

Бакишев К. А., начальник Института повышения квалификации и переподготовки кадров, доктор юридических наук, профессор, полковник полиции (Карагандинская академия МВД РК им. Б. Бейсенова)

О СОВЕРШЕНСТВОВАНИИ ОТДЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ ПРОЕКТА УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

Концепция проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан (далее — Концепция) и разрабатываемый на ее основе сам проект Уголовного кодекса в настоящее время являются предметом широкого обсуждения и комментирования юридической общественностью не только нашей страны, но и других стран Содружества. Дело в том, что вниманию ученых-юристов, практиков, других заинтересованных лиц представлен не очередной проект оптимизации действующего кодекса 1997 г., а принципиально новый уголовный закон, содержащий концептуальные решения по целому ряду его разделов и глав, существенно расширяющие содержание и границы уголовного права.

Основная причина работ по его созданию в том, что «в условиях качественно иного этапа развития Казахстана, — как поясняется в Концепции, — накопилось немало системных проблем, которые сложно решить только лишь коррекцией действующего права». В то же время в ней подчеркивается, что в процессе глубокого реформирования необходимо «сохранить базовые, оправданные временем и практикой уголовно-правовые институты, осуществив лишь их необходимую модернизацию в целях обеспечения адекватной защиты охраняемых интересов от современных угроз»¹. Такой подход изначально был определен Концепцией правовой политики на период до 2020 г., утвержденной Указом Главы нашего государства 24 августа 2009 г.

Главные радикальные изменения и дополнения выразились во введении в Общую часть проекта УК новой категории уголовно наказуемых деяний — уголовного проступка, понятия «уголовное правонарушение», объединяющего преступление и уголовный проступок, пересмотре системы уголовных наказаний и уголовно-правовых санкций, содержания и конструкций большинства норм, включений в Особенную часть новых глав и статей, что является значительным и прогрессивным шагом к дальнейшей модернизации казахстанского уголовного закона.

Наряду с теоретическим и практическим значением уголовно-правовых новелл следует отметить юридическую терминологию и технику, использованные разработчиками для реального воплощения поставленных задач. Так, одним из достоинств проекта УК является ст. 9 «Разъяснение некоторых понятий, содержащихся в настоящем Кодексе», раскрывающая содержание и признаки вреда здоровью человека, существенного вреда, тяжких (иных тяжких) последствий, незначительного, значительного и крупного (особо крупного) ущерба, организованной преступности, торговли людьми, хищения, должностного лица, наемника, банды и др.

Существование такой нормы считаем оправданной и заслуживающей поддержки. Не секрет, что следственные и судебные ошибки зачастую допускаются из-за неопределенности или недостаточной определенности в уголовном законе отдельных понятий и терминов, неясной либо спорной позиции Верховного Суда республики при их толковании и т. д. Новелла призвана устранить подобные затруднения в правоприменительной практике, разгрузить конструкции статей УК, повысить качество уголовного закона.

В то же время ее отдельные формулировки не свободны от недостатков. Например, она содержит понятие воинских правонарушений, что в целом отвечает названию и практическому назначению статьи. Такой же подход следовало сохранить и в отношении террористических, экстремистских и коррупционных деяний, о которых говорится в новелле. Но разработчики, вопреки логике и здравому смыслу, лишь ограничились простым перечнем соответствующих статей Особенной части проекта УК, видимо из-за отсутствия четкого законодательного определения экстремизма, терроризма и коррупции.

Данное решение неизбежно ведет к необоснованному и бесконечному расширению этого перечня сопутствующими либо имеющими к ним отдаленное отношение деяниями. Так, сопутствующим экстремизму деянием является организация незаконного военизированного формирования — из диспозиции ст. 273 проекта УК видно, что его создание, а равно руководство им не преследует цели насильственного захвата власти или насильственного удержания власти либо насильственного изменения конституционного строя государства. В противном случае, по каким признакам это преступление отличается от создания и руководства организованной группой, преступной организацией (ст. 268), вооруженного мятежа (ст. 187) или насильственного захвата власти или насильственного удержания власти (ст. 186)?

Очевидно, что разработчики проекта УК на такой шаг пошли потому, что Казахстан является участником Шанхайской конвенции о борьбе с терроризмом, сепаратизмом и экстремизмом от 15 июля 2011 г., в п. 3 ч. 1 ст. 1 которой признаком экстремизма называется также организация в вышеуказанных целях незаконного военизированного формирования.

Не всегда коррупционным правонарушением может быть злоупотребление должностными полномочиями, так как в ст. 367 проекта, кроме цели извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц или организаций, говорится также о цели нанесения вреда другим лицам или организациям. Такая же цель присутствует в статьях о превышении власти или должностных полномочий (ст. 368), воспрепятствовании законной предпринимательской деятельности (ст. 371), служебном подлоге (ст. 375), бездействии по службе (ст. 376).

Включение в перечень сопутствующих или имеющих отдаленное отношение к экстремизму, терроризму и коррупции деяний создает неверное представление об истинных источниках названных негативных явлений, приводит к распылению сил и средств профилактики, снижению ее эффективности. Сказанным диктуется необходимость разработки и включения в проект УК понятия экстремизма, терроризма и коррупции, в которой нуждаются теория и правоприменительная практика.

В законодательном определении нуждается также термин «транспорт» к перечню транспортных средств в этой же норме — предмета транспортных правонарушений. Возможна его следующая редакция: «Транспорт — совокупность всех видов путей сообщения, транспортных средств, технических устройств и сооружений на путях сообщения, обеспечивающих процесс перемещения людей и грузов различного назначения из одного места в другое. К нему относятся... » и далее по тексту.

Далее. Относя к предмету транспортных правонарушений маломерные морские и речные суда, разработчики не раскрывают их признаки, что может на практике привести к определенным затруднениям при квалификации преступного деяния. Достаточно вспомнить существовавшие до недавнего времени проблемы в деятельности органов следствия и суда, связанные с определением предмета автотранспортных преступлений. Для обеспечения правильной квалификации проступков и преступлений в сфере обеспечения безопасности движения в ст. 9 проекта УК целесообразно указать следующее: *«Маломерными морскими и речными судами признаются самоходные суда с главным двигателем мощностью менее 75*

л.с. и самоходные суда валовой вместимостью менее 80 регистровых тонн, моторные суда (независимо от мощности двигателей), парусные суда, а также самоходные суда (гребные лодки грузоподъемностью 100 и более килограммов, байдарки — 150 и более килограммов и надувные суда — 225 и более килограммов)».

Известным приемом описания в уголовном законе вредных последствий преступления является использование оценочных категорий. Но такая законотворческая техника нередко вынуждает органы следствия или суд в каждом конкретном случае самостоятельно определять границы преступного или непроступного, детализировать объем и содержание общественно опасного вреда, что не всегда обеспечивает единообразное применение уголовного закона.

Анализ показывает, что следователь или судья, оценивая такие признаки, как «существенное нарушение», «существенный вред», «тяжкие последствия», «иные тяжкие последствия», зачастую руководствуется не только фактическими обстоятельствами дела, но и собственным убеждением и опытом. В результате в содержание последствий деяния вкладывается вред, не охватываемый статьей УК, произвольно расширяются или сужаются рамки криминализации преступления. А это значит, что закон применяется по аналогии.

Во избежание такой практики следует по возможности избегать включения в уголовный закон оценочных терминов либо максимально раскрывать их содержание, не используя для этого другие оценочные термины. Однако разработчикам проекта УК это не всегда удастся. К примеру, в ст. 9 проекта существенным вредом признается нарушение конституционных прав и свобод человека и гражданина, прав и законных интересов организаций, охраняемых законом интересов общества и государства; возникновение трудной жизненной ситуации у потерпевшего лица; нарушение нормальной работы организаций или государственных органов; ухудшение состояния здоровья населения и окружающей среды; срыв важных воинских мероприятий либо кратковременное снижение уровня боевой готовности и боеспособности воинских частей и подразделений; причинение значительного ущерба и иные последствия, свидетельствующие о существенности причиненного вреда. Как видно, норма не раскрывает содержания существенного вреда, а лишь отсылает за его признаками к другим оценочным признакам.

К тяжким последствиям деяния в виде смерти человека; смерти двух или более лиц; самоубийства потерпевшего (потерпевшей) или его (ее) близкого (близких) статья также приравнивает несравнимые по тяжести последствия: причинение тяжкого вреда здоровью; причинение тяжкого вреда здоровью двум или более лицам; массовое заболевание, заражение, облучение или отравление людей; создание опасности для жизни или здоровья людей либо для окружающей среды; причинение крупного или особо крупного ущерба и т. д. Какие трудности и ошибки в правоприменительной деятельности могут вызвать критикуемые разъяснения, угадать нетрудно, потому разработчикам проекта УК необходимо серьезно доработать их содержание.

Следующие замечания касаются определений о групповой и организованной преступной деятельности, которые можно рассматривать как попытку разработчиков УК разрешить проблему разграничения таких форм соучастия, как организованная группа, преступная организация и преступное сообщество ввиду их терминологической и качественной неопределенности в нормах действующего уголовного законодательства. Видимо, потому в проекте УК дается совершенно иное понятие организованной группы, преступной организации и преступного сообщества. При этом последние являются самостоятельными формами соучастия, в то время как в действующем УК РК они, если следовать букве закона, равнозначны, что создает путаницу и затруднения в правоприменительной деятельности.

Впервые в ст. 9 проекта УК вводится термин «преступная группа», под которым следует понимать организованную группу, преступную организацию, преступное сообщество, транснациональную организованную группу, транснациональную преступную организацию, транснациональное преступное сообщество, террористическую группу, экстремистскую группу, банду, незаконное военизированное формирование. В нормах Особенной части УК термин предусмотрен как квалифицирующий либо особо квалифицирующий деяние признак.

Одновременно разработчики отказались от термина «формы соучастия в преступлении», назвав ст. 32 проекта УК «Уголовная ответственность за уголовные правонарушения, совершенные группой». Последняя регламентирует ответственность за правонарушение, совершенное группой лиц, если в его совершении совместно участвовали два или более исполнителей без предварительного сговора; группой лиц по предварительному сговору, если в нем участвовали лица, заранее договорившиеся о совместном совершении уголовного правонарушения; наконец, преступной группой. Тем самым разработчики проекта УК единственно возможной формой соучастия называют группу, а ее видами — группу, образованную без

предварительного сговора; группу, образованную по предварительному сговору; организованную группу, организацию, сообщество, банду, незаконное военизированное формирование.

Однако ожидаемой ясности в проблеме ответственности лиц за соучастие в составе группы данные новеллы не внесли. При изучении названных уголовно-правовых норм создается впечатление, что такие формы соучастия, как группа лиц и группа лиц по предварительному сговору, преступными не являются. Другой их очевидный недостаток заключается в необоснованном отождествлении организованной группы с преступной организацией и преступным сообществом. Такое решение разработчиков логически неверно, так как данные понятия — организованная группа и преступная организация — соотносятся как часть и целое.

Преступная организация и преступное сообщество в доктрине уголовного права, в судебной практике традиционно рассматриваются как объединение организованных групп. При этом «преступное сообщество, как правило, имеет более высокую степень организованности и состоит из отдельных преступных объединений или организованных преступных групп», — подчеркивается в нормативном постановлении Верховного суда РК «О некоторых вопросах применения судами законодательства об ответственности за бандитизм и другие преступления, совершенные в соучастии» от 21 июня 2001 г. Данное положение находит свое отражение в более жестких наказаниях за деяния, совершаемые в составе преступной организации или преступного сообщества.

Таким образом, понятие преступной организации и преступного сообщества по своей социальной и криминологической природе не сводимо к понятию организованной группы и потому не может рассматриваться как разновидность последней.

В этой связи вызывает возражение определение преступной организации как организованной группы, участники которой распределены по организационно, функционально и (или) территориально обособленным группам (структурным подразделениям). При этом обращает на себя внимание ее крайне неудачная и противоречивая формулировка, из которой следует, что преступная организация — это, все же, совокупность (или объединение) организованных групп, а не одна, как в ней утверждается, организованная группа. Непонятно также, что подразумевается под организационно, функционально и (или) территориально обособленными группами (структурными подразделениями), которые могут свидетельствовать о преступной организации.

В силу высказанных замечаний полагаем, что разработчикам проекта УК необходимо сформулировать иные, более конкретные и четкие определения организованной группы, преступной организации и преступного сообщества, прежде отказавшись от понятия «преступная группа».

Ввиду отсутствия в науке уголовного права критериев, позволяющих четко отличать формы соучастия друг от друга, в первую очередь — от организованной группы, в процессе разработки правовой модели преступной организации или преступного сообщества целесообразно учитывать ее основные криминологические признаки, как это сделано в уголовных кодексах Италии и Китая при определении соответственно мафиозного объединения и преступной организации. Например, в норме о преступном сообществе можно было бы: 1) отразить криминологическую специфику строения (конспиративность, ассоциативные связи) и методов преступной деятельности (угрозы, подчинение); 2) указать более реалистичный минимальный численный состав, образующий сообщество; он в свою очередь, должен учитывать реалии уголовного судопроизводства, в ходе которого не всегда удастся доказать членство в сообществе каждого обвиняемого (поэтому можно ограничиться тремя лицами); 3) расширить целевой признак сообщества путем указания на цели незаконного извлечения прибыли, монополизации власти и др.²

Для обеспечения стабильности следственной и судебной практики, с учетом высказанных соображений считаем целесообразным также вернуть ст. 32 проекта УК прежнее название «Формы соучастия в преступлении», выделив в ней следующие формы соучастия: группу лиц без предварительного сговора; группу лиц по предварительному сговору; организованную группу; преступную организацию; преступное сообщество, поскольку соучастие существует лишь в перечисленных формах. Что касается террористической и экстремистской группы, банды и незаконного военизированного формирования и др., то они представляют собой лишь виды соучастия, а не его формы, потому специально их выделять не нужно.

В разделе 2 «Уголовные правонарушения» даются понятия преступления и уголовного проступка. Согласно ст. 10 проекта УК РК, преступлением признается совершенное виновно общественно опасное деяние (действие или бездействие), запрещенное настоящим Кодексом под угрозой наказания в виде лишения свободы или смертной казни. Таким образом, в про-

екте сохраняется формально-материальное определение этого вида правонарушения, но с указанием видов наказания за его совершение.

Совершенно иначе определяется уголовный проступок — это умышленное деяние (действие либо бездействие), не представляющее большой общественной опасности, причинившее незначительный вред либо создавшее угрозу причинения вреда личности, организации, обществу или государству, за совершение которого предусмотрено наказание в виде штрафа, исправительных работ, привлечения к общественным работам, ареста, а также деяние, наказуемое с применением административной преюдиции.

На наш взгляд, дефиниция получилась громоздкой и неудачной. Во-первых, материальный признак «общественная опасность» разработчики проекта зачем-то конкретизируют путем указания на вредоносность проступка и перечисления круга возможных объектов посягательства. Учитывая материально-формальное определение преступления в проекте УК и прежнюю, уже сложившуюся законотворческую практику, такой же подход следовало избрать при определении уголовного проступка, имея в виду, что общественная опасность и есть материальный признак, указывающий на свойство деяния причинять определенный вред охраняемым законом отношениям, либо создавать угрозу его причинения.

Во-вторых, небольшая общественная опасность уголовного проступка выражена последствием в виде незначительного вреда. Представляется, что базу уголовных проступков должны составлять деяния, которые не достигают степени общественной опасности преступления, и потому причиняемый ими вред не может быть незначительным. Именно это обстоятельство позволяет в корне отличать их от иных (административных, дисциплинарных, гражданских и др.) проступков. Если незначительный вред все же является последствием уголовного проступка, как можно отличать его от деяния, повлекшего малозначительный вред, причинение которого, согласно ч. 4 ст. 10 проекта, не влечет уголовной ответственности? Поскольку в проекте УК не очерчен круг правонарушений, которые относятся к малозначительным, то с учетом каких критериев можно определить, что общественная опасность деяния превышает опасность гражданско-правового, административного или дисциплинарного проступка, в силу чего оно признается уголовным проступком?

Полагаем, что в этой связи на практике могут возникнуть серьезные затруднения, особенно в случаях, когда ответственность лица связывается с фактом наступления общественно опасных последствий, выраженных в оценочных понятиях (вред правам и законным интересам граждан, существенное нарушение прав и законных интересов при злоупотреблении должностными полномочиями, превышении должностных полномочий и халатности). Правильно подчеркивается в юридической литературе, что «как общественная опасность преступления отличается от общественной опасности проступка, так и вред, значимый в качестве основания для признания деяния преступным, существенно отличается от вреда, причиняемого проступком. Иными словами, деяние может причинять вред, вполне соответствующий по тяжести проступку, но при этом не достигающий вреда, подразумеваемого ч. 2 ст. 14 УК РФ (ч. 2 ст. 9 УК РК) для преступления»³.

В-третьих, критикуемое определение не содержит такого важного и неотъемлемого признака, как «виновность деяния», что противоречит принципу виновной ответственности за совершение уголовного правонарушения и создает предпосылки для объективного вменения.

В-четвертых, из определения следует абсурдный вывод о том, что только уголовный проступок причиняет вред личности, организации, обществу или государству либо создает угрозу причинения такого вреда. Упоминание об объектах уголовно-правовой охраны имеет смысл лишь в случае установления специфического круга общественных отношений, на которые посягает деяние.

В-пятых, в ст. 10 проекта УК говорится только об умышленном уголовном проступке, что не согласуется со ст. 22 проекта УК *о правонарушениях* (следовательно, о преступлениях и уголовных проступках), совершаемых и по неосторожности. Думается, что высказанные замечания могут послужить основанием для серьезной доработки понятия уголовного проступка в проекте УК.

Статья 20 проекта УК, как и действующее уголовное законодательство, не дает легального определения вины, хотя норма называется «Вина». Как следует из его названия и содержания, вина выступает как родовое понятие умысла и неосторожности, а его наличие в уголовном законе позволило бы определить природу вины как психического феномена, проявившегося при совершении социально значимого деяния, раскрыть содержание вины, ее сущность, ответить на вопросы: к чему устанавливается виновное отношение — к деянию, его последствиям или преступлению в целом, служит ли вина проявлением только осознанного либо бессознательного психического, или она есть результат их взаимодействия.

В то же время в ч. 1 статьи говорится, что лицо подлежит ответственности только за те общественно опасные деяния (действие или бездействие) и наступившие общественно опасные последствия, в отношении которых установлена его вина, т. е. психическое отношение лица к совершенному уголовному правонарушению и его общественно опасным последствиям.

Однако вина как обязательный признак преступления не может быть сведена лишь к психическому отношению преступника к его деянию. Она — категория социальная, поскольку указывается в качестве одного из обязательных признаков преступления (ст. 9 проекта УК), что обосновывает осуждение деструктивного поведения лица со стороны общества и государства. Следовательно, именно это отношение и составляет сущность вины, как умышленной, так и неосторожной. В этой связи указание на психическое отношение лица к совершенному уголовному правонарушению представляется не полным, так как охватывает лишь одну сторону вины — ее форму.

Социальную сущность вины составляет антисоциальное (под которым мы подразумеваем наличие у лица антиобщественных взглядов, принципов и привычек) или недостаточно внимательное либо должное отношение лица к совершаемому им преступному деянию и его вредным последствиям. Такое понимание вины, с одной стороны, позволяет органам следствия и суда познать характер и ход мышления субъекта; принятое им в результате этого решение; силу воздействия на его сознание различных обстоятельств и другие факторы; дать им соответствующую правовую оценку, а с другой, — указывает на негативную оценку деструктивного поведения лица со стороны государства в лице правоохранительных органов.

Наконец, законодательная формулировка этого социально-правового феномена в значительной мере способствовала бы его единообразному толкованию в судебной и следственной практике, максимальной реализации принципа виновной ответственности, а также восстановила бы логическую последовательность изложения ст. 20 УК.

На основании сказанного в ч. 1 ст. 20 проекта УК предлагается следующее определение вины: *«Вина — это предусмотренное уголовным законом антисоциальное сознательно-волевое либо не должное отношение лица к совершаемому им деянию или его вредным последствиям».*

- 1 Концепция правовой политики РК на период с 2010 до 2020 г., утвержденная указом Президента РК Н. А. Назарбаева 24 августа 2009 г.// Казахстанская правда. 2009. 27 авг.
- 2 Цветков Ю. А. Определение преступного сообщества (преступной организации) в законодательстве России и зарубежных стран <[http://www. awmix. ucomm/3786](http://www.awmix.ucomm/3786)>
- 3 Мальцев В. В. Малозначительность деяния в уголовном праве <[http://www. juristlib. ru/book_573. html](http://www.juristlib.ru/book_573.html)>