, что такой институт действует во многих странах. В качестве примеров, на которые следует равняться, часто названы Латвия, Турция, Венгрия. Имеются ссылки на другие страны, без перечисления.

В этой связи, следует помнить о том, что законодательство Германии, во многом схоже с законодательством Казахстана и России, категорически отвергает концепцию уголовной ответственности юридических лиц, как не вписывающуюся в традиции германского права.

Умалчивается, что США, примеру которых следуют государства, учреждающие уголовную ответственность, по сути, отказались от реализации данной концепции. В США идет серьезная дискуссия, отвергающая уголовную ответственность юридических лиц как таковую. В основе лежит обеспокоенность серьезными непоправимыми ошибками, имеющими место на практике. Одной из таких ошибок является ликвидация аудиторской компании «Артур Андерсон». Судебная система признала ошибку, хотела бы ее исправить, но поезд ушел. Компания с многолетней историей и многотысячным коллективом ликвидирована безвозвратно. Вопрос компенсаций, потерпевшим от

¹¹⁵ Например, статья Смирнова, старшего инспектора следственного комитета РФ, кандидата юридических наук под названием «Основные направления развития уголовного законодательства в области защиты корпоративных отношений».

незаконного решения, еще предстоит решать (одних работников на названной компании было свыше 30,000 человек).

Наиболее частым повторяющимся примером государства, учредившего уголовную ответственность юридических лиц, называется Франция. Однако, и здесь не все благополучно. Применение положений французского законодательства на практике осложняется неустранимыми недостатками формулировок, которые не удается скорректировать официальным толкованием на протяжении долгих лет.

Если с элементами состава преступления, совершенного физическим лицом более-менее все ясно, то с юридическим лицом все обстоит намного сложнее. Слишком много оценочных суждений, что создает условия для злоупотреблений.

В США уголовная ответственность де-юре существует, но де-факто не применяется. Заключаются договоры, по которым компании сознательно платят оговоренную сумму, в обмен на снятие обвинений, чтобы избежать более затратных процедур.

Часто ответственность компаний исключается вообще – при наличии утвержденных корпоративных процедур, направленных на предотвращение преступлений.

Суммируя все вышеизложенное, эффект уголовной ответственности юридических лиц, прямо скажем, небольшой.

Но это в цивилизованных юрисдикциях, с независимым судом. Нетрудно предугадать в какие коррупционные торги выльется решение аналогичных вопросов, например, в Казахстане и России.

Независимо от того, предлагается уголовная ответственность юридических лиц по недомыслию или намеренно, такое предложение принимать не следует.

Без тщательного анализа всех за и против в этом вопросе, реализация подобным мер в условиях нашей действительности, таит риски массы негативных последствий, включая коррупционные правонарушения и тоже самое рейдерство.

2. Часто утверждается, что сформировался новый вид преступности – преступность юридических лиц с которым следует бороться. Конечно же, в подтверждение сказанного не приводится никаких аргументов. Мало сказать, что таких быть не может в принципе. Юридическое лицо является лишь инструментом реализации воли физических лиц, которые могут действовать во благо общественным интересам, и вопреки им. Именно физические лица совершают преступления. В противном случае, можно дойти до обвинения автомобиля, а не его водителя в совершении дорожно-транспортных происшествий.

Ссылки авторов на корпоративную коррупционную преступность и корпоративную экологическую преступность не добавляют аргументов.

3. Часто встречающиеся утверждения о несоответствии законодательства в области противодействия преступности юридических лиц мировым стандартам не выдерживает никакой критики, поскольку никаких стандартов попросту нет. Международными нормами рекомендуется с учетом особенностей национального законодательства предусматривать ответственность юридических лиц, которая может быть, в зависимости от этих особенностей, либо уголовной, либо административной, либо гражданско-правовой.

Нет необходимости доказывать очевидный факт, что отсутствие уголовной ответственности юридических лиц в нашем законодательстве с лихвой компенсируется

нормами, содержащимися в гражданском, административном и ином законодательстве, которое позволяет, как нигде в другом государстве:

- контролировать деятельность юридических лиц;
- парализовать деятельность юридических лиц многочисленными проверками;
- лишить юридическое лицо возможности осуществления уставной деятельности путем отъема лицензий, или приостановления деятельности;
- ликвидировать юридическое лицо, в связи с деятельностью с нарушениями, независимо от того являются ли они действительными или приписываемыми.

Неверно утверждение, что наше законодательство не предусматривает всего спектра санкций адекватных общественной опасности.

Думается, что в условиях нынешней ситуации должны приниматься меры для того, чтобы ликвидировать излишне многочисленные основания для препятствия развитию свободного рынка, а не устанавливать дополнительные препоны, способные еще больше развязать руки недобросовестным лицам, жаждущим обогащения за чужой счет.

4. Не соответствует действительности встречающееся утверждение о том, что отсутствует возможность установления обстоятельств причастности юридического лица к событию преступления в рамках административного производства. Любому мало-мальски знакомому с особенностями деятельности правоохранительных органов известно, что законодательство позволяет возбуждать не административные, а уголовные дела по факту предполагаемого преступления, без идентификации физического или юридического лица. В рамках возбужденного «по факту» уголовного дела, вне зависимости от того, законно оно или нет, правоохранительным органам предоставлены неограниченные полномочия по вторжению в офисы компании, обыску и изъятию документов, аресту счетов, осуществлению других процессуальных действий и действий, не имеющих никакого отношения к процессуальным.

5. По-сути, и как правило, уголовная ответственность юридических лиц является дополнительной (или подчиненной) к ответственности физических лиц. Сказанное означает, что при установлении вины в совершении уголовного преступления конкретного физического лица, ответственность может быть также возложена на юридические лица. Достаточно, чтобы конкретный гражданин совершивший преступление, выполнял определенные функции в силу занимаемой должности либо по поручению.

Многие юрисдикции видят ущербность данной формулы и устанавливают ответственность юридических лиц только для тех случаев, когда компенсация убытков не под силу конкретному физическому лицу. Подобная форма обеспечения возмещения вреда вряд ли требуется нашему законодательству, которое для подобных случаев предусматривает специальную процессуальную фигуру гражданского ответчика, тем более, для случаев опасных производств и источников повышенной опасности.

6. О каких видах уголовного наказания юридических лиц, в принципе, идет речь. Это обычно:

- штраф;
- мониторинг юридического лица;
- запрет на осуществление определенных действий;
- ликвидация.

Нашим юридическим лицам это может только сниться. Представьте себе – никакой контролирующий орган не стучится в дверь с контрольными функциями без приговора уголовного суда.

Нет необходимости говорить о том, что все вышеназванные виды ответственности с лихвой представлены в нашем законодательстве, и смена названия с административного на уголовное вряд ли приведет к большему правопорядку.

7. Характерно, что предложение об уголовной ответственности юридических лиц не распространяется на органы государственной власти. Очевидно, что иное способно привести к ликвидации институтов государственной власти.

Однако, если есть обеспокоенность в отношении институтов государственной власти, почему нет обеспокоенности в отношении институтов рыночной экономики в стране. Вопрос о том, насколько такой подход отвечает принципам, заложенным в Конституции и УК, требует отдельного исследования.

8. Давайте попробуем представить, что заинтересованное лицо направляет в штат конкурента своего человека, с целью совершения определенных действий. Вопрос устранения конкурента уголовно-правовыми средствами становится только вопросом цены. Вся тяжесть ответственности юридического лица фактически будет возложена на добросовестных акционеров (участников), работников предприятий и их семей, контрагентов, бюджет и т.д.

9. Концептуальные сложности ведения уголовной ответственности юридических лиц, сложности с формулировками, сложности с реализацией процессуальных прав, непредсказуемые последствия введения такой ответственности - не позволяют принять решение без предварительного, во всех деталях, изучения зарубежной практики как «положительной», которую авторы исследовали, судя по всему до конца, так и негативной, о которой авторы даже не упоминают.

В противном случае, реализация данной меры в условиях нанешней действительности будет означать ведение нового эффективного способа перераспределения собственности, поскольку закон направлен в конечном счете против собственности учредителей, которым и будет причинен основной вред.

Комментарии к положениям проектов Уголовного кодекса и Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, касающимся прав детей и правосудия для несовершеннолетних

1. ВВОДНАЯ ЧАСТЬ

Данные Комментарии подготовлены Представительством ЮНИСЕФ в Республике Казахстан

Предмет их рассмотрения ограничен проектами Уголовного кодекса и Уголовно-процессуального Кодекса Республики Казахстан (далее в тексте: “УК РК” и “УПК РК,” соответственно), и не распространяется на иное законодательство и законопроекты РК в сфере прав ребенка и смежных областях. Данные Комментарии рассматривают положения проектов УК и УПК РК в свете применимых положений международных договоров, участником которых является РК, и вследствие этого обязательных к исполнению со стороны РК. Комментарии также ссылаются на международные стандарты, не имеющие обязательной силы (в т.ч. положения международных договоров, государством-участником которых РК не является, и положения инструментов рекомендательного характера), а также на мировую положительную практику, в качестве источников дополнительной информации, которая может быть принята к сведению властями РК при доработке проектов УК и УПК.

Республика Казахстан является государством-участником Конвенции ООН о правах ребенка,¹¹⁶ а также ряда тематических и иных инструментов, имеющих отношение к предмету данных Комментариев, из которых следует отметить Конвенцию ООН против транснациональной организованной преступности,¹¹⁷ Протокол о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее, дополняющий Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности¹¹⁸ (далее в тексте: “Палермский протокол”) и Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии¹¹⁹ (далее в тексте: “ФП к КТР”).

2. РЕКОМЕНДАЦИИ

1. Рекомендуются пересмотреть определение ст. 131 проекта УК РК торговли людьми, четко разграничив само деяние, средства воздействия и цель, и предусмотрев эксплуатацию как конечную цель торговли людьми.
2. Рекомендуются заменить слова “купля-продажа или совершение иных сделок” на полный спектр средств воздействия в соответствии со ст. 3 Палермского протокола, т.е. угрозу силой или ее применение, другие формы принуждения, похищение, мошенничество, обман, злоупотребление властью или уязвимостью положения, подкуп, в виде платежей или выгод, для получения согласия лица, контролирующего другое лицо.

¹¹⁶ Ратифицирована РК 12 августа 1994 г.

¹¹⁷ Ратифицирована РК 31 июля 2008 г.

¹¹⁸ РК присоединилась 31 июля 2008 г.

¹¹⁹ Ратифицирован РК 24 августа 2001 г.

3. Рекомендуется добавить получение лица к его “вербовк[е], перевозк[е], передач[е], укрывательств[у].”
4. Рекомендуется прямо указать в тексте ст. 131 проекта УК РК, что согласие потерпевшего от торговли людьми на запланированную эксплуатацию не принимается во внимание, если было использовано любое из вышеуказанных средств воздействия.
5. Настоятельно рекомендуется отразить в ст. 131 проекта УК РК положение ст. 3(с) Палермского протокола о том, что “вербовка, перевозка, передача, укрывательство или получение ребенка для целей эксплуатации считаются 'торговлей людьми' даже в том случае, если они не связаны с применением какого-либо из средств воздействия.”
6. В случае совершения деяния торговли людьми в отношении несовершеннолетнего рекомендуется предусмотреть, помимо эксплуатации, еще и конечную цель неправомерного склонения к усыновлению ребенка, даже если эксплуатация не имела места. В связи с этим, рекомендуется также конкретизировать спектр применения ст. 138 проекта УК РК (Незаконная деятельность по усыновлению (удочерению)) с тем, чтобы принуждение либо иное неправомерное склонение к усыновлению было наказуемо как торговля несовершеннолетними.
7. С целью усиления системы своевременного оповещения об обоснованном подозрении на факты насилия или ненадлежащего исполнения обязанностей по обеспечению безопасности жизни и здоровья детей рекомендуется также законодательно предусмотреть обязанность оповещения для ряда профессий, как и уголовную ответственность за неоповещение.
8. Рекомендуется пересмотреть ст. 112 проекта УК РК (Побои) и ввести в качествеотягающего обстоятельства причинение побоев малолетнему.
9. Рекомендуется дать определение “вовлечения в занятие проституцией” в ст. 136 проекта УК РК с тем, чтобы обеспечить уголовную наказуемость предложения, получения, передачи или предоставления несовершеннолетнего для целей проституции в соответствии с ФП к КПР.
10. Рекомендуется дать четкое определение детской порнографии в соответствии со ст. 2 ФП к КПР, определяющей детскую порнографию как “любое изображение какими бы то ни было средствами ребенка, совершающего реальные или смоделированные откровенно сексуальные действия, или любое изображение половых органов ребенка главным образом в сексуальных целях.” При формулировке определения важно обеспечить уголовную наказуемость не только реальных, но и смоделированных действий сексуального характера, а также цель изображения (последнее с тем, чтобы исключить уголовное преследование за, например, изображение половых органов в медицинских или научных целях).
11. Настоятельно рекомендуется привести положения ст. 324 проекта УК РК в соответствие с ФП к КПР (и, по возможности, Конвенции Совета Европы о защите детей от сексуальной эксплуатации и сексуального насилия) путем введения уголовной ответственности за производство, распределение, распространение, импорт, экспорт, предложение, продажу или хранение детской порнографии, а также преднамеренный доступ к детской порнографии, безотносительно к факту пересечения государственной границы.
12. Рекомендуется законодательно закрепить обязанность юридических лиц, предоставляющих сети и услуги электронных коммуникаций, сообщать в правоохранительные органы о фактах нарушения законодательства о детской порнографии, а также установить ответственность за несоблюдение данной обязанности.
13. Вызывает сомнения включение слов “по необходимости” в текст ст. 350 проекта УПК РК в части, касающейся вызова родителей или иных законных представителей несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля. Настоятельно рекомендуется пересмотреть данную формулировку с тем, чтобы обеспечить право любого несовершеннолетнего на присутствие родителя или иного законного представителя.
14. Рекомендуется дополнить ст. 154 проекта УПК РК, обеспечив право заявления о

- наложении запрета на приближение к потерпевшему также законным представителям несовершеннолетних потерпевших.
15. Рекомендуется ввести в текст проекта УПК РК положений, обеспечивающих малолетним потерпевшим и свидетелям право на получение информации относительно организационных моментов уголовного процесса, роли ребенка в данном процессе и доступных службах помощи на понятном малолетнему языку и в доступной форме.
 16. Рекомендуется разработать и принять специальный законодательный акт комплексного характера, предусматривающий создание мультидисциплинарного координирующего органа по профилактике правонарушений, выделение адресных бюджетных средств, и разработку и исполнение периодических планов действий по борьбе с правонарушениями несовершеннолетних. Подобные планы, в частности, должны включать в себя ряд мер, таких, как анализ проблематики в данной сфере и оценку потребностей, в т.ч. образовательных, и создание общинных служб и программ.
 17. Рекомендуется включить в ст. 73 проекта УК РК положения, обеспечивающие предпочтительность вынесения судом решения об освобождении от уголовной ответственности в случае совершения уголовного правонарушения несовершеннолетним. При этом, настоятельно рекомендуется предусмотреть возможность поручительства не только со стороны физических лиц, но и соответствующих общинных служб. При рассмотрении вопроса о поручительстве рекомендуется обязать суд оценить личность потенциального поручителя на предмет соответствия данной роли и, в случае отрицательной оценки, рассмотреть возможность передачи несовершеннолетнего на поруки общинной службе.
 18. Настоятельно рекомендуется ввести в текст проекта УПК РК прямое указание на возможность избрания меры пресечения в виде содержания несовершеннолетнего под стражей исключительно в качестве крайней меры, после проведения тщательной оценки риска и при наличии высокой степени уверенности в том, что любая другая мера пресечения окажется неэффективной.
 19. Настоятельно рекомендуется пересмотреть ст. 136 проекта УПК РК с тем, чтобы обеспечить неприменение содержания под стражей исключительно на основании тяжести предъявляемого обвинения.
 20. Рекомендуется ввести в проект УПК РК отдельное требование незамедлительного уведомления родителей или опекунов несовершеннолетнего подозреваемого о его задержании.
 21. Рекомендуется дополнить проект УПК РК положениями, подробно расписывающими такие аспекты права несовершеннолетнего на конфиденциальность, как ограничение доступа к материалам дела, с исчерпывающим перечнем лиц, которым доступ разрешен.
 22. Настоятельно рекомендуется предусмотреть в УПК РК требование комплексной социально-психологической экспертизы несовершеннолетнего и обязать суд принимать во внимание ее результаты при постановке приговора и вынесении меры наказания.
 23. Рекомендуется прямо упомянуть в тексте соответствующих положений проекта УПК РК обязанность суда соизмерять наказание “не только с обстоятельствами и тяжестью правонарушения, но и с положением и потребностями несовершеннолетнего, а также с потребностями общества.”
 24. Рекомендуется пересмотреть формулировку ст. 501 проекта УПК РК с тем, чтобы предпочтение, по возможности, отдавалось условному осуждению или назначению наказания, не связанного с лишением свободы.
 25. Рекомендуется прямо увязать принятие решения об избрании принудительных мер воспитательного воздействия в ст. 502 проекта УПК РК, а также избрания мер пробационного контроля (возможно, внеся дополнение в ст. 501 проекта УПК РК), с результатами комплексной социально-психологической экспертизы и обязать суд отдавать предпочтение принудительным мерам воспитательного воздействия, если их потенциальная результативность поддерживается итогами комплексной

социально-психологической экспертизы. Что касается последней, рекомендуется, чтобы она была не изолированным действием, а ложилась в основу долговременного социально-психологического сопровождения несовершеннолетнего.

26. Рекомендуется продолжать развитие восстановительного правосудия, основанного на принципах вовлечения всех сторон и добровольности участия. В частности, возможна апробация иных, чем примирение сторон, реституционных процессов, как, например, семейные групповые конференции. Важно помнить, что восстановительное правосудие не касается лишь досудебных или внесудебных практик, но может применяться и по решению суда. К примеру, такой вид реституционного процесса, как комиссии воздействия на потерпевших (victim impact panels) применяется в основном по решению суда для того, чтобы довести до сознания осужденного все последствия имевшего места противозаконного деяния.
27. Рекомендуется уделять особое внимание выделению адресных бюджетных средств, а также продвижению социального партнерства с негосударственным сектором в области осуществления реституционных программ.
28. Рекомендуется четко расписать на законодательном уровне нормы, касающиеся хранения документации о реституционных процессах и доступа к ней.
29. Рекомендуется дальнейшее развитие системы пробации, в т.ч. введение дифференцированных видов пробационного контроля для обеспечения наиболее полного соответствия характера надзора за несовершеннолетним потребностям данного несовершеннолетнего и общества.
30. Рекомендуется вернуть в законодательство понятие усиленного пробационного контроля во избежание ситуации, где, за неимением дополнительных средств воздействия на условно осужденных, суды принимали бы постановления об отмене условного осуждения и назначении наказания в отношении большинства нарушивших пробационный контроль.
31. Если законодателем РК будет принято решение о принятии специального закона о пробации, в данном законе рекомендуется детально урегулировать вопрос о необходимости проведения дополнительных мер воздействия на условно осужденного, чье поведение нельзя квалифицировать как злостно нарушающее возложенные судом обязанности, отдавая решение по данному вопросу в сферу компетенции коллегиального органа по надзору за исполнением пробационного контроля.
32. Рекомендуется внести дополнения в существующее законодательство (например, касающееся социальной сферы) касательно мер по защите несовершеннолетних младше возраста уголовной ответственности, вовлеченных в преступную деятельность, и с антисоциальным поведением, что внесет свой вклад в дело предупреждение правонарушений среди несовершеннолетних. При этом, если у ребенка есть родители или замещающие их лица, должны быть предприняты усилия к тому, чтобы не разлучать ребенка с ними, например, путем назначения социального работника для коррекции воспитания в семье.

3. АНАЛИЗ ОТДЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ ЗАКОНОПРОЕКТОВ

3.1. ПРЕСТУПЛЕНИЯ В ОТНОШЕНИИ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ

3.1.1 Торговля несовершеннолетними

Как указано в Вводной части к данным Комментариям, Республикой Казахстан ратифицированы важнейшие международные инструменты в области борьбы с торговлей людьми, такие, как Конвенция ООН против транснациональной организованной преступности, Палермский протокол и ФП к КПП. Приветствуется, что определение торговли людьми в ст. 131 проекта УК содержит такие основные элементы торговли людьми, как вербовка, перевозка, передача и укрывательство людей. Также приветствуется, что проект УК¹²⁰ содержит определение эксплуатации. Наконец, достойно похвалы то, что проект УК не ограничивается международной торговлей людьми, а преследует и траффикинг без пересечения государственной границы.

Тем не менее, ст. 131 проекта УК пока еще не полностью соответствует положениям Палермского протокола.¹²¹ В частности, в статье отсутствует четкое разграничение на деяние (например, вербовка или укрывательство), средства воздействия и конечную цель. В результате, из определения торговли людьми как “купл[и]-продаж[и] или совершени[я] иных сделок в отношении лица, а равно его эксплуатаци[и] либо вербовк[и], перевозк[и], передач[и], укрывательств[а], а также совершени[я] иных деяний в целях эксплуатации” неясно, будет ли деяние квалифицироваться как торговля людьми, если лицо стало жертвой эксплуатации, например, путем принуждения или обмана. Хотя может показаться, что включение слов “совершение иных деяний в целях эксплуатации” частично восполняет данный пробел, подобная формулировка недостаточно четка и поэтому входит в конфликт с принципом законности, требующим максимально четкой формулировки норм права.

По этой причине, рекомендуется пересмотреть определение ст. 131 торговли людьми, четко разграничив само деяние, средства воздействия и цель, и предусмотрев эксплуатацию как конечную цель торговли людьми. Рекомендуется также заменить слова “купля-продажа или совершение иных сделок” на полный спектр средств воздействия в соответствии со ст. 3 Палермского протокола, т.е. угрозу силой или ее применение, другие формы принуждения, похищение, мошенничество, обман, злоупотребление властью или уязвимостью положения, подкуп, в виде платежей или выгод, для получения согласия лица, контролирующего другое лицо. Рекомендуется также добавить получение лица к его “вербовк[е], перевозк[е], передач[е], укрывательств[у].” Наконец, что особенно важно, рекомендуется прямо указать, что

¹²⁰ Ст. 128 проекта УК РК (“использование принудительного труда, занятия проституцией другим лицом или иных оказываемых им услуг в целях присвоения виновным полученных доходов, а равно осуществление им полномочий собственника в отношении лица, которое по независящим от него причинам не может отказаться от выполнения работ или услуг.”)

¹²¹ Протокол о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее, дополняющий Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности, ст. 3(а) (“‘торговля людьми’ означает осуществляемые в целях эксплуатации вербовку, перевозку, передачу, укрывательство или получение людей путем угрозы силой или ее применения или других форм принуждения, похищения, мошенничества, обмана, злоупотребления властью или уязвимостью положения, либо путем подкупа, в виде платежей или выгод, для получения согласия лица, контролирующего другое лицо. Эксплуатация включает, как минимум, эксплуатацию проституции других лиц или другие формы сексуальной эксплуатации, принудительный труд или услуги, рабство или обычаи, сходные с рабством, подневольное состояние или извлечение органов”).

согласие потерпевшего на запланированную эксплуатацию не принимается во внимание, если было использовано любое из вышеуказанных средств воздействия.¹²²

Что касается конкретно торговли несовершеннолетними, то проект УК, хотя и предусматривает совершение данного деяния в отношении несовершеннолетнего какотягчающее обстоятельство, тем не менее, не полностью отражает особую уязвимость данной категории потерпевших. Так, в соответствии со ст. 3(с) Палермского протокола «вербовка, перевозка, передача, укрывательство или получение ребенка для целей эксплуатации считаются 'торговлей людьми' даже в том случае, если они не связаны с применением какого-либо из средств воздействия,» и настоятельно рекомендуется отразить данное положение в ст. 131 проекта УК РК. Помимо этого, в случае совершения деяния торговли людьми в отношении несовершеннолетнего рекомендуется предусмотреть, в соответствии со статьей 3(1) ФП к КПР,¹²³ помимо эксплуатации, еще и конечную цель неправомерного склонения к усыновлению ребенка, даже если эксплуатация не имела места. В связи с этим, рекомендуется также конкретизировать спектр применения ст. 138 проекта УК (Незаконная деятельность по усыновлению (удочерению)) с тем, чтобы принуждение либо иное неправомерное склонение к усыновлению было наказуемо как торговля несовершеннолетними.

3.1.2. Насилие в отношении несовершеннолетних

Проектом УК предусмотрена уголовная ответственность за ряд деяний, сопряженных с применением насилия в отношении несовершеннолетних, ненадлежащим исполнением обязанностей по обеспечению безопасности детей либо иным недосмотром. Так, уголовно наказуемы заведомое оставление без помощи лица «лишенного возможности принять меры к самосохранению по малолетству» (ст. 122), злостное уклонение от уплаты средств на содержание детей (ст. 140), неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей по воспитанию несовершеннолетнего родителем, иным лицом, на которое возложены эти обязанности, или работником учреждения, обязанного осуществлять надзор за несовершеннолетним (ст. 141), ненадлежащее исполнение обязанностей по обеспечению безопасности жизни и здоровья детей (ст. 142), оставление ребенка в безлюдных местах или при условиях, опасных для его жизни и здоровья (ст. 144). С целью усиления системы своевременного оповещения об обоснованном подозрении на факты насилия или ненадлежащего исполнения обязанностей по обеспечению безопасности жизни и

¹²² Там же, ст. 3(b) («согласие жертвы торговли людьми на запланированную эксплуатацию, о которой говорится в подпункте (а) настоящей статьи, не принимается во внимание, если было использовано любое из средств воздействия, указанных в подпункте (а).»)

¹²³ **Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии, ст. 3(1)** («Каждое государство-участник обеспечивает, чтобы, как минимум, следующие деяния и виды деятельности были в полной мере охвачены его криминальным или уголовным правом, независимо о того, были ли эти преступления совершены на национальном или транснациональном уровне или в индивидуальном или организованном порядке:

а) в контексте торговли детьми, определяемой в статье 2:

i) предложение, передача или получение какими бы то ни было средствами ребенка с целью:

а. сексуальной эксплуатации ребенка;
b. передачи органов ребенка за вознаграждение;
с. использования ребенка на принудительных работах;

ii) неправомерное склонение, в качестве посредничества, к согласию на усыновление ребенка в нарушение применимых международно-правовых актов, касающихся усыновления.»)

здоровья детей рекомендуется также законодательно предусмотреть обязанность оповещения для ряда профессий, и уголовную ответственность за неоповещение. Несмотря на то, что ст. 364 проекта УК предусматривает уголовную ответственность за недонесение о преступлении, ее положения распространяются лишь на особо тяжкие преступления либо готовящиеся террористические акты, и таким образом неприменимы в контексте борьбы с насилием в отношении детей. Рекомендуется также пересмотреть ст. 112 проекта УК РК (Побои) и ввести в качестве отягчающего обстоятельства причинение побоев малолетнему.

3.1.3. Сексуальная эксплуатация несовершеннолетних и детская порнография

Приветствуется, что проект УК РК содержит широкий спектр положений, криминализирующих деяния, связанные с сексуальной эксплуатацией несовершеннолетних. Так, уголовно наказуемы вовлечение несовершеннолетнего в занятие проституцией (ст. 136) и изготовление и оборот материалов или предметов с порнографическими изображениями несовершеннолетних (ст. 324), а также изнасилование (ст. 123), насильственные действия сексуального характера в отношении несовершеннолетнего (ст. 124), половое сношение в отношении лица, не достигшего 16 лет (ст. 125) и развращение малолетних (ст. 127).

Тем не менее, положения, касающиеся вовлечения в занятие проституцией и детской порнографии, нуждаются в дальнейшем пересмотре. Так, рекомендуется дать определение “вовлечения в занятие проституцией” в ст. 136 проекта УК с тем, чтобы обеспечить уголовную наказуемость предложения, получения, передачи или предоставления несовершеннолетнего для целей проституции в соответствии с ФП к КПР.¹²⁴

Также, ст. 324(1) криминализирует “изготовление, хранение или перемещение через Государственную границу Республики Казахстан в целях распространения, публичной демонстрации или рекламирования либо распространение, публичная демонстрация или рекламирование материалов или предметов с порнографическими изображениями несовершеннолетних.” Тем не менее, нигде в УК не дается определения того, что составляет “порнографические изображения несовершеннолетних,” что создает неясность в плане применения ст. 324 УК и находится в конфликте с принципом законности. В связи с этим, рекомендуется дать четкое определение детской порнографии с соответствием со ст. 2 ФП к КПР, определяющей детскую порнографию как “любое изображение какими бы то ни было средствами ребенка, совершающего реальные или смоделированные откровенно сексуальные действия, или любое изображение половых органов ребенка главным образом в сексуальных целях.” При формулировке определения важно обеспечить уголовную наказуемость не только реальных, но и смоделированных действий сексуального характера, а также цель изображения (последнее с тем, чтобы исключить уголовное преследование за, например, изображение половых органов в медицинских или научных целях).

Также, не вполне ясно, почему перемещение через государственную границу должно быть уголовно наказуемо, в то время как внутреннее распространение выпадает из поля действия УК. Настоятельно рекомендуется привести положения ст. 324 проекта

¹²⁴ Там же (“Каждое государство-участник обеспечивает, чтобы, как минимум, следующие деяния и виды деятельности были в полной мере охвачены его криминальным или уголовным правом, независимо от того, были ли эти преступления совершены на национальном или транснациональном уровне или в индивидуальном или организованном порядке: [...] b) предложение, получение, передача или предоставление ребенка для целей детской проституции.”)

УК РК в соответствии с ФП к КПр¹²⁵ (и, по возможности, Конвенции Совета Европы о защите детей от сексуальной эксплуатации и сексуального насилия¹²⁶) путем введения уголовной ответственности за производство, распределение, распространение, импорт, экспорт, предложение, продажу или хранение, а также преднамеренный доступ к детской порнографии, безотносительно к факту пересечения государственной границы.

Наконец, запрет на детскую порнографию не подкреплён действенным механизмом ее обнаружения, что особенно релевантно в контексте Интернет-порнографии. В связи с этим, рекомендуется законодательно закрепить обязанность юридических лиц, предоставляющих сети и услуги электронных коммуникаций, сообщать в правоохранительные органы о фактах нарушения законодательства о детской порнографии, а также установить ответственность за несоблюдение данной обязанности. Законодательство США может послужить источником положительной практики в данном отношении.¹²⁷

3.1.4. Защита прав несовершеннолетних потерпевших и свидетелей

Проект УК РК содержит ряд положений, нацеленных на защиту прав несовершеннолетних потерпевших и свидетелей. Так, лица в возрасте до 14 лет не

¹²⁵ Там же (“Каждое государство-участник обеспечивает, чтобы, как минимум, следующие деяния и виды деятельности были в полной мере охвачены его криминальным или уголовным правом, независимо от того, были ли эти преступления совершены на национальном или транснациональном уровне или в индивидуальном или организованном порядке: [...] с) производство, распределение, распространение, импорт, экспорт, предложение, продажа или хранение в вышеупомянутых целях детской порнографии, определяемой в статье 2.”)

¹²⁶ Конвенция Совета Европы о защите детей от сексуальной эксплуатации и сексуального насилия, ст. 20 (“1. Каждая из Сторон принимает необходимые законодательные или иные меры, обеспечивающие установление уголовной ответственности за следующие умышленно и неправомерно совершаемые деяния:

- a) производство детской порнографии;
- b) предложение или предоставление детской порнографии;
- c) распространение или передача детской порнографии;
- d) приобретение детской порнографии для себя или другого лица;
- e) хранение детской порнографии;
- f) преднамеренное получение доступа к детской порнографии при помощи

информационно-коммуникационных технологий.”)

¹²⁷

18 U.S.C. §2258A (“Reporting requirements of electronic communication service providers and remote computing service providers

(a) Duty To Report.—

(1) In general.—Whoever, while engaged in providing an electronic communication service or a remote computing service to the public through a facility or means of interstate or foreign commerce, obtains actual knowledge of any facts or circumstances described in paragraph (2) shall, as soon as reasonably possible—

(A) provide to the CyberTipline of the National Center for Missing and Exploited Children, or any successor to the CyberTipline operated by such center, the mailing address, telephone number, facsimile number, electronic mail address of, and individual point of contact for, such electronic communication service provider or remote computing service provider; and

(B) make a report of such facts or circumstances to the CyberTipline, or any successor to the CyberTipline operated by such center.

(2) Facts or circumstances.—The facts or circumstances described in this paragraph are any facts or circumstances from which there is an apparent violation of—

(A) section 2251, 2251A, 2252, 2252A, 2252B, or 2260 that involves child pornography;

or

(B) section 1466A.”)

могут быть подвергнуты приводу в качестве свидетелей (ст. 147), обязательное участие педагога на допросе свидетелей и потерпевших в возрасте до 14 лет, и по усмотрению лица, ведущего досудебное расследование, также в возрасте от 14 до 18 лет (ст. 233 и 350), возможность присутствия на допросе законных представителей несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля (ст. 233 и 350), возможность допроса несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля в отсутствие подсудимого (ст. 350). Тем не менее, вызывает сомнения включение слов “по необходимости” в текст ст. 350 в части, касающейся вызова родителей или иных законных представителей несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля. Настоятельно рекомендуется пересмотреть данную формулировку с тем, чтобы обеспечить право любого несовершеннолетнего на присутствие родителя или иного законного представителя.

Особо следует отметить положительные нововведения, такие, как возможность дистанционного допроса несовершеннолетнего свидетеля или потерпевшего (ст. 231), а также возможность наложения запрета на приближение к потерпевшему (ст. 154), в частности, в таких случаях, как преступления против несовершеннолетних. В настоящей редакции проекта УПК РК запрет на приближение может быть наложен только по заявлению потерпевшего. Рекомендуется дополнить ст. 154, обеспечив право заявления также законным представителям несовершеннолетних потерпевших. Следует также предусмотреть ряд дополнительных мер для предотвращения повторной травматизации детей-потерпевших и свидетелей. Так, рекомендуется ввести в текст проекта УПК РК положений, обеспечивающих малолетним потерпевшим и свидетелям право на получение информации относительно организационных моментов уголовного процесса, роли ребенка в данном процессе и доступных службах помощи на понятном малолетнему языку и в доступной форме, в соответствии с Руководящими принципами, касающимися правосудия в вопросах, связанных с участием детей – жертв и свидетелей преступлений.¹²⁸

3.2. ОСОБЕННОСТИ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ И НАКАЗАНИЯ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ

В соответствии со ст. 15 проекта УК РК, уголовной ответственности подлежат лица в возрасте от 16 лет, а за ряд уголовных правонарушений – от 14 лет.

3.2.1. Предупреждение правонарушений со стороны несовершеннолетних

Проектом УК РК предусмотрена уголовная ответственность за вовлечение несовершеннолетних в преступную деятельность (ст. 134 проекта УК РК). При этом в качестве отягчающих обстоятельств предусмотрены совершение данного деяния родителем или воспитателем, применение насилия или угроза применения такового в качестве средства воздействия, вовлечение в совершение тяжкого или особо тяжкого преступления, и вовлечение в деятельность преступной группы. Уголовно наказуемо также вовлечение несовершеннолетних в антиобщественную деятельность (ст. 135 проекта УК РК), в т.ч. приучение несовершеннолетних к употреблению наркотических, одурманивающих средств или алкоголя, а также вовлечение в бродяжничество или попрошайничество.

¹²⁸ Руководящие принципы, касающиеся правосудия в вопросах, связанных с участием детей – жертв и свидетелей преступлений, принцип 19 (“Дети – жертвы и свидетели, их родители или опекуны и законные представители с момента первого контакта с процессом отправления правосудия и в течение всего этого процесса должны безотлагательно получать надлежащую информацию в той мере, в которой это практически возможно и уместно.”)

В то время как наличие подобных положений проекта УК приветствуется, следует отметить, что профилактика правонарушений со стороны несовершеннолетних является многоаспектной проблемой, которая не может быть эффективно разрешена лишь путем принятия уголовно-правовых норм. В свете принципа 2 Эр-Риядских Руководящих принципов¹²⁹ и наработанной практики зарубежных государств по борьбе с правонарушениями несовершеннолетних, рекомендуется разработать и принять специальный законодательный акт комплексного характера, предусматривающий создание мультидисциплинарного координирующего органа по профилактике правонарушений, выделение адресных бюджетных средств, и разработку и исполнение периодических планов действий по борьбе с правонарушениями несовершеннолетних.¹³⁰ Подобные планы, в частности, должны включать в себя ряд мер, таких, как анализ проблематики в данной сфере и оценку потребностей,¹³¹ в т.ч. образовательных, и создание общинных служб и программ.¹³² В качестве источника зарубежной положительной практики может служить федеральный закон США О Ювенальной юстиции и предупреждении правонарушений.¹³³

3.2.2. Альтернативы уголовному преследованию

Ст. 70 проекта УК РК предусматривает освобождение от уголовной ответственности в связи с примирением с пострадавшим. В частности, несовершеннолетний, «впервые совершивший тяжкое преступление, не связанное с причинением смерти, подлежит освобождению от уголовной ответственности» в случае примирения с пострадавшим и возмещения причиненного вреда. При этом статьей прямо упоминается медиация как способ достижения примирения. Данное положение заслуживает положительной оценки, так как отражает политическую волю к реализации международных стандартов, призывающих к наделению органов системы правосудия соответствующим объемом дискреционных полномочий.¹³⁴ Помимо ст. 70, ст. 73 проекта установлена возможность освобождения судом от уголовной ответственности с установлением поручительства лица, «впервые совершивше[го] проступок либо впервые совершивше[го] преступление небольшой или средней тяжести или тяжкое

¹²⁹ *Руководящие принципы Организации Объединенных Наций для предупреждения преступности среди несовершеннолетних (Эр-Риядские руководящие принципы), принцип 2 (“Для того чтобы предупреждение преступности среди несовершеннолетних было эффективным, необходимы усилия всего общества в целом в целях обеспечения гармоничного развития подростков при уважении к их личности и поощрении ее развития с раннего детства.”)*

¹³⁰ Там же, принцип 9 (“с) механизмы для надлежащей координации деятельности правительственных и неправительственных учреждений в области предупреждения преступности; d) политику, программы и стратегии на основе прогнозирования, которые должны находиться под постоянным контролем и подвергаться тщательному анализу в ходе их осуществления.”)

¹³¹ Там же, принцип 9 (“Всеобъемлющие планы предупреждения должны быть приняты на всех уровнях управления и включать следующее: а) углубленный анализ проблем и перечни программ, услуг, учреждений и имеющихся ресурсов.”)

¹³² Там же, принцип 32 (“Следует создавать или укреплять уже имеющиеся общинные службы и программы, учитывающие потребности, проблемы, интересы и заботы молодых людей и предоставляющие им и их семьям надлежащие рекомендации и консультации.”)

¹³³ 42 USC Chapter 72, Juvenile Justice and Delinquency Prevention Act.

¹³⁴ *Минимальные стандартные правила Организации Объединенных Наций, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних (Пекинские правила), правило 6.1 (“В виду различных особых потребностей несовершеннолетних, а также многообразия имеющихся мер, следует предусмотреть соответствующий объем дискреционных полномочий на всех этапах судебного разбирательства и на различных уровнях отправления правосудия в отношении несовершеннолетних, в том числе при расследовании, рассмотрении дела в суде, вынесении судебного решения и осуществлении контроля за выполнением судебных решений.”)*

преступление, не связанное с причинением смерти или тяжкого вреда здоровью человека, за совершение которого соответствующей статьей или частью статьи Особенной части настоящего Кодекса предусмотрено наказание в виде штрафа.”

Ст. 73 является нововведением и в таком качестве особо приветствуется, но, тем не менее, для обеспечения ее результативного применения требуются определенные дополнения. Основной проблемой в плане применения поручительства в качестве меры переадресации несовершеннолетних из системы уголовного правосудия является то, что многие несовершеннолетние правонарушители растут и воспитываются в неблагоприятном окружении. В свете этого, применение освобождения на поруки по ст. 73 в том виде, в котором она существует, создает риск непропорционально более частого освобождения подростков из финансово более обеспеченных семей и без учета относительной благоприятности обстановки. В то же самое время, в мире существуют программы освобождения подростков, не имеющих в своем окружении достойных поручителей, на поруки не физическим лицам, а службам работы с несовершеннолетними правонарушителями. Так, в Австралии, где назначение поручительства широко используется в качестве условия освобождения подростков от уголовной ответственности, подростки из неблагоприятной среды могут быть освобождены под поручительство службы.¹³⁵

В связи с этим, рекомендуется создание включить в ст. 73 положения, обеспечивающие предпочтительность вынесения судом решения об освобождении от уголовной ответственности в случае совершения уголовного правонарушения несовершеннолетним. При этом, настоятельно рекомендуется предусмотреть возможность поручительства не только со стороны физических лиц, но и соответствующих общинных служб. При рассмотрении вопроса о поручительстве рекомендуется обязать суд оценить личность потенциального поручителя на предмет соответствия данной роли и, в случае отрицательной оценки, рассмотреть возможность передачи несовершеннолетнего на поруки общинной службе.

3.2.3. Досудебная стадия и выбор меры пресечения

Несовершеннолетние, в отношении которых возбуждено уголовное дело, по проекту УПК РК пользуются дополнительными процессуальными гарантиями, как, например, требование обязательного участия защитника в делах об уголовных правонарушениях, совершенных несовершеннолетними, “с момента первого допроса несовершеннолетнего в качестве подозреваемого, а в случае задержания либо ареста - с момента задержания либо ареста” (ст. 58 и 493), запрет на производство досудебного расследования в форме дознания (ст. 182), запрет на производство ускоренного досудебного расследования (ст. 183), ограничение на длительность допроса и требование о прекращении допроса в случае явного утомления несовершеннолетнего (ст. 227 и 492), право на допуск к участию законного представителя несовершеннолетнего подозреваемого на досудебном расследовании (ст. 494), требование участия педагога и психолога “при производстве процессуальных действий с участием несовершеннолетнего подозреваемого не достигшего шестнадцатилетнего возраста, а также достигшего этого возраста, но имеющего признаки отсталости в психическом развитии” (ст. 495).

Проект УПК РК предусматривает ряд мер пресечения, применимых к несовершеннолетним. Приветствуется требование ст. 498 проекта обсуждать

¹³⁵ См. Western Australia, Supervised bail programs: http://www.crimeprevention.gov.au/Publications/EarlyIntervention/Documents/Diversion_Report.htm#051

(посещение сайта 26 августа 2012 г.)

возможность избрания такой меры, как передача несовершеннолетнего под присмотр при решении вопроса об избрании меры пресечения. Хотя требование ст. 498 об избрании ареста¹³⁶ в качестве меры пресечения, а также об обеспечении содержащихся под стражей несовершеннолетних “обслуживанием, защитой и другой индивидуальной помощью, требуемыми им по возрасту, полу и особенностям личности,” заслуживает положительной оценки, настоятельно рекомендуется ввести в текст проекта УПК РК прямое указание на возможность избрания меры пресечения в виде содержания несовершеннолетнего под стражей исключительно в качестве крайней меры, после проведения тщательной оценки риска и при наличии высокой степени уверенности в том, что любая другая мера пресечения окажется неэффективной. Предусмотрение подобного положения поможет обеспечить более полное соответствие УПК соответствующим международным стандартам, в частности, правилу 13 Пекинских правил.¹³⁷

Помимо этого, в соответствии с международными стандартами в отношении права на справедливое судебное разбирательство, тяжесть обвинения, указанная в ст. 136 как основной детерминант возможности избрания меры пресечения в виде содержания под стражей,¹³⁸ не может рассматриваться как легитимное основание для досудебного лишения свободы, так как противоречит презумпции невиновности. Настоятельно рекомендуется пересмотреть ст. 136 проекта УПК РК с тем, чтобы обеспечить неприменение содержания под стражей исключительно на основании тяжести предъявляемого обвинения.

Также, несмотря на то, что в проекте УПК содержится общее требование уведомления о задержании подозреваемого в течение 12 часов “кого-либо из совершеннолетних членов его семьи, а при отсутствии их - других родственников или близких лиц” (ст. 125 проекта УПК РК), рекомендуется ввести также отдельное требование уведомления

¹³⁶ Думается, что законодатель имел в виду “содержание под стражей.”

¹³⁷ **Минимальные стандартные правила Организации Объединенных Наций, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних (Пекинские правила), правило 13 (“13.1 Содержание под стражей до суда применяется лишь в качестве крайней меры и в течение кратчайшего периода времени. 13.2 Содержание под стражей до суда по возможности заменяется другими альтернативными мерами, такими, как постоянный надзор, активная воспитательная работа или помещение в семью или в воспитательное заведение или дом.”).** См. также Минимальные стандартные правила Организации Объединенных Наций в отношении мер, не связанных с тюремным заключением (Токийские правила), правило 6 (“6.1 Предварительное заключение под стражу используется в судопроизводстве по уголовным делам как крайняя мера при условии должного учета интересов расследования предполагаемого правонарушения и защиты общества и жертвы.”)

¹³⁸ Ст. 136 (“1. Содержание под стражей применяется только с санкции следственного судьи и лишь в отношении подозреваемого в совершении преступления, за которое законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок не менее пяти лет. По преступлениям в сфере экономической деятельности содержание под стражей применяется в случаях причинения ущерба в особо крупном размере. В исключительных случаях эта мера пресечения может быть применена в отношении лица, подозреваемого в совершении преступления, за которое законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок менее пяти лет, если:

- 1) он не имеет постоянного места жительства на территории Республики Казахстан;
- 2) не установлена его личность;
- 3) им нарушена ранее избранная мера пресечения;
- 4) он пытался скрыться или скрылся от органов уголовного преследования или суда;
- 5) он подозревается в совершении преступления в составе организованной группы или преступного сообщества (преступной организации);
- 6) он имеет судимость за ранее совершенное тяжкое или особо тяжкое преступление.
- 7) имеются основания полагать о продолжении им преступной деятельности.”)

родителей или опекунов несовершеннолетнего подозреваемого, в соответствии с правилом 10 Пекинских правил.¹³⁹

Помимо этого, хотя проектом УПК РК установлено право несовершеннолетнего на конфиденциальность (ст. 489, также см. ст. 28), что приветствуется как ступень на пути большего соответствия, в частности, правилу 21 Пекинских правил,¹⁴⁰ рассматриваемая статья недостаточно подробно излагает суть данного права. В связи с этим, рекомендуется дополнить проект УПК РК положениями, подробно расписывающими такие аспекты права несовершеннолетнего на конфиденциальность, как ограничение доступа к материалам дела, с исчерпывающим перечнем лиц, которым доступ разрешен.

3.2.4. Судебное разбирательство и вынесение меры наказания

В соответствии с проектом УПК РК, дела об уголовных правонарушениях, совершенных несовершеннолетними, рассматриваются в специализированных межрайонных судах по делам несовершеннолетних, “за исключением дел, отнесенных к подсудности специализированного межрайонного суда по уголовным делам, специализированного межрайонного военного суда по уголовным делам и военного суда гарнизона” (ст. 287 проекта УПК РК).

Несовершеннолетние пользуются дополнительными процессуальными гарантиями также и на стадии судебного разбирательства. Так, проект предполагает, как уже упоминалось выше (см раздел 3.2.3), обязательное участие защитника в делах об уголовных правонарушениях, совершенных несовершеннолетними (ст. 58 и 493 проекта УПК РК), требует вызова в судебное заседание законных представителей несовершеннолетнего подсудимого (ст. 499 проекта УПК РК), которые обладают широким спектром процессуальных прав, как, например, право участвовать в исследовании доказательств на судебном следствии, давать показания, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы, приносить жалобы на действия и решения суда, участвовать в заседании суда, рассматривающего дела в апелляционной, кассационной и надзорной инстанции, и давать пояснения к жалобам. При постановлении приговора, суд “обязан обсудить вопрос об условном осуждении, назначении наказания, не связанного с лишением свободы, а также об освобождении от наказания” (ст. 501 проекта УПК РК).

Несмотря на то, что, согласно проекту УПК, при производстве предварительного следствия и судебного разбирательства по делам несовершеннолетних установлению подлежат “условия жизни и воспитания несовершеннолетнего,” степень его “интеллектуального, волевого и психического развития, особенности характера и темперамента, потребности и интересы,” а также “влияние на несовершеннолетнего взрослых лиц и других несовершеннолетних” (ст. 488 проекта УПК РК), а также предусмотрена возможность (но не требование) проведения психологической экспертизы “для выяснения уровня интеллектуального, волевого, психического развития, иных социально-психологических черт личности несовершеннолетнего подозреваемого” (ст. 496 проекта УПК РК), не вполне ясно, обязан ли суд

¹³⁹ Минимальные стандартные правила Организации Объединенных Наций, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних (Пекинские правила), правило 10 (“10.1 При задержании несовершеннолетнего ее или его родители или опекун немедленно ставятся в известность о таком задержании, а в случае невозможности такого немедленного уведомления, родители или опекун ставятся в известность позднее в кратчайшие возможные сроки.”)

¹⁴⁰ Там же, правило 21 (“21.1 Материалы дел несовершеннолетних правонарушителей должны храниться строго конфиденциально и не должны передаваться третьим лицам. Доступ к таким материалам должен быть ограничен кругом лиц, непосредственно занимающимся разбором данного дела, или других лиц, имеющих соответствующие полномочия.”)

руководствоваться полученной таким образом информацией при вынесении меры наказания, как того требует правило 16 Пекинских правил.¹⁴¹ В связи с этим, настоятельно рекомендуется предусмотреть требование комплексной социально-психологической экспертизы несовершеннолетнего и обязать суд принимать во внимание ее результаты при постановке приговора и вынесении меры наказания. Рекомендуется также прямо упомянуть в тексте соответствующих положений УПК РК обязанность суда соизмерять наказание “не только с обстоятельствами и тяжестью правонарушения, но и с положением и потребностями несовершеннолетнего, а также с потребностями общества.”¹⁴² Что касается комплексной социально-психологической экспертизы, рекомендуется, чтобы она была не изолированным действием, а ложилась в основу долговременного социально-психологического сопровождения несовершеннолетнего. Так, в качестве положительной практики можно порекомендовать изучить опыт Чувашии в Российской Федерации, где уже довольно долгое время успешно применяется технология социального сопровождения несовершеннолетнего.¹⁴³

Наконец, несмотря на наличие в тексте проекта УПК РК требования к суду при разбирательстве дел об уголовных правонарушениях несовершеннолетних “обсудить вопрос об условном осуждении, назначении наказания, не связанного с лишением свободы, а также об освобождении от наказания в случаях” (ст. 501 проекта УПК РК), рекомендуется пересмотреть формулировку с тем, чтобы предпочтение, по возможности, отдавалось условному осуждению или назначению наказания, не связанного с лишением свободы.¹⁴⁴

В то время как приветствуется ввод положений, дающих суду право “постановив обвинительный приговор, освободить несовершеннолетнего подсудимого от наказания и применить к нему принудительные меры воспитательного воздействия” (ст. 502 проекта УПК РК), рекомендуется прямо увязать принятие данного решения с результатами комплексной социально-психологической экспертизы и обязать суд отдавать предпочтение принудительным мерам воспитательного воздействия, если их потенциальная результативность поддерживается итогами комплексной социально-психологической экспертизы.

3.2.5. Меры наказания. Применение лишения свободы в качестве меры наказания. Альтернативы лишению свободы

¹⁴¹ Там же, правило 16 (“16.1 Во всех случаях, за исключением мелких правонарушений, до вынесения компетентным органом власти окончательного решения, предшествующего приговору, необходимо тщательно изучить окружение и условия, в которых живет несовершеннолетний, или обстоятельства, при которых было совершено правонарушение, с тем чтобы содействовать вынесению компетентным органом власти разумного судебного решения по делу.”)

¹⁴² Там же, правило 17 (“17.1 При выборе мер воздействия компетентный орган должен руководствоваться следующими принципами: а) меры воздействия всегда должны быть соизмеримы не только с обстоятельствами и тяжестью правонарушения, но и с положением и потребностями несовершеннолетнего, а также с потребностями общества.”)

¹⁴³ См. gov.cap.ru/home/25/справка_ювенальная%20юстиция.doc (посещение сайта 26 августа 2012 г.); <http://gov.cap.ru/hierarchy.asp?page=..62650/555632/615338/615359/615998> (посещение сайта 26 августа 2012 г.).

¹⁴⁴ Минимальные стандартные правила Организации Объединенных Наций, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних (Пекинские правила), правило 17 (“17.1 При выборе мер воздействия компетентный орган должен руководствоваться следующими принципами: [...]b) решения об ограничении личной свободы несовершеннолетнего должны приниматься только после тщательного рассмотрения вопроса и ограничение должно быть по возможности сведено до минимума”)

Проектом УК РК предусмотрено семь видов основного наказания (штраф, привлечение к общественным работам, арест, ограничение свободы, лишение свободы на определенный срок, пожизненное лишение свободы, смертная казнь) за уголовные проступки и преступления (ст. 41), четыре из которых (штраф, привлечение к общественным работам, ограничение свободы, лишение свободы на определенный срок) могут назначаться несовершеннолетним (ст.85 проекта УК РК). При этом штраф может назначаться лишь “при наличии у несовершеннолетнего осужденного самостоятельного заработка или имущества, на которое может быть обращено взыскание,” что заслуживает положительной оценки как положение, обладающее реальной воспитательной ценностью и способствующее снижению риска косвенно большей жесткости наказания в случае его назначения несовершеннолетним осужденным из менее обеспеченных семей. Несовершеннолетним также могут назначаться принудительные меры воспитательного воздействия (ст. 88 проекта УК РК), а именно: предупреждение; передача под надзор родителей или лиц, их заменяющих, либо специализированного государственного органа; возложение обязанности загладить причиненный вред; ограничение досуга и установление особых требований к поведению несовершеннолетнего; помещение в организацию образования с особым режимом содержания; возложение обязательства принести извинения потерпевшему. Широкий спектр принудительных мер воспитательного воздействия в особенности приветствуется.

Таким образом, проблема состоит не в недостатке возможностей назначения наказания, не связанного с лишением свободы, а в отсутствии мер, побуждающих применять подобные виды наказания по возможности часто. В связи с этим, как было указано выше (см. 3.2.4), рекомендуется пересмотреть соответствующие формулировки с тем, чтобы предпочтение, по возможности, отдавалось условному осуждению, назначению наказания, не связанного с лишением свободы, или принудительным мерам воспитательного воздействия.

Рекомендуется также уделять большее внимание развитию практики восстановительного правосудия. Заслуживает положительной оценки тот факт, что, как было указано выше (см. 3.2.2), в ст. 70 проекта УК РК медиация особо отмечена как способ достижения примирения с пострадавшим, что может служить основанием для освобождения от уголовной ответственности. В то время как развитие и продвижение реституционных процессов выходит за рамки рассматриваемого данными Комментариями законодательства как такового, следует отметить, что эффективно работающая система восстановительного правосудия способствует достижению целей уголовного законодательства. В связи с этим, рекомендуется продолжать развитие восстановительного правосудия, основанного на принципах вовлечения всех сторон и добровольности участия. В частности, возможна апробация иных, чем примирение сторон, реституционных процессов, например, семейных групповых конференций.

Важно помнить, что восстановительное правосудие не касается лишь досудебных или внесудебных практик, но может применяться и по решению суда. К примеру, такой вид реституционного процесса, как комиссии воздействия на потерпевших (victim impact panels) применяется в основном по решению суда для того, чтобы довести до сознания осужденного все последствия имевшего места противозаконного деяния.

Рекомендуется уделять особое внимание выделению адресных бюджетных средств, а также продвижению социального партнерства с негосударственным сектором в области осуществления реституционных программ. Рекомендуется также четко расписать на законодательном уровне нормы, касающиеся хранения документации о реституционных процессах и доступа к ней.

3.2.6. Пробация и социальная работа с несовершеннолетними

Усилия по развитию и продвижению пробационного контроля как механизма работы с условно осужденными и приговоренными к ограничению свободы, в особенности несовершеннолетними, заслуживают положительной оценки. Рекомендуется дальнейшее развитие системы пробации, в т.ч. введение дифференцированных видов пробационного контроля для обеспечения наиболее полного соответствия характера надзора за несовершеннолетним потребностям данного несовершеннолетнего и общества.

Так, одна из проблем, связанных с выполнением пробационного контроля, заключается в небольшой частоте встреч с несовершеннолетним. Для усиления надзора за несовершеннолетними возможно осуществление различных вариантов пробации в зависимости от психосоциальных характеристик несовершеннолетнего и риска для общества. Там, где риск для общества относительно высок, может применяться модель интенсивного надзора¹⁴⁵ (intensive supervision program), при которой несовершеннолетний подлжет очень жесткому контролю (включая, например, встречи несколько раз в неделю с лицом, осуществляющим контроль; электронный мониторинг; лабораторные анализы на содержание в моче наркотиков, и т.д.). Как показывает зарубежная практика, подобная модель пробации обходится относительно дороже, чем обычная пробация, но все равно дешевле, чем лишение свободы, и является эффективным решением предупреждения рецидивов. В РК уже существует понятие усиленного пробационного контроля, однако его определение нигде не дается, а в рассматриваемом проекте УК РК это понятие вообще не упоминается. В связи с этим было бы целесообразно ознакомиться с зарубежной практикой и рассмотреть возможность принятия специального законодательного акта, регулирующего службу пробации.

Далее, для работы с несовершеннолетними, нуждающимися ввиду особенностей личности и окружения в каждодневном надзоре, но не представляющими серьезного риска для общества, в США была опробована модель так называемой школьной пробации (school-based probation),¹⁴⁶ при которой пробационная служба налаживает партнерство с образовательным учреждением, где обучается несовершеннолетний, с тем, чтобы лицо, осуществляющее контроль, находилось в том же учреждении.

Следует отметить, что дифференциация пробационных программ – дело не столько правовой реформы, сколько институциональной, и не обязательно предусматривает внесение изменений и дополнений в существующее законодательство, хотя принятие специального законодательного акта о пробации желательно. Так, определенная степень децентрализации в системе пробации позволяет соответствующим службам проявлять инициативу на местах и способствует более успешному сотрудничеству с общинными службами.

Что касается изъятия самого понятия усиленного пробационного контроля из проекта УК РК, то оно вряд ли целесообразно, поскольку вместо дальнейшей гуманизации системы исполнения уголовных наказаний оно с большой вероятностью возымеет противоположный эффект, так как, за неимением дополнительных средств воздействия на условно осужденных, суды будут принимать постановления об отмене

¹⁴⁵ См. программы интенсивного надзора в США: штат Мичиган, <http://www.ojdp.gov/mpg/Wayne%20County%20Intensive%20Probation%20Program-MPGProgramDetail-42.aspx> (посещение сайта 25 августа 2012 г.); штат Огайо, <http://www.ojdp.gov/mpg/Intensive%20Probation%20Supervision-MPGProgramDetail-597.aspx> (посещение сайта 25 августа 2012 г.); штат Иллинойс, <http://www.ojdp.gov/mpg/Intensive%20Supervision%20Juvenile%20Probation%20Program-MPGProgramDetail-598.aspx> (посещение сайта 25 августа 2012 г.).

¹⁴⁶ См. несколько образцов программ школьной пробации в США: https://www.ncjrs.gov/html/ojdp/jjbul2000_02_1/prob.html (посещение сайта 25 августа 2012 г.)

условного осуждения и назначении наказания в отношении большинства нарушивших пробационный контроль. В связи с вышеизложенным, рекомендуется вернуть в законодательство понятие усиленного пробационного контроля.

Также, как уже было указано выше (см. 3.2.4), меры воздействия должны соотноситься “не только с обстоятельствами и тяжестью правонарушения, но и с положением и потребностями несовершеннолетнего, а также с потребностями общества.”¹⁴⁷ В связи с этим, приветствуется положение ст. 66 проекта УК РК, предоставляющее в распоряжение суда широкий выбор мер воздействия на условно осужденного. Однако, остается неясным, на основании каких конкретно данных суд полномочен принимать подобные постановления, по каковой причине рекомендуется прямо указать в тексте законопроекта (возможно, внося соответствующие дополнения в ст. 501 проекта УПК РК), что постановление выносится, в частности, на основании результатов комплексной социально-психологической экспертизы несовершеннолетнего.

Наконец, проектом УК РК предусмотрены последствия злостного неисполнения условно осужденным возложенных на него обязанностей, также как и последствия совершения преступления. Однако, неясно, как можно воздействовать на условно осужденного, если у органа, осуществляющего пробационный контроль, по мере его осуществления возникает уверенность в необходимости проведения дополнительных мер в отношении условно осужденного, если поведение условно осужденного нельзя квалифицировать как злостно нарушающее возложенные судом обязанности. Передача дела в суд при малейшем нарушении условий пробационного контроля неминуемо вызовет перегрузку судебной системы и замедлит ее функционирование. Поэтому, если законодателем РК будет принято решение о принятии специального закона о пробации, подобные вопросы рекомендуется детально урегулировать в этом законодательном акте, отведя решение по ним в сферу компетенции коллегиального органа по надзору за исполнением пробационного контроля.

3.3. ВОВЛЕЧЕНИЕ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ, НЕ ДОСТИГШИХ ВОЗРАСТА УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ, В ПРЕСТУПНУЮ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

3.3.1. Вовлечение несовершеннолетних, не достигших возраста уголовной ответственности, в преступную деятельность, и защита прав таких несовершеннолетних

Как уже было отмечено (см. 3.2), уголовной ответственности подлежат лица в возрасте от 16 лет, а за ряд уголовных правонарушений – от 14 лет. Дети более младшего возраста не могут привлекаться к уголовной ответственности ни при каких обстоятельствах. Однако, в любом государстве существует угроза вовлечения малолетних в преступную деятельность, что отчасти обусловлено надеждой совершеннолетних лиц таким образом скрыться от правосудия, “подставив” тех, кто младше. Как было упомянуто выше (см. 3.2.1), проектом УК РК предусмотрена уголовная ответственность за вовлечение несовершеннолетних в преступную деятельность (ст. 134 проекта УК РК). При этом в качестве отягчающих обстоятельств предусмотрены совершение данного деяния родителем или воспитателем, применение насилия или угроза применения такового в качестве средства воздействия, вовлечение в совершение тяжкого или особо тяжкого преступления, и вовлечение в деятельность преступной группы. Однако уголовное законодательство нуждается в дополнении соответствующими мерами по защите несовершеннолетних, в чьем отношении были предприняты попытки по их вовлечению в преступную деятельность. В то время как подробное обсуждение данной проблемы выходит за

¹⁴⁷

См. сноску 27.

рамки данных Комментариев, можно вкратце указать на возможные пути разрешения данного вопроса.

Так, рекомендуется внести дополнения в существующее законодательство (например, касающееся социальной сферы) касательно мер по защите несовершеннолетних младше возраста уголовной ответственности, вовлеченных в преступную деятельность, и с антисоциальным поведением, что внесет свой вклад в дело предупреждение правонарушений среди несовершеннолетних. В соответствии с принципом 17 Эр-Риядских Руководящих принципов¹⁴⁸, любые решения должны способствовать укреплению гармонии в семье, поэтому, если у ребенка есть родители или замещающие их лица, должны быть предприняты усилия к тому, чтобы не разлучать ребенка с ними. Единственное исключение из данного правила может делаться в случаях, когда оставление ребенка в семье не служит его наилучшему интересу (например, если ребенок подвергается насилию со стороны родителей). В остальных случаях, недостаток семейного присмотра, ставящий ребенка в уязвимое положение в плане вовлечения в преступную деятельность, может быть скорректирован путем назначения социального работника, который бы оказывал родителям помощь по воспитанию ребенка. В случаях, когда ребенок остался без попечения родителей, выходом может оказаться институт приемной семьи.

Примером зарубежной положительной практики в данном отношении может послужить Закон Косова о Социальной и семейной службе. Так, согласно этому закону, в отношении ребенка, чьи родители или замещающие их лица не справляются со своими обязанностями по присмотру, Центром социальной работы должно быть проведено обследование¹⁴⁹. В результате подобного обследования может быть поднят вопрос вынесения судом постановления о защитных мерах¹⁵⁰. Если ставится вопрос об опеке, суд может выбрать из нескольких предусмотренных законом вариантов, включая а) надзор за ребенком и состоянием дел в семье, осуществляемый социальным работником; б) разделение обязанностей по опеке между родителем и отделом социального обеспечения; в) полная передача опеки отделу социального обеспечения с оставлением ребенка в семье; и г) полная передача опеки отделу социального обеспечения с переселением ребенка¹⁵¹. Как видно, наличествует

¹⁴⁸ Руководящие принципы Организации Объединенных Наций для предупреждения преступности среди несовершеннолетних (Эр-Риядские руководящие принципы), принцип 17 ("Правительствам следует принимать меры по содействию укреплению единства и гармонии в семье и препятствовать отделению детей от их родителей, за исключением тех случаев, когда обстоятельства, негативным образом влияющие на благополучие и будущее ребенка, не оставляют иного разумного выбора.")

¹⁴⁹ Kosovo, Law on Social and Family Services, ст. 10.8 ("In circumstances where there are grounds to suspect that a child is beyond the control of his parents or other persons having responsibility for his care, to the extent that their behavior or lifestyle poses a serious risk to their own welfare, health or safety or that of others then the Director of the Center for Social Work must without delay conduct a comprehensive professional assessment of the child's need for Social and Family Services.")

¹⁵⁰ Там же, ст. 10.11 ("On the completion of the comprehensive professional assessment of a child's need for Social and Family Services, the Center for Social Work will forwarded a report to the Department of Social Welfare without delay. If the Department considers that there are grounds for it seeking protective measures, it has a duty to direct the Director of the relevant Center for Social Work to bring the matter before the court on its behalf and make an application for an Order.")

¹⁵¹ Там же, ст. 10.17 ("The options within a Guardianship Order that are available to the court are:

a. supervision of the child and his living circumstances by a social services officer approved by the Department of Social Welfare for the purpose, while remaining in the care of their parent/s or care giver/s.

b. guardian's rights shared between the parent/s or care giver/s and the Department of Social Welfare.

“градуированная шкала” вариантов, приспособленных наилучшим образом защитить ребенка от дурного влияния по возможности без отрыва от семьи.

c. guardian's rights transferred to the Department of Social Welfare, with the child continuing to reside at home.

d. guardian's rights transferred to the Department of Social Welfare with the requirement that the child is cared for away from his parent/s care giver/s.

e. in circumstances where a child will not live with his parents the arrangements to be made for the child to have access to their parent/s care giver/s.

f. the length of time the Order will be in force before lapsing or being reviewed by the court.”)