



**Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе
Представитель по вопросам свободы СМИ**

КОММЕНТАРИИ К ПРОЕКТАМ

УГОЛОВНОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

(новая редакция)

**КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ
ПРАВОНАРУШЕНИЯХ**

(новая редакция)

Подготовлено Дмитрием Головановым, экспертом Института проблем информационного права (г. Москва), руководителем юридического департамента ОАО «ВебТВ» (г. Москва), по заказу Бюро Представителя ОБСЕ по вопросам свободы средств массовой информации

2013

Содержание

РЕЗЮМЕ, КРАТКОЕ ИЗЛОЖЕНИЕ РЕКОМЕНДАЦИЙ	3
ВВЕДЕНИЕ	7
1. МЕЖДУНАРОДНЫЕ СТАНДАРТЫ В ОБЛАСТИ СВОБОДЫ ВЫРАЖЕНИЯ МНЕНИЯ, ВКЛЮЧАЯ ТРЕБОВАНИЯ К ВОЗМОЖНЫМ ОГРАНИЧЕНИЯМ ТАКОЙ СВОБОДЫ	10
1.1. Значение свободы выражения мнения.....	10
1.2. Ограничения свободы выражения мнения	15
1.3. Международно-правовые стандарты решения вопроса об ограничении свободы выражения мнения в целях защиты отдельных ценностей (в контексте специфики предлагаемого регулирования)	17
1.3.1. Ограничение свободы выражения мнения в целях защиты личных неимущественных прав.....	17
1.3.2. Ограничение свободы выражения мнения в целях развития и защиты государственного языка.....	23
2. АНАЛИЗ НОРМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН О СМИ И СВОБОДЕ ВЫРАЖЕНИЯ МНЕНИЯ.....	26
3. АНАЛИЗ ПРОЕКТА УГОЛОВНОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН.....	35
3.1. Комментарии и предложения к общей части проекта Уголовного Кодекса	35
3.2. Комментарии и предложения к статьям 130 («Клевета») и 131 («Оскорбление») проекта Уголовного Кодекса, а равно положениям устанавливающим ответственность за клевету и оскорбление должностных лиц	37
3.3. Комментарии и предложения к статье 147 проекта Уголовного кодекса «Нарушение неприкосновенности частной жизни».....	40
3.4. Комментарии и предложения к статье 158 проекта Уголовного Кодекса «Воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналиста».	41
3.5. Комментарии и предложения к статье 182 проекта Уголовного Кодекса «Дача разрешения на публикацию в средствах массовой информации экстремистских материалов»	43
3.6. Комментарии и предложения к статье 211 проекта Уголовного Кодекса «Предоставление услуг для размещения Интернет-ресурсов, преследующих противоправные цели».....	44
4. АНАЛИЗ ПРОЕКТА КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ	46

РЕЗЮМЕ, КРАТКОЕ ИЗЛОЖЕНИЕ РЕКОМЕНДАЦИЙ

Проведя анализ положений предоставленных проектов новой редакции Уголовного кодекса и Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях в части содержания положений, которые могут затрагивать свободу выражения мнения и информации, в контексте положений международных договоров, Конституции Республики Казахстан, действующего национального уголовного законодательства, законодательства об административных правонарушениях и законодательства о СМИ, а равно практики, существующей в других государствах - участниках ОБСЕ, эксперт приходит к следующим общим заключениям.

Проект новой редакции Уголовного Кодекса, несмотря на существенный позитивный потенциал гуманизации уголовного законодательства, затрагивающий, в числе прочего, и реализацию права на свободу выражения мнения, а равно, усиление уровня защиты института профессиональной журналистики, допускает введение ограничений свободы выражения мнения, которые могут рассматриваться как несообразные целям охраны ряда конституционно-значимых ценностей. В этой связи текст проекта нуждается в доработке с учетом рекомендаций, основанных на международном праве и практике других стран-участников ОБСЕ, в которых действует сходное законодательство. В отношении проекта Кодекса об административных правонарушениях (КоАП) экспертом сделан вывод о том, что несмотря на то, что документ в большей степени сбалансирован, нежели действующий нормативный-правовой акт с аналогичным предметом регулирования, существуют значительные расхождения положений проекта КоАП с международными стандартами свободы выражения мнения. Документ требует существенной переработки с целью исключения положений, носящих репрессивный характер по отношению к средствам массовой информации.

Законопроекты содержат следующие основные преимущества:

- Сформулированный в статье 158 проекта Уголовного кодекса состав уголовного правонарушения «Воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналиста» создает более совершенную нормативно-правовую базу для защиты прав и законных интересов представителей СМИ при осуществлении их профессиональной деятельности, чем положения действующего Уголовного кодекса. Кроме того, сам факт пересмотра указанного правонарушения с переносом его из категории

административного деликта в категорию уголовного правонарушения, свидетельствует о расширении гарантий свободы выражения мнения.

- Положения об ответственности за административные правонарушения, сформулированные в проекте КоАП, представляются потенциально менее коррупционногенными, так как не допускают усмотрения органов, разрешающих дела об административных правонарушениях, в выборе применимой санкции.
- В проекте КоАП не представлен ряд составов правонарушений, закрепленных в действующем текущем законодательстве, применение которых могло бы вести к непропорциональному ограничению свободы выражения мнения.

В то же время, законопроекты содержат следующие существенные негативные моменты:

- Оба законопроекта недостаточно учитывают специфику деятельности средств массовой информации, выполняющих, в числе прочего, функцию защиты общественного интереса.
- Оба законопроекта при подходе к регулированию вопросов, связанных с противодействием экстремизму, не устанавливают должный баланс между свободой выражения мнения и интересами безопасности государства и общества.
- Проект Уголовного Кодекса усиливает уголовную ответственность за диффамационные правонарушения, несмотря на то, что международные стандарты, о следовании которым объявила Республика Казахстан при подготовке проекта закона, требуют декриминализации таких нарушений.
- Проект Уголовного Кодекса содержит нормы об ответственности за нарушение неприкосновенности частной жизни, при этом нормативная база для охраны такой ценности не является достаточно проработанной, что может приводить к ущемлению права на свободу выражения мнения.
- Предлагаемые проектом Уголовного Кодекса меры по защите профессиональной деятельности журналистов представляются хотя и весьма значительными, но не достаточно эффективно прописанными.
- Предлагаемые проектом Кодекса об административных правонарушениях в качестве мер ответственности за нарушение законодательства о СМИ приостановление или запрет выпуска СМИ являются репрессивными, непропорциональными и не могут быть признаны обоснованными. Единственным исключением в этом отношении может быть признано применение таких мер в случае злоупотребления свободой массовой информации.

В качестве основных рекомендаций эксперт предлагает:

1. Внести дополнения в положения проекта Уголовного Кодекса, предусматривающие применение принципа действия уголовного закона по территории в отношении правонарушений, совершаемых в сети Интернет.
2. Конкретизировать положения проекта Уголовного Кодекса, относящиеся к крайней необходимости, сделав оговорку, что при выполнении профессионального долга журналист рассматривается как лицо, действующее в защиту общественного интереса.
3. Изъять из состава проекта Уголовного Кодекса положения, устанавливающие уголовную ответственность за оскорбление и клевету, как в отношении граждан, так и в отношении должностных лиц. Если соответствующие составы уголовного правонарушения будут сохранены в проекте, возможность лишения свободы в качестве вида наказания должна быть исключена.
4. Изъять из состава проекта Уголовного Кодекса положения, устанавливающие ответственность за нарушение неприкосновенности частной жизни. Если соответствующий состав уголовного правонарушения будет сохранен в проекте, возможность лишения свободы в качестве вида наказания должна быть исключена или существенно ограничена, а именно, применяться в тех случаях, когда вмешательство в частную жизнь привело к тяжким последствиям. В любом случае, желательным является комплексное урегулирование вопросов охраны частной жизни, в том числе, за счет установления баланса между интересами прессы, обязанной выполнять общественный долг, предоставляя необходимую для функционирования демократического государства информацию, и лиц, желающих защитить свою личную жизнь.
5. Существенно переработать редакцию статьи «Воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналиста» с тем, чтобы обеспечить максимально подробное описание состава преступления, и тем самым обеспечить ее эффективное применение (в соответствии с предоставленными рекомендациями).
6. Изъять из состава проекта Уголовного Кодекса положения, устанавливающие ответственность за дачу разрешения на публикацию в средствах массовой информации экстремистских материалов.

7. Изъять из состава законопроекта УК положения, устанавливающие уголовную ответственность за предоставление услуг для размещения Интернет-ресурсов, преследующих противоправные цели.
8. Изъять из состава проекта Кодекса РК об административных правонарушениях положения, устанавливающие ответственность за несоблюдение квот использования в СМИ государственного языка (пункты 2, 3 статьи 446 проекта КоАП). Ни при каких условиях не может быть сохранено в законопроекте положение, допускающее запрет выпуска (выхода в эфир) средства массовой информации в случае нарушения указанной нормы.
9. Изъять из состава проекта Кодекса об административных правонарушениях положения, устанавливающие ответственность в виде приостановления выхода в свет или запрета на деятельность СМИ, за исключением случаев существенного и неоднократного злоупотребления свободой массовой информацией. При этом должны быть обеспечены дополнительные меры защиты свободы массовой информации.
10. Устранить ошибки юридической техники, затрудняющие толкование Кодекса об административных правонарушениях.

ВВЕДЕНИЕ

Настоящее исследование содержит анализ представленных проектов новой редакции Уголовного Кодекса Республики Казахстан, Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях, действующего конституционно-правового регулирования, законодательства о СМИ, актов Казахстана, регулирующих вопросы формирования и развития правовой системы,¹ а также международных норм о свободе выражения мнений и возможных случаях ограничения такой свободы, а равно практики, существующей в других государствах - участниках ОБСЕ. При анализе положений законопроектов учитывались комментарии и рекомендации, данные ранее по законопроекту с частично совпадающим предметом регулирования «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам диффамации в средствах массовой информации».²

Рассматриваемый проект закона об изложении в новой редакции Уголовного кодекса был разработан Правительством Республики Казахстан в соответствии с поручением Президента в рамках реализации Концепции правовой политики на период с 2010 до 2020 год, и внесен в Мажилис (палату Парламента) в январе 2013 года. В последующем, концепция проекта была доработана и новая редакция проекта была представлена в мае 2013 года. Целью принятия нового законодательного акта, по задумке его инициаторов, должно стать формирование сбалансированной системы, концептуальные положения которой «расширяют толерантный подход в отношении преступлений, совершенных впервые или социально уязвимыми лицами, с другой стороны, ужесточают реакцию на тяжкие преступления, проявление рецидива, организованную преступность и воспрепятствование правосудию».³ Реализации данного подхода должна способствовать переработка система наказаний и уголовно-правовых санкций с акцентом на более широкое применение мер, альтернативных лишению свободы. Основным в перечне наказаний в санкциях за совершение преступлений, как заявляют разработчики, устанавливается штраф, сфера применения которого расширена практически на все преступления небольшой и средней тяжести, не связанные с причинением смерти

¹ Исследовались тексты законов, нормативно-правовых актов Республики Казахстан и законопроектов на русском языке.

² Текст Комментариев и предложений к законопроекту «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам диффамации в средствах массовой информации» доступен в сети Интернет по адресу: <http://www.osce.org/ru/fom/33035>

³ Пояснительная записка к проекту закона размещена на сайте информационной системы «Параграф»: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31140848&sublink=23

человеку. Также расширено применение таких форм ответственности, как исправительные работы и ограничение свободы, минимизировано безальтернативное применение лишения свободы.

Вносимый на рассмотрение Парламента проект Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях также был разработан в рамках реализации положений Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года.

Законопроект направлен на реформирование административного законодательства, имеет целью более четкое определение административно-правовых деликтов, определение полномочий государственных органов по наложению административных взысканий.

В качестве главных позитивных аспектов принятия новой редакции КоАП его разработчики называют:

исключение возможности одновременного привлечения к административной ответственности юридических лиц и их должностных лиц;

сокращение числа отсылочных норм;

установление абсолютно определенного размера штрафа, который способствует исключению совершения коррупционного правонарушения;

введение систематизации административно-процессуальных норм;

введение института пересмотра вступивших в законную силу постановлений по делу об административных правонарушениях по вновь открывшимся обстоятельствам.

В случае принятия новой редакции кодексов, они станут основополагающими актами, формирующим всю правоприменительную практику в сфере уголовного и административного права Республики Казахстан.

Раздел 1 настоящего исследования посвящен международным обязательствам Республики Казахстан в области прав человека, и в нем излагаются международные стандарты, касающиеся права на свободу выражения мнения, а также рассматриваются вопросы ограничения свободы выражения мнения в контексте установления пределов ответственности за действия, ущемляющие права и законные интересы третьих лиц.

Указанные стандарты установлены в международном праве, в том числе в Международном пакте о гражданских и политических правах, Конвенции о правах ребенка, а также в различных соглашениях в рамках ОБСЕ и ООН, стороной которых является Казахстан. Они содержатся в рекомендательных актах международных организаций и их уполномоченных органов, решениях международных судов по правам человека, в заявлениях представителей международных органов и организаций, а также в конституционном праве в части исследования вопросов свободы выражения мнения.

Кроме того, в разделе 1 приводятся основные принципы регулирования свободы слова, закрепленные в Конституции Республики Казахстан.

В разделе 2 исследования проведено исследование действующего законодательства Республики Казахстан на предмет регулирования свободы выражения мнения и деятельности СМИ, обзор уголовного законодательства и законодательства об административных правонарушениях в части, имеющей отношение к свободе выражения мнения.

В разделе 3 содержится анализ положений проекта Уголовного кодекса с учетом вышеуказанных стандартов, места законопроекта в структуре законодательства Казахстана, и изложены замечания в отношении этого законопроекта в редакции, опубликованной и доступной для исследования. Рекомендации раздела основаны на принципах международного права, учитывают систему правового регулирования информационных отношений Республики Казахстан и содержат конкретные предложения по совершенствованию законопроекта.

В разделе 4 содержится анализ положений проекта Кодекса об административных правонарушениях с учетом вышеуказанных стандартов, места законопроекта в структуре законодательства Казахстана, и изложены замечания в отношении этого законопроекта в редакции, опубликованной и доступной для исследования. Рекомендации раздела основаны на принципах международного права, учитывают систему правового регулирования информационных отношений Республики Казахстан и содержат конкретные предложения по совершенствованию законопроекта.

1. МЕЖДУНАРОДНЫЕ СТАНДАРТЫ В ОБЛАСТИ СВОБОДЫ ВЫРАЖЕНИЯ МНЕНИЯ, ВКЛЮЧАЯ ТРЕБОВАНИЯ К ВОЗМОЖНЫМ ОГРАНИЧЕНИЯМ ТАКОЙ СВОБОДЫ

1.1. Значение свободы выражения мнения

Право на свободу выражения мнения признается одним из важнейших прав человека.

Оно имеет основополагающее значение для функционирования демократии, является необходимым условием осуществления других прав и само по себе представляет неотъемлемую составляющую человеческого достоинства. Всеобщая декларация прав человека (далее именуемая «ВДПЧ»),⁴ основополагающий документ о правах человека, принятый Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций в 1948 году, защищает право на свободу выражения мнения в следующей формулировке статьи 19:

«Каждый человек имеет право на свободу убеждений и на свободное выражение их; это право включает свободу беспрепятственно придерживаться своих убеждений и свободу искать, получать и распространять информацию и идеи любыми средствами и независимо от государственных границ».

Международный пакт о гражданских и политических правах (далее именуемый «МПГПП»)⁵ – договор, имеющий обязательную юридическую силу, ратифицированный Казахстаном и вступивший в силу для республики 24 апреля 2006 года,⁶ гарантирует право на свободу убеждений и их выражение в формулировке, весьма близкой к ВДПЧ, также в статье 19:

«1. Каждый человек имеет право беспрепятственно придерживаться своих мнений.

2. Каждый человек имеет право на свободное выражение своего мнения; это право включает свободу искать, получать и распространять всякого рода информацию и идеи, независимо от государственных границ, устно, письменно или посредством печати или художественных форм выражения, или иными способами по своему выбору.

⁴ Всеобщая декларация прав человека. Принята резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 года, См. полный официальный текст на русском языке на сайте ООН: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declhr.shtml

⁵ Международный пакт о гражданских и политических правах. Принят резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1966 года. Вступил в силу 23 марта 1976 года. См. полный официальный текст на русском языке на сайте ООН: <http://www.un.org/russian/documen/convents/pactpol.htm>.

⁶ Закон Республики Казахстан от 28 ноября 2005 года N 91 «О ратификации Международного пакта о гражданских и политических правах. Текст Закона на русском языке доступен в сети Интернет по адресу: http://www.adilet.minjust.kz/rus/docs/Z050000091_.

3. Пользование предусмотренными в пункте 2 настоящей статьи правами налагает особые обязанности и особую ответственность. Оно может быть, следовательно, сопряжено с некоторыми ограничениями, которые, однако, должны быть установлены законом и являться необходимыми:

- а) для уважения прав и репутации других лиц;
- б) для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения».

В соответствии со статьей 40 Пакта участвующие в нем государства обязуются представлять в Комитет ООН по правам человека доклады о принятых ими мерах по претворению в жизнь прав, признаваемых в Пакте, и о прогрессе, достигнутом в использовании этих прав. Доклад обязательно предоставляется в течение одного года после вступления в силу Пакта в отношении соответствующих государств – участников. Комитет изучает доклады, представляемые участвующими в Пакте государствами, и препровождает государствам - участникам свои доклады и такие замечания общего порядка, которые он сочтет целесообразными.⁷

Часть 1 статьи 4 Конституции Республики Казахстан включает международно-правовые обязательства в систему национального права:

«Действующим правом в Республике Казахстан являются нормы Конституции, соответствующих ей законов, иных нормативных правовых актов, международных договорных и иных обязательств Республики»

Часть 3 указанной статьи провозглашает верховенство международного права, выделяя в качестве приоритета верховенство международных договоров, и артикулируя его следующим образом:

«Международные договоры, ратифицированные Республикой, имеют приоритет перед ее законами и применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона».

Кроме того, в соответствии со статьей 8 Конституции Республика Казахстан заявляет, что ей уважаются принципы и нормы международного права.

Статья 20 Конституции гарантирует каждому право свободу слова и творчества, а также устанавливает запрет цензуры. Кроме того, обозначенная статья провозглашает право каждого свободно получать и распространять информацию любым не запрещенным законом способом.

⁷ Республикой Казахстан такой доклад был предоставлен, Комитетом были представлены замечания, в том числе, касающиеся свободы выражения мнения. Обзор см. далее, при освещении национальных стандартов.

Свобода выражения мнения гарантируется и различными документами ОБСЕ, согласие с которыми выразил Казахстан, став государством-участником организации 2 марта 1992 года, такими как Заключительный акт общеевропейского совещания в Хельсинки,⁸ Заключительный документ копенгагенского совещания Конференции ОБСЕ по человеческому измерению,⁹ Парижская хартия, согласованная в 1990 году,¹⁰ заключительный документ встречи на высшем уровне в рамках ОБСЕ в Будапеште в 1994 году,¹¹ Декларация встречи на высшем уровне в рамках ОБСЕ в Стамбуле.¹² Парижская хартия, в частности, гласит:

«Демократия является наилучшей гарантией свободы выражения своего мнения, терпимости по отношению ко всем группам в обществе и равенства возможностей для каждого человека... Мы подтверждаем, что без какой-либо дискриминации каждый человек имеет право на свободу мысли, совести, религии и убеждений, свободу выражения своего мнения, свободу ассоциации и мирных собраний, свободу передвижения (...))»

Аналогичное заявление содержится в Стамбульской хартии европейской безопасности ОБСЕ:

«Мы [государства-участники] вновь подтверждаем значение независимых средств массовой информации и свободного потока информации, а также доступа общественности к информации. Мы обязуемся принять все необходимые меры для обеспечения основных условий для функционирования свободных и независимых СМИ и беспрепятственного трансграничного и внутригосударственного потока информации, который мы рассматриваем как существенную составляющую любого демократического, свободного и открытого общества».

⁸ Заключительный акт Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе, Хельсинки, 1 август 1975 года. См. текст на русском языке на сайте ОБСЕ по адресу: <http://www.osce.org/ru/mc/39505?download=true>.

⁹ Копенгагенское совещание Конференции ОБСЕ по человеческому измерению, июнь 1990 года. См., в частности, пункты 9.1 и 10.1, 10.2. Документ доступен на русском языке на сайте ОБСЕ по адресу: <http://www.osce.org/node/14305>

¹⁰ Парижская хартия для новой Европы. Встреча на высшем уровне в рамках ОБСЕ, ноябрь 1990 года. См. на русском яз. на сайте Бюро Представителя ОБСЕ по вопросам свободы СМИ: http://www.osce.org/publications/rfm/2003/10/12253_108_ru.pdf.

¹¹ На пути к подлинному партнерству в новую эпоху. Встреча на высшем уровне в рамках ОБСЕ, Будапешт, 1994 год, пункты 36–38. См. на русском яз. на сайте Бюро Представителя ОБСЕ по вопросам свободы СМИ: http://www.osce.org/publications/rfm/2003/10/12253_108_ru.pdf.

¹² Встреча на высшем уровне в рамках ОБСЕ в Стамбуле, 1999 год, пункт 27. См. также пункт 26 Хартии европейской безопасности, принятой на той же встрече. Текст на русском яз. на сайте Бюро Представителя ОБСЕ по вопросам свободы СМИ: http://www.osce.org/publications/rfm/2003/10/12253_108_ru.pdf.

Международные организации, их органы и международные суды ясно указывают, что право на свободу выражения мнения и свободу информации является одним из важнейших прав человека. На своей самой первой сессии в 1946 году Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций приняла резолюцию 59 (I),¹³ которая, касаясь свободы информации, гласит:

«Свобода информации является фундаментальным правом человека и критерием всех остальных свобод, которым посвящена деятельность Организации Объединенных Наций».

Под свободой информации в этой и во всех последующих резолюциях высший орган ООН понимал «право повсеместно и беспрепятственно передавать и опубликовывать информационные сведения» во имя мира и мирового прогресса. Основным принципом свободы информации с точки зрения этой резолюции ООН является «обязанность стремиться к выявлению объективных фактов и к распространению информации без злостных намерений». Как видно из резолюции 59 (I), свобода выражения мнения имеет основополагающее значение сама по себе, а также служит основой для осуществления всех других прав.

Комитет Организации Объединенных Наций по правам человека – орган, созданный в качестве вспомогательного органа Генеральной Ассамблеи для осуществления надзора за соблюдением МПГПП, – определил:

«Право на свободу выражения мнения имеет важнейшее значение в любом демократическом обществе».¹⁴

Заявлениями такого рода изобилуют прецедентные решения судов и трибуналов по правам человека. Европейский суд по правам человека, например, подчеркнул в одном из своих решений, что "[с]вобода выражения мнения является одной из основных составляющих [демократического] общества и необходимым условием для его прогресса, а также для развития каждого человека".¹⁵ Как отмечается в этом положении, свобода выражения мнения имеет основополагающее значение как сама по себе, так и в качестве

¹³ Организация Объединенных Наций. Шестьдесят пятое пленарное заседание, 14 декабря 1946 г. Официальный текст на русском языке опубликован на сайте ООН по адресу: [http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/RES/59\(I\)&Lang=R&Area=RESOLUTION](http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/RES/59(I)&Lang=R&Area=RESOLUTION)

¹⁴ Дело «Дэ Хун Пак против Республики Кореи» (Tae-Hoon Park v. Republic of Korea, 20 October 1998, Communication No. 628/1995, para. 10.3).

¹⁵ Дело «Хендисайд против Соединенного Королевства» (Handyside v. the United Kingdom, 7 December 1976, Application No. 5493/72, para. 49). Текст решения на английском языке доступен на сайте Европейского суда по правам человека по адресу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57499>.

основы для всех других прав человека. Полноценная демократия возможна только в обществах, где допускается и гарантируется свободный поток информации и идей. Помимо этого, свобода выражения мнения имеет решающее значение для выявления и изобличения нарушений прав человека и борьбы с такими нарушениями.

Гарантия свободы выражения мнения особенно важна применительно к средствам массовой информации. Европейский суд по правам человека неизменно подчеркивает «исключительную роль прессы в правовом государстве».¹⁶

В продолжение этой мысли суд отмечает:

«Свобода печати дает общественности непревзойденный инструмент, позволяющий ей знакомиться со своими политическими лидерами и получать представление об их идеях и позициях. В частности, она позволяет политикам размышлять и высказывать свою точку зрения по вопросам, заботящим общественное мнение; таким образом, все получают возможность участвовать в свободной политической дискуссии, которая находится в самом центре концепции демократического общества».¹⁷

К тому же свободные СМИ, как подчеркивал Комитет Организации Объединенных Наций по правам человека, играют существенную роль в политическом процессе:

«Свободный обмен информацией и мнениями по государственным и политическим вопросам между гражданами, кандидатами и избранными представителями имеет исключительно важное значение. Это предполагает свободную печать и другие СМИ, имеющие возможность высказываться по вопросам общественной значимости без цензуры или ограничений и информировать общественное мнение».¹⁸

Европейский суд по правам человека также заявлял, что на СМИ лежит обязанность распространения информации и идей, касающихся всех сфер общественных интересов:

Хотя пресса и не должна преступать границы, установленные для [защиты интересов, изложенных в статье 10(2)]... на нее, тем не менее, возложена миссия по распространению информации и идей, представляющих общественный интерес; если на прессе лежит задача распространять такую информацию и идеи, то общественность, со

¹⁶ Дело "Тогьер Торгерсон против Исландии" (Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, 25 June 1992, Application No. 13778/88, para. 63). Текст решения на английском языке доступен на сайте Европейского суда по правам человека по адресу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57795>

¹⁷ Дело "Кастеллс против Испании" (Castells v. Spain, 24 April 1992, Application No. 11798/85, para. 43). Текст решения на английском языке доступен на сайте Европейского суда по правам человека по адресу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57772>.

¹⁸ Замечание общего порядка № 25 Комитета Организации Объединенных Наций по правам человека, 12 июля 1996 года.

своей стороны, имеет право на их получение. В противном случае пресса не смогла бы выполнять свою основную функцию «сторожевого пса общественных интересов».¹⁹

1.2. Ограничения свободы выражения мнения

Право на свободу выражения мнения не является абсолютным: в определенных и немногочисленных обстоятельствах оно может подвергаться ограничениям. Однако в силу основополагающего характера этого права ограничения должны быть точными и четко определенными в соответствии с принципами правового государства. Более того, ограничения должны преследовать законные цели; право на свободу выражения мнения не может быть ограничено только из-за того, что какое-то конкретное заявление или выражение рассматривается как оскорбительное или потому, что оно подвергает сомнению признанные догмы. Европейский суд по правам человека подчеркнул, что именно такие заявления достойны защиты:

«[Свобода выражения мнения] применима не только к "информации" или "идеям", которые встречаются благосклонно или рассматриваются как безобидные либо нейтральные, но и в отношении тех, которые задевают, шокируют или беспокоят государство или какую-либо часть населения. Таковы требования плюрализма, терпимости и либерализма, без которых нет "демократического общества"».²⁰

В статье 19(3) МППП установлены четкие пределы, в которых допустимы законные ограничения свободы выражения мнения. Она гласит:

Пользование предусмотренными в пункте 2 настоящей статьи правами налагает особые обязанности и особую ответственность. Оно может быть, следовательно, сопряжено с некоторыми ограничениями, которые, однако, должны быть установлены законом и являться необходимыми:

- а) для уважения прав и репутации других лиц;
- б) для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или

¹⁹ См. дело "Кастеллс против Испании" (Castells v. Spain, note 25, para. 43); «"Обсервер" и "Гардиан" против Соединенного Королевства» (The Observer and Guardian v. UK, 26 November 1991, Application No. 13585/88, para. 59); и «"Санди таймс" против Соединенного Королевства (II)» (The Sunday Times v. UK (II), 26 November 1991, Application No. 13166/87, para. 65).

²⁰ Дело "Хендисайд против Соединенного Королевства" (Handyside v. the United Kingdom, 7 December 1976, Application No. 5493/72, па. 49).

нравственности населения.

Вмешательство должно преследовать одну из целей, перечисленных в статье 19(3); этот перечень является исчерпывающим, и, следовательно, иное вмешательство представляет собой нарушение статьи 19. Вмешательство должно быть "необходимым" для достижения одной из этих целей. Слово "необходимый" в данном контексте имеет особое значение. Оно означает, что для вмешательства должна существовать "насушная общественная потребность"²¹; что причины, приводимые государством в качестве обоснования вмешательства, должны быть "относящимися к делу и достаточными" и что государство должно показать, что вмешательство соразмерно преследуемой цели. Как заявил Комитет по правам человека, "требование о необходимости предполагает наличие элемента соразмерности в том смысле, что масштаб ограничения свободы выражения мнения должен быть соразмерным с той ценностью, на защиту которой направлено данное ограничение".²²

Статья 10 ЕСПЧ (часть 2) гласит: «Осуществление этих свобод, налагающее обязанности и ответственность, может быть сопряжено с определенными формальностями, условиями, ограничениями или санкциями, которые предусмотрены законом и необходимы в демократическом обществе в интересах национальной безопасности, территориальной целостности или общественного порядка, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья и нравственности, защиты репутации или прав других лиц, предотвращения разглашения информации, полученной конфиденциально, или обеспечения авторитета и беспристрастности правосудия».

Это интерпретируется как установление тройственного критерия, требующего, чтобы любые ограничения были 1) предписаны законом, 2) преследовали законную цель и 3) были необходимыми в демократическом обществе.

Расплывчатые или нечетко сформулированные ограничения или ограничения, оставляющие чрезмерную свободу действий для исполнительной власти, несовместимы с правом на свободу выражения мнения.

Необходимо отметить, что Конституция Республики Казахстан также устанавливает критерии ограничения прав и свобод человека и гражданина, в целом, соответствующие

²¹ См., например, дело "Хрико против Словакии" (Hrico v. Slovakia, 27 July 2004, Application No. 41498/99, para. 40). Текст решения на английском языке доступен на Интернет-сайте Европейского суда по правам человека по адресу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61930>.

²² Решение Комитета ООН по правам человека по делу "Рафаэль Маркиш ди Мораиш против Анголы" (note 31, para. 6.8).

системе, принятой в международном праве, но имеющие свою специфику. Основной закон Казахстана в статье 39 разделяет права человека на две категории. Относящиеся к первой категории права не могут быть ограничены ни при каких обстоятельствах. Свобода выражения слова может подвергаться ограничениям при соблюдении следующих императивных требований к вводимым ограничениям:

- 1) Такие ограничения могут устанавливаться исключительно законами
- 2) Ограничения могут устанавливаться в следующих целях: защиты конституционного строя, охраны общественного порядка, прав и свобод человека, здоровья и нравственности населения.
- 3) Вводимые ограничения должны быть соразмерными указанным выше целям.
- 4) Ограничения ни в коем случае не могут носить политический характер.

Часть 3 статьи 20 Конституции Республики Казахстан применительно к свободе слова вводит перечень тех ограничений, которые могут устанавливаться в отношении реализации данной конституционной ценности:

«Не допускаются пропаганда или агитация насильственного изменения конституционного строя, нарушения целостности Республики, подрыва безопасности государства, войны, социального, расового, национального, религиозного, сословного и родового превосходства, а также культа жестокости и насилия».

1.3. Международно-правовые стандарты решения вопроса об ограничении свободы выражения мнения в целях защиты отдельных ценностей (в контексте специфики предлагаемого регулирования)

1.3.1. Ограничение свободы выражения мнения в целях защиты личных неимущественных прав

Уважение и охрана прав третьих лиц, как уже указывалось ранее, является той ценностью, в интересах защиты которой допускается ограничения права на свободу выражения мнения. В ряде рекомендательных решений органов европейского сообщества, а равно в практике Европейского суда по правам человека, сформулированы критерии соразмерности вводимых ограничений защищаемым ценностям. Помимо общих принципов толкования документов в сфере прав человека, приведенных выше, в контексте исследуемых законопроектов релевантными являются позиции,

сформулированные в отношении критики должностных лиц (т.н. публичных фигур) и в отношении допустимости применения уголовно-правовых мер для охраны прав и интересов третьих лиц.

Весьма проработанным и четко выраженным в практике Европейского суда по правам человека является принцип допустимости широкой критики в отношении лиц, чей статус или общественное положение «обрекает» их на более пристальное внимание к своей фигуре. В частности, при формировании своей позиции по целому ряду дел, Суд сформулировал описанный принцип следующим образом:

«пределы допустимой критики в отношении политического деятеля как такового шире, чем в отношении частного лица. В отличие от последнего, первый неизбежно и сознательно оставляет открытым для пристального анализа журналистов и общества в целом каждое свое слово и действие, а следовательно, должен проявлять и большую степень терпимости. Нет сомнения, что репутация политика подлежит защите, даже когда он выступает и не в личном качестве; но в таких случаях противовесом подобной защиты выступает интерес общества к открытой дискуссии по политическим вопросам».²³

Исходя из позиций, сформулированных выше, можно говорить о том, что уровень защиты против диффамационных форма выражения мнения, у политических и государственных деятелей не может быть, по крайней мере, выше, чем у любых других граждан.

Существенным является и вопрос о декриминализации диффамационных деликтов (посягательств на честь, достоинство и репутацию личности путем распространения порочащих сведений либо утверждений оскорбительного характера), который неоднократно становился предметом рассмотрения и обсуждения международных организаций и их органов.

Комитет по правам человека ООН на сто второй сессии, которая проходила в Женеве с 11 по 29 июля 2011 года, принял Замечание общего порядка № 34 «Статья 19: свобода мнений и их выражения».²⁴ Пункт 49 указанного документа формирует видение

²³ См., например, дело "Гринберг против России" (Greenberg v. Russia, 21 July 2005, Application No. 23472/03, para. 25). Текст решения по делу на русском языке доступен на Интернет-сайте по адресу: http://mmdc.ru/praktika_evropejskogo_suda/praktika_po_st10_evropejskoj_konvencii/euror_practice37/, дело "Лингенс против Австрии" (Lingens v. Austria) от 8 июля 1986 г., Series A, N 103, § 42, Текст решения по делу на русском языке доступен на Интернет-сайте по адресу: http://mmdc.ru/praktika_evropejskogo_suda/praktika_po_st10_evropejskoj_konvencii/euror_practice87/

²⁴ Текст документа доступен в сети Интернет по адресу: <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/gencomm/Rhrcom34.html>

Комитетом основных принципов создания законодательства, направленного на противодействие диффамации:

«Необходимо тщательно подходить к разработке законов, касающихся клеветы, обеспечивать их соответствие положениям пункта 3 [статьи 19 МПГПП], а также не допускать, чтобы они на практике использовались для ограничения права на свободное выражение мнений. Во все такие законы, в частности уголовные законы, касающиеся клеветы, следует включить такие формы защиты, которые отвечают интересам правдивости, и они не должны применяться по отношению к таким формам выражения мнений, которые по своей природе не могут быть проверены. По крайней мере, в отношении комментариев, затрагивающих интересы общественных деятелей, следует стремиться не допускать установления наказаний за высказывания, которые стали достоянием общественности по ошибке и без злого умысла, или их перевода в разряд незаконных. В любом случае наличие общественного интереса к объекту критики следует рассматривать в качестве элемента защиты. Государствам–участникам следует принимать меры во избежание чрезмерных мер наказания и штрафов. Там, где это необходимо, государствам–участникам следует вводить умеренные ограничения на требование, в соответствии с которым защита обязана возместить расходы стороны, выигравшей дело. Государствам–участникам следует рассмотреть возможность исключения клеветы из разряда преступлений, но в любом случае уголовное законодательство должно применяться лишь в связи с наиболее серьезными случаями, а лишение свободы ни при каких условиях не должно считаться адекватной мерой наказания. Государство–участник не должно допускать ситуаций, когда после предъявления лицу обвинения в клевете судебное разбирательство в отношении этого лица не проводится скорейшим образом, поскольку такая практика оказывает сковывающее воздействие, неправомерно ограничивающее осуществление таким лицом или другими лицами права на свободное выражение мнения».

Столь же категорическая позиция была занята Парламентской Ассамблеей Совета Европы, которая в ходе своего 34 заседания, которое состоялось 4 октября 2007 года, приняла Резолюцию ПАСЕ 1577 (2007)¹ «На пути к отмене уголовной ответственности за диффамацию». В указанном документе Ассамблея, исходя из того, что законы об ответственности за диффамацию преследуют законную цель по защите репутации и прав граждан, тем не менее, призвала государства-члены Совета Европы крайне осторожно применять эти законы, так как это может серьезно ущемить свободу выражения мнений. По мнению Ассамблеи, в ряде государств преследование за диффамацию сопровождается

злоупотреблениями, которые можно рассматривать как попытки властей подавить критику со стороны СМИ. В частности, в качестве примера такой ситуации в Резолюции была приведена Российская Федерация, законодательство которой о клевете на момент принятия Резолюции в значительной степени было сходно с формулировками рассматриваемого проекта Уголовного кодекса.

В развитие положений Резолюции Ассамблея с большой озабоченностью отметила, что во многих государствах-членах за диффамацию законодательно предусмотрено наказание в виде тюремного заключения, и что некоторые из них, до сих пор применяют его на практике. По мнению Ассамблеи, каждый случай тюремного заключения работников СМИ является недопустимым препятствием в реализации свободы выражения мнений и приводит к тому, что общество в целом страдает от того, что посредством такого давления журналистов заставляют молчать.

В качестве вывода Резолюция содержит следующее положение:

«13. Поэтому Ассамблея полагает, что наказание в виде тюремного заключения за диффамацию должно быть незамедлительно отменено».

Данная общая рекомендация нашла развитие в рекомендациях странам-участникам Совета Европы осуществить ряд мер правотворческого характера, а равно направленных на корректировку правоприменительной практики, в частности:

- незамедлительно отменить наказание за диффамацию в виде лишения свободы;
- дать более точное определение диффамации в своем законодательстве во избежание произвольного применения закона и для обеспечения эффективной гражданско-правовой защиты человеческого достоинства лиц, затронутых диффамацией;
- исключить из своего законодательства о диффамации нормы, обеспечивающие усиленную защиту общественных деятелей;
- обеспечить законодательно, чтобы лица, преследуемые за диффамацию, располагали надлежащими средствами для своей защиты, в частности, средствами, позволяющими подтвердить достоверность своих утверждений и их соответствия интересам общества.

Несмотря на то, что Казахстан не входит в Совет Европы, и не принимал обязательства исполнять решения органов данной международной организации, со стороны правительства страны исходило несколько заявлений о приверженности ценностям Совета

Европы, и были предприняты шаги, направленные на расширение взаимодействия. В частности, в апреле 2004 года было заключено Соглашение о сотрудничестве между Парламентом Казахстана и ПАСЕ,²⁵ в ноябре 2006 года Парламент Казахстана подал заявку на получение государством статуса наблюдателя,²⁶ страна является участником Европейской комиссии за демократию через право (Венецианская комиссия). В рамках обозначенного Соглашения Казахстаном было подтверждено намерение продвигать принципы уважения прав человека и основных свобод.

Право на неприкосновенность частной жизни зафиксировано основополагающими международными документами по правам человека. Международный пакт о гражданских и политических правах в статье 17 установил следующее:

«1. Никто не может подвергаться произвольному или незаконному вмешательству в его личную и семейную жизнь, произвольным или незаконным посягательствам на неприкосновенность его жилища или тайну его корреспонденции или незаконным посягательствам на его честь и репутацию.

2. Каждый человек имеет право на защиту закона от такого вмешательства или таких посягательств.».

Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод, говоря о прав на личную жизнь определяет, что:

«Не допускается вмешательство со стороны публичных властей в осуществление этого права, за исключением случаев, когда такое вмешательство предусмотрено законом и необходимо в демократическом обществе в интересах национальной безопасности и общественного порядка, экономического благосостояния страны, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья или нравственности или защиты прав и свобод других лиц».

Международное право предоставляет защиту личной и семейной жизни, прежде всего, от вмешательства государства, о чем, например, свидетельствует формулировка части 2 статьи 17 Международного пакта о гражданских и политических правах.

²⁵ Текст соглашения на английском языке доступен в сети Интернет по адресу: http://assembly.coe.int/President/InfoBase/FinalAgreement_KAZ_CoEPA_E.pdf

²⁶ См. Информационный доклад Комитета Парламентской ассамблеи совета Европы по политическим вопросам № 12056 от 07 октября 2009 года, доступен на английском языке в сети Интернет по адресу: <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=12883&Language=EN>.

В то же время существует понимание того, что развитие технологических возможностей СМИ последнего времени привело к тому, что частной жизни граждан теперь может угрожать не только государство. Как указала Парламентская Ассамблея Совета Европы в Резолюции №1165 (1998) о праве на неприкосновенность личной жизни, в тех странах, где СМИ независимы и вынуждены конкурировать за долю рынка, отдельные из них прибегают к недобросовестным средствам поиска информации о жизни публичных персон, политических деятелей, светских знаменитостей. Более подробно эта мысль раскрыта в пункте 6 Резолюции, который говорит о том, что «личная жизнь часто подвергается вторжениям, даже в странах, где имеются специальные законы для ее защиты, поскольку для определенной части некоторых СМИ подробности личной жизни стали предметом чрезвычайно выгодной купли-продажи. Их жертвами в основном становятся публичные фигуры, поскольку подробности их жизни служат хорошим стимулом для продаж. Одновременно публичные фигуры должны признать то обстоятельство, что особое положение, которое они, зачастую по собственному выбору, занимают в обществе, автоматически ведет к усилению давления общественности в отношении их личной жизни».

Понимание того, что возможно столкновение двух законных интересов, которое необходимо разрешить, было выражено ПАСЕ в следующем тезисе: «необходимо найти способ уравновесить два фундаментальных права, которые оба гарантируются Европейской конвенцией по правам человека: право на защиту частной жизни и право на свободу выражения».

Для решения соответствующей задачи Ассамблеей был предложен комплекс мер по совершенствованию законодательства стран-участников Совета Европы (пункт 14):

«(i) должно быть гарантировано право потерпевшего требовать, посредством гражданского иска, возмещения потенциального ущерба, нанесенного в результате посягательства на его личную жизнь;

(ii) если в публикациях содержатся посягательства на личную жизнь, соответствующие редакторы и журналисты должны нести ответственность в той же мере, как и в случае клеветы;

(iii) в случае, если редактор опубликовал сведения, которые в дальнейшем оказались ошибочными, он обязан на основании требования заинтересованных лиц опубликовать исправления в надлежащем объеме;

(iv) в отношении тех издательских групп, которые регулярно посягают на частную жизнь людей, следует применять экономические штрафные санкции;

(v) необходимо запретить преследование, фотографирование, видеосъемку или аудиозапись людей, если это каким-либо образом препятствует спокойствию частной жизни этих людей или наносит им реальный физический ущерб;

(vi) пострадавшему должна быть предоставлена возможность подать гражданский иск в суд против фотографа или лица, напрямую вовлеченного в оспариваемые действия, в случае, если «папарацци» вторглись в его личные владения либо использовали специальную увеличительную (усиливающую) видео- и аудиоаппаратуру для записи (съемки), которую иначе невозможно было бы осуществить без вторжения в личные владения;

(vii) следует предусмотреть положение, по которому лицо, располагающее информацией о том, что кто-то намеревается распространить сведения или изображения в отношении его частной жизни, могло возбудить чрезвычайный судебный процесс, такой как упрощенное производство о временном распоряжении или судебном приказе об отсрочке распространения таких сведений, на основании оценки судом существа иска о вторжении в личную жизнь;

(viii) следует содействовать тому, чтобы средства массовой информации разработали свои правила касательно публикации материалов и учредили орган, куда частные лица могли бы обращаться с жалобами на вторжение в их частную жизнь и с требованиями о публикации опровержений и исправлений».

1.3.2. Ограничение свободы выражения мнения в целях развития и защиты государственного языка

Вопрос регулирования реализации права на выбор языка при реализации права на свободу выражения мнения является принципиальным для гарантий реализации прав и свобод человека. Это относится, в том числе, и к регулированию вопросов деятельности вещательных организаций, в отношении которых нормами международного права, как правило, допускается большая свобода усмотрения государств.

В контексте исследования данного вопроса представляется необходимым процитировать статью 27 МПГП, которая гласит:

«В тех странах, где существуют этнические, религиозные и языковые меньшинства, лицам, принадлежащим к таким меньшинствам, не может быть отказано в праве

совместно с другими членами той же группы пользоваться своей культурой, исповедовать свою религию и исполнять ее обряды, а также пользоваться родным языком.».

Как указывает авторитетная Международная организация Артикуль XIX «язык вещания является неотъемлемой частью свободы выражения убеждений, охраняемой статьями 19 и 27 МПГПП; это также является предметом специальных руководящих указаний Верховного комиссара ОБСЕ по делам национальных меньшинств. В совокупности статьи 19 и 27 означают, что государство не вправе ограничивать использование других языков, кроме государственного, за исключением таких ключевых государственных структур, как суд и парламент».²⁷

В качестве подтверждения такой позиции можно привести рекомендательный документ Офиса Верховного комиссара ОБСЕ по делам национальных меньшинств «Руководящие принципы использования языков национальных меньшинств вещательными средствами массовой информации»,²⁸ в котором (пункт 10), в частности, говорится:

«Регулируя использование языка в телерадиовещании, государства могут поддерживать использование отдельных языков. Меры, поддерживающие один или несколько языков, не должны приводить к ограничению в использовании других языков. Государства не могут запретить использование того или иного языка в телерадиовещании. Меры по поддержке того или иного языка в телерадиовещании не должны ущемлять права лиц, принадлежащих к национальным меньшинствам.».

В рекомендациях также отражена необходимость учета численности и географии компактного проживания лиц, принадлежащих к национальным меньшинствам, при регулировании вопроса количества выделяемого времени и время выхода в эфир программ на языке меньшинств.

Сходные принципы легли в основу международного соглашения, принятого под эгидой Совета Европы, а именно Европейской Хартии региональных языков или языков меньшинств.²⁹ Статья 11 указанного документа предусматривает обязательства государств-участников по обеспечению прав на использование родного языка носителями региональных языков и языков меньшинств при организации вещания. Такое обязательство состоит в учреждении общественной вещательной службы на языке

²⁷ См. Меморандум организации Артикуль XIX к Закону Республики Казахстан «О средствах массовой информации», доступен на русском языке в сети Интернет по адресу: <http://www.osce.org/node/20733>

²⁸ Текст документа доступен на русском языке в сети Интернет по адресу: <http://www.osce.org/ru/hcnm/32311>

²⁹ Текст Хартии на английском языке доступен в сети Интернет по адресу: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/148.htm>

меньшинства, а равно в поддержке создания негосударственных вещателей, распространяющих информацию на соответствующем языке. Соглашение, таким образом исходит не из необходимости квотирования языков, а наоборот из возможно широкой поддержки языков меньшинств.

2. АНАЛИЗ НОРМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН О СМИ И СВОБОДЕ ВЫРАЖЕНИЯ МНЕНИЯ

Национальное законодательство Казахстана включает действующие нормативные правовые акты, формирующие сферы уголовного и административного права. Законодательство, гарантирующее свободу слова и регулирующее деятельность СМИ, является сложившимся и действует. Конституционно-правовое регулирование, как уже было указано выше, устанавливает те критерии для поиска баланса охраняемых ценностей, которые должны приниматься законодателями во внимание в рамках его деятельности.

Немаловажно отметить, что реформа законодательства производится в Республике Казахстан в соответствии со сформулированной концепцией правовой политики государства, имеющей статус подзаконного нормативного правового акта.

Помимо указанных выше норм основного закона, необходимым в контексте настоящего заключения является указание ряда положений Конституции Казахстана, имеющих существенное значение.

Так, статья 7 Конституции провозглашает государственным языком казахский язык. Часть 2 указанной статьи указывает, что в государственных организациях и органах местного самоуправления наравне с казахским официально употребляется русский язык. Государство в соответствии с частью 3 статьи 7 Конституции заботится о создании условий для изучения и развития языков народа Казахстана.

Часть 2 статьи 14 Конституции формулирует принцип недопустимости дискриминации, указывая, что никто не может подвергаться какой-либо дискриминации по мотивам происхождения, социального, должностного и имущественного положения, пола, расы, национальности, языка, отношения к религии, убеждений, места жительства или по любым иным обстоятельствам.

Часть 1 статьи 18 гарантирует каждому право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и достоинства.

Наконец, статья 19 в части 2 провозглашает право каждого на пользование родным языком и культурой, на свободный выбор языка общения, воспитания, обучения и творчества.

Общие гарантии права на свободу выражения мнения, установленные Конституцией Республики Казахстан, конкретизируются в законодательстве о средствах массовой информации. Так, статья 2 Закона Республики Казахстан от 23 июля 1999 года «О средствах массовой информации»³⁰ развивает положения Конституции, указывая, что та гарантирует «свободу слова, творчества, выражения в печатной и иной форме своих взглядов и убеждений, получения и распространения информации любым не запрещенным законом способом». Это положение также гарантирует запрет цензуры, под которой понимается предварительное согласование сообщений и материалов средствами массовой информации с государственными органами, должностными лицами и иными организациями по их требованию или по иным основаниям с целью ограничения или наложения запрета на распространение сообщений и материалов либо их отдельных частей. Статья 4 Закона Республики Казахстан «О телерадиовещании»³¹ относит к принципам государственного регулирования деятельности в области телерадиовещания обеспечение конституционных гарантий прав на свободное получение информации и распространение любыми, не запрещенными законами, способами свободу слова и творчества.

Статья 13 «О средствах массовой информации» предусматривает основания и порядок приостановления и прекращения выпуска средства массовой информации либо распространения продукции средства массовой информации.

Пункт 3 указанной статьи предусматривает ограниченный (хотя весьма широкий) перечень оснований приостановления выпуска СМИ. Таковыми являются: разглашение сведений, составляющих государственные секреты или иную охраняемую законом тайну, распространение информации, пропагандирующей суицид, раскрывающей технические приемы и тактику антитеррористических операций в период их проведения, пропаганда наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, пропаганда или агитация культа жестокости и насилия, социального, расового, национального, религиозного, сословного и родового превосходства, распространение теле-, радиопрограмм, теле-, радиоканалов, а также демонстрация киноvideопродукции порнографического и специального сексуально-эротического характера, использование средства массовой информации в целях нарушения условий проведения предвыборной агитации,

³⁰ Закон Республики Казахстан от 23 июля 1999 года № 451-І «О средствах массовой информации». Текст закона на русском языке доступен в сети Интернет по адресу: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013966.

³¹ Закон Республики Казахстан от 18 января 2012 года № 545-ІV «О телерадиовещании». Текст закона на русском языке доступен в сети Интернет по адресу: <http://www.adilet.minjust.kz/rus/docs/Z1200000545>

осуществления иностранцами, лицами без гражданства, иностранными юридическими лицами и международными организациями деятельности, препятствующей и (или) способствующей выдвижению и избранию кандидатов, политических партий, выдвинувших партийный список, достижению определенного результата на выборах, проведения агитации в период ее запрещения, принуждения к участию или отказу от участия в забастовке, нарушения законодательства Республики Казахстан о порядке организации и проведения мирных собраний, митингов, шествий, пикетов и демонстраций, об авторском праве и смежных правах в сети Интернет, а также нарушение требований, предусмотренных статьей 3 закона, требования о переучете в случаях смены собственника либо изменения организационно-правовой формы, наименования, а также названия периодического печатного издания и (или) информационного агентства, языка издания либо материалов и сообщений, территории распространения, основной тематической направленности и периодичности выпуска. Кроме того, приостановление выпуска возможно в случае повторного нарушения в течение года требований закона об объявлении СМИ выходных данных, и о направлении обязательных экземпляров периодических СМИ в указанные законом органы, а равно о хранении записей телеканалами и радиоканалами.

Пункт 4 указанной статьи указывает следующие основания для прекращения выпуска средства массовой информации либо распространения продукции средства массовой информации: пропаганда или агитация насильственного изменения конституционного строя, нарушения целостности Республики Казахстан, подрыва безопасности государства, войны, пропаганда экстремизма или терроризма, публикация материалов и распространение информации, направленной на разжигание межнациональной и межконфессиональной вражды, а также неустранение причин приостановления выпуска средства массовой информации либо распространения продукции средства массовой информации в установленный срок.

Также необходимо отметить положения статьи 25 Закона (пункт 2.1), которые содержат специальные положения об ответственности. В соответствии с ними собственник, главный редактор (редактор) средства массовой информации несут установленную законодательными актами Республики Казахстан ответственность за распространение сообщений и материалов, содержащих пропаганду или агитацию насильственного изменения конституционного строя, нарушения целостности Республики Казахстан, подрыва безопасности государства, войны, социального, расового,

национального, религиозного, сословного и родового превосходства, культа жестокости, насилия и порнографии, независимо от источника их получения.

Закон Республики Казахстан «О телерадиовещании» не содержит оснований для приостановления и запрета деятельности вещателей, а лишь дает общую отсылку на законодательство.

Статья 20 «О средствах массовой информации» определяет права журналиста, к которым, в числе прочего, относятся следующие:

- осуществлять поиск, запрашивать, получать и распространять информацию;
- производить записи, в том числе с использованием средств аудиовизуальной техники, кино- и фотосъемку, за исключением случаев, запрещенных законодательными актами Республики Казахстан;
- на сохранение тайны авторства и источников информации, за исключением случаев, когда эти тайны обнародуются по требованию суда.

Обязанности журналиста в соответствии со статьей 21 Закона состоят в следующем:

- 1) осуществлять программу деятельности средства массовой информации, с которым он состоит в договорных отношениях, руководствуясь законодательством Республики Казахстан;
- 2) не распространять информацию, не соответствующую действительности;
- 3) удовлетворять просьбы лиц, предоставивших информацию, об указании их авторства;
- 4) уважать законные права и интересы физических и юридических лиц;
- 5) выполнять иные обязанности, возложенные на него в соответствии с законодательством Республики Казахстан.

Статья 18 Закона Республики Казахстан «О языках в Республике Казахстан»³² предусматривает, что государство обеспечивает функционирование государственного, других языков в печатных изданиях и средствах массовой информации. В целях создания необходимой языковой среды и полноценного функционирования государственного языка объем теле-, радиопрограмм по теле-, радиоканалам, независимо от форм их

³² Закон Республики Казахстан от 11 июля 1997 года № 151-І «О языках в Республике Казахстан» Текст закона на русском языке доступен в сети Интернет по адресу: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=2008034

собственности, на государственном языке по времени не должен быть менее суммарного объема теле-, радиопрограмм на других языках. Статья 10 Закона Республики Казахстан «О телерадиовещании» содержит аналогичные положения, устанавливая при этом более детализированное регулирование. Следует отметить, что аналогичное указанному в настоящем абзаце соотношение государственного и иных языков при осуществлении вещания изначально было закреплено в законе «О средствах массовой информации». При принятии этого закона он был проанализирован на предмет соответствия международным стандартам офисом представителя ОБСЕ по вопросам свободы СМИ, требования о применении квотирования языков были признаны не соответствующими международным стандартам, рекомендация эксперта состояла в исключении соответствующих положений из закона о СМИ.³³

Действующий Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях³⁴ содержит главу 23, устанавливающую ответственность за правонарушения в области печати и информации. Общее количество составов правонарушений – одиннадцать, из них 8 предусматривают ответственность за нарушение журналистами и редакциями СМИ законодательства, в то время, как три устанавливают ответственность за нарушение прав и ущемление законных интересов СМИ. Во многом, положения действующего кодекса корреспондируют положениям, предлагаемым в законопроекте, их соответствие международным и конституционным стандартам будет исследовано в соответствующих разделах настоящего комментария. Представляется целесообразным выделить следующие составы правонарушений, закрепленные в действующем законе: дача разрешения на публикацию в средствах массовой информации материалов, направленных на разжигание национальной вражды (статья 343 КоАП), воздействие на суд средствами массовой информации (статья 346 КоАП), дача заведомо ложных сведений и материалов средствам массовой информации (статья 347 КоАП), воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналиста (статья 352 КоАП).

Действующий Уголовный Кодекс Республики Казахстан³⁵ содержит такие составы преступлений, как клевета (статья 129), оскорбление (статья 130), публичное оскорбление и иное посягательство на честь и достоинство Первого Президента Республики Казахстан

³³ см. рекомендации к разделу 2.1.3 Меморандума от 25 февраля 2008 года о проекте закона Республики Казахстан «О средствах массовой информации».

³⁴ Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях от 30 января 2001 года № 155-ІІ. Текст закона на русском языке доступен в сети Интернет по адресу: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1021682&sublink=3520000.

³⁵ Кодекс Республики Казахстан от 16 июля 1997 года № 167. Текст документа на русском языке доступен в сети Интернет по адресу: http://adilet.zan.kz/rus/docs/K970000167/_k970167.htm

- Лидера Нации, осквернение изображений Первого Президента Республики Казахстан - Лидера Нации, воспрепятствование законной деятельности Первого Президента Республики Казахстан - Лидера Нации (Статья 317-1), посягательство на честь и достоинство Президента Республики Казахстан и воспрепятствование его деятельности (статья 318), Посягательство на честь и достоинство депутата и воспрепятствование его деятельности (статья 319), Оскорбление представителя власти (статья 320), Клевета в отношении судьи, присяжного заседателя, прокурора, следователя, лица, производящего дознание, эксперта, судебного пристава, судебного исполнителя (статья 343), нарушение неприкосновенности частной жизни (статья 142).

Составы диффамационных правонарушений, содержащиеся в действующем уголовном законодательстве, по общему правилу не предусматривают в качестве наказания лишение свободы, в том числе, когда диффамационные сведения распространяются через СМИ. Вместе с тем посягательства на честь и достоинство должностных лиц и Президента Республики Казахстан влекут более серьезное наказание – вплоть до лишения свободы на срок до трех лет.³⁶

Обозначенные положения, устанавливающие ответственность за клевету и оскорбление, были проанализированы Комитетом ООН по правам человека при рассмотрении доклада о выполнении Республикой Казахстан Международного пакта о гражданских и политических правах.³⁷ В заключительных замечаниях, относящихся к докладу, принятым на 2826-м заседании 26 июля 2011 года,³⁸ Комитет выразил обеспокоенность в связи с сообщениями о том, что в Республике Казахстан не уважается право на свободу выражения своего мнения. Комитет, в частности, выразил обеспокоенность по поводу наличия в Уголовном кодексе положений о клевете в отношении должностных лиц и введения в действие Закона «О Лидере Нации», которым в Уголовный кодекс была

³⁶ Следует отметить, что сложившееся регулирование является результатом определенной эволюции уголовного законодательства в сторону отхода от более широкого использования такой меры наказания, как лишение свободы. Изменения произошли в результате принятия законопроектов, получивших скорее позитивные, нежели негативные отзывы офиса представителя ОБСЕ по вопросам свободы (см. комментарии и предложения от 25 февраля 2008 года к проекту закона о внесении изменений и дополнений в отдельные законодательные акты республики Казахстан по вопросам диффамации в средствах массовой информации. Текст документа на русском языке доступен в сети Интернет по адресу <http://www.osce.org/ru/fom/30880>). Необходимо, тем не менее, отметить, что внесенные изменения были признаны хотя и позитивными, но недостаточными.

³⁷ Доклад утвержден Постановлением Правительства Республики Казахстан от 12 июня 2009 года № 892, текст документа на русском языке доступен в сети Интернет по адресу: <http://www.adilet.gov.kz/ru/node/23779>

³⁸ Текст документа на русском языке доступен в сети Интернет по адресу: <http://www.adilet.gov.kz/ru/node/30636>

внесена статья 317–1, предусматривающая запрещение и наказание оскорблений и иных посягательств на честь и достоинство Президента.

Комитет рекомендовал обеспечить, чтобы журналисты, правозащитники и отдельные лица имели возможность свободно осуществлять право на свободу выражения своего мнения в соответствии с Пактом. В этой связи, как указал Комитет, Казахстану следовало пересмотреть свое законодательство о клевете и оскорблениях, с тем, чтобы оно в полной мере соответствовало положениям Пакта, а также воздерживаться от использования своего законодательства о клевете исключительно в целях преследования или запугивания отдельных лиц, журналистов и правозащитников. В этой связи любые ограничения на осуществление свободы выражения мнения должны соответствовать строгим требованиям пункта 3 статьи 19 МПГПП.

Необходимо также особо подчеркнуть, что вопросы декриминализации клеветы и оскорбления неоднократно становились центральными в повестке дня Казахстана, законопроект, предусматривающий соответствующие изменения, разрабатывались как представителями гражданского общества, так и органами государственной власти, предлагались для обсуждения, получали позитивные отзывы от экспертов ОБСЕ, но так и не были приняты.

Помимо приведенных выше положений Уголовного кодекса, необходимо отметить статью 155 УК, которая устанавливает ответственность за воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналиста. Состав преступления формулируется следующим образом:

«1. Воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналиста путем принуждения его к распространению либо отказу от распространения информации - наказывается штрафом в размере от пятидесяти до ста месячных расчетных показателей, либо привлечением к общественным работам на срок до ста восьмидесяти часов, либо исправительными работами на срок до одного года.
2. То же деяние, совершенное лицом с использованием своего служебного положения, а равно с применением насилия или угрозы его применения, - наказывается исправительными работами на срок до двух лет либо лишением свободы на срок до трех лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет или без такового.»

Наконец, обзор национального законодательства Казахстана не может быть полным без обзора тех принципиальных основ реформы уголовного кодекса, которые сформулированы в Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года (утверждена Указом Президента Республики Казахстан № 858 от 24.08.2009).³⁹ Названный документ формирует комплексное видение полноценной и масштабной реформы законодательства, охватывающей регулирование основных аспектов жизни общества. Концепция исходит из того, что «важнейшим звеном правовой политики государства является уголовная политика, совершенствование которой осуществляется путем комплексной, взаимосвязанной коррекции уголовного, уголовно-процессуального и уголовно-исполнительного права, а также правоприменения».

Одним из приоритетов совершенствования политики государства в области уголовного права должно стать приведение уголовного закона в соответствие с международными договорами, ратифицированными Казахстаном. Речь, в частности, идет не только о декриминализации, но и об обратном процессе – о криминализации определенных видов правонарушений, а также о введении уголовной ответственности юридических лиц за некоторые категории преступлений, в том числе за экологические, экономические и коррупционные преступления.

Уголовная политика государства, согласно Концепции, среди прочего должна быть направлена на:

- дальнейшую декриминализацию правонарушений, не представляющих большой общественной опасности, с переводом их в категорию административных правонарушений и усилением административной ответственности за их совершение, а также переоценку степени тяжести отдельных преступлений путем смягчения наказаний (депенализация);
- расширение сферы применения уголовных наказаний, не связанных с лишением свободы, в том числе исключение из отдельных санкций наказаний в виде лишения свободы либо снижение максимальных сроков лишения свободы;
- определение штрафа как одного из эффективных видов уголовных наказаний и возможности расширения его применения;

³⁹ Текст документа на русском языке доступен в сети Интернет по адресу: <http://www.pavlodar.com/zakon/?dok=04450&ogl=all>

- установление соразмерности наказаний в санкциях статей Уголовного кодекса, отнесенных к одной категории тяжести, и соответствия их принципу справедливости наказания;
- внедрение альтернативных уголовному наказанию мер государственного принуждения;
- совершенствование институтов освобождения от уголовной ответственности, отбывания наказания, условно-досрочного освобождения от отбывания наказания.

Отдельно стоит выделить то обстоятельство, что Концепцией ставится обязательным условием реформы уголовного права повышение качества законов – «закон, ограничивающий конституционные права и свободы, должен соответствовать требованиям юридической точности и предсказуемости последствий, то есть его нормы должны быть сформулированы с достаточной степенью четкости и основаны на понятных критериях, позволяющих со всей определенностью отличать правомерное поведение от противоправного, исключая возможность произвольной интерпретации положений закона». Формулирование данного принципа в нормативном правовом акте крайне важным, так как делает юридически обязательным и предопределяющим оценку законодательства принцип формальной определенности, являющийся общеправовым, а также закрепленный в международных документах, приведенных выше.

3. АНАЛИЗ ПРОЕКТА УГОЛОВНОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

Анализируемый законопроект содержит 2 части, 18 глав, включающих 467 статей. Ниже приводятся комментарии по общей части проекта кодекса, включающей базовые положения и подходы, а также исследование формулировок отдельных составов уголовных правонарушений, применение которых может затронуть реализацию свободы выражения мнения. Аналитические материалы сопровождаются рекомендациями по улучшению содержания и текста законопроекта в соответствии с международными обязательствами Республики Казахстан, международными стандартами демократии и свободы слова, в целях принятия применимого на практике и эффективного закона, обеспечивающего защиту прав и свобод субъектов применения закона.

3.1. Комментарии и предложения к общей части проекта Уголовного Кодекса

Статьи 6 и 7 законопроекта содержат принцип определения действия Уголовного Кодекса по территории. Принимая во внимание трансграничный характер функционирования телекоммуникационной сети Интернет, и возможность совершения уголовных правонарушений путем распространения информации через указанную сеть, представляется необходимым определить критерии для применения уголовного законодательства к лицам, совершившим преступления с использованием Сети. При этом в качестве балансирующего должен выступать принцип необходимости обеспечения свободы распространения информации, в том числе вне зависимости от государственных границ.

Критериями применения уголовного закона к соответствующим отношениям должно быть одновременно действие следующих факторов: причинившее вреда интересам личности, находящейся на территории Республики Казахстан, обществу или государству Казахстана, а также наличие прямого умысла на причинение вреда виновными действиями. При доказывании прямого умысла должно быть уделено особое внимание тому, что правонарушителем осознается, что его действие образует состав преступления в соответствии с законодательством Республики Казахстан.

Категория «крайняя необходимость» (статья 35 законопроекта) декриминализирует причинение вреда охраняемым интересам, если оно происходит «для устранения

опасности, непосредственно угрожающей жизни, здоровью, правам и законным интересам данного лица или иных лиц, интересам общества или государства, если эта опасность не могла быть устранена иными средствами и при этом не допущено превышения пределов крайней необходимости».

Как представляется, данное понятие должно быть уточнено с тем, чтобы действия прессы, осуществляемые в рамках исполнения профессиональных обязанностей, то есть для защиты общественного интереса⁴⁰ (реализация международного стандарта, трактующего прессу как «сторожевого пса общественных интересов»), могли бы подпадать под категорию крайней необходимости⁴¹. Вероятно, более логичным, чем регулирование этого вопроса в Уголовном Кодексе, было бы включение в закон «О средствах массовой информации» положений, предусматривающих освобождение от ответственности журналистов и главного редактора СМИ от ответственности, в случае, если их действия, формально содержащие состав преступления, тем не менее, были продиктованы насущной потребностью защиты общественного интереса.⁴² В рамках такого подхода, непосредственно в статью 35 УК, либо в его отдельные положения (прежде всего в статьи, посвященные диффамационным правонарушениям и нарушению права на неприкосновенность частной жизни) могло бы быть внесено примечание, указывающее, что действия прессы в целях защиты общественного интереса расцениваются как крайняя необходимость в понимании уголовного законодательства.

Рекомендации:

1. Внести дополнения в положения проекта Уголовного Кодекса, предусматривающие применение принципа действия уголовного закона по территории в отношении правонарушений, совершаемых в сети Интернет.
2. Конкретизировать положения проекта Уголовного Кодекса, относящиеся к крайней необходимости, сделав оговорку, что при выполнении профессионального долга журналист рассматривается как лицо, действующее в защиту общественного интереса.

⁴⁰ Необходимо отметить, что, к сожалению, Закон РК «О средствах массовой информации» не содержит указания на то, что пресса действует, защищая общественный интерес. На этот недостаток обращалось внимание при его принятии экспертами ОБСЕ, см. общие рекомендации по совершенствованию проекта закона «О средствах массовой информации» в Меморандуме от 25 февраля 2008 года о проекте закона Республики Казахстан «О средствах массовой информации».

⁴¹ К категории общественных интересов следует относить не любой интерес, проявляемый аудиторией, а, например, потребность общества в обнаружении и раскрытии угрозы демократическому правовому государству и гражданскому обществу, общественной безопасности, окружающей среде.

⁴² В качестве примера такого принципа регулирования может быть приведена Российская Федерация, законодательство которой предусматривает, что журналисту гарантирована защита, так как при выполнении профессиональных обязанностей он рассматривается как лицо, выполняющее общественный долг.

3.2. Комментарии и предложения к статьям 130 («Клевета») и 131 («Оскорбление») проекта Уголовного Кодекса, а равно положениям устанавливающим ответственность за клевету и оскорбление должностных лиц

В качестве общих предварительных замечаний при характеристике диффамационных преступлений, предусмотренных проектом Кодекса, необходимо отметить, что в части формулирования гипотез и диспозиций соответствующих норм, законодатель Республики Казахстан последователен и стабилен. В частности, под клеветой, как и в действующем законом, понимается «распространение заведомо ложных сведений, порочащих честь и достоинство другого лица или подрывающих его репутацию» под оскорблением «унижение чести и достоинства другого лица, выраженное в неприличной форме».

Различия проекта и действующего закона кроются в определении санкций за указанные правонарушения. Предлагаемый на рассмотрение законопроект ужесточает такие санкции, вводя в качестве меры ответственности лишение свободы даже за неквалифицированный состав преступления под названием клевета. Также предусмотрено лишение свободы в случае клеветы с использованием СМИ.

Как представляется, разработчики проекта Уголовного Кодекса, сохранив в качестве состава уголовных правонарушений клевету и оскорбление, и установив такие виды наказания, как лишение свободы, не в полной мере следовали логике и принципам, сформулированным ими в концепции самого проекта, а также определенным в нормативном-правом акте - Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года, (в составе правонарушения «Клевета»). Данный тезис может быть обоснован, по крайней мере, тремя аргументами:

Во-первых, декриминализация диффамационных правонарушений, является стандартом, сформулированным и обоснованным в решениях целого ряда международных организаций (следует напомнить, что упомянутая выше Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года требует следования международным договорам). Даже в случаях потенциального допущения использования института

уголовной ответственности за диффамацию, такие организации четко и однозначно не приемлют практику назначения в качестве наказания лишения свободы. Между тем, предложенный на рассмотрение законопроект предусматривает в качестве возможной санкции за распространение клеветы лишение свободы на срок до двух, а при квалифицирующем составе до трех лет. По сути, положения законопроекта не только сохраняют, но и ухудшают то положение, которое существует и в настоящее время. При этом именно положения действующего Уголовного Кодекса были аргументировано обозначены как не соответствующие статье 19 Международного пакта о гражданских и политических правах в Заключительных замечаниях Комитета по правам человека на доклад, представленный Казахстаном в соответствии со статьей 40 Пакта, о чем уже говорилось выше. Аналогичные выводы содержались и в комментариях и заключениях офиса представителя ОБСЕ по свободе СМИ, ссылки на которые были приведены ранее.

Во-вторых, при разработке рассматриваемых положений не были приняты во внимание объявленные в Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года принципы декриминализации, депенализации и применения альтернативных лишению свободы видов наказания, в том числе приоритезации штрафа как эффективной меры воздействия. Комментируемые положения законопроекта, со всей очевидностью должны были подвергнуться пересмотру именно с позиций, заявленных в Концепции. В целом, приходится констатировать непоследовательность в реализации принципа отказа от репрессивного уголовного преследования за нарушение личных неимущественных прав лиц в пользу частного правового урегулирования возникающих споров.

В-третьих (разумеется, это факультативный аргумент), при разработке рассматриваемых положений не был принят во внимание международный опыт, пример развития аналогичных правовых институтов в странах-участниках ОБСЕ со сходной правовой системой. Например, в Российской Федерации составы клеветы и оскорбления были изначально декриминализованы, а потом состав преступления клевета был возвращен в уголовный кодекс, но без возможности назначения такой меры наказания, как лишение свободы. Принятие решения о декриминализации диффамации, которое произошло в России 2011 году, было мотивировано именно решением задач декриминализации и депенализации, аналогичных тем, которые призван решить анализируемый законопроект. В частности, как было указано в пояснительной записке к проекту закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные

акты Российской Федерации»⁴³ оскорбление и клевета по степени общественной опасности, более соответствуют деяниям, предусмотренным Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях, нежели Уголовным кодексом Российской Федерации, в связи с чем предлагалось статьи 129, 130 и 298 Уголовного кодекса Российской Федерации признать утратившими силу, а ответственность за деяния, предусмотренные указанными статьями, установить в Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях.

Аргументы о необходимости декриминализации диффамационных правонарушений могут быть высказаны и в адрес тех положений проекта Уголовного кодекса, которые устанавливают уголовную ответственность за посягательства на честь и достоинство должностных лиц (публичное оскорбление и иное посягательство на честь и достоинство Первого Президента Республики Казахстан - Лидера Нации, осквернение изображений Первого Президента Республики Казахстан - Лидера Нации, воспрепятствование законной деятельности Первого Президента Республики Казахстан - Лидера Нации (Статья 317-1), посягательство на честь и достоинство Президента Республики Казахстан и воспрепятствование его деятельности (статья 318), Посягательство на честь и достоинство депутата и воспрепятствование его деятельности (статья 319), Оскорбление представителя власти (статья 320), клевета в отношении судьи, присяжного заседателя, прокурора, следователя, лица, производящего дознание, эксперта, судебного пристава, судебного исполнителя (статья 343)).

Следует особо отметить, что в соответствии с приведенными выше европейскими принципами, признается несоразмерным ограничение свободы выражения мнения, которое вводится в интересах защиты репутации публичных фигур.

Рекомендации:

Изъять из состава проекта Уголовного Кодекса положения, устанавливающие уголовную ответственность за оскорбление и клевету, как в отношении граждан, так и в отношении должностных лиц. Если соответствующие составы уголовного правонарушения будут сохранены в проекте, то возможность лишения свободы в качестве вида наказания должна быть исключена.

⁴³ Проект закон и пояснительной записки к нему на русском языке доступны в сети Интернет по адресу <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=559740-5&02>

3.3. Комментарии и предложения к статье 147 проекта Уголовного кодекса «Нарушение неприкосновенности частной жизни».

Статья 147 проекта Уголовного Кодекса устанавливает ответственность за соби́рание и распространение сведений о частной жизни лица, составляющих его личную, семейную тайну, без его согласия, а равно за распространение таких сведений. Такое распространение через СМИ может влечь ответственность в виде лишения свободы сроком до пяти лет.

Как уже было указано при описании международных стандартов в сфере прав человека, уровень защиты тайны личной (частной) жизни должен быть высоким, однако это не должно приводить к ущемлению права на свободу выражения мнения. При этом механизмы защиты частной жизни, как это следует из рекомендаций европейских органов, должны находиться, прежде всего, в сфере частно-правового регулирования, так как приоритетной является компенсация нанесенного интересам личности урона. Таким образом, как представляется, само по себе установление уголовной ответственности за посягательства на неприкосновенность частной жизни не может быть рассмотрено как соразмерное.

Также необходимо отметить, что применение статьи 147 законопроекта может быть существенно осложнено в силу отсутствия надлежащего регулирования института защиты частной жизни в законодательстве Казахстана. Положения конституции законодательства очень скупо формулируют принципы охраны частной жизни, не существует специализированного законодательства в соответствующей сфере. Предусмотренные гражданским законодательством меры защиты личных неимущественных прав являются весьма лаконичными, кроме того, такое законодательство формирует специфические и самодостаточные механизмы применения права, которые не могут использоваться в уголовном праве. Закон «О средствах массовой информации» вообще не затрагивает охрану такой ценности, как неприкосновенность частной жизни, и ее соотношение с выполнением журналистом профессионального долга⁴⁴. В этой связи, формальная определенность соответствующих положений не может быть признана достаточной, а, следовательно, регулирование требует совершенствования. Необходимо подчеркнуть, что

⁴⁴ В качестве примера иного подхода, в большей степени соответствующего требованиям международных стандартов, можно привести российский Закон «О средствах массовой информации», который в статье 49 вменяет в обязанности журналисту получать согласие на распространение в средстве массовой информации сведений о личной жизни гражданина от самого гражданина или его законных представителей за исключением случаев, когда это необходимо для защиты общественных интересов.

совершенствование регулирования должно носить комплексный характер, в том числе, должно учитывать функции и цели деятельности СМИ.

Наконец, представляется, что мера наказания, предусмотренное за совершение преступления, предусмотренного статьей 147 проекта, является чрезмерной. В силу того, что характер состава преступления является формальным, сам факт правонарушения является наказуемым даже в том случае, если в результате него потерпевший не несет имущественных потерь, а равно не происходит умаление личных неимущественных прав и интересов лица. Как представляется, такое регулирование, ограничивающее, в числе прочего свободу выражения мнения, несоразмерно тем целям, ради достижения которых оно вводится. В этой связи представляется обоснованным установление правила, в соответствии с которым ответственность в виде лишения свободы может быть применена только в случае, если совершение преступления приводит к тяжким последствиям (в понимании статьи 9 законопроекта). Такой подход был бы сходным с тем, который реализован в части 3 статьи 129 проекта Уголовного кодекса.

Рекомендации:

Изъять из состава проекта Уголовного Кодекса положения, устанавливающие ответственность за нарушение неприкосновенности частной жизни. Если соответствующий состав уголовного правонарушения будет сохранен в проекте, то возможность лишения свободы в качестве вида наказания должна быть исключена или существенно ограничена, а именно применяться в тех случаях, когда вмешательство в частную жизнь привело к тяжким последствиям. В любом случае, желательным является комплексное урегулирование вопросов охраны частной жизни, в том числе, за счет установления баланса между интересами прессы, обязанной выполнять общественный долг, предоставляя необходимую для функционирования демократического государства информацию, и лиц, желающих защитить свою личную жизнь.

3.4. Комментарии и предложения к статье 158 проекта Уголовного Кодекса «Воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналиста».

Сам факт перевода состава правонарушения в виде воспрепятствования профессиональной деятельности журналиста из категории административных правонарушений в категорию уголовных (действующий КоАП, как было указано выше,

устанавливает ответственность за воспрепятствование деятельности журналиста) является существенным шагом на пути развития гарантий свободы массовой информации. Тем самым общество получает сигнал, что свобода информации расценивается государством как одна из важнейших ценностей, посягательство на которую охраняется с присущей уголовному праву жесткостью.

Также, несомненно, позитивно должен быть воспринят и тот факт, что данное положение законопроекта было существенно переработано в процессе его разработки и представленная в тексте законопроекта формулировка шире, чем существовавшая изначально. Предлагаемая редакция под воспрепятствованием работе журналиста понимает принуждение к распространению информации или отказу от такого распространения, а равно создание условий, препятствующих выполнению журналистом законной профессиональной деятельности или полностью лишаящих его такой возможности.

Тем не менее, представляется, что категория «условия, препятствующие выполнению деятельности» не является достаточно определенной. Ее сохранение в существующем виде может привести к тому, что применение нормы права будет ограничено или вообще не будет происходить. Статистика показывает, что применение действующей нормы КоАП Казахстана, а равно очень сходной нормы уголовного законодательства в России носит единичный, исключительный характер. Расширение состава правонарушения, предложенное в законопроекте, в силу уже обозначенной размытости, с высокой долей вероятности, не приведет к положительному результату.

В свете вышеуказанных замечаний, формулировка статьи проекта быть уточнена, с указанием, какие условия, в числе прочего могут рассматриваться как препятствующие выполнению деятельности журналиста. В качестве таковых следует рассматривать: осуществление цензуры; незаконное (необоснованное) прекращение либо приостановление выхода средства массовой информации; нарушение права журналистов на запрос и получение информации, включая непредоставление информации органами государственной власти, а равно предоставление журналистам заведомо ложной или неполной информации; незаконное изъятие, а равно уничтожение продукции СМИ; установление ограничений на контакты с журналистом и передачу ему информации, за исключением сведений, составляющих государственную, коммерческую или иную специально охраняемую законом тайну; принуждение к раскрытию источника

информации; нарушения иных прав журналиста, установленных законом «О средствах массовой информации».

Рекомендации:

Существенно переработать редакцию статьи «Воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналиста» с тем, чтобы обеспечить максимально подробное описание состава преступления, и тем самым обеспечить ее эффективное применение.

3.5. Комментарии и предложения к статье 182 проекта Уголовного Кодекса «Дача разрешения на публикацию в средствах массовой информации экстремистских материалов»

Статья 182 законопроекта устанавливает ответственность за дачу разрешения на публикацию в печати и других средствах массовой информации сведений и материалов, направленных на разжигание национальной, родовой, расовой, социальной и религиозной вражды, пропагандирующих сословную исключительность, войну, содержащих призывы к насильственному захвату власти, насильственному удержанию власти, подрыву безопасности государства или насильственному изменению конституционного строя, а равно нарушению территориальной целостности Республики Казахстан.

По сути, данная норма адресована напрямую главным редакторам средств массовой информации, ибо именно они являются теми лицами, которые дают разрешение журналистам редакции на размещение информации. Показательным является и то, что самой жесткой санкцией за нарушение рассматриваемой статьи является лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью. Также немаловажно отметить, что указанный состав правонарушения «перешел» из действующего КоАП в проект уголовного кодекса, то есть речь идет об ужесточении ответственности за деяние.

Предлагаемое регулирование грубейшим образом нарушает право на свободу выражения мнения, так как, по сути, вводит сегрегацию для определенной группы лиц, объединенной по профессиональному признаку - главных редакторов. Это означает возможное нарушение конституционного принципа равенства, который формулируется в статье 14 Конституции Республики Казахстан как недопустимость подвергать какой-либо дискриминации кого бы то ни было по мотивам, в числе прочего, должностного положения.

Суть общественно опасного деяния - преступление, как представляется, состоит в распространении экстремистских материалов, как это предусмотрено статьей 173 проекта Уголовного кодекса. Действия участвующих в совершении преступления лиц образуют соучастие в той или иной форме. Статус же того, кто санкционирует распространение материалов, а также факт исполнения им своих должностных обязанностей, не может сам по себе образовывать состав преступления. Формулировка комментируемой статьи образует такую объективную сторону деяния, которая, по сути, не подразумевает исследования субъективной стороны преступления, а именно, наличия у главного редактора умысла на распространение незаконной информации.

Для привлечения к ответственности любого главного редактора достаточно обнаружить в его издании экстремистский материал и доказать, что он санкционировал его выпуск в свет. Тем самым, создается весьма значительный инструмент влияния на прессу, позволяющий контролировать главных редакторов в их ежедневной деятельности.

Такой подход является категорически неприемлемым, посягает на свободу и независимость средств массовой информации, создавая инструменты для введения цензуры СМИ.

Рекомендации:

Изъять из состава проекта Уголовного Кодекса положения, устанавливающие ответственность за дачу разрешения на публикацию в средствах массовой информации экстремистских материалов.

3.6. Комментарии и предложения к статье 211 проекта Уголовного Кодекса «Предоставление услуг для размещения Интернет-ресурсов, преследующих противоправные цели»

Статья 211 законопроекта (как в названии нормы, так и при формулировании состава правонарушения) содержит формулировку, изначально не допускающую ее корректное толкование, понимание и применение. Она, исходя из дословного толкования, ориентирует правоприменителя на то, что Интернет-ресурс может преследовать некую цель, будь то противоправная или законная.

Между тем, и из положений законодательства Казахстана, и из обычной логики со всей очевидностью следует, что интернет сайт (ресурс) сам по себе никакой деятельности осуществлять не может, и не имеет никаких целей, являясь аппаратно-программным комплексом. При определении состава преступления, ресурс может быть рассмотрен в

качестве орудия преступления, но никак не в качестве субъекта, обладающего некоей волей или мотивационной составляющей. Цели и мотивы использования того или иного ресурса могут быть только у физических лиц, являющихся единственными субъектами уголовной ответственности, исходя из статьи 16 законопроекта.

Представляется, что в том случае, если действия хостинг провайдера направлены на содействие лицам, которые используют интернет ресурсы для распространения противоправной информации или совершения иных уголовных правонарушений, они могут быть квалифицированы как соучастие в преступлении в форме пособничества (пункт 5 статьи 29 проекта Уголовного кодекса).

Важно отметить и то, что категория «противоправности» не является юридически точной и исчерпывающе понятной, что может приводить к некорректному применению закона. Например, некий ресурс может действовать с незначительными нарушениями административного законодательства, делая это намеренно, осознавая, что штраф за такое нарушение будет незначительным. С точки зрения закона такая деятельность будет противоправной, так как она будет осуществляться вне правового поля. Однако это вряд ли может означать возможность привлечения провайдера, который знал об административном нарушении владельца сайта и продолжал оказывать ему услуги, к уголовной ответственности.

Таким образом, формулировка статьи 211 законопроекта не соответствует принципу формальной определенности, изложенному, в числе прочего, в Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года.

Рекомендации:

Изъять из состава законопроекта положения, устанавливающие уголовную ответственность за предоставление услуг для размещения Интернет-ресурсов, преследующих противоправные цели.

4. АНАЛИЗ ПРОЕКТА КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ

Предлагаемый на рассмотрение проект Кодекса об административных правонарушениях, во многом является преемственным по отношению к действующему закону. Значительная часть составов правонарушений сохраняется неизменной. В тоже время некоторые положения были перенесены в уголовное законодательство, некоторые вообще перестали рассматриваться как правонарушения. В качестве общего замечания также следует заметить, что разработчики закона во многом решили поставленную задачу формирования антикоррупционной составляющей регулирования: в проекте закона существенно снижено число альтернативных санкций, что существенно ограничивает возможности принятия коррупционных решений. Важно отметить, что установление положений об ответственности, как правило, осуществлялось, исходя из направленности на снижение уровня жесткости наказания. Если в действующем КоАП существует «разброс» в степени ответственности, то в проект новой редакции переходит «нижняя», самая мягкая форма ответственности.

В составе предлагаемого на рассмотрение законопроекта представляется наиболее целесообразным прокомментировать главу 26 проекта КоАП «Административные правонарушения в области печати и информации», в связи с тем, что именно ее положения носят для СМИ и прочих субъектов реализации права на свободу выражения наиболее существенный характер.

Основные вопросы о соответствии проекта КоАП международным и национальным стандартам охраны прав человека вызывает наличие в законопроекте целого ряда положений, устанавливающих ответственность в виде приостановления выхода в свет и запрета на деятельность СМИ, а также конфискации продукции СМИ (статьи 446, 448, 449, 450, 451). Несомненно, и приостановление, и прекращение деятельности СМИ являются существенным ограничением свободы выражения мнения, таковое возможно только в случае насущной общественной потребности, и только при соблюдении критериев соразмерности ограничения.

В этой связи отношении предлагаемых проектом возможных случаев приостановления и запрета выпуска СМИ, представляется необходимым выделить два вида случаев: 1) когда такие ограничения могут быть признаны допустимыми при обеспечении гарантий

свободы массовой информации; 2) когда такие ограничения не могут быть признаны допустимыми ни при каких условиях.

К первой категории могут быть отнесены случаи применения санкций против СМИ, которые посягают на фундаментальные ценности, совершая такие нарушения неоднократно. При этом представляется обоснованным ориентироваться на те ценности, которые провозглашаются основополагающими Конституцией Республики Казахстан. Ответственность может наступать за противоправные действия в виде пропаганды или агитации насильственного изменения конституционного строя, нарушения целостности Республики, подрыва безопасности государства, войны, социального, расового, национального, религиозного, сословного и родового превосходства, а также культа жестокости и насилия (часть 3 статьи 20 Конституции РК). Соответственно, положения статьи 448 проекта КоАП в части ответственности СМИ могут быть сохранены при условии корректировки пункта 2 обозначенной статьи в целях приведения ее в соответствие с формулировками Конституции Казахстана. Важно отметить, что эффективное балансирование интересов свободы выражения мнения с другими охраняемыми ценностями может быть обеспечено только при условии введения дополнительных гарантий защиты прав редакций и журналистов СМИ. Таковыми должны стать: 1) введение категории общественного интереса в понятие «крайняя необходимость» по аналогии с предложенными выше корректировками проекта Уголовного кодекса; 2) предоставление в исключительную компетенцию суда разрешение дел по статье 448 КоАП.

Все остальные положения законопроекта, предполагающие применение такой меры, как приостановление и запрет выпуска СМИ должны быть пересмотрены в пользу отказа от использования указанных мер ответственности. В особенности, это должно относиться к нарушениям в деятельности СМИ, носящим технический характер, не имеющий отношения к содержанию распространяемой информации. В частности, представляются необоснованными и несоразмерными санкции, применяемые в случае нарушение порядка предоставления обязательных бесплатных экземпляров периодических печатных изданий, фиксации, хранения материалов теле- и радиопередач, а равно порядка объявления выходных данных (статьи 449, 451 проекта КоАП).

Пункты 2 и 3 статьи 446 законопроекта устанавливает ответственность за распространение передач по телерадиовещательным каналам на государственном языке по времени менее суммарного объема передач на других языках. В случае однократного

нарушения требований о соблюдении языковой квоты, деятельность вещательного СМИ может быть приостановлена, в случае двукратного в течение года нарушения – лицензия на вещание может быть отозвана, выпуск СМИ запрещен.

Такое регулирование не соответствует международным стандартам, обозначенным выше (статьи 19, 27 МПГПП), так как вводит ущемления права на свободу выражения мнения на языках групп, составляющих лингвистические меньшинства общества Республики Казахстан. Не усматриваются такие социально значимые ценности (в частности, обозначенные в статье 39 Конституции Республики Казахстан), для целей защиты которых могут быть введены такого рода ограничения. Также представляется, что введение ответственности за нарушение квот вещания на определенных языках нарушает конституционные права граждан Республики Казахстан, такие как право каждого на пользование родным языком и культурой (часть 2 статьи 19 Конституции) и право не подвергаться дискриминации, в том числе по языковому принципу (часть 2 статьи 14 Конституции).

Отдельно следует отметить, что законопроект содержит ряд ошибок юридической техники, которые могут повлиять на его применение.

Так, пункт 2 статьи 446 проекта устанавливает в качестве санкции за нарушение телерадиовещательными каналами квот по вещанию на государственном языке «конфискацию печатной или иной продукции». Очевидно, что при вещании на каких бы то ни было языках печатная продукция не возникает в принципе, поэтому такая мера, как ее конфискация не может быть применена. Положение законопроекта требует уточнения.

Пункт 6 статьи 446 проекта КоАП запрещает ретрансляцию телерадиопрограмм иностранных СМИ с нарушением установленного законодательством порядка, в том числе, если это деяние совершено в виде «распространения рекламы, соответствующей Закону Республики «О рекламе». Очевидно, в законопроекте допущена опечатка, имеется в виду ретрансляция с распространением рекламы, не соответствующей закону.

Статья 448 проекта КоАП называется «Изготовление, хранение, ввоз, перевозка, распространение на территории Республики Казахстан продукции средств массовой информации, а равно иной продукции», что не вполне соответствует логике и юридической технике законопроекта. Названия статей в проекте КоАП по общему правилу определяют состав правонарушения, указанный в таких статьях (например, «Нарушение законодательства Республики Казахстан о средствах массовой

информации»). Исходя из этого, у органов, осуществляющих правоприменение, а равно у граждан и СМИ может сложиться неверное понимание того, что названные в заголовке статьи 448 КоАП действия являются сами по себе противоправными.

Рекомендации:

1. Изъять из состава проекта Кодекса РК об административных правонарушениях положения, устанавливающие ответственность за несоблюдение квот использования в СМИ государственного языка (пункты 2, 3 статьи 446 проекта КоАП). Ни при каких условиях не может быть сохранено в законопроекте положение, допускающее запрет выпуска (выхода в эфир) средства массовой информации в случае нарушения указанной нормы.
2. Изъять из состава проекта Кодекса об административных правонарушениях положения, устанавливающие ответственность в виде приостановления выхода в свет или запрета на деятельность СМИ, за исключением случаев существенного и неоднократного злоупотребления свободой массовой информацией. При этом должны быть обеспечены дополнительные защиты свободы массовой информации.
3. Устранить ошибки юридической техники, затрудняющие толкование Кодекса об административных правонарушениях.