

## О внесении изменений и дополнений в некоторые нормативные постановления Верховного Суда Республики Казахстан

КОММЕНТАРИЙ об основных положениях нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан № 1 от 21 апреля 2011 года

В связи с изменениями уголовного и уголовно-процессуального законодательства и возникшими в судебной практике вопросами, Верховным Судом Республики Казахстан внесены изменения и дополнения в двадцать пять нормативных постановлений по  
у г о л о в н ы м д е л а м .

Судам необходимо обратить внимание на ряд важных разъяснений, содержащихся в вышеназванном постановлении, с тем, чтобы не допускать нарушений закона при  
р а с с м о т р е н и и у г о л о в н ы х д е л .

1. Прежде всего, следует учесть, что прежние непогашенные и неснятые судимости лица не образуют признак неоднократности совершения преступлений. Теперь неоднократность может иметь место только тогда, когда лицо за предшествующие последнему преступлению деяния не было осуждено и не было освобождено от уголовной ответственности. Причем, необходимо, чтобы все эти преступления были только тождественными. Такие деяния подлежат квалификации в целом по правилу, предусмотренному частью 5 статьи 11 УК. Если совершены однородные преступления, то каждое из деяний подлежит квалификации самостоятельно по соответствующей части ст. УК без квалифицирующего признака – неоднократности.

2. Важным также является разъяснение о том, что при совершении лицом в период продолжаемого преступления, предусмотренного одной частью статьи УК, другого преступления, предусмотренного другой частью той же статьи УК, признаки которого не охватываются диспозицией части статьи УК, предусматривающей ответственность за продолжаемое преступление, его действия подлежат квалификации по части статьи УК, которая устанавливает более строгое наказание. При этом признаки всех совершенных лицом деяний должны быть вменены в обвинение и указаны в приговоре. Например, если в период продолжаемого преступления - незаконного хранения в целях сбыта наркотических средств в крупном размере лицом совершается неоднократный сбыт части наркотика, то оба деяния подлежат квалификации по той части статьи 259 УК, которая предусматривает более строгое наказание, с вменением в обвинение и указанием в приговоре всех признаков каждого преступления.

3. Определяя наличие в действиях подсудимого рецидива и его вида, суды должны иметь в виду, что учитываются только неснятые или непогашенные судимости за преступления, совершенные после достижения лицом совершеннолетия.



преступления любой категории, указанной в статье 10 УК.

В соответствии с частью 3 статьи 63 УК при назначении наказания несовершеннолетним, которые в период испытательного срока по предыдущему приговору совершили новые преступления небольшой или средней тяжести, суды должны обсудить вопрос о возможности повторного применения к ним условного о с у ж д е н и я .

Верховный Суд разъяснил, что при применении условного осуждения повторно окончательное наказание по совокупности приговоров в соответствии со статьей 60 УК не определяется, оба приговора об условном осуждении (предыдущий и последний) в этом случае исполняются самостоятельно.

Судам не следует забывать, что в связи с внесенными в статью 63 УК изменениями на условно осужденных (совершивших преступления до указанных нововведений, т.е. до 5 февраля 2011 года) теперь может быть возложено исполнение обязанностей, предусмотренных частью 5-1 статьи 63 УК. Законодатель в данной норме не дает исчерпывающий перечень таких обязанностей, предоставив возможность суду по своему усмотрению возлагать на условно осужденного выполнение других обязанностей, которые не указаны в части 5-1, если это необходимо для исправительного воздействия на осужденного. Решение о применении или неприменении указанных положений закона о возложении обязанностей на условно осужденных суд принимает по своему усмотрению, т.к. закон его к этому не обязывает, но в приговоре суд должен привести соответствующие мотивы принятого решения.

6. В силу несовершенства редакций некоторых норм Особенной части УК, в санкциях которых наряду с основными наказаниями конфискация имущества указана, как обязательное дополнительное наказание, суды иногда допускали ошибки и назначали это дополнительное наказание без учета статьи 51 УК, которая допускает конфискацию имущества только за совершение преступлений из корыстных п о б у ж д е н и й .

Дополнительное наказание в виде конфискации имущества не применяется даже и в тех случаях, когда оно в санкции статьи УК, по которой квалифицированы действия подсудимого, указано как обязательное, если в действиях лица, совершившего преступление, суд не установил корыстные побуждения или если преступление совершено лицом в несовершеннолетнем возрасте либо при применении судом условного осуждения. Суд в указанных случаях в описательно-мотивировочной части приговора излагает мотивы неприменения конфискации имущества со ссылкой соответственно на статьи 51, 63 (часть 4) или 79 УК. Ссылка на статью 55 УК в этих с л у ч а я х не т р е б у е т с я .

Если в суде подтвердилось обвинение в том, что преступление совершено из корыстных побуждений, но суд придет к выводу о возможности неприменения конфискации имущества, указанной как обязательное дополнительное наказание в

санкции статьи УК, по которой квалифицировано преступление, то такое решение может быть принято при наличии предусмотренных в статье 55 обстоятельств с приведением соответствующих мотивов и со ссылкой на данную статью УК.

7. Применение норм закона, предусмотренных частями 1, 2, 3 и 4 статьи 67 УК, является **необязательным** (факультативным).

Освобождение лица от уголовной ответственности в связи с примирением на основании части 1, 2 или 3 статьи 67 УК допускается лишь при наличии потерпевшего (физического **или** юридического лица).

Верховный Суд разъясняет, что согласно изменениям, внесенным в статью 67 УК, освобождение от уголовной ответственности на основании части 4 данной нормы допускается и в случаях, когда преступлением, не являющимся коррупционным (см.: перечень в примечании к статье 307 УК), причинен вред охраняемым законом интересам общества и государства, и потерпевшим по делу никто конкретно не **п р и з н а н**.

В таких случаях необходимы два условия: чистосердечное раскаяние подсудимого и **добровольное заглаживание** причиненного им вреда.

Верховный Суд разъясняет, что «в соответствии с частью 1 статьи 38 УПК право на прекращение уголовного дела с освобождением лица от уголовной ответственности на основании части 4 статьи 67 УК имеют: на досудебной стадии - прокурор и с его согласия следователь или орган дознания, на стадии судебного разбирательства - суд (судья) по ходатайству стороны или по собственной инициативе.»

Представляется необходимым обратить внимание судов на следующие **о б с т о я т е л ь с т в а** :

В связи с дополнением в статью 67 УК внесены также изменения и в статью 317 УПК. Согласно части 8 статьи 317 УПК прокурор:

-вправе заявить о примирении с подсудимым;  
-выразить согласие на примирение с подсудимым заявляется только в части вреда, причиненного охраняемым законом интересам общества и государства;  
-заявление прокурора о согласии с примирением с подсудимым не означает отказа от **уголовного преследования**.

Таким образом, положение части 8 статьи 317 УПК следует понимать как норму, согласно **которой** **прокурор** :

выражает мнение лишь о том, что причиненный преступлением вред охраняемым законом интересам подсудимым **добровольно возмещен в полном/неполном объеме** ;

-эта позиция прокурора не является обязательной для суда, который обязан проверить, в **полном ли объеме** причиненный вред возмещен;

Для этого суду необходимо исследовать соответствующие материалы дела, на основании которых определена сумма причиненного преступлением ущерба, заслушать

представителей соответствующих органов или организаций, осуществляющих свою деятельность в соответствующей сфере правоотношений о размере причиненного преступлением вреда (например, по делам об экологических преступлениях необходимо выяснять у представителей соответствующего природоохранительного органа, был ли в полном объеме возмещен причиненный преступлением вред), истребовать документы, подтверждающие его возмещение.

-примирение прокурора с подсудимым в части размера возмещенного последним вреда, причиненного преступлением, не означает отказ прокурора от уголовного преследования.

Закон предоставляет право судам по своему усмотрению и внутреннему убеждению решить вопрос об освобождении подсудимого от уголовной ответственности на основании части 4 статьи 67 УК, в которой указано, что при наличии предусмотренных в данной норме лицо может быть освобождено от уголовной ответственности, а не подлежит освобождению в обязательном порядке.

Если суд все же придет к выводу о том, что соблюдены все предусмотренные частью 4 статьи 67 УК условия, он вправе в соответствии с частью 1 статьи 38 и частью 5 статьи 375 УПК прекратить дело либо постановить обвинительный приговор с освобождением подсудимого от уголовной ответственности.

Возникает вопрос о том, может ли прокурор при наличии указанных обстоятельств заявить свое согласие на примирение с подсудимым при проведении предварительного слушания дела? Думается, что на этот вопрос следует ответить положительно. Одним из оснований для проведения предварительного слушания дела согласно части 1 статьи 301 УПК является принятие судом решения о прекращении дела. Если прокурор в соответствии с частью 4 статьи 67 УК на этой стадии уголовного процесса заявит свое согласие на примирение с подсудимым и при наличии других предусмотренных законом условий это может влечь принятие решения о прекращении дела, суд для рассмотрения этого вопроса назначает предварительное слушание дела и выносит соответствующее постановление.

Примечательно, что несовершеннолетние могут быть освобождены от уголовной ответственности не только по основаниям, указанным в частях 1 и 2 статьи 67 УК, но и по части 3 указанной статьи при совершении впервые тяжкого преступления, не связанного с причинением смерти или тяжкого вреда здоровью человека, если был заглажен причиненный потерпевшему вред, и состоялось с ним примирение.

При применении части 3 статьи 67 УК может возникнуть вопрос о смысле словосочетания «впервые совершивший тяжкое преступление». Следует ли под этим понимать, что несовершеннолетний ранее совершал преступления, но тяжкое совершил впервые? Или же здесь имеется в виду, что несовершеннолетний ранее вообще никаких преступлений не совершал, а совершенное им первый раз преступление является тяжким, но не связано с причинением смерти или тяжкого вреда здоровью человека?

Представляется более предпочтительной и верной вторая позиция, хотя пленарному заседанию Верховному Суду следовало бы по этому поводу дать соответствующее официальное разъяснение.

При освобождении от уголовной ответственности по основаниям, предусмотренным частями 1 и 2 статьи 67 УК законодатель не предусматривает никаких обязательств, которые могут быть применены к несовершеннолетнему. Если же несовершеннолетний освобождается от уголовной ответственности на основании части 3 статьи 67 УК, то в этом случае предусматривается применение к нему принудительных мер воспитательного воздействия. Причем, опять законодатель применяет словосочетание «применяются (а не могут быть применены) принудительные меры воспитательного воздействия», что делает применение данного положения закона обязательным. Т.е., если к моменту принятия решения о прекращении дела на основании части 3 статьи 67 УК подсудимый находится в несовершеннолетнем возрасте, суд обязан (а не вправе!) применить к нему одну или несколько принудительных мер воспитательного воздействия, указанных в части 1 статьи 82 УК.

Но как быть, если деяние совершено лицом, когда оно еще не достигло совершеннолетия, а к моменту рассмотрения дела в суде ему уже исполнилось 18 лет? Могут ли в таком случае применяться к нему принудительные меры воспитательного воздействия при освобождении от уголовной ответственности в соответствии с частью 3 статьи 67 УК? Пленарное заседание Верховного Суда по данному вопросу разъяснения не дало. В этой связи представляется, что при решении данного вопроса необходимо исходить из положений статей 67, 81 и 82 УК. В части 3 статьи 67 УК речь идет о несовершеннолетнем лице, и именно о применении к нему, т.е. несовершеннолетнему, принудительных мер воспитательного воздействия. В статьях 81 и 82 УК указано, что принудительные меры воспитательного воздействия могут быть назначены именно несовершеннолетнему. Если обратить внимание на статью 83 УК, раскрывающую содержание каждой из принудительных мер воспитательного воздействия, то и в ней речь идет только о несовершеннолетних. Из этого можно сделать вывод, что при применении части 3 статьи 67 УК несовершеннолетний возраст определяется на момент совершения преступления, а при применении принудительных мер воспитательного воздействия - на момент принятия решения об освобождении лица от уголовной ответственности. К достигшим совершеннолетия принудительные меры применяться не могут.

Поскольку применение принудительных мер воспитательного воздействия может быть назначено только судом, то пленарное заседание Верховного Суда разъясняет, что в соответствии с частью 1 статьи 38 УПК право на прекращение уголовного дела по указанным в части 3 статьи 67 УК основаниям имеет только суд.

Применение статьи 67 УК возможно и при наличии совокупности и

неоднократности преступлений с освобождением лица от уголовной ответственности и прекращением производства по делу в части по тем преступлениям и эпизодам, по которым достигнуто примирение виновного с потерпевшими. При этом производство по делу в отношении преступлений, по которым примирение не состоялось или законом не допустимо, продолжается в соответствии с УПК.

Важным является разъяснение о том, что кассационная или надзорная инстанция вправе принять решение об освобождении лица от уголовной ответственности на основании статьи 67 УК только в том случае, когда в суде первой или апелляционной инстанции были установлены обстоятельства, дающие основания для применения статьи 67 УК, однако суд незаконно или необоснованно не применил этот закон.

8. В абзац второй пункта 3 нормативного постановления «О некоторых вопросах назначения наказания в виде лишения свободы» № 15 от 19 октября 2001 года (с изменениями, внесенными нормативными постановлениями Верховного Суда Республики Казахстан № 8 от 28 октября 2005 года и № 16 от 22 декабря 2008 года) внесено изменение, связанное с возможностью предоставления отсрочки отбывания наказания мужчинам, в одиночку воспитывающим малолетних детей.

В этой связи желательно было бы разъяснить и такие вопросы, как: -кого следует понимать под словом «мужчины» (например, только отец детей, или также же совершеннолетние братья детей, опекуны, попечители, иные лица мужского пола, в одиночку воспитывающие детей)?

-что означает словосочетание «в одиночку» (это отец детей, у которых нет матери? это мужчина, воспитывающий детей, он холост, не состоит в фактическом браке? это отдельно от других лиц живущий с детьми мужчина, и в воспитании находящихся у него детей не участвуют его родители, братья, сестры иные родственники и т.д.)?

Думается, что законодатель в интересах детей предусмотрел возможность предоставления отсрочки отбывания наказания именно отцу детей (а равно усыновителю, опекуну, попечителю) при условии, что у детей нет матери и иных лиц, которым дети на законных основаниях переданы на воспитание.

Абзац второй пункта 4 названного выше нормативного постановления дополнен предложением о том, что в соответствии с частью 7 статьи 79 УК несовершеннолетним, совершившим преступление небольшой тяжести или впервые совершившим преступление средней тяжести, лишение свободы не назначается.

9. В целях исключения ошибок, допускаемых судами при решении вопроса об освобождении осужденных от отбывания наказания в связи с болезнью, Верховный Суд обращает внимание на то, что для проверки достоверности наличия у осужденного заболевания, указанного в Перечне заболеваний, являющегося основанием для представления его к освобождению от отбывания наказания, начальник исправительного учреждения по решению врачебно-контрольной комиссии (далее-ВКК) медицинской части или иного лечебно-профилактического учреждения той же

колонии направляет осужденного для освидетельствования в Специальную медицинскую комиссию (далее - СМК).

Порядок освидетельствования осужденного СМК и дачи ею врачебного заключения осуществляется в соответствии с Уголовно-исполнительным кодексом Республики Казахстан и Инструкцией по упорядочению медицинского освидетельствования и представления осужденных к освобождению от отбывания наказания в связи с болезнью, утвержденной **приказом** Министра юстиции Республики Казахстан № 145 от 18 ноября 2009 года.

Кроме того, разъясняется, что в случае ухудшения состояния здоровья осужденных, которым суд отказал в освобождении от отбывания наказания в связи с болезнью, препятствующей отбыванию наказания, материалы на основании соответствующего медицинского заключения могут быть повторно направлены в суд независимо от промежутка времени, прошедшего после вынесения судом предыдущего постановления об отказе в освобождении.

Устранены также неясности, касающиеся подсудности рассмотрения вопроса об освобождении осужденных от отбывания наказания в связи с болезнью. Эти вопросы рассматривают районные и приравненные к ним суды. Постановления указанных судов, разъясняет Верховный Суд, могут быть пересмотрены в апелляционном и надзорном порядке. Представляется, что в соответствии с пунктом 5) части 1 статьи 459 УПК они могут быть пересмотрены и в надзорном порядке.

Уточняется, что при совершении нового преступления лицом, которое было освобождено от отбывания наказания по предыдущему приговору на основании статьи 73 УК, должно быть проведено медицинское освидетельствование данного лица с целью установления, наступило ли выздоровление. Медицинское заключение органами уголовного преследования должно быть приобщено к материалам уголовного дела.

10. В пункте 8 нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан «О квалификации некоторых преступлений против жизни и здоровья человека» № 1 от 11 мая 2007 года дается разъяснение о квалификации убийства, сопряженного с похищением человека:

-по пункту в) части 2 статьи 96 УК при совершении убийства похищенного человека, а также когда в связи с похищением человека совершается убийство других лиц (например, умышленное противоправное причинение смерти человеку, препятствующему похищению). В таких случаях похищение человека и убийство образуют совокупность преступлений, и каждое преступление подлежит самостоятельной квалификации по соответствующим частям статьи 125 и пункту в) части 2 статьи 96 УК;

-умышленное убийство, совершенное в процессе захвата заложника или при его удержании, в зависимости от установленных квалифицирующих признаков каждое преступление квалифицируется самостоятельно по соответствующим частям статей 96



Для правильной квалификации деяний, последствиями которых явилось умышленное причинение смерти нескольким лицам, разъясняется, что по пункту н) части 2 статьи 96 УК как убийство, совершенное неоднократно, подлежат квалификации два или более предусмотренных статьей 96 УК действий лица, ни за одно из которых оно не было осуждено либо не было освобождено от уголовной ответственности по основаниям, установленным законом.

В целях правильного применения уголовного закона судам необходимо разграничивать убийство, совершенное неоднократно, от убийства двух и более лиц. Это происходит по оценке субъективной стороны преступлений: если каждое из совершенных убийств охватывалось самостоятельным умыслом, то налицо неоднократность и в таких случаях деяния подлежат квалификации по пункту н) части 2 статьи 96 УК; если же умысел виновного был единым и изначально направлен на умышленное противоправное причинение смерти двум или более лицам - деяние следует квалифицировать по пункту а) части 2 статьи 96 УК.

Суд неправильную квалификацию преступления в подобных случаях вправе по ходатайству сторон или по собственной инициативе без направления уголовного дела для дополнительного расследования переqualифицировать действия виновного с пункта а) на пункт н) части 2 статьи 96 УК, либо наоборот, поскольку такое решение не ухудшает положение виновного.

В пункте 20-1 нормативного постановления Верховный Суд обращает внимание на то, что для квалификации убийства по пункту о) части 2 статьи 96 УК необходимо установить, что виновный до (или в момент) совершения преступления был осведомлен о несовершеннолетнем возрасте потерпевшего. В соответствии с частью 3 статьи 5 УК лицу, совершившему убийство до 8 декабря 2010 года, т.е. до введения в действие закона, предусматривающего этот квалифицирующий признак, пункт о) не может быть вменен.

11. Несколько разъяснений касается квалификации изнасилования и насильственных действий сексуального характера. В частности:

Неоднократность изнасилования будет иметь место при совершении лицом двух и более деяний, предусмотренных статьей 120 УК, независимо от того, имело ли место, оконченное изнасилование либо покушение на него, а также от формы участия лица в совершении преступления (исполнитель, организатор, подстрекатель, пособник). Важным условием также является то, что ни за одно из совершенных деяний лицо не было осуждено либо освобождено от уголовной ответственности по основаниям, установленным законом. Несколько половых актов, совершенных через незначительные промежутки времени в отношении одного и того же человека, не образуют признака неоднократности, и преступление следует рассматривать как продолжаемое, если виновный действовал с единым умыслом.

При совершении двух и более изнасилований, ответственность за которые предусмотрена частями 1 и 2 статьи 120 УК, эти деяния в соответствии с требованиями части 5 статьи 11 УК надлежит квалифицировать по пункту г), а при наличии оснований - и по другим соответствующим пунктам части 2 статьи 120 УК.

Неоднократность совершения насильственных действий сексуального характера означает совершение лицом двух и более деяний, предусмотренных статьей 121 УК, ни за одно из которых оно не было осуждено либо не было освобождено от уголовной ответственности по основаниям, установленным законом.

Совершение лицом изнасилования и насильственных действий сексуального характера не образует неоднократность преступлений, а образует совокупность преступлений, каждое из которых подлежит самостоятельной квалификации по соответствующим частям статей 120 и 121 УК.

12. По применению уголовного закона в отношении несовершеннолетних Верховным Судом даны разъяснения о применении части 3 статьи 67 УК, части 3 статьи 63 УК, о чем указано выше. Детализировано, что при условном осуждении несовершеннолетнего испытательный срок назначается в установленных законом сокращенных размерах: от шести месяцев до одного года.

В целях единообразия судебной практики разъяснено, что согласно части 1 статьи 396, части 2 статьи 446-1 и части 1 статьи 492 УПК законные представители несовершеннолетнего имеют право обжаловать судебные акты в апелляционном, кассационном порядке, а также подать ходатайство о пересмотре вступившего в законную силу судебного акта. Апелляционная (кассационная) жалоба или ходатайство в суд надзорной инстанции представителя потерпевшего, поданные до прекращения его участия в деле, подлежат рассмотрению во всех случаях независимо оттого, что к моменту рассмотрения жалобы или ходатайства лицо, в интересах которого они принесены, достигло совершеннолетия.

13. В целях правильной квалификации каждого участвовавшего в совершении хищения лица нормативное постановление «О судебной практике по делам о хищениях» № 8 от 11 июля 2003 года (с изменениями, внесенными нормативными постановлениями Верховного Суда Республики Казахстан № 12 от 25 декабря 2006 года и № 3 от 11 мая 2007 года) дополнено пунктом 9, в котором разъясняется, что при предварительном сговоре группы лиц на совершение или грабежа если один из участников в ходе совершения преступления применил или угрожал применить насилие, опасное для жизни или здоровья потерпевшего (эксцесс соучастника преступления), то только его действия следует квалифицировать как разбой, а действия других участников преступления надлежит квалифицировать соответственно как кражу или грабеж при условии, что они непосредственно не применяли и не способствовали применению насилия к потерпевшему и не воспользовались насилием, которое применено другим соучастником, для завладения имуществом потерпевшего.

При разграничении разбоя от других видов хищения необходимо учитывать, что если насильственные действия совершены по окончании кражи (покушения на кражу) не с целью завладения имуществом или его удержания, а для того, чтобы скрыться или избежать задержания, и при этом похищаемое имущество оставлено на месте совершаемого преступления, они не могут расцениваться как грабеж или разбой. Эти действия подлежат самостоятельной оценке в зависимости от их характера и наступивших последствий. Кроме того, при квалификации необходимо помнить о том, что причинение в ходе разбойного нападения вреда здоровью средней тяжести дополнительной квалификации по статье 104 УК не требует, так как действия виновного охватываются составом разбоя.

Прежняя непогашенная или неснятая судимость за хищение не является основанием для квалификации нового хищения по признаку неоднократности, квалифицирующий признак хищения – незаконное проникновение в жилое, служебное или производственное помещение либо хранилище не может быть вменен в случаях, когда виновный, правомерно находясь в помещении или хранилище, совершает кражу из открытых для доступа комнат, отделов или других частей данного помещения или хранилища.

В случаях, когда хищение совершено путем незаконного проникновения в жилище, дополнительной квалификации действий виновного по статье 145 УК не требуется, т.к. нарушение неприкосновенности жилища является способом хищения и с учетом этого установлена более строгая ответственность за него.

Верховный Суд обращает внимание, что для уголовной ответственности за мошенничество необходимо устанавливать, имел ли виновный, уже в момент получения имущества под условием выполнения какого-либо обязательства умысел на его присвоение, не намереваясь выполнять принятое обязательство. Если это не доказано, то деяние не может быть квалифицировано как мошенничество.

14. Имеет существенное значение для выработки единообразия правоприменительной практики содержание пункта 9 нормативного постановления «О некоторых вопросах квалификации преступлений в сфере экономической деятельности» № 2 от 18 июня 2004 года, разъясняющего, что под извлечением дохода применительно к статье 190 УК следует понимать извлечение прибыли, полученной от незаконной предпринимательской деятельности, за вычетом расходов, связанных с ее осуществлением, а также с уплатой налоговых платежей и иных обязательств. Доход, полученный при осуществлении той части деятельности, которая признана законной, учитываться не должен. А при определении крупного и особо крупного размера дохода судам необходимо руководствоваться примечанием к статье 190 УК.

В связи этим разъяснением представляется возможным высказать суждение о том, что вряд ли могут признаваться правомерными затраты, понесенные в связи с осуществлением незаконной деятельности, и вычет их из суммы дохода, поскольку

признание деятельности незаконной в целом не может влечь признание законной ее какой-то части, будь то прибыльная или затратная часть (например, связанная с арендой помещения, оплатой труда других лиц, за хранение, реализацию). Но Верховный Суд придерживается позиции, изложенной в названном нормативном постановлении.

15. В нормативное постановление «О практике применения законодательства об уголовной ответственности за контрабанду» № 10 от 18 июля 1997 года (с изменениями и дополнениями, внесенными постановлением Пленума Верховного Суда Республики Казахстан № 3 от 30 апреля 1999 года, нормативными постановлениями Верховного Суда Республики Казахстан № 3 от 18 июня 2004 года и № 7 от 22 декабря 2008 года) внесены изменения, связанные с образованием таможенного союза.

Во-первых, ответственность по статье 209 УК влечет незаконное перемещение товаров или иных ценностей и предметов через таможенную границу таможенного союза. Под контрабандой изъятых из обращения предметов или предметов, обращение которых ограничено, ответственность, за совершение которой предусмотрена статьей 250 УК, понимается незаконное перемещение таких товаров через таможенную границу таможенного союза и (или) Государственную границу Республики Казахстан.

Во-вторых, судам следует иметь в виду, что в соответствии с законодательством Республики Казахстан с 1 февраля 2011 года установлен следующий порядок ввоза и вывоза наличных денежных средств и (или) денежных инструментов для физических лиц:

а) ввоз в Республику Казахстан или вывоз из Республики Казахстан наличной иностранной и (или) национальной валюты, векселей, чеков (в том числе дорожных), ценных бумаг в документарной форме с территории или на территорию, которая является частью таможенной территории таможенного союза, осуществляется без ограничений и таможенного декларирования;

б) при единовременном ввозе в Республику Казахстан с территории стран, не являющихся участниками таможенного союза, или вывозе из Республики Казахстан на территорию таких стран наличной иностранной и (или) национальной валюты (за исключением монет из драгоценных металлов) и (или) дорожных чеков на общую сумму, превышающую в эквиваленте 10 тысяч долларов США, указанные ценности подлежат таможенному декларированию в письменной форме путем подачи пассажирской таможенной декларации на всю сумму ввозимых или вывозимых ценностей.

Важное разъяснение закреплено в пункте 6-2, согласно которому при определении суммы контрабанды наличной иностранной и (или) национальной валюты и (или) дорожных чеков не может быть включена в объем обвинения их часть в размере, не превышающем в эквиваленте 10 тысяч долларов США, поскольку в этом размере их ввоз и вывоз в соответствии с законодательством Республики Казахстан не подлежит

обязательному письменному декларированию, следовательно, не может признаваться предметом контрабанды. Данная сумма подлежит возврату владельцу.

16. В нормативном постановлении «О судебной практике по делам о хулиганстве» № 3 от 12 января 2009 года абзац второй пункта 5 изложен в новой редакции с разъяснением о том, что совершение хулиганских действий, сопровождавшихся умышленным причинением легкого вреда здоровью потерпевшего, полностью охватывается составом преступления, предусмотренного соответствующей частью статьи 257 УК, а также исключен пункт 16 нормативного постановления.

16. В правоприменительной практике возникает много вопросов по применению статьи 259 УК. В этой связи в нормативное постановление «О применении законодательства по делам, связанным с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных и ядовитых веществ» № 3 от 14 мая 1998 года (с изменениями и дополнениями, внесенными постановлением Пленума Верховного Суда Республики Казахстан № 19 от 22 декабря 2000 года и нормативным постановлением Верховного Суда Республики Казахстан № 7 от 11 июля 2003 года) внесен ряд новелл, в частности:

-в пункте 2-1 указано, что незаконной перевозкой наркотических средств и психотропных веществ в соответствии с подпунктом 12) статьи 1 Закона Республики Казахстан «О наркотических средствах, психотропных веществах, прекурсорах и мерах противодействия их незаконному обороту и злоупотреблению ими» являются любые умышленные действия по их физическому перемещению независимо от способа транспортировки в нарушение установленного порядка.

Перевозка может осуществляться как лицом, в незаконном ведении которого находятся наркотические средства или психотропные вещества, так и другими лицами по его поручению. Лицо, поручившее другим осуществить перевозку указанных средств и веществ, несет ответственность за организацию перевозки, а в случае осуществления перевозки через лиц, которые в соответствии с уголовным законом не подлежат уголовной ответственности (например, невменяемые, не достигшие возраста, с которого наступает уголовная ответственность, либо не осведомленные о характере груза), - как исполнитель преступления.

Перевозку наркотических средств и психотропных веществ следует считать оконченной в момент начала их транспортировки.

Хранение лицом во время поездки наркотического средства, психотропного вещества в небольшом количестве, предназначенных для личного употребления, не может квалифицироваться как незаконная перевозка.

Сам факт перевозки лицом наркотических средств или психотропных веществ в больших размерах может свидетельствовать о наличии у него умысла на их сбыт, перевозку с целью сбыта или соучастие в этих деяниях.

В пункте 3-1 указывается, как надлежит квалифицировать незаконное приобретение, перевозку или хранение наркотических средств или психотропных веществ:

а) по части 1-1 статьи 259 УК, если они совершены без цели сбыта в отношении наркотических средств или психотропных веществ в особо крупном размере;

б) по части 2 статьи 259 УК, если они совершены с целью сбыта в отношении наркотических средств или психотропных веществ в небольшом размере;

в) по части 2-1 статьи 259 УК, если они совершены с целью сбыта в отношении наркотических средств или психотропных веществ в крупном размере;

г) по части 3 статьи 259 УК, если они совершены с целью сбыта в отношении наркотических средств или психотропных веществ в особо крупном размере, а также, если они совершены с целью сбыта в отношении наркотических средств или психотропных веществ в небольшом, крупном или особо крупном размере группой лиц по предварительному сговору или неоднократно или должностным лицом с использованием служебного положения;

д) по части 4 статьи 259 УК, если они совершены с целью сбыта в отношении наркотических средств или психотропных веществ в небольшом, крупном или особо крупном размере организованной группой или преступным сообществом (преступной организацией) или в организациях образования или в отношении заведомо несовершеннолетнего.» ;

В пункте 7 разъясняется, что под незаконной пересылкой наркотических средств или психотропных веществ, следует понимать их отправку любым видом связи, нарочным, а также с использованием животных, птиц. Пересылку следует считать оконченной в момент оформления пересылки, т.е. сдачи багажа официальному представителю предприятий связи или транспортных организаций либо лицу, через которое осуществляется пересылка.

Нормативное постановление дополнено пунктом 7-1, согласно которому незаконное изготовление, переработка или пересылка наркотических средств или психотропных веществ подлежат квалификации:

а) по части 2 статьи 259 УК, если они совершены в отношении наркотических средств или психотропных веществ в небольшом размере;

б) по части 2-1 статьи 259 УК, если они совершены в отношении наркотических средств или психотропных веществ, в крупном размере;

в) по части 3 статьи 259 УК, если они совершены в отношении наркотических средств или психотропных веществ в особо крупном размере, а также, если они совершены неоднократно, либо группой лиц по предварительному сговору, либо должностным лицом с использованием служебного положения в отношении наркотических средств или психотропных веществ в небольшом, крупном или особо крупном размере;

г) по части 4 статьи 259 УК, если они совершены в отношении наркотических средств или психотропных веществ в небольшом, крупном или особо крупном размере организованной группой или преступным сообществом (преступной организацией) или

в организациях образования или в отношении заведомо несовершеннолетнего.»;

В пункте 8 нормативного постановления обращается внимание на то, что неоднократностью сбыта наркотиков может иметь место и при его сбыте два и более раз а одному и тому же покупателю

Пункт 9-1 изложен в новой редакции, согласно которому сбыт наркотических средств или психотропных веществ надлежит квалифицировать:

а) по части 2 статьи 259 УК, если он совершен в отношении наркотических средств или психотропных веществ в размере меньше крупного;

б) по части 2-1 статьи 259 УК, если он совершен в отношении наркотических средств или психотропных веществ, в крупном размере;

в) по части 3 статьи 259 УК, если он совершен в отношении наркотических средств или психотропных веществ в особо крупном размере, а также, если он совершен неоднократно, либо группой лиц по предварительному сговору, либо должностным лицом с использованием служебного положения в отношении наркотических средств или психотропных веществ в небольшом или крупном размерах;

г) по части 4 статьи 259 УК, если он совершен в отношении наркотических средств или психотропных веществ в небольшом, крупном или особо крупном размере организованной группой или преступным сообществом (преступной организацией) или в организациях образования или в отношении заведомо несовершеннолетнего.

В практике неоднозначно оценивались действия лиц, которые под видом наркотика продавали нечто иное. В этой связи Верховный Суд разъясняет, что в случаях, когда умысел виновного направлен на незаконное завладение деньгами или иными ценностями другого лица и с целью обмана под видом продажи наркотических средств или психотропных веществ виновное лицо сбывает иные вещества, преступление надлежит квалифицировать как мошенничество. А действия лица, совершившего под воздействием обмана покупку таких веществ, надлежит квалифицировать как покушение на приобретение наркотических средств или психотропных веществ.

Действия посредника в сбыте или приобретении наркотических средств или психотропных веществ, следует квалифицировать как соучастие в сбыте или в приобретении наркотических средств или психотропных веществ в зависимости от того, в чьих интересах (сбытчика или приобретателя) действует посредник. Если при этом посредник действует в интересах и приобретателя, и сбытчика, то он несет ответственность за соучастие в сбыте.

Если лицо по просьбе фактического владельца наркотических средств или психотропных веществ непосредственно участвует в их реализации, то его действия подлежат квалификации как соисполнительство в сбыте.

Введение одним лицом другому лицу по его просьбе инъекции наркотического средства или психотропного вещества не может квалифицироваться, как незаконный сбыт, если указанное средство или вещество принадлежит самому потребителю.

Важные разъяснения содержатся в пунктах 9-2, 9-3 и 9-4, которыми дополнено  
н о р м а т и в н о е п о с т а н о в л е н и е .

Во-первых, при совершении нескольких преступлений, предусмотренных различными частями статьи 259 УК, эти деяния в целом подлежат квалификации лишь по той части указанной статьи, которая предусматривает более строгое наказание и охватывает признаки каждого преступления. При этом квалифицирующие признаки, установленные в отношении деяний, указанных в иных частях данной статьи уголовного закона, должны быть вменены в обвинение и указаны в приговоре.

Во-вторых, действия лица, выразившиеся в незаконном приобретении, перевозке или хранении в целях сбыта наркотических средств, в крупном размере и неоднократном сбыте его части, подлежат квалификации по пункту б) части 3 статьи 259 УК, а при однократном сбыте его части - по части 2-1 статьи 259 УК.

В третьих, действия лица, выразившиеся в незаконном приобретении, перевозке или хранении в целях сбыта наркотических средств в особо крупном размере и однократном сбыте его части, подлежат квалификации по пункту в) части 3 статьи 259  
У К .

В четвертых, действия лица, выразившиеся в незаконном приобретении, перевозке или хранении в целях сбыта наркотических средств в особо крупном размере и неоднократном сбыте его части, подлежат квалификации по пунктам б) и в) части 3  
с т а т ь и 2 5 9 У К .

При этом признаки всех совершенных виновным деяний, то есть незаконных приобретения, перевозки или хранения в целях сбыта наркотических средств, а также сбыта наркотических средств, должны быть вменены в обвинение и указаны в  
п р и г о в о р е .

В пункте 9-4 специально подчеркивается, что судам в соответствии с положениями Закона Республики Казахстан «Об оперативно-розыскной деятельности» следует иметь в виду, что оперативный закуп наркотических средств или психотропных веществ и иные оперативно-розыскные мероприятия проводятся только при наличии предусмотренных законом оснований для их проведения, с ведома и под контролем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность в соответствии с возложенными на него задачами и в пределах его компетенции. При осуществлении оперативно-розыскных мероприятий запрещается склонять и провоцировать граждан к  
с о в е р ш е н и ю п р а в о н а р у ш е н и й .

Участие в оперативно-розыскном мероприятии в качестве понятых лиц, заинтересованных в дела или зависимых от органов уголовного преследования либо не способных полно и правильно воспринимать происходящие в их присутствии действия, а также несовершеннолетних, влечет признание судом результатов оперативно-розыскного мероприятия не допустимыми в качестве доказательств.

Хочется еще к этому добавить, что суды должны тщательно проверять,



соответствуют ли проведенные оперативно-розыскные мероприятия вышеназванному закону и на основании выявленных обстоятельств делать свои выводы о возможности использования материалов ОРД в доказывании.

Было бы неплохо, если бы Верховный Суд высказал свою позицию и о том, следует ли при проведении экспертизы для определения количества наркотического средства, с которым совершались незаконные действия, выделять его чистое количество, когда оно находится в виде сыпучих смесей или иных формах ( в отношении водных растворов разъяснение имеется), т.к. в них, как правило, имеется немалое количество наполнителей (мука, сахар, мел, крахмал и т.п.), а законом устанавливается повышенная ответственность за незаконные действия в особо крупном размере именно с наркотиками, а не со смесями, их содержащими.

Одной из проблем, которая прослеживается по многим уголовным делам, связана с квалификацией деяний виновных по признаку их оконченности или неоконченности. Особенно это характерно для правовой оценки деяний, выявленных по методу «оперативный закуп», которые в большинстве случаев расцениваются как оконченное преступление.

Между тем, согласно статье 25 УК преступление признается оконченным, если в совершенном лицом деянии содержатся признаки состава преступления, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части Уголовного кодекса. В рассматриваемых случаях при оперативном закупе налицо все признаки состава преступления, за исключением объекта преступления. При применении метода «оперативный закуп» предмет преступления не находится в незаконном обороте, т. к. его перемещение от одного лица к другому контролируется правоохранительными органами, сразу же по завершении операции наркотик изымается и затем уничтожается. В результате этого изъятия из незаконного оборота предмета преступления не причинен и не может быть причинен вред объекту преступления – здоровью населения.

В рассматриваемых ситуациях виновные умышленно незаконно приобретают или сбывают наркотические средства, но их преступные намерения фактически не достигают преследуемых ими целей. Поэтому представляется, что во всех таких случаях действия виновных правильно было бы квалифицировать, как покушение на сбыт наркотических средств или психотропных веществ.

Такая позиция всецело соответствует части 3 статьи 24 УК, согласно которой покушением на преступление признаются действия (бездействие), совершенные с прямым умыслом, непосредственно направленные на совершение преступления, если при этом преступление не было доведено до конца по независящим от лица обстоятельствам.

Кстати, такой практики придерживается Верховный Суд Российской Федерации. В ряде своих определений по конкретным делам судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ отметила, что по смыслу закона в случаях, когда передача

наркотических средств осуществляется в ходе проверочной закупки, проводимой представителями правоохранительных органов, в соответствии с Федеральным законом от 12.08.1995 № 144-ФЗ “Об оперативно-розыскной деятельности”, действия лица, сбывающего наркотическое средство, необходимо квалифицировать по части 3 статьи 30 и соответствующей части статьи 228-1 УК РФ как покушение на незаконный сбыт наркотических средств, поскольку наркотическое средство изымается из незаконного оборота.

Было бы полезно для единства правоприменительной практики разъяснение Верховного Суда по этому вопросу.

17. Следует обратить внимание на дополнения, внесенные в пункт 15 нормативного постановления «О судебной защите прав, свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве» № 4 от 25 июня 2010 года.

Они разъясняют судам, что произведенный без санкции прокурора личный обыск задержанного лица, подозреваемого в совершении преступления, отвечает требованиям подпункта 2) части 3 статьи 233 и статьи 135 УПК, а также, что досмотр задержанного лица, осмотр и изъятие находящихся при нем вещей и документов, могущих относиться к преступной деятельности, осуществленные компетентным органом в рамках проводимого общего оперативно-розыскного мероприятия без санкции прокурора, но обязательно в присутствии понятых, также законны.

Не лишним было бы разъяснить, как отличать в подобном случае обыск лица от его досмотра.

18. В связи с исключением пункта 4-1 нормативного постановления «О практике применения законодательства, регламентирующего права и обязанности лиц, потерпевших от преступлений» № 2 от 24 апреля 1992 года (с изменениями, внесенными нормативными постановлениями Верховного Суда Республики Казахстан № 3 от 22 декабря 2008 года и № 5 от 25 июня 2010 года) хотелось бы отметить следующее.

Пленарное заседание Верховного Суда, принимая этот пункт, учитывало, что:

-согласно пункту 1) статьи 13 Конституции каждый человек имеет право на признание его правосубъектности, поэтому непризнание пострадавшего от преступления лица потерпевшим только по мотивам того, что в главе 23-1 УПК не фигурирует процессуальное лицо «потерпевший», а фигурирует некто «заявитель», противоречит этому положению Конституции;

-согласно пункту 3) статьи 39 Конституции право лица на признание его правосубъектности не подлежит ограничению ни при каких обстоятельствах, в т.ч. не может быть ограничено никакими законами, значит, и нормами УПК.

Поскольку в соответствии со статьей 4 Конституции ее нормы имеет приоритет над другими законами, отсутствие в главе 23-1 УПК положения о необходимости признания лица, которому преступлением причинен ущерб (чем и аргументировано

исключение пункту 4-1), не должно препятствовать применению конституционной нормы о признании правосубъектности такого лица и обеспечении ему доступа к правосудию.

Кроме того, упрощенное досудебное производство базируется на ряде условий, одним из которых является признание виновным причиненного преступлением ущерба в полном объеме. Если нет потерпевшего, то кто, кроме него, может определить объем причиненного ему материального, морального и иного вреда, который надлежит признавать или не признавать виновному? А без полного признания объема ущерба осуществление досудебного производства в такой форме невозможно.

К тому же в статье 190-1 УПК указано, что и при упрощенном досудебном производстве действуют другие общие нормы УПК, следовательно, действует положение части 3 статьи 75 УПК, в которой указано, что потерпевшим лицо признается с момента вынесения постановления о возбуждении уголовного дела.

Согласно части 2 статьи 190-3 УПК составление протокола упрощенного досудебного производства означает возбуждение уголовного дела, следовательно, составление протокола в силу части 3 статьи 75 УПК влечет безусловное признание пострадавшего от преступления лица потерпевшим со всеми вытекающими последствиями (разъяснение прав, заявление ходатайств, их разрешение, предъявление гр. иска, признание гр. истцом и гр. ответчиком и т.п.).

Если указанный протокол составлен в последние сутки процессуального срока, а потерпевший и его представитель заявили ходатайства, которые следователь, дознаватель обязаны рассмотреть, то в таком случае упрощенное производство не может быть закончено в срок до десяти суток, оно автоматически должно перейти в обычный порядок досудебного производства. Поэтому правильнее признавать лицо потерпевшим в самом начале упрощенного досудебного производства.

Все это наводит на мысль о том, что положение пункта 4-1 нормативного постановления, по крайней мере, могло быть изменено, но не отменено вообще, т.к. права потерпевших от преступления лиц также важны, как и других лиц, участвующих в деле.

**Ю р ч е н к о**

**ч л е н**

**Н К С**  
**Республики Казахстан, д.ю.н.**

**Р .**

**С у д а**

**В е р х о в н о г о**