

Воронежский государственный университет

**УГОЛОВНОЕ ПРАВО
И КРИМИНОЛОГИЯ:
современное состояние
и перспективы развития**

Сборник научных трудов

Выпуск 7



Издательство
Воронежского государственного университета
2011

УДК 343 (060.55)
ББК 67.408
У26

О т в е т с т в е н н ы й р е д а к т о р –
д-р юрид. наук, проф. *B. B. Т r u x a ч ё в*

Р е д а к ц и о н а я к о л л е г и я:
доц. *A. E. Маслов*, проф. *K. K. Панько*, доц. *I. С. Ретюнских*,
доц. *H. B. Белова*, доц. *A. Г. Кудрявцев*

Уголовное право и криминология : современное со-
У26 стояние и перспективы развития : сб. науч. трудов / Воронежский государственный университет. – Вып. 7. – Воронеж : Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2011. – 284 с.

ISBN 978-5-9273-1903-9

В сборнике рассматриваются актуальные проблемы уголовного права и криминологии, а также смежных с ними наук криминального цикла. Его основу составляют статьи преподавателей, аспирантов и соискателей кафедры уголовного права юридического факультета ВГУ. В сборник включены работы исследователей, представляющих иные юридические вузы и научно-исследовательские учреждения.

Для научных работников, преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов, судей и должностных лиц правоохранительных органов.

УДК 343 (060.55)
ББК 67.408

ISBN 978-5-9273-1903-9

© Воронежский государственный
университет, 2011
© Оформление, оригинал-макет.
Издательство Воронежского
государственного университета, 2011

ПРЕДИСЛОВИЕ

Выпуск настоящего ежегодного кафедрального сборника научных трудов, седьмого по счету (это число принято считать числом удачи) оказался на редкость сложным. Причиной тому послужило печальное событие, случившееся в конце лета этого года. Научный вдохновитель и бессменный редактор сборника «Уголовное право и криминология», наш заведующий кафедрой уголовного права ВГУ, доктор юридических наук, профессор Вадим Викторович Трухачёв серьезно пострадал в автокатастрофе и оказался на больничной койке. И мы в очередной раз убедились – насколько существенна «роль личности» (не только в истории, но и в науке). Можно возражать и утверждать, что личность ученого неповторима, индивидуальна и самодостаточна. Однако коллективному творчеству (а такое направление науке известно) нужен лидер, способный своим задором увлечь и мобилизовать других к пробуждению творческой активности. Отрадно отметить, что уважаемый Вадим Викторович пошел на поправку и призвал нас – ученых кафедры – к мобилизации, в том числе и в научном служении. На просьбу поддержать научные традиции кафедры уголовного права ВГУ откликнулись не только ученики и приверженцы научных идей профессора В. В. Трухачёв-

ва, но и известные, маститые российские ученые. В настоящем сборнике читатели ознакомятся с научными идеями профессоров Евгения Владимировича Благова, Льва Леонидовича Кругликова, Натальи Александровны Лопашенко, Эдуарда Филипповича Побегайло. Мы признательны им за поддержку, надеемся на дальнейшее творческое сотрудничество. И главное – авторский коллектив сборника желает скорейшего выздоровления и возрвращения в строй редактору настоящего издания – профессору Вадиму Викторовичу Трухачёву.

*Доцент кафедры уголовного права ВГУ
А. Е. Малов*

У. Н. Ахмедов

кандидат юридических наук,
старший преподаватель

Воронежский институт ФСИН России

**ОБ ЭКСТРЕМИСТСКОМ СООБЩЕСТВЕ
И ЭКСТРЕМИСТСКОЙ ОРГАНИЗАЦИИ:
ПРОБЛЕМЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО ОПРЕДЕЛЕНИЯ
И ЮРИДИЧЕСКОЙ КВАЛИФИКАЦИИ**

На современном этапе организованная преступность в любом ее криминальном проявлении является одной из основных угроз национальной безопасности Российской Федерации. Среди всех существующих преступных объединений наиболее высокую общественную опасность представляет деятельность организованных экстремистских групп и экстремистских сообществ (организаций). В целях противодействия указанным преступлениям в действующее уголовное законодательство включены специальные составы (ст. 35, 210, 280, 282, 282.1 и 282.2 УК РФ)¹.

Однако данные составы часто оказываются малоприспособленными для успешной борьбы с групповыми преступлениями экстремистского характера. Как верно отмечает П. В. Агапов, «одна из причин недостаточно высокой результативности уголовно-правовой борьбы с организованными преступными сообществами (преступными организациями) – низкий уровень законодательной техники в статьях 35 и 210 УК РФ»². Между тем от точности определения признаков организации преступного сообщества (преступной организации) зависит возможность и эффективность их установления и доказывания в порядке, предусмотренном уголовно-процессуальным законодательством.

При этом необходимо придерживаться основных задач и принципов уголовного закона и, соответственно, стремиться к тому, чтобы все преступные элементы, виновные в организации и участии в преступном сообществе (преступной органи-

зации), были привлечены к уголовной ответственности. В то же время не следует «размывать» основание уголовной ответственности, необоснованно расширять его границы, допускать объективное вменение.

Уголовное законодательство в ст. 35 УК РФ закрепляет некоторые виды преступных групп, среди которых наибольшей общественной опасностью отличаются преступления, совершенные организованной группой или преступным сообществом (преступной организацией). Преступление признается совершенным соответственно организованной группой, если оно совершено устойчивой группой лиц, заранее объединившихся для совершения одного или нескольких преступлений; преступным сообществом (преступной организацией) согласно ч. 4 ст. 35 УК РФ, если оно совершено структурированной организованной группой или объединением организованных групп, действующих под единым руководством, члены которых объединены в целях совместного совершения одного или нескольких тяжких либо особо тяжких преступлений для получения прямо или косвенно финансовой или иной материальной выгоды.

Согласно ч. 5 ст. 35 УК РФ лицо, создавшее организованную группу или преступное сообщество (преступную организацию) либо руководившее ими, подлежит уголовной ответственности за их организацию и руководство ими в случаях, предусмотренных ст. 208–210 и 282.1 УК РФ, а также за все совершенные организованной группой или преступным сообществом (преступной организацией) преступления, если они охватывались его умыслом. Другие участники организованной группы или преступного сообщества (преступной организации) несут уголовную ответственность за участие в них в случаях, предусмотренных ст. 208–210 и 282.1 УК РФ, а также за преступления, в подготовке или совершении которых они участвовали.

Нормы уголовного законодательства о преступной деятельности помимо ст. 35 УК РФ широко представлены в Особенной части УК РФ как нормы о специфических разновидностях организованной преступной деятельности: организация незаконного вооруженного формирования или участие в нем

(ст. 208); бандитизм (ст. 209); содействие террористической организации (ст. 205.1), а также организация экстремистского сообщества и организация деятельности экстремистской организации (ст. 282.1 и 282.2). Большинство указанных составов объединены в главе 24 УК РФ «Преступления против общественной безопасности», причем создание экстремистского сообщества и организация деятельности экстремистской организации признаны преступлениями против основ конституционного строя и безопасности государства³.

Н. Г. Иванов обоснованно утверждает, что «степень сплоченности, необходимая для определенного статуса группового объединения, зависит вовсе не от длительности связей, тщательности планирования деятельности и т.п., но от целевых установок объединения»⁴. При отсутствии общей цели субъектов нецелесообразно говорить об устойчивости объединения. Остается также открытым вопрос о том, могут ли преступники образовать устойчивое и сплоченное сообщество для совершения одного преступления⁵.

Непосредственные нормы уголовного закона, предусматривающие ответственность за совершение преступлений экстремистского характера, содержатся в ст. 282.1 УК РФ (Организация экстремистского сообщества) и ст. 281.2 УК РФ (Организация деятельности экстремистской организации).

Экстремистским сообществом согласно ст. 282.1 УК РФ признается организованная группа лиц, созданная для подготовки или совершения преступлений экстремистской направленности. Следует отметить, что согласно примечанию второму указанной статьи под преступлениями экстремистской направленности понимаются преступления, совершенные по мотивам политической, идеологической, расовой, национальной или религиозной ненависти или вражды либо по мотивам ненависти или вражды в отношении какой-либо социальной группы, предусмотренные соответствующими статьями Особенной части УК РФ и п. «е» ч. 1 ст. 63 УК РФ.

По нашему мнению, в ст. 282.1 УК РФ законодатель чрезмерно расширил понятие «организация», включая в объективную сторону преступления действия, направленные на:

– создание экстремистского сообщества, т.е. деятельность организационного характера, результатом которой стало появление общественного или религиозного объединения либо иной организации, имеющей цель подготовить или совершить одно или несколько преступлений экстремистской направленности по указанным в диспозиции ст. 281.1 УК РФ;

– руководство экстремистским сообществом, его частью или входящими в такое сообщество структурными подразделениями. Руководство экстремистским сообществом, которое уже существует и которое создано другими лицами, т.е. осуществление функций лидера преступной организации: определение направлений ее деятельности, разработка планов совершения конкретных преступлений экстремистской направленности, распределение обязанностей между членами экстремистского сообщества и т.д. Преступление в этой форме является оконченным с того момента, когда виновный реально начал осуществлять свои руководящие функции. Часть преступного сообщества может иметь территориальную или функциональную автономию, а структурное подразделение представляет собой организационную единицу (отряд, бригаду, звено и т.п.) в системе сообщества, подчиняющуюся единым планам и единой дисциплине. Руководство частью или структурным подразделением экстремистского сообщества означает осуществление руководящих функций в рамках полномочий, предоставленных руководителю региональной или функциональной организационной единицы руководством (руководителем) экстремистского сообщества. Оконченным преступлением такие действия являются с момента реального осуществления ограниченных руководящих полномочий, предоставленных виновному главарем (либо коллегиальным руководящим органом) экстремистского сообщества;

– создание объединения организаторов, руководителей или иных представителей частей или структурных подразделений такого сообщества для координации их преступной деятельности;

– участие в экстремистском сообществе (ч. 2 ст. 282.1 УК РФ), т.е. вхождение в состав такого сообщества в качестве его

члена с принятием на себя всех обязанностей, связанных с участием в этой организации. Оконченным это преступление является с момента вступления виновного в преступную организацию экстремистского характера. Фактическое совершение преступлений экстремистской направленности либо участие в таких преступлениях требуют дополнительной квалификации.

Все рассмотренные действия, по сути, представляют особую форму приготовления к совершению преступлений экстремистской направленности и не охватывают фактического совершения таких преступлений. Если экстремистским сообществом либо его частью или структурным подразделением реально совершается одно или несколько упомянутых преступлений, то каждое из них должно квалифицироваться самостоятельно по совокупности со ст. 282.1 УК РФ.

Обязательным элементом субъективной стороны, кроме формы вины, которая характеризуется прямым умыслом, является специальная цель – подготовка или совершение одного или нескольких преступлений, предусмотренных ст. 148, 149, ч. 1 и 2 ст. 213, ст. 214, 243, 244, 280 и 282 УК РФ по мотивам идеологической, политической, расовой, национальной, религиозной или социальной ненависти или вражды.

Субъект преступления – специальный: а) создатель экстремистского сообщества; б) создатель объединения организаторов, руководителей или иных представителей частей или структурных подразделений такого сообщества; в) руководитель экстремистского сообщества; в) руководитель части или структурного подразделения такого сообщества⁶.

Согласно ст. 282.2 УК РФ экстремистской организацией признается общественное или религиозное объединение либо иная организация, в отношении которой судом принято вступившее в законную силу решение о ликвидации или запрете деятельности в связи с осуществлением экстремистской деятельности. При этом уголовное законодательство не дает определения экстремистской деятельности, а отсылает к специальному Закону «О противодействии экстремистской деятельности», т.е. является бланкетной нормой.

Законодатель уточняет посредством перечисления в специальной норме не признаки «организации деятельности», а только признак участия в деятельности такого объединения. В примечании указывается, что лицо, добровольно прекратившее участие в деятельности общественного или религиозного объединения либо иной организации, в отношении которых судом принято вступившее в законную силу решение о ликвидации или запрете деятельности в связи с осуществлением экстремистской деятельности, освобождается от уголовной ответственности, если в его действиях не содержится иного состава преступления. Соответственно законодатель четко говорит об участии.

По нашему мнению, объективная сторона преступления включает в себя:

– **организацию деятельности** общественного или религиозного объединения либо иной организации после того, как в законную силу вступило решение суда о ликвидации данного сообщества либо о запрете его деятельности в связи с тем, что эта деятельность была признана экстремистской. Определяющими при этом являются два признака:

1) в законную силу вступило решение суда о ликвидации организации либо о запрете ее деятельности в связи с тем, что эта деятельность признана экстремистской;

2) виновный после вступления в законную силу этого судебного решения совершает различные действия организационного характера по продолжению сообщества, в отношении которого вынесено судебное решение о ликвидации или о запрете его деятельности: планирует дальнейшие акции сообщества, привлекает новых участников, организует или проводит собрания участников, организует их обучение различным методам экстремистской деятельности и т.д.;

– **участие в деятельности** общественного или религиозного объединения либо иной организации, в отношении которых судом принято вступившее в законную силу решение о ликвидации или запрете деятельности в связи с осуществлением экстремистской деятельности.

Преступление должно признаваться оконченным с момента совершения любых действий организационного характера, направленных на неисполнение судебного решения о ликвидации объединения или организации либо о запрете его деятельности.

Объективная сторона преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 282.2 УК РФ, заключается в участии в деятельности экстремистского сообщества после вступления в законную силу судебного решения о ликвидации или запрете этого сообщества в связи с экстремистским характером его деятельности. Состав оконченного преступления в этой форме налицо с момента совершения любого действия участника в общей деятельности ликвидированного или запрещенного сообщества.

Примечание к ст. 282.2 УК РФ предписывает обязательное освобождение от уголовной ответственности лица, добровольно прекратившего свое участие в дальнейшей деятельности сообщества, в отношении которого вступило в законную силу судебное решение о ликвидации или запрете деятельности в связи с экстремистским характером этой деятельности, при условии, что в его действиях нет какого-либо иного преступления. Это основание освобождения от уголовной ответственности распространяется только на рядовых участников и не касается лиц, виновных в организации дальнейшей деятельности экстремистского сообщества⁷.

Рассмотрим недостатки данного состава преступления:

1) в рамках диспозиции статьи смешиваются понятия «организованная группа» и «преступное сообщество», что недопустимо. Исходя из анализа ч. 3 и 4 ст. 35 УК РФ, можно прийти к выводу, что понятие «сообщество» предполагает качественно иной, нежели в организованной группе, характер связей между соучастниками;

2) в ст. 282.1 УК РФ в качестве целей создания экстремистского сообщества указано не только совершение преступлений экстремистской направленности, но и их подготовка. Однако создание организованной группы (в том числе экстремистского сообщества) может оцениваться как приготовление (ч. 6

ст. 35 УК РФ). Таким образом, ст. 282.1 УК РФ фактически предусматривает уголовную ответственность за приготовление к приготовлению (подготовке) преступлений;

3) установлена ответственность за создание объединения организаторов, руководителей или иных представителей частей или структурных подразделений экстремистского сообщества, однако данные лица уже действуют в рамках именно одного сообщества, так как представляют его часть или подразделение, а само определение сообщества как группы лиц уже подразумевает то, что они определенным образом соотносятся между собой. Организация экстремистского сообщества в случае, если оно состоит из нескольких подразделений, изначально предполагает и возникновение определенных координационных взаимоотношений между представителями данных подразделений. В противном случае будет несколько разрозненных структур, не являющихся сообществом, вследствие чего придание самостоятельного уголовно-правового значения созданию объединения организаторов, руководителей и иных представителей частей или структурных подразделений экстремистского сообщества просто лишено смысла;

4) совершение в составе экстремистского сообщества преступлений экстремистской направленности в ряде случаев может привести к тому, что деяние, содержащее одни и те же признаки, повлечет ответственность по двум разным нормам, а это нарушает принцип справедливости, закрепленный в ст. 6 УК РФ. Так, в ч. 2 ст. 244 УК РФ уже содержится указание на такие квалифицирующие признаки, как совершение данного преступления организованной группой (п. «а») и по мотиву национальной, расовой, религиозной ненависти или вражды (п. «б»). Лицо, совершившее в составе экстремистского сообщества это преступление экстремистской направленности, при наличии указанных квалифицирующих признаков будет нести ответственность не только по п. «а», «б» ч. 2 ст. 244 УК РФ, но и по ч. 2 ст. 282.1 УК РФ – за участие в экстремистском сообществе. То есть дважды будет наказываться участие в одной и той же организованной группе. Аналогичная ситуация и со ст. 282 УК РФ «Возбуждение ненависти либо вражды, а равно уни-

жение человеческого достоинства», п. «в» ч. 2 которой также содержит такой квалифицирующий признак, как совершение данного преступления организованной группой, а само содержание указанной статьи уже предполагает наличие мотива, идентичного тому, который указан в ст. 282.1 УК РФ.

Состав преступления, предусмотренный ч. 1 ст. 282.1 УК РФ, сконструирован по типу усеченного. Момент окончания здесь перенесен на стадию, соответствующую приготовлению к преступлению, так как создание организованной группы по общему правилу образует состав приготовления к тем преступлениям, для совершения которых она создана (ч. 6 ст. 35 УК РФ). Однако, учитывая то обстоятельство, что создание экстремистского сообщества считается оконченным, даже если преступления экстремистской направленности находятся лишь на стадии подготовки, момент окончания общественно опасного деяния, описанного в ст. 282.1 УК РФ, еще более усечен. Очевидно, что привлечение к ответственности за данное преступление на этой стадии – задача, непосильная для правоохранительных органов.

Совокупность выявленных недостатков свидетельствует о криминализационной избыточности данной нормы. Вследствие этого предлагается исключить ст. 282.1 из УК РФ.

Некоторые существенные недостатки проявляются в судебных решениях, например, одна и та же организация в одних и тех же приговорах признавалась одновременно и экстремистской, и террористической. Однако анализ ст. 205.1 и ст. 282.2 УК РФ, а также положений федеральных законов «О противодействии экстремистской деятельности», «О борьбе с терроризмом» (который действовал в период принятия анализируемых судебных решений) и «О противодействии терроризму» позволяет утверждать, что юридически понятия «экстремистская организация» и «террористическая организация» не совпадают.

Кроме этого, в одном случае террористическая организация была признана преступным сообществом, и действия ее членов были квалифицированы соответственно по ч. 1 и 2 ст. 210 УК РФ. Такое решение нельзя оценить положительно. Даже

с учетом аксиомы о невозможности существования непреступного терроризма и о его тяжком характере террористическая организация не может автоматически признаваться преступным сообществом (преступной организацией), если не указывается, для совершения каких именно конкретных тяжких или особо тяжких преступлений оно создано (а в анализируемом судебном решении они указаны не были). Террористическая организация – вообще не уголовно-правовое понятие.

Следует также отметить, что «пассивное» участие в противоправных сообществах не представляется возможным, так как:

1. Участие в экстремистском сообществе, ставящем перед собой цель подготовки или совершения преступлений экстремистской направленности, должно выражаться в совершении конкретных предусмотренных УК РФ общественно опасных деяний в интересах этого сообщества (непосредственном совершении, совершении в соучастии, приготовлении к таким преступлениям и покушении на них).

2. Участие должно быть активным, деятельным и не может выражаться в простом бездейственном членстве в сообществе.

3. Лицо может считаться членом сообщества только тогда, когда оно существенно способствует его функционированию.

4. Участие в сообществе должно признаваться оконченным преступлением, когда лицо не просто даст согласие на вступление в него, а обязательно подкрепит это конкретной практической деятельностью, выполнит любые действия, вытекающие из факта принадлежности к деятельности соответствующей криминальной структуры.

Организация деятельности и участие в деятельности организации, в отношении которой нет вступившего в законную силу решения суда о ликвидации или запрете деятельности в связи с осуществлением экстремистской деятельности, не может влечь ответственности по ст. 282.2 УК РФ независимо от того, что эта организация может быть признана судом экстремистской либо она может быть ликвидирована или ее деятельность может быть запрещена судом по иному основанию.

В каждом конкретном случае для признания той или иной организации преступным сообществом (преступной организацией) суд должен указать, для совершения каких именно конкретных тяжких или особо тяжких преступлений оно создано. Если организация деятельности или участие в деятельности террористической организации связаны с совершением деяний, содержащих составы самостоятельных преступлений, содеянное квалифицируется только по статьям УК РФ, предусматривающим ответственность за совершение этих преступлений, а в случае, когда данная организация признана судом преступным сообществом (преступной организацией) – также по совокупности с соответствующей частью ст. 210 УК РФ. Если организация деятельности или участие в деятельности экстремистской организации (т.е. деятельности общественно-го или религиозного объединения либо иной организации, в отношении которых судом принято вступившее в законную силу решение о ликвидации или запрете деятельности в связи с осуществлением экстремистской деятельности) связаны с совершением деяний, содержащих составы самостоятельных преступлений, содеянное квалифицируется по статьям УК РФ, предусматривающим ответственность за совершение этих преступлений, а также по совокупности с соответствующей частью ст. 282.2 УК РФ. В части, касающейся неисполнения судебного решения, ст. 282.2 УК РФ можно рассматривать как специальную по отношению к ст. 315 УК РФ, и в соответствии с ч. 3 ст. 17 УК РФ при квалификации ст. 315 УК РФ применению не подлежит, содеянное будет полностью охватываться ст. 282.2 УК РФ.

Понятие экстремистского сообщества не соответствует общему определению сообщества преступного. Это несоответствие проявляется в определении целей создания таких сообществ. Преступное сообщество направлено на совершение тяжких или особо тяжких преступлений, а экстремистское сообщество – для подготовки или совершения преступлений экстремистской направленности, которые могут относиться и к иным категориям преступлений, и фактически ст. 282.1 УК РФ вступает в противоречие со ст. 35 УК РФ, причем ст. 282.2 УК РФ

также входит в противоречие с общими представлениями о преступной организации, указанными в ч. 4 ст. 35 УК РФ.

Анализ норм ч. 1 ст. 210 и ч. 1 ст. 282.1 УК РФ позволяет предположить, что названные объединения отличаются друг от друга исключительно целями: преступное сообщество преследует цели совершения общеуголовных преступлений, а экстремистское сообщество (организация) – лишь ряда преступлений экстремистской направленности. Следовательно, участники преступной организации, решившие совершить преступление экстремистской направленности, должны отвечать по совокупности преступлений, предусмотренных ст. 282.1 и 210 УК РФ.

Фактически может иметь место как создание сообщества, объединения руководителей групп (подразделений) и т.п. с целью ведения экстремистской деятельности, так и установленное судом ведение экстремистской деятельности легально созданной организацией, партией, профсоюзом и пр. Подобное явление можно назвать криминальным «перерождением» легально действующей организации. В принципе экстремисты могут специально создать себе явку в виде некоторого предприятия (общественного объединения, учреждения или редакции СМИ) либо использовать его в собственных целях через членство, спонсорство и т.п.

По нашему мнению, А. Ростокинский предложил удачную законодательную конструкцию, устраниющую некоторые неточности при определении организации экстремистского сообщества. Он предлагает ввести в УК РФ ст. 205.3, изложив ее в следующей редакции:

«Статья 205.3 «Организация экстремистского сообщества»

1. Создание экстремистского сообщества (экстремистской организации) из не менее чем двух экстремистских групп для систематического совершения преступлений, предусмотренных ст. 148, 149, 205.2, 213, 214, 243 и 244 настоящего Кодекса, а равно руководство таким сообществом (организацией) или входящими в него структурными подразделениями, а также создание объединения организаторов, руководителей или иных представителей организованных групп в целях раз-

работки планов и условий для совершения указанных преступлений, а равно финансирование указанной деятельности – наказываются...

2. Продолжение или возобновление деятельности организации, признанной вступившим в законную силу решением суда экстремистской организацией, либо создание организации, подобной экстремистской организации, – наказывается...

3. Участие в экстремистских сообществах (экстремистских организациях), указанных в части первой и второй настоящей статьи, – наказывается...

4. Деяния, предусмотренные частями первой, второй или третьей настоящей статьи, совершенные лицом с использованием своего служебного положения, – наказываются...»⁸.

Таким образом, нормативное излишество в уголовном законодательстве не будет способствовать эффективности противодействия организованной преступной деятельности. По нашему мнению, исключение «законодательных монстров»⁹, подобных статье об организации экстремистского сообщества, из уголовного законодательства или применение более понятных для практических органов нормативных положений позволит стабилизировать ситуацию в сфере уголовно-правовой борьбы с организованными экстремистскими проявлениями.

¹ Уголовный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ с изм. и доп. // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 25. Ст. 2954.

² Агалов П. В. Организация преступного сообщества (преступной организации) : уголовно-правовой анализ и проблемы квалификации. Саратов, 2005. С. 5.

³ См.: Ростокинский А. К вопросу об ужесточении уголовной ответственности за участие в преступном сообществе // Журнал рос. права. 2007. URL: http://www.juristlib.ru/book_2928.html

⁴ Иванов Н. Г. Нюансы уголовно-правового регулирования экстремистской деятельности как разновидности группового совершения преступлений // Государство и право. 2003. № 5. С. 45–46.

⁵ См.: Мондохонов А. Понятие и признаки организованной группы // Законность. 2004. № 10. С. 8–9.

⁶ См.: Зубок Ю. А., Чупров В. И. Молодежный экстремизм : сущность и особенности проявления // Социологические исследования. 2008. № 5. С. 37–47.

⁷ См.: Коков Ю. А. Противодействие экстремизму : задачи и первые результаты работы нового департамента [Электронный ресурс]. URL: <http://www.mvd.ru/press/interview/7347/>

⁸ Ростокинский А. К вопросу об ужесточении уголовной ответственности за участие в преступном сообществе // Журнал рос. права. 2007. URL: http://www.juristlib.ru/book_2928.html

⁹ См.: Иванов Н. Г. Нюансы уголовно-правового регулирования экстремистской деятельности как разновидности группового совершения преступления // Государство и право. 2003. № 5. С. 42.

А. М. Байрамкулов

аспирант

Саратовская государственная юридическая академия

СТАТУС СОТРУДНИКА ОРГАНОВ ВНУТРЕННИХ ДЕЛ КАК ОТЯГЧАЮЩЕЕ НАКАЗАНИЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВО

На протяжении последнего десятилетия наша страна ведет активную борьбу с коррупцией; в 2008 г. государственная власть в лице Президента РФ признала глобальность этой проблемы и официально объявила «войну» коррупционерам¹. Основной вектор борьбы с коррупцией в 2009 г. был направлен на реформирование органов внутренних дел.

Реформа была обусловлена рядом объективных причин: участились случаи нарушения сотрудниками органов внутренних дел законности и служебной дисциплины, которые вызывали обоснованную негативную реакцию в обществе и умаляли авторитет власти. Другая причина также очевидна – существовавшая структура милиции, организация ее деятельности, кадровое, финансовое, материально-техническое обеспечение органов МВД не отвечало современным требованиям и нуждалось в модернизации. Негативные моменты в организации работы и кадровом составе системы органов внутренних дел отмечались и учеными. Так, Я. И. Гилинский пишет: «В двухтысячные годы страна получила депрофессионализированную милицию»².

© Байрамкулов А. М., 2011

нализированную, коррумпированную, алкоголизированную милицию (по данным одного из руководителей медицинской службы МВД, до 20 % сотрудников милиции страдают алкоголизмом). Коррупция поразила все службы и уровни милиции. За взятки начинают искать преступников, за взятки отпускают виновных, за взятки привлекают к ответственности и сажают в тюрьму невиновных. Рядовые сотрудники делятся полученными взятками с непосредственными начальниками, а те – со своими начальниками. Все продается и покупается в современной России вообще, в полиции в особенности»².

Законодатель не мог игнорировать нарастающее недовольство общества, вызванное ненадлежащей работой органов внутренних дел. Так, в июле 2010 г. Государственной Думой был принят закон, ужесточающий уголовную ответственность сотрудников органов внутренних дел (ст. 286.1 и п. «о» ч. 1 ст. 63 УК РФ)³. Не останавливаясь на изучении нового состава, рассмотрим подробнее новый пункт ст. 63 УК РФ.

Новый пункт (п. «о» ч. 1 ст. 63 УК РФ – совершение умышленного преступления сотрудником органов внутренних дел) мы признаем результатом процесса дифференциации ответственности, которую можно определить как «...осуществляемое законодателем разделение ответственности, дозировку с учетом определенного рода обстоятельств, целью которой является создание для правоприменителя желаемого режима при определении меры (вида и размера) ответственности за совершенное правонарушение»⁴. Законодатель, установив различную уголовную ответственность для сотрудников органов внутренних дел и для сотрудников прокуратуры, следственного комитета и других, фактически оценил преступления сотрудников органов внутренних дел более общественно опасными, нежели преступления сотрудников других правоохранительных органов. Таким образом, на практике при вынесении приговора сотруднику органа внутренних дел, виновному в совершении умышленного преступления, суд будет ссылаться на п. «о» ч. 1 ст. 63 УК РФ как на обстоятельство, отягчающее наказание, а при совершении преступления сотрудниками других ведомств на этот пункт ссылки не будет.

Отсюда можно сделать вывод: статус сотрудника органов внутренних дел отрицательно влияет на степень и тяжесть наказания за умышленное преступление.

Некоторые ученые п. «о» ч. 1 ст. 63 УК РФ относят не к дифференциации наказания, а к индивидуализации наказания⁵, что не совсем правильно, на наш взгляд, потому, что:

во-первых, сам термин «индивидуализация» означает «сделать индивидуальным конкретному лицу или случаю»⁶, а термин «дифференциация» – «разделение, расслоение, расчленение целого на части»⁷. В нашем случае дифференциация выражается в установлении разной уголовной ответственности для сотрудников ОВД и для сотрудников других правоохранительных органов;

во-вторых, субъект дифференциации – законодатель⁸, а индивидуализации – правоприменитель⁹. Очевидно, что п. «о» ч. 1 ст. 63 УК РФ – результат деятельности законодателя;

в-третьих, результат процесса дифференциации – это принятие уголовного закона, а результат процесса индивидуализации – вынесение правоприменительного акта (постановления, приговора и др.)¹⁰. Закон, устанавливающий изменения в Уголовном кодексе РФ, в частности дополняющий ч. 1 ст. 63, был принят 22 июля 2010 г.

Основания дифференциации – это типовая степень общественной опасности преступления или личности виновного¹¹, а также характер общественной опасности деяния или личности преступника¹². Нас интересует типовая степень общественной опасности личности виновного как основание дифференциации уголовной ответственности, поскольку мы считаем, что законодатель дифференцировал уголовную ответственность сотрудников органов внутренних дел исходя из этого основания.

Результатом дифференциации стало установление повышенной уголовной ответственности для такой категории лиц, как сотрудник органов внутренних дел. Рассмотрим подробнее, кто относится к данной категории.

В соответствии с Положением «О службе в органах внутренних дел»¹³ сотрудниками данного ведомства являются граж-

дане Российской Федерации, состоящие в должностях рядового и начальствующего состава органов внутренних дел или в кадрах Министерства внутренних дел Российской Федерации, которым в установленном Положением порядке присвоены специальные звания рядового и начальствующего состава органов внутренних дел. Структура органов внутренних дел состоит из следующих ведомств:

1. Министерства внутренних дел РФ.
2. Министерства внутренних дел субъектов РФ.
3. Главных управлений внутренних дел (ГУВД).
4. Управлений внутренних дел (УВД) краев, областей субъектов РФ.
5. Управлений (отделов) внутренних дел на транспорте (УВДТ, ОВДТ).
6. Городских, районных органов внутренних дел (ГОВД, РОВД).
7. Управлений и отделов 8-го Главного управления внутренних дел (на режимных объектах)¹⁴.

Анализ структуры Министерства внутренних дел РФ показал, что кроме органов, сотрудники которых непосредственно обязаны защищать права и интересы граждан, в состав Министерства входят также учебные заведения, научно-исследовательские институты, департамент по финансово-экономической политике и обеспечению социальных гарантий¹⁵ и др. Работники этих ведомств – тоже сотрудники органов внутренних дел, а значит, при совершении ими умышленного преступления наказание им будет назначаться со ссылкой на п. «о» ч. 1 ст. 63 УК РФ.

В чем же выражается повышенная общественная опасность совершивших преступления сотрудников органов внутренних дел, которые имеют совершенно различные полномочия и функции? Их общественная опасность, по мнению С. С. Медведева и А. В. Лысенко, выражается в следующем: «во-первых, сотрудники органов внутренних дел, совершающие умышленные преступления, обладают знаниями в оперативно-розыскной деятельности, криминалистике, уголовном и уголовно-процессуальном законодательстве, в силу чего могут успешно

скрывать следы своих преступлений; во-вторых, более «безопасно» совершать преступления в отношении лиц, нарушивших закон, которые боятся наказания за свои деяния и не верят в возможность привлечения виновных сотрудников к ответственности. Первоначальный доступ к данной категории лиц имеется у сотрудников органа внутренних дел, которые в первую очередь контактируют с задержанными, зачастую вне рамок Уголовно-процессуального кодекса¹⁶ и т.д.

Доводы, приведенные выше, противоречат логике, поскольку:

1) такое основание, как обладание сотрудниками ОВД определенного рода знаниями в силу занимаемой должности, действует в отношении далеко не всех сотрудников, так как не все сотрудники органов внутренних дел занимаются оперативно-розыскной и следственной деятельностью. В то же время такими знаниями обладают и сотрудники других ведомств (следователи Следственного комитета РФ, следователи Федеральной службы безопасности, отставники всех этих ведомств и др.). Но они не попадают под действие п. «о» ч. 1 ст. 63 УК РФ;

2) совершение преступления сотрудником органа внутренних дел в отношении правонарушителей без риска быть наказанным в силу своего служебного положения, зависимое и уязвимое положение правонарушителя в качестве основания ужесточения ответственности также сомнительны. Непосредственный контакт с правонарушителями имеет только определенная часть сотрудников органов внутренних дел; кроме сотрудников ОВД, предварительное расследование ведут следователи СК, ФСБ, дознаватели таможенной службы и другие, они вступают в непосредственный контакт с правонарушителями и имеют такую же возможность безнаказанно совершить преступления, как и сотрудники ОВД. Все неправомерные действия сотрудников правоохранительных органов находятся вне рамок Уголовно-процессуального кодекса.

Таким образом, единственный объединяющий всех сотрудников органов внутренних дел критерий – это лишь то, что они относятся к данной структуре, а полномочия и обязанно-

сти сотрудников – самые разные, начиная от расследования уголовных дел и заканчивая преподаванием в специальных вузах. Единственным основанием для ужесточения уголовной ответственности указанной группы лиц следует признать их статус сотрудника ОВД.

Несомненно, при совершении преступления сотрудником органов внутренних дел кроме основного объекта преступления страдает еще и дополнительный – общественные отношения по поводу нормального, правильного функционирования органов внутренних дел, что ведет к подрыву государственного авторитета. Но данное основание мы считаем недостаточным для той дифференциации уголовной ответственности, которая была произведена законодателем в отношении сотрудников органов внутренних дел¹⁷. На наш взгляд, не менее, а то и более общественно опасно совершение должностного преступления сотрудниками СК РФ, ФСБ РФ. Это связано с тем, что следователям и дознавателям ОВД подследственны уголовные дела меньшей тяжести, чем следователям Следственного комитета РФ и следователям ФСБ (ст. 151 УПК РФ). Полномочий больше, а ответственности меньше; где логика?

Так, при совершении следователем внутренних дел преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 299 УК РФ, и при совершении следователем следственного комитета преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 299 УК РФ, суд, руководствуясь п. «о» ч. 1 ст. 63 УК РФ, может назначить следователю органов внутренних дел более тяжкое наказание, чем следователю Следственного комитета, что противоречит принципу справедливости (ч. 1 ст. 6 УК РФ).

Чем руководствовался законодатель при включении п. «о» в перечень отягчающих наказание обстоятельств? Чтобы разобраться, обратимся к пояснительной записке к законопроекту. В ней указываются причины внесения законопроекта в Государственную Думу: «Законопроект направлен на усиление защиты прав и законных интересов граждан и организаций от неправомерных действий сотрудников органов внутренних дел»¹⁸. Итак, принятие закона направлено на защиту граждан от неправомерных действий сотрудников органов

внутренних дел. Возникает вопрос: как же быть с сотрудниками других правоохранительных органов? Всем известно, что коррупция проникла во все органы государственной власти, следовательно, надо принимать законы для каждой группы людей отдельно? Это приведет к излишней куизуистичности уголовного кодекса.

На основании изложенного можно сделать следующие выводы:

1. Включение пункта «о» в ч. 1 ст. 63 УК РФ есть не что иное, как дифференциация уголовной ответственности.

2. Единственное основание дифференциации уголовной ответственности в этом случае – статус сотрудника органов внутренних дел.

3. Дифференциация уголовной ответственности на основании статуса сотрудника органов внутренних дел неверна, поскольку она не учитывает другие категории лиц, которые обладают аналогичными полномочиями.

4. Ужесточение уголовной ответственности сотрудникам органов внутренних дел противоречит принципу справедливости.

5. Противоречие принципу справедливости говорит о потенциальной криминогенности п. «о» ч. 1 ст. 63 УК РФ¹⁹.

6. Принятие такого вида законов является необдуманным и свидетельствует о том, что законодатель имитирует деятельность²⁰, не задумываясь о качестве законов²¹.

На основе данных выводов предлагаем новую редакцию п. «о» ч. 1 ст. 63 УК РФ – «совершение умышленного преступления сотрудником правоохранительных органов», – которая позволяет распространить указанный пункт на сотрудников Следственного комитета, прокуратуры и других ведомств, имеющих право носить огнестрельное оружие, призванных охранять правопорядок и обладающих большим кругом полномочий, нежели сотрудники ОВД, и которая не противоречит принципу справедливости.

¹ См.: Ильин А. Война объявлена // Рос. газ. URL: <http://www.rg.ru/2008/07/03/voina.html> (дата обращения: 15.09.2011).

² Гилинский Я. И. Российская полиция : вчера, сегодня, завтра. URL: <http://www.crimpravo.ru/blog/792.html> (дата обращения: 12.10. 2011).

³ О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 22 июля 2010 г. № 155-ФЗ // Рос. газ. 2010. 26 июля.

⁴ Кругликов Л. Л., Василевский А. В. Дифференциация ответственности в уголовном праве. СПб., 2003. С. 62.

⁵ См.: Медведев С. С., Лысенко А. В. Проблемные моменты статьи 286.1 УК РФ и обстоятельства, отягчающего наказание – п. «о» ч. 1 ст. 63 УК РФ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶ Ожегов С. И. Словарь русского языка. М., 1987. С. 214.

⁷ Словарь иностранных слов. 18-е изд. М., 1989. С. 175.

⁸ См.: Лесниевски-Костарева Т. А. Дифференциация уголовной ответственности. М., 1998. С. 15.

⁹ См.: Лопашенко Н. А. Уголовная политика. М., 2009. С. 184 ; Вакарина Е. А. Индивидуализация наказания : учеб. пособие. Краснодар, 2001. С. 5.

¹⁰ См.: Лесниевски-Костарева Т. А. Дифференциация уголовной ответственности. М., 1998. С. 40–42.

¹¹ См.: Там же. С. 45.

¹² См.: Кругликов Л. Л., Василевский А. В. Дифференциация ответственности в уголовном праве. СПб., 2003. С. 67 ; Гальперин И. М. Дифференциация уголовной ответственности и эффективность наказания // Современное государство и право. 1983. № 3. С. 71.

¹³ Положение о службе в органах внутренних дел : постановление Верховного Советом РФ от 23 декабря 1992 г. № 4202-1 (с изм. от 7 февраля 2011). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁴ См.: Структура Министерства внутренних дел РФ. URL: <http://www.mvd.ru/mvd/structure/> (дата обращения: 4.10.2011).

¹⁵ См.: Там же.

¹⁶ Медведев С. С., Лысенко А. В. Проблемные моменты статьи 286.1 УК РФ и обстоятельства, отягчающего наказание – п. «о» ч. 1 ст. 63 УК РФ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁷ Дифференциация уголовной ответственности в зависимости от должностного положения лица противоречит принципу равенства граждан перед законом (ст. 4 УК РФ).

¹⁸ Пояснительная записка к проекту федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации, Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации». Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁹ См.: Лопашенко Н. А. Уголовная политика. М., 2009. С. 157.

²⁰ См.: Голик Ю. В. Симуляция имитации // Независимая газета. 2011. 13 окт. URL: http://www.ng.ru/politics/2011-07-13/3_kartblansh.html (дата обращения: 04.10.2011).

²¹ Примечательно, что когда законопроект был на рассмотрении Государственной Думы, в Заключении комитета по безопасности от 9 апреля 2010 г. по проекту федерального закона № 331365-5 «О внесении изменений в Уголовный кодекс РФ и Уголовно-процессуальный кодекс РФ» излагались недостатки данного закона, но они остались без внимания законодателя. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант-Плюс».

Г. Г. Белоконь

старший преподаватель

Воронежский государственный университет

ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА ОБСТОЯТЕЛЬСТВ, ИСКЛЮЧАЮЩИХ ПРЕСТУПНОСТЬ ДЕЯНИЯ: ИСТОРИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ

В теории уголовного права не сложилось единого мнения по вопросу о юридической природе и системе обстоятельств, исключающих преступность деяния. В основном это обусловлено следующими факторами:

- 1) использование в научных исследованиях различных критериев для отнесения тех или иных обстоятельств к данной системе и соответственно расширение или сужение их перечня;
- 2) расширение перечня указанных обстоятельств в связи с внесением изменений и дополнений в уголовное законодательство;
- 3) несоответствие перечня указанных обстоятельств, содержащихся и в ранее действовавшем, и в современном уголовном законодательстве, обстоятельствам, признаваемым судебной практикой, т.е. приданье данной системе открытого, не счерпывающего характера.

Достаточно сказать, что даже названия этим обстоятельствам давались разные: уничтожающие преступность деяния, исключающие уголовную ответственность, устраниющие уг-

ловную ответственность, устраниющие наказание, освобождающие от ответственности, исключающие общественную опасность, исключающие общественную опасность и противоправность, исключающие противоправность, общественно полезные, социально приемлемые или допустимые, социально полезные и необходимые и др.

В конце XIX в. Н. С. Таганцев предложил систематизировать условия, устраниющие уголовную охрану интереса и делающие безнаказанными всех лиц, участвующих в посягательстве на него, и назвал их условиями, уничтожающими преступность деяния. По его мнению, к ним следовало относить: исполнение закона, обязательный приказ, дозволение власти, осуществление дисциплинарной власти, осуществление профессиональных обязанностей, осуществление частного права, необходимую оборону, крайнюю необходимость. При этом такие условия, как исполнение закона или приказа, необходимая оборона и крайняя необходимость, законодательно регламентировались в Уголовном уложении, а другие выводились из содержания иных нормативных предписаний, регламентирующих определенные виды деятельности по должности, профессии, сословию, семейному положению и др. Кроме того, некоторые условия Н. С. Таганцев рассматривал в неразрывном единстве с другими в качестве их составной части. Например, психическое принуждение и право нужды признавались разновидностью крайней необходимости, а согласие пострадавшего – одним из оснований осуществления профессиональных обязанностей¹.

В советский период А. Н. Трайнин указывал, что в этих случаях действия лица не являются социально опасными и тем самым не влекут за собой уголовных санкций². Но в дальнейшем по отношению к крайней необходимости он уточнял, что данное состояние не может подобно необходимой обороне устраниять общественную опасность действий, а исключает их противоправность, объясняя это тем, что состояние крайней необходимости имеет место при столкновении двух правомерных интересов, а также другую правовую природу, чем необходимая оборона³.

А. А. Пионтковский, называя эти обстоятельства исключающими общественную опасность деяния, отмечал их общественную полезность и включал в эту систему необходимую оборону, крайнюю необходимость, согласие потерпевшего, осуществление общественно полезных профессиональных функций, исполнение обязательного приказа, осуществление своего права, исполнение закона. Производственный риск рассматривался им как разновидность осуществления общественно полезных профессиональных функций⁴. Однако в дальнейшем, раскрывая юридическую природу этих обстоятельства, использует термины, исключающие противоправность деяния, а также состав преступления в совершенном деянии⁵.

Об исключении общественной опасности этих обстоятельств говорил и Ю. М. Ткачевский, который предлагал относить к ним только необходимую оборону, крайнюю необходимость и задержание преступника, критикуя возможность дополнения системы такими обстоятельствами, как исполнение закона, осуществление своего права, исполнение приказа, согласие потерпевшего, и оставляя без комментариев такие обстоятельства, как выполнение профессиональных функций и производственный риск⁶.

И. И. Слуцкий выделял обстоятельства, исключающие ответственность, не являющиеся полезными, и обстоятельства, исключающие общественную опасность, являющиеся общественно полезными. При этом он называл их обстоятельствами, устраняющими наказание, отождествляя с обстоятельствами, исключающими ответственность. Данные обстоятельства были разделены им на три группы:

1) исключающие общественную опасность, являющиеся общественно полезными и правомерными – необходимая оборона, крайняя необходимость, задержание преступника, исполнение законного приказа, исполнение служебных и профессиональных обязанностей, осуществление своего права, принуждение к повиновению применительно к ответственности за преступления против военной службы (в армии, флоте и военизованных учреждениях);

2) исключающие общественную опасность и наказуемость, но не являющиеся общественно полезными – добровольный отказ от доведения преступления до конца, согласие потерпевшего, малозначительность правонарушения, изменение закона, изменение социально-политической обстановки, истечение сроков давности уголовного преследования и давность исполнения приговора;

3) определяющие вынужденность поведения – непреодолимая сила и физическое принуждение.

Однако ни в одну из этих групп он не включил производственный риск, выведя его за пределы данной системы⁷.

По мнению А. И. Санталова, указанные обстоятельства исключают либо общественную опасность деяния, либо его противоправность, либо то и другое одновременно и являются общественно полезными. К обстоятельствам, исключающим общественную опасность деяния, им отнесены – необходимая оборона, крайняя необходимость, задержание преступника. К обстоятельствам, исключающим противоправность деяния, – согласие потерпевшего, осуществление общественно полезных профессиональных функций, осуществление своего права или выполнение обязанностей, производственный риск. Но при этом оговаривается, что производственный риск может исключать и общественную опасность. Вне этих групп рассматривается исполнение обязательного (законного) приказа, которое не исключает ни общественной опасности, ни противоправности⁸.

Т. Г. Шавгулидзе, называя обстоятельства, исключающими уголовную ответственность, подразделял их на две группы:

1) не лишенные общественно опасного характера – исключающие уголовную ответственность, но не исключающие преступного характера деяния (освобождение от уголовной ответственности по нереабилитирующим основаниям);

2) исключающие общественную опасность деяния – малозначительность деяния, необходимая оборона, крайняя необходимость и другие, выделяемые в теории уголовного права обстоятельства⁹.

А. Н. Красиков предлагал создать единый институт освобождения от уголовной ответственности и наказания с вы-

делением в нем групп обстоятельств по следующим критериям:

- 1) общественная полезность совершенного деяния – необходимая оборона, крайняя необходимость, задержание преступника;
- 2) отсутствие общественной опасности деяния в момент его совершения – малозначительность деяния, выполнение профессиональных обязанностей и производственный риск;
- 3) отсутствие общественной опасности преступления к моменту его рассмотрения судебно-следственными органами – освобождение от уголовной ответственности и наказания за совершенное преступление следственными органами и судом в соответствии со всеми предусмотренными уголовным законом нереабилитирующими основаниями¹⁰.

В. Н. Козак считал, что необходимую оборону, крайнюю необходимость и задержание преступника следует относить только к обстоятельствам, исключающим общественную опасность деяния. Указание на то, что они исключают и уголовную противоправность, излишне, так как общественная опасность является важнейшим из признаков преступления, и ее отсутствие исключает уголовную противоправность, виновность и наказуемость. Физическое принуждение рассматривалось им как разновидность освобождения от уголовной ответственности, вследствие отсутствия одного из субъективных признаков преступления. Выполнение общественно полезных профессиональных функций, исполнение обязательного приказа, исполнение закона, осуществление своего права, согласие потерпевшего и производственный риск подпадают под более широкое понятие «исполнение закона», исключающего противоправность деяния, изучение которого в курсе уголовного права нецелесообразно ввиду объективной и бесспорной социальной полезности таких действий¹¹.

Ю. В. Баулин делит основания, исключающие преступность, на три группы:

- 1) не предусмотренные уголовным законом, хотя и общественно опасные, т.е. исключающие уголовную противоправность;

2) формально соответствующие признакам состава какого-либо преступления, но не общественно опасные – аморальные, административные, дисциплинарные проступки, малозначительность деяния, т.е. исключающие общественную опасность;

3) внешне напоминающие преступления, но характеризующиеся положительным социально-политическим содержанием и соответствующие признакам юридической формы правомерного поведения – необходимая оборона, крайняя необходимость, задержание преступника, выполнение профессиональных функций, исполнение приказа и т.д.¹²

В дальнейшем Ю. В. Баулин последнюю группу именует обстоятельствами, исключающими преступность деяния, но при этом дополнительно акцентирует внимание на том, что они исключают общественную опасность и противоправность¹³.

Об исключении не только общественной опасности, но и противоправности деяния при осуществлении рассматриваемых обстоятельств говорили В. А. Владимиров, Ю. И. Ляпунов, Н. П. Берестовой¹⁴.

Краткий анализ научных исследований по проблемам юридической природы обстоятельств, исключающих преступность деяния, в советский период развития уголовного законодательства позволяет сделать следующие выводы.

Первоначально дискуссии сводились в основном к вопросу о целесообразности построения более широкой системы обстоятельств, позволяющих не привлекать лицо к уголовной ответственности или освобождать от наказания. Делалось это за счет включения в нее наряду с обстоятельствами, исключающими преступность деяния, других, имеющих иную юридическую природу оснований или условий исключения или освобождения от уголовной ответственности и наказания (добровольный отказ от доведения преступления до конца, малозначительность деяния, изменение закона, изменение обстановки, истечение сроков давности и т.п.).

Затем, при выделении исследуемых обстоятельств в отдельную систему, дискуссии переходили в плоскость определения

их правовой сущности и соответственно наименования, как исключающих общественную опасность деяния либо его противоправность, либо то и другое одновременно.

Во всех предложенных авторами вариантах этих систем неизбежно затрагивались такие признаки преступного деяния, исключаемые данными обстоятельствами, как общественная опасность и противоправность, исследовались вопросы их взаимообусловленности или приоритетности.

Идея отрыва противоправности от общественной опасности критиковалась С. А. Домахиным, считавшим, что эти признаки преступления не могут быть отделены друг от друга, поскольку общественная опасность есть материальное содержание противоправности¹⁵. А. А. Пионтковский полагал, что противоправность есть лишь юридическое выражение общественной опасности и отношение между противоправностью деяния и его общественной опасностью может быть выражено как отношение между правовой формой деяния и его материальным, социально-политическим содержанием¹⁶. По мнению Ю. В. Баулина, совершение проступка, не отвечающего единству содержания и формы преступления, свидетельствует о том, что данный поступок не является преступным¹⁷.

Указанные точки зрения позволили в 60-е гг. XX в. сформироваться в науке уголовного права мнению о наименовании рассматриваемых обстоятельств, как исключающих общественную опасность и противоправность деяния одновременно.

В конце 80-х гг. XX в. А. Б. Сахаров предложил ввести в уголовный закон отдельную статью, закрепляющую понятие обстоятельств, исключающих преступность деяния, в следующей редакции: «Исключающими преступность признаются обстоятельства, при которых деяние, признаки которого предусмотрены уголовным кодексом, не является преступлением ввиду отсутствия общественной опасности, противоправности или вины. Обстоятельствами, исключающими преступность, признаются: малозначительность деяния, необходимая оборона, задержание преступника, состояние крайней необходимости, физическое или психическое принуждение, право-

мерный профессиональный риск, исполнение обязательного приказа»¹⁸.

Следует отметить, что к началу 90-х гг. XX в. предложение о наименовании этих обстоятельств исключающими преступность деяния получило свою реализацию в Основах уголовного законодательства Союза ССР и республик 1991 г.¹⁹ (первоначально для всеобщего обсуждения в декабре 1988 г. был опубликован проект этого закона).

Однако это ни в коей мере не привело к уменьшению дискуссий о юридической природе и системе обстоятельств, исключающих преступность деяния. Не отразилось на этом и вступление в силу с января 1997 г. действующего УК РФ. Хотя во всех учебниках и учебных пособиях, а также в научных изданиях указанные обстоятельства стали именоваться согласно действующему уголовному законодательству исключающими преступность деяния, но содержание в них вкладывалось в соответствии с видением данной проблемы каждым из авторов.

Одни авторы по-прежнему считают исключение общественной опасности основной характеристикой названных обстоятельств. В. И. Ткаченко полагает, что данные обстоятельства не признаются преступлением, ибо не содержат материального его признака – общественной опасности²⁰. Аналогичные утверждения высказаны А. Н. Игнатовым и С. В. Максимовым²¹. По мнению С. И. Никулина, несмотря на то, что совершенные лицом действия внешне выглядят как уголовно наказуемое деяние, фактически они не представляют общественной опасности²².

С. Ф. Милюков, критикуя действующую законодательную регламентацию данного института, считает целесообразным возвратить разделу Общей части уголовного права как науки и учебной дисциплины более точное название: «Обстоятельства, исключающие общественную опасность деяния». В противном случае, по его мнению, следуя логике законодателя, в главу 8 УК РФ надо ввести такие обстоятельства, исключающие преступность деяния, как невменяемость, недостижение возраста уголовной ответственности, действие непреодо-

лимой силы и др.²³ С этой же целью он предлагает «очищение» главы 8 УК РФ от иных, нежели устраниющих общественную опасность обстоятельств путем переноса: нормы, содержащейся в ч. 1 ст. 40 УК РФ, в главу 5 УК РФ («Вина»); нормы, предусмотренной ч. 2 этой же статьи, в ст. 39 УК РФ («Крайняя необходимость»); нормы, содержащейся в ч. 1 ст. 42 УК РФ, в ст. 28 УК РФ («Невиновное причинение вреда»); и нормы, содержащейся в ч. 2 ст. 42 УК РФ, в ст. 33 УК РФ («Виды соучастников преступления») и в ст. 31 УК РФ («Добровольный отказ от преступления»)²⁴.

Другие авторы, например Р. Р. Галиакбаров, придерживаются сформировавшегося в 60-е гг. XX в. мнения, что специфика указанных поступков в том, что, несмотря на реальное причинение вреда интересам людей либо организаций, они не считаются преступными, в них отсутствуют общественная опасность и уголовная противоправность²⁵. Вывод о том, что причинение вреда при таких обстоятельствах не является не только уголовно противоправным, но и общественно опасным, делает и Т. Ю. Орешкина²⁶. Отсутствие у всех обстоятельств общественной опасности и противоправности отмечает А. Н. Берестовой²⁷.

Третья группа ученых считает, что эти обстоятельства характеризуются отсутствием только противоправности. С. В. Пархоменко отмечает, что сущность указанных обстоятельств в отсутствие уголовной противоправности у определенных законодателем деяний, которые при прочих равных условиях являются преступными. Отсутствие формального (внешнего) соответствия содеянного запрету исключает необходимую предпосылку для его оценки через призму обстоятельств, исключающих преступность деяния²⁸.

Об исключении уголовной противоправности деяний, совершенных с целью защиты жизни и безопасной жизнедеятельности пишет В. В. Меркурьев, называя так главу своего диссертационного исследования²⁹.

Своебразной позиции придерживался А. А. Тер-Акопов, считающий, что данные обстоятельства указывают не на отсутствие в деянии того или иного признака преступления, а

на правомерность совершения деяния, предусмотренного уголовным законом, если даже оно сопряжено с причинением вреда. Он предлагает оценивать совершенные деяния только под углом зрения правомерности, т.е. разрешает уголовный закон совершать их или нет³⁰. По сути, ученый говорит об исключении противоправности таких деяний, но при этом утверждает, что не следует оценивать их с точки зрения опасности и противоправности, а только правомерности.

Именно исключение противоправности представляется В. А. Блинникову тем «юридическим знаменателем», который объединяет все обстоятельства, исключающие преступность деяния. Но в отличие от А. А. Тер-Акопова допущение правомерности общественно опасного деяния путем закрепления в уголовном законе разрешения на причинение вреда при определенных обстоятельствах рассматривается им как исключение признака противоправности в общественно опасном деянии лица, поскольку говорить об отсутствии общественной опасности причиненного вреда и виновности лица при допустимом обстоятельстве вряд ли возможно³¹. Обоснование своей позиции он видит в отходе от традиционной трактовки взаимосвязи материального и формального признаков преступления, ссылаясь при этом на мнения В. Н. Кудрявцева и А. В. Наумова. Не уголовная противоправность (формальный признак) должна признаваться производным от общественной опасности (материальный признак), а наоборот: «...на первое место выдвигается противоправность: если деяние предусмотрено уголовным законом, то его общественная опасность предполагается»³².

А. Г. Кибальник также полагает, что «общие корни» юридической природы таких обстоятельств необходимо искать в исключении признака противоправности причинения вреда при наличии какого-либо обстоятельства, предусмотренного ст. 37–42 УК РФ³³. Причем ссылаясь на А. В. Наумова, он уточняет, что это корреспондирует с тенденцией «реабилитации» за противоправностью основного признака преступления³⁴.

Поддерживает такую позицию В. В. Орехов, отмечая суть юридической природы обстоятельств, исключающих преступ-

ность деяния, именно в отсутствие противоправности, а не общественной опасности. Если нет общественной опасности вреда, то нет смысла исключать его противоправность в законе. Автор уточняет, что отдельные обстоятельства могут устраниять наряду с противоправностью и иные признаки преступления. Физическое или психическое принуждение и исполнение приказа или распоряжения исключают не только противоправность, но и виновность³⁵.

Возможность исключения в деяниях при исследуемых обстоятельствах одновременно нескольких, но не всех признаков преступления рассматривают и другие авторы.

Об отсутствии одного из признаков преступления, а именно общественной опасности или виновности, говорит И. Э. Звечаровский, не конкретизируя, к какому из обстоятельств относится исключение отдельного признака. Но затем указывает, что сущность этих обстоятельств в том, что каждое из них, будучи противоположным по значению признакам общественной опасности или виновности, в конечном счете как результат исключает уголовную противоправность и, следовательно, уголовную ответственность за него³⁶. Тем самым ученый предполагает, что одни обстоятельства исключают одновременно общественную опасность и противоправность, а другие – виновность и противоправность.

Лишние общественной опасности и виновности или только виновности, а значит преступности, и разрешение (дозволенность) уголовным законом признается Б. В. Сидоровым основанием для оценки правомерности обстоятельств, указанных в гл. 8 УК РФ. Но, по его мнению, они не являются преступлением, прежде всего потому, что лицо, причиняющее вред при этих обстоятельствах, действует (бездействует) невиновно, а «уголовная ответственность за невиновное причинение вреда не допускается» (ч. 2 ст. 5 УК РФ). Свою позицию автор обосновывает тем, что действия, выполненные в состоянии необходимой обороны, крайней необходимости, задержания лица, совершившего преступление, и обоснованного риска, не только лишены общественной опасности и представляют акты общественно полезного поведения, но и совершаются не-

виновно. Субъект такого поведения совершает сознательный нравственно оправданный и социально одобряемый поступок, так как осознает общественную полезность своих действий, предвидит возможность или неизбежность наступления общественно полезных последствий, представляющих собой результаты достижения общественно полезных целей, и желает их наступления. А действия, выполненные при физическом или психическом принуждении и при исполнении приказа или распоряжения, совершаются невольно, по внешнему принуждению, а значит, и невиновно³⁷.

Э. Ф. Побегайло тоже отмечает несовпадение правомерных поступков и сходных с ними уголовно-противоправных, криминальных деяний по субъективной стороне соответствующих поведенческих актов. Он объясняет правомерность этих деяний только мотивами защиты правоохраняемых интересов, направленных на устранение грозящей им опасности и преследующих общественно полезную цель³⁸. Исходя из высказанных в науке положений о взаимообусловленности и даже вхождении мотивов и целей в вину, возможности установления вины вне мотивации и целеполагания при формальной оценке³⁹, можно сказать, что фактически им признается отсутствие во всех деяниях, совершенных при указанных обстоятельствах, лишь одного признака преступления – виновности.

Рассматривается в науке и возможность исключения одного из признаков преступления (либо общественной опасности, либо противоправности, либо виновности), но применительно к разным обстоятельствам.

По мнению Н. А. Лопашенко, разные виды обстоятельств, предусмотренных в гл. 8 УК РФ, исключают разные признаки преступления:

1) наличие признаков необходимой обороны или обстоятельства, связанного с задержанием лица, исключает преимущественно общественную опасность деяния;

2) наличие признаков крайней необходимости, обоснованного риска, психического принуждения и принуждения физического, в результате которого лицо сохранило возможность

руководить своими действиями, исключает такой признак преступления, как противоправность;

3) наличие обстоятельств, связанных с исполнением приказа или распоряжения или с физическим принуждением, в результате которого лицо не могло руководить своими действиями, исключает признак виновности преступления.

Позицию, близкую к высказанной, занимают С. Г. Келина и Т. В. Кондрашова, считающие, что при этих обстоятельствах деяние не является преступлением ввиду отсутствия:

1) общественной опасности – необходимая оборона и задержание лица, совершившего преступление;

2) виновности – исполнение приказа или распоряжения;

3) противоправности – обоснованный риск, крайняя необходимость, физическое или психическое принуждение.

Получила развитие и точка зрения об исключении не одного или двух, порознь или совместно, а всех указанных четырех признаков преступления одновременно и не к одному или нескольким, а сразу ко всем обстоятельствам, исключающим преступность деяния.

А. В. Наумов считает, что все эти обстоятельства исключают и уголовную противоправность (противозаконность), и общественную опасность, и виновность, и наказуемость деяния, а следовательно, и его преступность⁴⁰. По мнению И. М. Тяжковой, Уголовный кодекс, определив данные обстоятельства как исключающие преступность деяния, тем самым поставил их вне сферы криминального поведения, а следовательно, они лишены таких присущих преступлениям признаков, как общественная опасность, противоправность, виновность, наказуемость⁴¹.

Как видно из проведенного анализа существует множество точек зрения, порой диаметрально противоположных, на понятие, юридическую природу и систему обстоятельств, каким-либо образом устраниющих уголовную ответственность за совершение деяния, содержащего признаки преступления. Самые предлагаемые системы отличаются друг от друга и по объему включаемых в них обстоятельств, и по критериям их разграничений.

На наш взгляд, для указанных обстоятельств речь должна идти об исключении совокупности всех признаков преступного деяния вместе взятых. В данном случае нет смысла отрывать признаки преступления друг от друга или рассматривать их приоритетность друг перед другом.

Даже те авторы, которые придерживаются точки зрения о главенствующем положении одного из признаков преступления, понимают искусственность такой конструкции. В частности, В. А. Блинников, настаивая на исключении противоправности в качестве единого и основного критерия выделения самой группы обстоятельств, исключающих преступность деяния, признает, что А. В. Наумов по большому счету прав, говоря об отсутствии в содеянном всех признаков преступления⁴².

И это действительно так, поскольку ч. 1 ст. 14 УК РФ закрепляет, что противоправное деяние содержит в себе общественную опасность и может быть совершено только виновно, за что следует наказание. Это вытекает из принципа законности, устанавливающего в ч. 1 ст. 3 УК РФ, что преступность и наказуемость деяния определяются только уголовным законом. При этом под определением преступности деяния понимается закрепление в конкретном составе Особенной части уголовного закона виновно совершенного, общественно опасного деяния, запрещенного под угрозой наказания.

Отсюда следует, что если деяние, совершенное при обстоятельствах, исключающих преступность, имеет внешнее сходство с преступлением, т.е. содержит все его признаки, то и исключать оно должно все эти признаки. Если встать на путь признания возможности исключения каждого из признаков преступления порознь, то это приведет к смешению разных по правовой сущности оснований, позволяющих не привлекать лицо к уголовной ответственности. Например, исключение общественной опасности позволит отнести к обстоятельствам, исключающим преступность деяния, малозначительность причинения вреда, исключение виновности – невменяемость субъекта. Думается, что это может привести к необоснованному, искусственно расширению системы указанных обстоя-

тельств за счет привнесения в нее чуждых по юридической природе элементов, что, в общем, имело место в истории развития науки уголовного права.

В то же время В. Ф. Щепельков полагает, что использованная в законе формула, не конкретизирующая исключение преступности деяния через отождествление обстоятельств с отсутствием признаков преступления, перечисленных в ст. 14 УК РФ, является предпочтительной. По его мнению, обстоятельства, указанные в ст. 37–42 УК РФ, могут исключать преступность деяния и не только в силу отсутствия общественной опасности, противоправности или виновности⁴³.

Вместе с тем рассмотрение только вопроса исключения признаков преступности деяния не позволяет полностью уяснить юридическую природу этих обстоятельств, раскрыть их сущность.

Если под юридической природой явления понимать его правовую характеристику, выражющую специфику, место и функции явления среди других правовых реалий в соответствии с его социальной природой, то необходимо отметить, что данные обстоятельства не просто исключают преступность деяния, а являются правомерными и носят вынужденный характер.

Вынужденность причинения вреда зависит от различных внешних факторов, которые можно назвать основаниями возникновения обстоятельств, исключающих преступность деяния. Для указанных в законе обстоятельств ими являются общественно опасное посягательство, уклонение лица, совершившего преступление, от задержания, непосредственно угрожающая опасность, принуждение, наличие приказа или распоряжения, необходимость достижения общественно полезной цели; для выделяемых в теории – наличие законодательных положений, должностных или профессиональных требований, специального задания, согласия лица и др.

Именно по вынужденности поведения можно провести отличие указанных обстоятельств от других, исключающих преступность деяния, например малозначительности деяния, недостижения возраста уголовной ответственности, возрастной невменяемости.

Правомерность причинения вреда устанавливается перечислением в законе специальных условий, относящихся к конкретным обстоятельствам, соблюдение которых является обязательным требованием исключения преступности действия. К сожалению, следует отметить, что эти условия не всегда четко детализированы в законе, что делает необходимым обращение правоприменителя к разъяснениям Верховного Суда РФ или положениям теории уголовного права. Думается, что все статьи главы 8 УК РФ нуждаются в значительной корректировке и даже детализации таких условий.

Правомерность причинения вреда может быть связана с положительным социальным содержанием отдельных обстоятельств, исключающих преступность действия. Но это не означает, что общественная полезность или социальная приемлемость данных обстоятельств должна выступать в качестве обязательного условия их правомерности и, тем более, служить основанием для определения их юридической природы.

Представляется, что глава 8 УК РФ должна содержать общее понятие обстоятельств, исключающих преступность действия, включающее в себя признаки, характеризующие их юридическую природу. Это позволит в дальнейшем предусмотреть уголовно-правовую регламентацию общеправовых положений, относящихся ко всем указанным обстоятельствам и конструктивно усовершенствовать конкретные статьи данной главы.

Анализ изложенных точек зрения о юридической природе обстоятельств, исключающих преступность действия, позволяет сформулировать их общее понятие следующим образом:

Исключающими преступность признаются обстоятельства, устанавливающие условия правомерности вынужденного причинения вреда, при наличии которых действие, содержащее предусмотренные уголовным законом признаки, не является преступлением ввиду отсутствия общественной опасности, противоправности и виновности.

¹ См.: Таганцев Н. С. Русское уголовное право : лекции. Часть Общая : в 2 т. М., 1994. Т. 1. С. 187–193.

Уголовное право и криминология... Вып. 7

² См.: Трайнин А. Н. Уголовное право. Общая часть. М., 1929. С. 468.

³ См.: Трайнин А. Н. Состав преступления по советскому уголовному праву. М., 1951. С. 341–342.

⁴ См.: Уголовное право. Общая часть. М., 1938. С. 283–296 ; Уголовное право. Общая часть. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1939. С. 207 ; Уголовное право. Общая часть. М., 1948. С. 385–390 ; Советское уголовное право. Часть общая. М., 1960. С. 336 ; Пионтковский А. А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. М., 1961. С. 410–416 ; Курс советского уголовного права : в 6 т. / под ред. А. А. Пионтковского, П. С. Ромашкина, В. М. Чхиквадзе. М., 1970. Т. 2 : Часть Общая. Преступление. С. 342, 396–397.

⁵ См.: Пионтковский А. А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. М., 1961. С. 414.

⁶ См.: Советское уголовное право. Общая часть : учебник / под ред. Г. А. Кригера, Н. Ф. Кузнецовой, Ю. М. Ткачевского. 2-е изд. доп. и перераб. М., 1988. С. 146–147.

⁷ См.: Слуцкий И. И. Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность. Л., 1956. С. 10–17.

⁸ См.: Курс советского уголовного права : в 4 т. / отв. ред. Н. А. Беляев, М. Д. Шаргородский. Л., 1968. Т. 1 : Часть общая. С. 460–465.

⁹ См.: Шавгулидзе Т. Г. Необходимая оборона. Тбилиси, 1966. С. 22–23.

¹⁰ См.: Красиков А. Н. Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве. Саратов, 1976. С. 21–22.

¹¹ См.: Козак В. Н. Вопросы теории и практики крайней необходимости. Саратов, 1981. С. 44–55.

¹² См.: Баулин Ю. В. Основания, исключающие преступность деяния. Киев, 1989. С. 78.

¹³ См.: Баулин Ю. В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния. Харьков, 1991. С. 10, 79, 135, 203, 226.

¹⁴ См.: Владимиров В. А., Ляпунов Ю. И. Обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния. М., 1970 ; Берестовой Н. П. Обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния, и их значение для деятельности органов внутренних дел. М., 1989.

¹⁵ См.: Домахин С. А. Крайняя необходимость по советскому уголовному праву. М., 1955. С. 8–9.

¹⁶ См.: Курс советского уголовного права : в 6 т. / под ред. А. А. Пионтковского, П. С. Ромашкина, В. М. Чхиквадзе. М., 1970. Т. 2 : Часть Общая. Преступление. С. 135.

¹⁷ См.: Баулин Ю. В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния. Харьков, 1991. С. 12–13.

¹⁸ Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования / отв. ред. В. Н. Кудрявцев, С. Г. Келина. М., 1987. С. 120.

¹⁹ Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1991. № 30. Ст. 862.

²⁰ См.: Уголовное право России. Общая часть : учебник / отв. ред. Б. В. Здравомыслов. М., 1996. С. 300.

²¹ Игнатов А. Н., Красиков Ю. А. Курс российского уголовного права : в 2 т. М., 2001. Т. 1 : Общая часть. С. 307 ; Уголовное право : Часть Общая, часть Особенная / под ред. Л. Д. Гаухмана, Л. Д. Колодкина, С. В. Максимова. М., 1999. С. 175.

²² См.: Уголовное право. Общая часть : учебник / под ред. А. И. Рарога. М., 1997. С. 178.

²³ См.: Милюков С. Ф. Российское уголовное законодательство. Опыт критического анализа. СПб., 2000. С. 94–95 ; Уголовное право России. Общая часть : учебник / под ред. Г. Л. Кастрорского, А. И. Чучаева. СПб., 2009. С. 440–441.

²⁴ См.: Милюков С. Ф. Указ. соч. С. 141.

²⁵ Уголовное право России. Часть Общая : учебник для вузов / отв. ред. Л. Л. Кругликов. М., 2000. С. 271–272.

²⁶ См.: Уголовное право Российской Федерации. Общая часть : учебник / под ред. Л. В. Иногамовой-Хегай, А. И. Рарога, А. И. Чучаева. М., 2007. С. 315.

²⁷ См.: Берестовой А. Н. Обоснованный риск как обстоятельство, исключающее преступность деяния : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1999. С. 9.

²⁸ См.: Пархоменко С. В. Деяния, преступность которых исключается в силу социальной полезности и необходимости. СПб., 2004. С. 80–81.

²⁹ См.: Меркуров В. В. Теоретические и методологические проблемы уголовно-правового обеспечения права человека на граждансскую самозащиту : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Рязань, 2006. С. 39.

³⁰ См.: Российское уголовное право. Общая часть : учебник / под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова. М., 1997. С. 228.

³¹ Блинников В. А. Система обстоятельств, исключающих преступность деяния, в уголовном праве России : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2002. С. 15 ; Энциклопедия уголовного права / изд. проф. Малинина. СПб., 2007. Т. 7 : Обстоятельства, исключающие преступность деяния. С. 18–19.

³² Наумов А. В. Российское уголовное право. Общая часть : курс лекций. М., 1996. С. 121 ; Курс российского уголовного права. Общая часть / под ред. В. Н. Кудрявцева, А. В. Наумова. М., 2001. С. 147.

³³ См.: Кибальник А. Г. Обстоятельства, исключающие преступность деяния. М., 2009. С. 5–6.

³⁴ См.: Наумов А. В. Российское уголовное право : курс лекций. 4-е изд. М., 2007. Т. 1 : Общая часть. С. 274–276.

³⁵ См.: Орехов В. В. Необходимая оборона и иные обстоятельства, исключающие преступность деяния. СПб., 2003. С. 20.

³⁶ См.: Уголовное право Российской Федерации : учебник : в 2 т. / под ред. Л. В. Иногамовой-Хегай. М., 2002. Т. 1 : Общая часть. С. 220–221.

³⁷ См.: Уголовное право России. Общая часть : учебник / под ред. Ф. Р. Сундурова, И. А. Тарханова. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2009. С. 399–404.

³⁸ См.: Уголовное право России : учебник для вузов : в 2 т. / отв. ред. А. Н. Игнатов, Ю. А. Красиков. М., 2000. Т. 1 : Общая часть. С. 274–275.

³⁹ См.: Лунаев В. В. Субъективное вменение. М., 2000. С. 7–8 ; Дагель П. С. Субъективная сторона преступления и ее установление. Воронеж, 1974. С. 34.

⁴⁰ См.: Наумов А. В. Российское уголовное право. Общая часть : курс лекций. М., 1996. С. 326–327.

⁴¹ См.: Российское уголовное право : учебник : в 2 т. / Г. Н. Борзенков [и др.] ; под ред. Л. В. Иногамовой-Хегай, В. С. Комиссарова, А. И. Рарога. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2010. С. 296.

⁴² См.: Энциклопедия уголовного права / изд. проф. Малинина. СПб., 2007. Т. 7 : Обстоятельства, исключающие преступность деяния. С. 10.

⁴³ См.: Щепельков В. Ф. Уголовный закон : преодоление противоречий и неполноты. М., 2003. С. 277–278.

Е. В. Благов

доктор юридических наук

Ярославский государственный университет

им. П. Г. Демидова

ОБ УСТАНОВЛЕНИИ НОРМЫ УГОЛОВНОГО ПРАВА И ЕГО ПРИМЕНЕНИИ

В теории уголовного права распространено мнение, что установление нормы уголовного права является стадией его применения¹. Реже отдельными стадиями называют отыскание закона и установление того, что факты подпадают под действие этого закона, а также проверку действительного существования закона и его действия во времени и пространстве².

© Благов Е. В., 2011

В общей теории права большинство исследователей стадий правоприменения считают выбор и анализ норм права³. Более того, сторонниками названной точки зрения утверждается, что «применение права не сводится только к решению, которое важно, но является лишь одним из элементов процесса»⁴, а «вынесение правоприменительного акта настолько тесно связано с предшествующими действиями, что разорвать их невозможно: это нацеливает на произвольные решения»⁵. Одновременно отмечается, что при ином подходе без достаточных оснований самостоятельными стадиями называют элементы других стадий (проверка действительного существования закона и его действия, подлинности и юридической силы норм и т.д.)⁶.

Оценивая приведенные суждения, прежде всего необходимо отметить, что в число стадий применения уголовного права не следует включать действия, лежащие за рамками правоприменения. Такими стадиями могут быть исключительно логически взаимосвязанные и последовательно развивающиеся этапы самой правоприменительной деятельности⁷.

Причем приверженцы включения в число стадий применения права, выбора и анализа норм права подчас делают противоречащие их концепции заявления, согласно которым «юридические нормы – это то, что применяется...»⁸, а в число стадий применения норм уголовного права – почему-то говорят об установлении уголовно-правовой нормы, «подлежащей применению»⁹. Однако такой подход не означает, что правоприменение осуществляется после установления нормы права, и, следовательно, последнее не может быть стадией первого. Особенно недвусмысленно данное обстоятельство проявляется, когда утверждается, что «именно в издании на основе нормы права индивидуального акта проявляется применение права в собственном смысле, в то время как все предшествующие стадии только подготавливают условия и материалы для окончательного решения»¹⁰. При таком подходе получается, что их надлежит рассматривать как предпосылки применения права, чем и считаются порой уяснение содержания

уголовно-правовой нормы и выяснение юридической силы соответствующего источника¹¹.

Под предпосылкой в русском языке понимается «предварительное условие чего-нибудь», а условием считается «обстоятельство, от которого что-нибудь зависит»¹². Поскольку ясно, что, пока норма не установлена, невозможно правоприменение, ее установление вполне допустимо рассматривать как предпосылку применения уголовного права.

Иного соотношения, видимо, и быть не может, ибо, определяя, что следует считать применением уголовного права (нормы уголовного права, уголовного закона), все исследователи в качестве родового вводят признак, характеризующий принятие и закрепление соответствующего решения¹³. От установления нормы уголовного права до принятия на ее основе определенного решения (применения уголовного права) – «дистанция огромного размера».

В литературе к установлению нормы уголовного права относят многие действия: нахождение уголовно-правовой нормы, подлежащей применению, проверка ее подлинности и действия во времени, в пространстве и по кругу лиц, а также толкование¹⁴. Помимо нахождения уголовно-правовой нормы, все остальное не так очевидно или подлежит уточнению.

Во-первых, правоприменитель непосредственно имеет дело не с нормой уголовного права, а с ее формой – уголовным законом (статьей уголовного законодательства, ее частью, пунктом, примечанием к ней как уголовно-правовыми предписаниями). Поэтому следует проверять подлинность, действие во времени, в пространстве и по кругу лиц, а также толковать именно его, а не уголовно-правовую норму.

Во-вторых, действие уголовного закона во времени, пространстве и по кругу лиц должно выясниться при квалификации преступления как составной части применения уголовного права¹⁵. Действие во времени и в пространстве – в рамках объективной стороны преступления, а по кругу лиц – в рамках субъекта преступления.

Дело в том, что подобно ст. 19–21 УК РФ, регулирующим общего субъекта преступления, ст. 9 и 10, по существу, регла-

ментируется общее время, а ст. 11 и 12 – общее место совершения преступления; в них же отражены некоторые признаки специального субъекта преступления. Кроме того, проверять действие уголовного закона во времени, в пространстве и по кругу лиц до того, как станет окончательно ясно, были ли совершены соответствующие общественно опасные действия (бездействие), бессмысленно, ибо впоследствии картина может измениться.

Нахождение нормы уголовного права представляет собой поиск той совокупности уголовно-правовых предписаний, которая полностью охватывает установленные фактические обстоятельства и определяет их последствия. Дело в том, что лишь норма уголовного права содержит полный комплекс нормативов, рассчитанных на данный случай; Уголовный же кодекс для удобства пользования специально поделен на Общую и Особенную части, определяющие преступность и наказуемость соответственно каждого и отдельных общественно опасных деяний. Уголовно-правовая норма состоит из одного предписания Особенной части уголовного законодательства и множества предписаний его Общей части¹⁶.

Трудности с нахождением уголовно-правовой нормы заключаются в том, что в Уголовном кодексе содержатся не все уголовно-правовые предписания. Хотя в ч. 1 ст. 10 УК РФ указано, что «уголовное законодательство Российской Федерации состоит из настоящего Кодекса», некоторые уголовно-правовые предписания законодатель разместил в иных нормативных актах.

Во-первых, немало уголовно-правовых предписаний содержится в уголовно-процессуальном законодательстве¹⁷. Наиболее очевидным из них является решение отсутствующих в Уголовном кодексе вопросов назначения наказания при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением. На основании ч. 1 ст. 314 УПК РФ оно возможно «по уголовным делам о преступлениях, за которые наказание, предусмотренное Уголовным кодексом Российской Федерации, не превышает 10 лет лишения свободы». При этом в соответствии с ч. 7 ст. 316 УПК назначается «наказание, которое не может

превышать две трети максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного за совершенное преступление.

Во-вторых, немало уголовно-правовых предписаний имеется в уголовно-исполнительном законодательстве¹⁸. Самое характерное из них относится к непредусмотренному Уголовным кодексом освобождению осужденных военнослужащих от отбывания наказания в соответствии со ст. 174 УИК РФ. В ее ч. 1 установлено, что «осужденные военнослужащие, отбывающие... арест..., освобождаются от дальнейшего отбывания наказания в случае заболевания, делающего их негодными к военной службе. Неотбытая часть наказания может быть заменена им более мягким видом наказания». В ч. 2 добавлено, что «осужденные военнослужащие, отбывающие наказание во время прохождения военной службы, в случае возникновения иных предусмотренных законодательством Российской Федерации оснований для увольнения с военной службы могут быть в установленном порядке досрочно освобождены судом от наказания с заменой неотбытой части наказания более мягким видом наказания или без таковой».

Тем самым при нахождении уголовно-правовой нормы ни в коем случае нельзя замыкаться на Уголовном кодексе. В противном случае полный объем нормативов, распространяющихся на установленные фактические обстоятельства, можно не обнаружить, что чревато впоследствии правоприменительными ошибками.

Толкование уголовного закона порой считается тем, чем заканчивается установление нормы уголовного права¹⁹. Правда, сомнительно, что при нахождении уголовно-правовой нормы можно обойтись без толкования уголовного закона. В противном случае не исключено применение совсем иной нормы.

Толкование уголовного закона есть уяснение и разъяснение текста данного нормативного акта. В последнем отражена воля законодателя. При толковании же требуется понять, что сказал законодатель, но не представить, что он хотел сказать, ибо воля законодателя отражена именно в законе, а толкователь не вправе подменять собой законодателя.

Существенным подспорьем к толкованию уголовного закона являются разъяснения судебной практики, даваемые Пленумом Верховного Суда РФ. Конечно, они в силу ст. 120 Конституции РФ не обязательны, ибо «судьи независимы и подчиняются только Конституции Российской Федерации и федеральному закону». При всем том ориентиры практике эти разъяснения намечают и, более того, способствуют ее единству. Таким образом, переоценить их роль невозможно. Важно лишь их соблюдение на практике.

Самым проблематичным для толкования уголовного закона вообще и в разъяснениях судебной практики, даваемых Пленумом Верховного Суда РФ, в частности, пожалуй, является то, что называется ограничительным и расширительным толкованием. Уж сильно здесь попахивает подменой воли законодателя представлением о должном толкователя.

Так, ограничительное толкование уголовного закона дается в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 11 января 2007 г. № 2 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания». В его п. 31 предписано, что, «решая вопрос о назначении наказания в соответствии с частью пятой статьи 69 УК РФ лицу, совершившему другое преступление до вынесения приговора по первому делу, суд применяет общие правила назначения наказания по совокупности преступлений. При этом окончательное наказание во всяком случае должно быть более строгим, нежели наказание, назначенное за любое из преступлений, входящих в совокупность», а в п. 41 оговорено, что если «за различные преступления, входящие в совокупность, судом назначены разные виды дополнительного наказания, то они с приведением соответствующих размеров и сроков должны быть указаны в приговоре и при назначении окончательного наказания по совокупности преступлений»²⁰.

Если «суд применяет общие правила назначения наказания по совокупности преступлений», то наказание не всегда «должно быть более строгим, нежели наказание, назначенное за любое из преступлений, входящих в совокупность». Дело в том, что в ч. 2 ст. 69 УК РФ регулируется поглощение менее

строгого наказания более строгим. Причем оно не исключается и в отношении дополнительных наказаний. Тем самым ограничительное толкование закона представляет собой попытку подменить предписания ст. 69 УК РФ упомянутого Пленума представлением о том, как надо назначать наказание.

Расширительное толкование уголовного закона связано, в частности, с понятием «заранее», включенным в регулирование соучастия в преступлении. Обращает на себя внимание, что законодатель использовал упомянутый признак дважды: первый раз – при обрисовке фигуры пособника (ч. 5 ст. 33 УК РФ), второй – группы лиц по предварительному сговору (ч. 2 ст. 35).

В русском языке слово «заранее» раскрывается как за некоторое время до чего-нибудь²¹. На практике же понятие «заранее» применительно к видам соучастников и формам соучастия понимается различным образом.

В п. 10 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 января 1999 г. № 1 «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)» отражено, что «предварительный сговор на убийство предполагает выраженную в любой форме договоренность двух или более лиц, состоявшуюся до начала совершения действий, непосредственно направленных на лишение жизни потерпевшего»²². Говоря иначе, в данном случае «заранее» означает – до начала совершения преступления.

В п. 2 постановления Пленума Верховного Суда СССР от 31 июля 1962 г. № 11 «О судебной практике по делам о заранее не обещанном укрывательстве преступлений, приобретении и сбыте заведомо похищенного имущества» сказано, что «укрывательство преступления, а также приобретение или сбыт имущества, заведомо добытого преступным путем, могут быть признаны соучастием, если эти действия были обещаны исполнителю... во время совершения преступления...»²³. В данном случае слово «заранее» уже означает – до окончания совершения преступления.

Если первое толкование считать буквальным, то второе – будет явно расширительным. Причем оно ведет к ограничительному толкованию заранее не обещанного укрывательства

особо тяжких преступлений (ст. 316 УК РФ). Последнее становится возможным только после совершения преступления.

В ч. 2 ст. 33 УК РФ слово «заранее» не предполагает иного толкования. Противоположное ведет к поглощению группы лиц, особенность которой заключается в том, что она совершает преступление без предварительного сговора (ч. 1 ст. 35 УК РФ). Ей просто не остается места для возникновения. Отсюда расширительное толкование понятия «заранее» при регулировании фигуры пособника – это, с учетом систематического толкования, именно попытка выдать желаемое за действительное.

Изложенное и подобное ему толкование уголовного законавольно или невольно подрывает престиж законодателя, ибо оказывается, что его решение не так важно, как подход к закону практики. В результате попирается презумпция знания закона, поскольку оно становится бесполезным, когда толкование изменяет выраженную в законе волю законодателя.

Кроме того, результаты расширительного толкования уголовного закона очень напоминают его применение по аналогии. Скажем, в ст. 228 УК РФ в отличие от ст. 222 отсутствует понятие ношения соответствующих предметов, но в п. 7 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15 июня 2006 г. № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами» его разглядеть несложно: «под незаконным хранением без цели сбыта наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, растений, содержащих наркотические средства или психотропные вещества, либо их частей, содержащих наркотические средства или психотропные вещества, следует понимать действия лица, связанные с незаконным владением этими средствами или веществами, в том числе для личного потребления (содержание при себе, в помещении, тайнике и других местах)»²⁴. Особенно это бросается в глаза при сопоставлении с п. 11 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 12 марта 2002 г. № 5 «О судебной практике по делам о хищении, вымогательстве и незаконном обороте оружия, бо-

припасов, взрывчатых веществ и взрывных устройств»: «под незаконным ношением огнестрельного оружия, его основных частей, боеприпасов, взрывчатых веществ или взрывных устройств следует понимать нахождение их в одежде или непосредственно на теле обвиняемого, а равно переноску в сумке, портфеле и других предметах.

Под незаконным хранением огнестрельного оружия, его основных частей, боеприпасов, взрывчатых веществ или взрывных устройств следует понимать сокрытие указанных предметов в помещениях, тайниках, а также в иных местах, обеспечивающих их сохранность»²⁵. Нетрудно заметить, что ношение определенных предметов по одному постановлению вполне вписывается в хранение (сходное поведение) – по другому.

Такие игры с уголовным законом прямо запрещены им самим. В соответствии с ч. 2 ст. 3 УК РФ «применение уголовного закона по аналогии не допускается». Так, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ указала в определении № 18-Д07-116, что «декриминализация действий, связанных с незаконным оборотом гражданского гладкоствольного оружия и боеприпасов к нему, предусмотренная ст. 222 УК РФ, не касается нормы ст. 226 УК РФ, поскольку в соответствии с ч. 2 ст. 3 УК РФ применение уголовного закона не допускается»²⁶.

Прочитированное решение интересно тем, что относит аналогию уголовного закона не к определению преступности деяния (ч. 1 ст. 3 УК РФ), а ее исключению. Теория об этом умалчивает, но возникает очень серьезная проблема с допустимостью-недопустимостью такой аналогии (она требует самого пристального и самостоятельного исследования).

Стало быть, если ограничительное и расширительное толкование уголовного закона и возможно, то использовать его надлежит с большой осторожностью. Да и то вряд ли оно должно производиться самостоятельно, а лишь одновременно с осуществлением систематического толкования²⁷.

Проверка подлинности уголовно-правовых предписаний должна заключаться в обращении к официальному изданию

Уголовного кодекса. Его подлинность не может вызывать сомнений.

Сложность проверки подлинности уголовно-правовых предписаний связана в основном с тем, что полностью Уголовный кодекс представлен официальными изданиями только сразу после принятия²⁸. В дальнейшем принимались лишь федеральные законы о внесении в него изменений и дополнений, которых уже насчитывается более ста и которые нередко касаются одного и того же уголовно-правового предписания неоднократно.

Теоретически обращаться к соответствующим федеральным законам нужно на всякий случай каждый раз. Иначе, полагаясь на содержание источника, можно попасть впросак, если в нем отразится какая-то неправильность или после его опубликования вступили в силу очередные изменения или дополнения к Уголовному кодексу.

Отсюда при проверке подлинности уголовно-правовых предписаний следует обращаться не только к первым официальным изданиям Уголовного кодекса, но и к другим федеральным законам. Это связано с тем, что на основании ч. 1 ст. 1 УК РФ «новые законы, предусматривающие уголовную ответственность, подлежат включению в настоящий Кодекс».

При проверке подлинности уголовно-правовых предписаний немаловажным является также обращение к постановлениям Конституционного Суда РФ. Пусть их по уголовно-правовым вопросам принято не много, но ими внесены существенные изъятия в ст. 188 УК РФ, и они подлежат обязательной проверке по официальным публикациям²⁹.

Наконец, при проверке подлинности уголовно-правовых предписаний в соответствующих случаях необходимо обращение к бланкетному законодательству, на которое ссылается Уголовный кодекс (ст. 143, 264 и другие УК РФ). Оно тоже должно быть представлено официальными источниками.

В результате и при проверке подлинности уголовно-правовых предписаний нельзя замыкаться на официально изданном Уголовном кодексе. В противном случае объем проверки

будет неполным, что опять-таки чревато впоследствии право-применительными ошибками.

Нетрудно заметить, что без действий, осуществляемых при установлении нормы уголовного права, разумеется, не обойтись при его применении. Они подготавливают принятие соответствующего решения. Вместе с тем это вовсе не означает, что их производство следует включать в применение уголовного права. Иначе говоря, можно дойти до того, что считать стадией правоприменения, например, оперативно-розыскную деятельность, без результатов которой тоже порой не обойтись правопримениителю.

¹ См.: *Наумов А. В. Применение уголовно-правовых норм (по материалам следственной и прокурорско-судебной практики)*. Волгоград, 1973. С. 37 ; *Сулейманов Т. А., Павлухин А. Н., Эриашвили Н. Д. Механизм и формы реализации норм уголовного права*. М., 2007. С. 185 ; и др.

² См.: *Брайнин Я. М. Уголовный закон и его применение*. М., 1967. С. 105.

³ См., например: *Алексеев С. С. Проблемы теории права*. Свердловск, 1973. Т. 2. С. 233–234.

⁴ *Сабо И. Основы теории права*. М., 1974. С. 122.

⁵ *Лазарев В. В. Применение советского права*. Казань, 1972. С. 39–40.

⁶ См.: Там же. С. 39.

⁷ См.: *Волленко Н. Н. Социалистическая законность и применение права*. Саратов, 1983. С. 56.

⁸ *Алексеев С. С. Проблемы теории права*. Т. 2. С. 251.

⁹ *Наумов А. В. Применение уголовно-правовых норм...* С. 45. См. также: *Колосовский В. В. Теоретические проблемы квалификации уголовно-правовых деяний*. М., 2011. С. 10.

¹⁰ *Правоприменение в Советском государстве / отв. ред. И. Н. Кузнецов, И. С. Самошенко*. М., 1985. С. 35.

¹¹ См.: *Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений*. М., 2001. С. 13.

¹² *Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка*. М., 1992. С. 598, 869.

¹³ См.: *Наумов А. В. Применение уголовно-правовых норм...* С. 44–45 ; *Сулейманов Т. А., Павлухин А. Н., Эриашвили Н. Д. Механизм и формы реализации норм уголовного права*. С. 190 ; и др.

¹⁴ См.: *Наумов А. В. Применение уголовно-правовых норм...* С. 45 ; *Колосовский В. В. Теоретические проблемы квалификации уголовно-правовых деяний*. С. 10 ; и др.

¹⁵ См.: *Кудрявцев В. Н.* Общая теория квалификации преступлений. С. 13, 14.

¹⁶ Подробнее см.: *Благов Е. В.* Применение уголовного права (теория и практика). СПб., 2004. С. 13–63.

¹⁷ Подробнее см.: *Благов Е. В.* Об уголовном процессе не как форме жизни уголовного закона // Юридические записки ЯрГУ им. П. Г. Демидова / под ред. Н. Н. Тарусиной [и др.]. Ярославль, 2010. С. 190–199.

¹⁸ Подробнее см.: *Благов Е. В.* Применение уголовного права... С. 44–48.

¹⁹ См.: *Наумов А. В.* Применение уголовно-правовых норм... С. 127.

²⁰ Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2007. № 4. С. 12, 14.

²¹ См.: *Ожегов С. И., Шведова Н. Ю.* Толковый словарь русского языка. С. 221.

²² Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1999. № 3. С. 4.

²³ Сборник действующих постановлений Пленумов Верховных Судов СССР, РСФСР и Российской Федерации с комментариями и пояснениями / отв. ред. В. И. Радченко. М., 1999. С. 337.

²⁴ Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2006. № 8. С. 5.

²⁵ Там же. 2002. № 5. С. 4.

²⁶ Там же. 2008. № 5. С. 19.

²⁷ См.: *Наумов А. В.* Применение уголовно-правовых норм... С. 131.

²⁸ См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 25. Ст. 2954 ; Рос. газ. 1996. 18 июня, 19 июня, 20 июня, 25 июня.

²⁹ По делу о проверке конституционности положения части первой статьи 188 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки М. А. Асламазян : постановление Конституционного Суда РФ от 27 мая 2008 г. № 8-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2008. № 24. Ст. 2892 ; По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 188 Уголовного кодекса Российской Федерации, части 4 статьи 4.5, части 1 статьи 16.2 и части 2 статьи 27.11 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобами граждан В. В. Баталова, Л. Н. Валуевой, З. Я. Ганиевой, О. А. Красной и И. В. Эпова : постановление Конституционного Суда РФ от 13 июля 2010 г. № 15-П // Там же. 2010. № 29. Ст. 3983.

Н. Л. Долгова

доцент

Воронежский государственный университет

**ПРОБЛЕМЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ УГОЛОВНОЙ
ОТВЕТСТВЕННОСТИ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ**

1 января 2012 г. исполняется 15 лет со дня введения в действие Уголовного кодекса Российской Федерации. На протяжении этого периода многие разделы, отдельные нормы Кодекса подвергались изменениям и дополнениям. При этом следует отметить то, что попытки усовершенствовать уголовное законодательство не всегда были успешными. Они вызывали соответствующую критику со стороны как ученых, так и правоприменителей. Нами не ставится цель анализировать редакцию Уголовного кодекса в целом. Попытаемся выделить его положения об особенностях уголовной ответственности несовершеннолетних, не претерпевшие существенных изменений, но, на наш взгляд, просто нуждающиеся в этом.

Впервые в уголовном законодательстве выделен раздел, посвященный уголовной ответственности несовершеннолетних. Этот факт был положительно оценен в научном мире и практической деятельности. В гл. 14 содержатся нормы, которые закрепляют особенности уголовной ответственности данной категории преступников, относящиеся к назначению наказания, освобождению от уголовной ответственности и наказания, прекращению правовых последствий осуждения.

Вместе с тем некоторые положения уголовного закона, которые носят общий характер и применяются к несовершеннолетним наряду с лицами старше 18 лет, не вошли в эту главу и содержатся в других разделах УК (например, ст. 20, устанавливающая возраст, с которого наступает уголовная ответственность, хотя он характеризуется несовершеннолетием). Целый ряд норм о назначении наказания, отдельных

его видов содержит и особенности, относящиеся к лицам, не достигшим 18-летнего возраста: учет несовершеннолетия как смягчающего обстоятельства (п. «б» ст. 61), определенный вид исправительного учреждения, в котором отбывают наказание в виде лишения свободы несовершеннолетние осужденные (ч. 1 ст. 56), неприменение к ним таких наказаний, как смертная казнь (ч. 2 ст. 59), пожизненное лишение свободы (ч. 2 ст. 57), ограничение свободы, арест лиц, не достигших 16 лет (ч. 2 ст. 54), невключение в рецидив преступлений судимостей в несовершеннолетнем возрасте (ч. 4 ст. 18).

Несмотря на то, что эти положения, относящиеся к несовершеннолетним, закреплены в различных главах Общей части УК РФ, появление самостоятельного раздела, посвященного особенностям уголовной ответственности несовершеннолетних, представляется своевременным и необходимым. Актуальность борьбы с преступностью несовершеннолетних, их социально-психологические и возрастные особенности требуют особых подходов к данной категории преступников в оценке содеянного и принятии уголовно-правовых мер.

Выделение специального раздела подчеркивает системность УК РФ по сравнению с его предшественниками. Не случайно определено и его место в структуре Общей части. Он выступает логическим завершением регламентации основных институтов уголовного права применительно к особой категории лиц, совершивших преступления в возрасте до 18 лет.

Эти особенности проявляются в следующем:

- 1) возможности освобождения от уголовной ответственности с применением принудительных мер воспитательного воздействия;
- 2) видах наказания, которые могут применяться к несовершеннолетним;
- 3) дополнительных обстоятельствах, которые учитываются при назначении наказания;
- 4) освобождении от наказания с применением принудительных мер воспитательного воздействия;
- 5) условно-досрочном освобождении отбывающих наказание в виде лишения свободы;

6) сокращении сроков давности, а также погашении судимости.

В соответствии со ст. 90 УК РФ несовершеннолетний, совершивший преступление небольшой или средней тяжести, может быть освобожден от уголовной ответственности, если будет признано, что его исправление может быть достигнуто путем применения принудительных мер воспитательного воздействия. Безусловно, применение таких мер является реализацией принципа гуманизма, однако это трудно признать целесообразным и оправданным в отношении лиц, совершивших преступления средней тяжести. При каких обстоятельствах их можно освободить от уголовной ответственности, применяя к ним ограничение досуга или предупреждение, если за совершенное ими преступление предусмотрено наказание до пяти лет лишения свободы?

Часть 2 ст. 90 содержит исчерпывающий перечень принудительных мер воспитательного воздействия. Вместе с тем в ч. 2 ст. 92 УК говорится о помещении в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа, которое применяется как принудительная мера воспитательного воздействия к несовершеннолетним, в случае их освобождения от наказания. Следует отметить, что до изменений, внесенных Федеральным законом от 8 декабря 2003 г., вообще была непонятна юридическая природа такой меры. В то же время возникает вопрос: если помещение в специальное учебно-воспитательное учреждение применяется как принудительная мера воспитательного воздействия, то почему ее не включили в перечень ч. 2 ст. 90 УК?

При анализе положений ст. 92 УК об освобождении от наказания за совершение преступлений средней тяжести отмечаются несогласованность и некоторое противоречие между первой и второй ее частями. Так, в соответствии с ч. 1, лицо, осужденное за преступления небольшой или средней тяжести, может быть освобождено от наказания с применением принудительных мер воспитательного воздействия, предусмотренных ч. 2 ст. 90 УК. При этом не указываются основания и условия такого освобождения. Оно не связывается с возможностью исправления виновного без применения нака-

зания, с совершением преступления впервые и т.п. Что это – недоработка законодателя или предоставление судам права самостоятельно решать эти вопросы?

В ч. 2 анализируемой статьи говорится о том, что несовершеннолетний, осужденный за преступление средней тяжести, а также тяжкое, может быть освобожден от наказания и помещен в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа органа управления образования.

В каких же случаях суды должны применять положения ч. 1 или ч. 2, если в них говорится об освобождении от наказания несовершеннолетних, осужденных за преступления одинаковой тяжести – средней? Отсутствие четких критериев, несогласованность положений закона может привести к вольному толкованию и применению в судебной практике этого важного правового института. Представляется целесообразным включить в перечень мер воспитательного воздействия помещение несовершеннолетнего в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа и предусмотреть возможность назначения такой меры при освобождении от уголовной ответственности и наказания за преступления средней тяжести, совершенные впервые. Таким образом можно будет устраниТЬ отмеченные несоответствие и пробел в законодательстве.

Кроме того, следует предусмотреть также помещение несовершеннолетних в лечебно-воспитательное учреждение. До изменений, внесенных в редакцию ст. 92 УК в 2003 г., направление в такие учреждения предусматривалось наряду с направлением в учебно-воспитательные. Как свидетельствуют данные различных исследований, более половины лиц, совершивших преступления в возрасте до 18 лет, имеют отклонения в развитии, различные психические аномалии. Помещение их в специальные лечебно-воспитательные учреждения позволит более эффективно осуществлять педагогическое воздействие, психологическую коррекцию личности, улучшать социальную адаптацию.

Особого внимания заслуживает ст. 88 УК. Она содержит исчерпывающий перечень наказаний, которые могут быть назначены несовершеннолетним. Система наказаний для несо-

вершеннолетних построена по тому же принципу, что и аналогичная, предусмотренная для других категорий осужденных (ст. 44 УК), – от менее строгого к более строгому наказанию. Это соответствует положению, закрепленному в Общих началах назначения наказания: более строгий вид наказания из числа предусмотренных за совершенное преступление назначается только в случае, если менее строгое наказание не может обеспечить достижения целей наказания (ч. 1 ст. 60 УК).

Перечень наказаний, которые могут назначаться несовершеннолетним, по сравнению со ст. 44, сокращен почти вдвое. Среди наказаний, не включенных в ст. 88, одни представляются слишком строгими и негуманными применительно к лицам, не достигшим 18-летнего возраста (смертная казнь, по-жизненное лишение свободы); другие – не могут быть исполнены в связи с социально-возрастными особенностями данной категории преступников (лишение специального, воинского или почетного звания, классного чина и государственных наград, ограничение по военной службе).

Применительно к наказаниям, которые могут назначаться несовершеннолетним, в данной статье отмечены определенные их особенности. Содержание же этих видов наказания, порядок исполнения являются общими для всех осужденных лиц, независимо от их возраста, и регламентируются в других разделах Уголовного кодекса. Таким образом проявляется системность уголовного закона, взаимосвязь общих положений со специальными, относящимися к несовершеннолетним. Наказания, которые могут быть назначены всем осужденным, применительно к несовершеннолетним предусматривают сокращенные сроки и размеры. Кроме того, дифференцированы сроки лишения свободы для лиц, совершивших преступления в возрасте до 16 лет и старше. Этот вид наказания не может быть назначен лицам, совершившим в возрасте до 16 лет преступления небольшой или средней тяжести впервые. Безусловно, данное положение имеет важное предупредительное значение, поскольку направление этих лиц, не имеющих высокой общественной опасности, в воспитательную колонию может привести к их дальнейшей криминализации, рецидиву преступлений.

Система наказаний для несовершеннолетних нуждается в дальнейшем совершенствовании. Необходимо разработать новые виды, не связанные с лишением свободы, но вместе с тем эффективные для исправления осужденных и предупреждения повторных преступлений.

Помимо положительной оценки ст. 88 УК заслуживает определенной критики. Это относится к заключительным ее частям – 6.2 и 7. Прежде всего вызывает сомнение целесообразность включения отдельного положения, относящегося к условному осуждению несовершеннолетних, в статью о видах наказаний, применяемых к ним. Представляется необходимым посвятить специальную норму данному правовому институту. В ней следует отразить особенности применения условного осуждения к лицам, не достигшим 18-летнего возраста, в частности положения ч. 6.2 ст. 88 УК, хотя нам они представляются неоправданно мягкими и могут восприниматься как безнаказанность. В этой норме можно было расширить перечень обязанностей, которые могут быть возложены на условно осужденного несовершеннолетнего по общему правилу ст. 73 УК: например, пройти курс социально-педагогической реабилитации (психолого-педагогической коррекции) в образовательных учреждениях, оказывающих педагогическую и психологическую помощь несовершеннолетним, имеющим отклонения в развитии. Такое положение закреплено в Федеральном законе от 24 июня 1999 г. «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних»¹, а также в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 1 февраля 2011 г.²

В соответствии с ч. 7 ст. 88 УК Суд может дать указание органу, исполняющему наказание, об учете при обращении с несовершеннолетним осужденным определенных особенностей его личности. Это положение весьма существенно и значимо для достижения целей наказания. Однако по смыслу и направленности оно должно быть включено в ст. 89 УК «Назначение наказания несовершеннолетнему».

При назначении наказания несовершеннолетнему, помимо обстоятельств, указанных в ст. 60 УК (Общие начала назначения наказания), суд должен учитывать условия его жизни

и воспитания, уровень психического развития, иные особенности личности, а также влияние на него старших по возрасту лиц. Таким образом, особенности назначения наказания несовершеннолетним проявляются в глубоком изучении и всесторонней оценке личности, условий ее формирования, объективных и субъективных факторов, детерминирующих преступление. Особенности личности несовершеннолетнего преступника во многом обусловлены его возрастом. Однако они не всегда являются определяющим фактором в совершении преступления. Не случайно в УК РФ подчеркивается, что несовершеннолетие рассматривается как смягчающее обстоятельство в совокупности с другими смягчающими и отягчающими обстоятельствами (ч. 2 ст. 89).

Безусловно, для данной категории существуют специфические характеристики, и в целом личность несовершеннолетнего преступника можно представить как совокупность противоречий: недостаточность жизненного опыта и желание показать себя взрослым; повышенная внушаемость и стремление к самостоятельности; потребность в общении, податливость влиянию группы и проявление крайнего индивидуализма, независимости; чувство товарищества и эгоизм. Вместе с тем особенности эмоционально-волевой, потребностно-мотивационной сферы, нравственно-психологические и психофизиологические характеристики строго индивидуальны. Их анализу и должен уделять особое внимание суд, назначая подростку наказание. Особенности личности несовершеннолетних проявляются в совершении ими преступлений под влиянием взрослых подстрекателей, криминогенной группы, характере преступления и способах его совершения. Учет этих обстоятельств дает суду возможность полнее реализовать принцип индивидуализации и дифференциации наказания, обеспечить достижение его целей. Кроме того, всестороннее и полное изучение индивидуальных особенностей несовершеннолетнего, состояние его физического и психического здоровья, условия его жизни и воспитания, мотивация совершенного преступления, его причины позволяют суду реализовать положение ч. 7 ст. 88 УК. Это новое положение в уголовном

законодательство не только соединяет процессы назначения и исполнения наказания. Оно предоставляет возможность лицам, занимающимся с осужденными, на основе полученных судом данных, осуществлять индивидуальный подход в исправлении несовершеннолетних, предупреждении рецидива, их последующей ресоциализации и социальной адаптации.

Правовое последствие назначения наказания – судимость – в УК РФ предполагает 2 вида: погашение и снятие. В отношении снятия судимости у несовершеннолетних специальной нормы нет. Очевидно, на них распространяется общий порядок. О сроках погашения судимости в отношении несовершеннолетних говорится в ст. 95 УК. Однако ее положения нуждаются в дополнительном разъяснении, которого в уголовном законе пока нет. В названной статье закреплены сокращенные сроки погашения судимости у несовершеннолетних, осужденных к лишению свободы, но ничего не говорится о других видах наказания. Распространяются ли на них положения ст. 86 УК или они считаются несудимыми после отбытия наказания, не связанного с лишением свободы? Данный вопрос требует законодательного разрешения.

Как следует из проведенного анализа раздела УК РФ об особенностях уголовной ответственности несовершеннолетних, его содержание свидетельствует об особом отношении законодателя к данной категории лиц, совершивших преступления. Мягкость и снисхождение в правовой оценке содеянного следует рассматривать как проявление гуманизма по отношению к подросткам. Но как оценить с позиции логики, правовой основы и целесообразности положение, закрепленное в ст. 96 УК? В соответствии с ним в исключительных случаях с учетом характера совершенного деяния и личности суд может применить положения настоящей главы к лицам, совершившим преступления в возрасте от 18 до 20 лет, кроме помещения их в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа органа управления образования либо воспитательную колонию. Какие исключительные обстоятельства имел в виду законодатель? Как они должны оцениваться? Если предположить, что речь идет о задержке психи-

ческого развития, наличия психических аномалий, то почему бы это не оговорить в конкретной норме, как это сделано в ч. 3 ст. 20 и ст. 22 УК. Учет этих обстоятельств предполагает и конкретные правовые последствия, указанные в соответствующих нормах. Возможно, предполагается наличие целого ряда смягчающих обстоятельств, относящихся к личности виновного и совершенного им преступления. Но и для таких случаев предусмотрено назначение более мягкого наказания (ст. 64), условное осуждение (ст. 73), возможность освобождения от уголовной ответственности и наказания (гл. 11 и 12).

Несовершенство, неконкретность правовых норм приведет к вольному толкованию и применению закона, включая и злоупотребления правоприменителей, предоставляющих возможность избежать строгих мер лицам старше 18 лет. Вместе с тем возникает вопрос о том, какие положения гл. 14 можно распространить на лиц в возрасте от 18 до 20 лет? Законодатель исключил только помещение их в специальное учебно-воспитательное учреждение для несовершеннолетних и воспитательную колонию, очевидно, как невозможное и нецелесообразное. Но вряд ли можно признать оправданным (да и вообще представить!) освобождение таких лиц от уголовной ответственности с применением принудительных мер воспитательного воздействия, например, с передачей под надзор родителей или ограничением досуга. Спорным представляется и решение вопроса об условно-досрочном их освобождении от наказания, как и несовершеннолетних. На наш взгляд, анализируемая статья в существующей редакции не может применяться, да и целесообразность ее включения в УК вызывает серьезные сомнения и опасения.

В целом, появление в Уголовном кодексе Российской Федерации самостоятельного раздела, посвященного особенностям уголовной ответственности несовершеннолетних, несомненно подчеркивает его преимущество перед предшествующими нормами, повышает значимость проблемы преступности несовершеннолетних и возможности ее решения мерами уголовно-правового характера, отражает гуманизацию уголовной политики государства в отношении подрастающего поколения. Критический анализ ученых, пожелания практических

P. O. Долотов, E. E. Чередниченко

работников позволяют внести соответствующие изменения и дополнения в уголовное законодательство, усовершенствовать его и обеспечить решение стоящих перед ним задач.

¹ Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних : федер. закон от 24 июня 1999 г. № 120-ФЗ (в ред. от 07.02.2011) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1999. № 26. Ст. 3177.

² О судебной практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 1 февраля 2011 г. № 1 // Рос. газета. 2011. 11 февр.

Р. О. Долотов

кандидат юридических наук, доцент

Е. Е. Чередниченко

кандидат юридических наук, доцент

Саратовская государственная юридическая академия

**ТЕНДЕНЦИИ РЕФОРМИРОВАНИЯ
УГОЛОВНЫХ НАКАЗАНИЙ В УГОЛОВНОМ КОДЕКСЕ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ 1996 года***

В последнее время среди научной общественности все чаще высказываются идеи о кризисе уголовного закона и о необходимости капитальной ревизии текста Уголовного кодекса, вплоть до принятия нового Кодекса или его новой редакции. И причины тому есть.

В 2003 г. произошла реформа УК РФ, кардинальным образом изменившая его содержание, что, по замыслу разработчиков, должно было способствовать гуманизации современной уголовной политики.

В 2009–2010 гг. произошла очередная масштабная реформа УК РФ, нацеленная, как сказано в пояснительных запис-

* Статья написана при поддержке Российского гуманитарного научного фонда. Грант РГНФ № 11-03-00584а «Согласованность санкций уголовно-правовых норм и принцип справедливости уголовного закона».

© Долотов Р. О., Чередниченко Е. Е., 2011

ках к законопроектам, на гуманизацию уголовного закона и практику его применения. Как и в 2003 г., изменению подверглись не только нормы Особенной части Кодекса, но и значительное число статей Общей части УК. И теперь, в 2011 г., в УК опять происходят существенные перемены – только за первое полугодие 2011 г. в него было внесено 162 поправки. Это наглядно свидетельствует о нестабильности уголовного закона. Законодателя «шатает».

В результате проведенного анализа изменений, внесенных в УК РФ, были получены данные, согласно которым всего за период действия УК РФ (по состоянию на 1 сентября 2011 г.) было внесено 1328 изменений. В том числе в Общую часть – 153 изменения, в Особенную – 1175.

Если автоматически распределить эти изменения на все 360 статей УК, то получится, что почти в каждую статью было внесено по 3 изменения. Примерно половина всех изменений пришлась на 2003 г. – 508 (61 – в Общую часть, 447 – в Особенную); следующим, наиболее богатым по количеству изменений, является 2009 г. – 261 изменение (34 – в Общую часть, 227 – в Особенную). В 2010 г. в УК внесено 142 изменения (13 – в Общую часть, 129 – в Особенную), а первое полугодие 2011 г. ознаменовалось уже 162 поправками в УК.

Более 70 % всех изменений касается санкций статей УК РФ.

В предлагаемом исследовании¹ представлен анализ всех поправок, внесенных в гл. 9 УК, а также в санкции статей УК РФ с момента его принятия до 1 сентября 2011 г.

Анализ изменений осуществлялся по следующей схеме:

- 1) все статьи УК РФ, в которые вносились изменения, были расположены в хронологическом порядке;
- 2) в отношении каждой статьи были изучены все изменения, внесенные в нее в хронологическом порядке (по дате принятия);
- 3) в отношении каждого изменения устанавливалась информация по следующим показателям:
 - а) *дата изменения* – указывалась дата принятия изменения;

- b) добавился новый вид наказания – указывался новый вид наказания, добавленный в текст статьи, с пометкой: «основной», «дополнительный», «смешанный»;
- c) исключен вид наказания – указывался вид наказания, исключенный из текста статьи;
- d) увеличен размер (срок) наказания – указывалось, в отношении какого вида наказания был повышен размер (срок) наказания;
- e) снижен размер (срок) наказания – указывалось, в отношении какого вида наказания был уменьшен размер (срок) наказания;
- f) изменение категории тяжести преступления – указывалось, каким образом изменение санкций повлияло на изменение категории тяжести преступления.

В Общей части УК больше всего изменений (41 поправка) было внесено в гл. 9 «Понятие и цели наказания. Виды наказаний», в связи с чем этой главе следует уделить особое внимание.

Итак, первоначально гл. 9 УК включала в себя 17 статей. ФЗ от 8 декабря 2003 г. была исключена ст. 52 УК (конфискация имущества). За время действия Уголовного кодекса РФ 1996 г. в настоящей главе изменениям подверглись 14 статей (т.е. 82 %) и только 3 статьи (18 %) были оставлены в их первоначальной редакции (ст. 43, 48 и 55). При этом следует отметить, что некоторые нормы изменялись дважды (например, ч. 3 ст. 49, ч. 5 ст. 53, ч. 1 ст. 58 УК), а в ст. 50 «Исправительные работы» изменения вносились трижды.

Самые первые корректировки в гл. 9 были добавлены в 2001 г.² (спустя 4 года после вступления в силу УК). С уверенностью можно сказать, что эти изменения направлены на гуманизацию уголовного законодательства. Так, были расширены основания для назначения осужденным к лишению свободы колоний-поселений за счет восстановления существовавших ранее колоний-поселений для лиц, совершивших умышленные преступления небольшой и средней тяжести со сроком наказания до 5 лет, и в целом себя вполне оправдавших на практике. Это позволило сократить количество

осужденных, отбывающих наказание в других исправительных учреждениях. В ч. 1 ст. 56 УК был включен еще один вид исправительных учреждений – лечебное исправительное учреждение, существование которого до этого было закреплено в Уголовно-исполнительном кодексе. Кроме этого, в воспитательных колониях был установлен единый режим (до 2001 г. существовали воспитательные колонии двух режимов: общего и усиленного). Также были внесены правки технического характера, уточняющие, что в тюрьмах могут отбывать наказание в виде лишения свободы только мужчины.

Следующие изменения в гл. 9 УК связаны с принятием ФЗ от 8 декабря 2003 г., который ознаменовал начало крупномасштабной реформы всего уголовного законодательства.

Мы попытались разделить поправки, внесенные в гл. 9 УК в 2003 г., на следующие группы, с точки зрения достижения задач, указанных в ст. 2 УК:

- 1) позитивные изменения;
- 2) позитивные изменения, однако технически не проработанные до конца;
- 3) спорные изменения;
- 4) негативные изменения;
- 5) техническая правка.

Позитивные изменения

Позитивным изменением 2003 г. следует признать частичный пересмотр порядка исчисления штрафов. С одной стороны, законодатель отказался от исчисления штрафов в размерах, кратных минимальному размеру оплаты труда, что ранее приводило к постоянной путанице. Суммы штрафов установили в абсолютном денежном выражении, как это уже было сделано в Налоговом кодексе Российской Федерации. С другой стороны, сохранился порядок исчисления штрафов, исходя из размера заработной платы или иного дохода осужденного. Однако при этом увеличился период расчета заработанной платы или иного дохода с одного года до пяти лет.

Кроме этого, в ч. 2 ст. 46 УК были внесены изменения, направленные на дифференциацию ответственности во исполнение принципа справедливости, закрепленного в ст. 6

Уголовного кодекса. Так, штраф в размере от пятисот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период свыше трех лет может назначаться теперь только за тяжкие и особо тяжкие преступления в случаях, специально предусмотренных УК РФ.

В ч. 3 ст. 46 УК уточнили факторы, на которые должен обращать внимание суд при назначении штрафа. В 2003 г. абсолютно справедливо было указано, что при определении размера штрафа необходимо учитывать не только тяжесть совершенного преступления и имущественное положение осужденного, но и имущественное положение его семьи (схожее положение уже содержалось в ч. 3 ст. 60 УК), а также должна приниматься во внимание возможность получения осужденным заработанной платы или иного дохода.

В 2003 г. изменились также положения, касающиеся такого вида наказания, как обязательные работы. Первоначально планировалось, что наказания в виде обязательных работ, ограничения свободы и ареста будут введены в действие не позднее 2004, 2005 и 2006 гг. соответственно. Однако в конце 2003 г. стало понятно, что ни ограничение свободы, ни арест не будут применяться в ближайшее время. Поэтому для того чтобы у судов была возможность в дальнейшем в случае злостного уклонения осужденного от отбывания обязательных работ заменить их другим наказанием, было принято решение внести соответствующие изменения в ч. 3 ст. 49 УК и расширить круг наказаний, которые можно применить в качестве замены, за счет включения в него лишения свободы.

Из данных изменений следует, что в целом расширяется круг лиц, которым можно назначать в качестве наказания обязательные работы. Это нововведение позволяет судам чаще назначать наказания, не связанные с лишением свободы. Но при этом возникает ряд вопросов, например, может ли инвалид второй группы помимо основной работы еще и выполнять общественно полезные работы в свободное время.

Существенные изменения произошли и в ст. 50 УК (исправительные работы). Законодатели посчитали, что отбывание исправительных работ по месту работы осужденного не в пол-

ной мере отвечает целям наказания, заложенным в уголовном кодексе. Из пояснительной записки следует, что наказание как мера государственного принуждения в случае назначения исправительных работ по месту работы осужденного, представляет собой не что иное, как наложение обязательства по уплате штрафа в рассрочку. В связи с этим было принято решение: в отношении граждан, имеющих постоянное место работы, отказаться от назначения исправительных работ, избирая в качестве наказания штраф; в отношении граждан, не имеющих постоянного места работы, назначать исправительные работы в местах, определяемых органами местного самоуправления по согласованию с органами, ведающими исполнением наказания, но в районе места жительства осужденного. Кроме того, ст. 50 УК дополнены ч. 5, предусматривающей категории граждан, к которым нельзя применять наказание в виде исправительных работ, что является вполне обоснованным, так как это наказание, прежде всего, связано с трудовой деятельностью.

В ст. 53 УК были внесены поправки, согласно которым ограничение свободы не назначалось женщинам, имеющим детей до 14 лет (раньше – 8 лет). Эти изменения были направлены прежде всего на защиту интересов малолетних детей, так как на тот момент предполагалось, что женщина будет помещаться в исправительный центр, что ограничит ее общение с ребенком и затруднит процесс его воспитания. Однако подобные нововведения лишь условно можно назвать позитивными, так как исправительные центры не были построены. В ст. 54 УК были внесены аналогичные изменения, которые также остались позитивом лишь на бумаге из-за отсутствия арестных домов в действительности.

В 2003 г. законодатель не оставил без внимания и ст. 58 УК. В нее были внесены поправки, связанные с упразднением колоний строгого режима для женщин. В настоящее время даже при совершении преступлений тяжких и особо тяжких и при любом виде рецидива женщина будет отбывать наказание в виде лишения свободы в колонии общего режима. Кроме того, изменения в ст. 58 УК позволили устраниТЬ пробел, который существовал в определении места отбывания лише-

ния свободы для мужчин, совершивших преступление при опасном рецидиве.

Позитивные изменения 2003 г., однако технически не проработанные до конца.

ФЗ от 8 декабря 2003 г. в ч. 5 ст. 46 УК были внесены принципиальные изменения, касающиеся порядка замены штрафа, назначенного в качестве основного наказания, при его неуплате. В настоящее время суд может выбрать только то наказание, которое содержится в санкции соответствующей статьи Особенной части УК. На наш взгляд, такое нововведение нельзя оценить однозначно. С одной стороны, оно выглядит вполне справедливо. Но, с другой стороны, возникает целый ряд проблем, связанных, например, с тем, что некоторые санкции содержат только наказание в виде штрафа (ч. 1 ст. 174 УК), что лишает суд возможности замены другим наказанием в случае его неуплаты.

Спорные изменения

Одним из наиболее спорных изменений 2003 г. следует признать снижение в ст. 56 УК нижней границы срока лишения свободы. Согласно данным поправкам минимальный срок лишения свободы был снижен с шести до двух месяцев и практически сравнялся с минимальным сроком ареста. Это изменение еще больше расширило возможности судебского усмотрения, так как во многих санкциях отсутствует указание на нижний предел лишения свободы.

Негативные изменения

По мнению абсолютного большинства ученых в сфере уголовного права, самым негативным изменением в гл. 9 УК следует признать исключение из системы наказаний конфискации имущества³. В пояснительной записке к данному законопроекту сказано следующее: «*С учетом весьма низкой эффективности такого вида наказания, как конфискация имущества, предлагается исключить его из УК РФ, заменив штрафом в качестве дополнительного вида наказания. При этом следует иметь в виду, что имущество, нажитое преступным путем, подлежит конфискации в порядке, предусмотренном статьей 81 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации.*

Как известно, позднее конфискация имущества снова была включена в Уголовный кодекс, только в качестве иной меры уголовно-правового характера, что вряд ли можно оценить как логичные и последовательные действия законодателя. Исключение конфискации имущества как вида наказания однозначно следует признать одной из самых крупных ошибок законодателя, так как данный вид наказания являлся фактически единственным более менее эффективным уголовно-правовым средством в противодействии коррупционной преступности.

Техническая правка

В 2003 г. ч. 1 ст. 49 УК была приведена в соответствие со ст. 25 УИК, в которой изначально содержалось положение о том, что при выборе объектов, на которых отбывается наказание в виде обязательных работ, необходимо согласование с уголовно-исполнительной инспекцией. Также в 2003 г. ч. 2 ст. 51 УК была приведена в соответствие с ФЗ «О воинской обязанности и военной службе».

Как видно из представленного выше материала, реформирование гл. 9 УК в 2003 г. зачастую основывалось на осознании невозможности реализации в полной мере потенциала закрепленной в УК системы наказаний, в первую очередь из-за недостатка финансов. В связи с этим реализация дифференциации наказания была далека от совершенства. Это заставляло и заставляет в настоящее время законодателя «подстраивать» систему наказания с учетом «цены вопроса» под реальное положение вещей.

В целом, в период с 1997 по 2003 г. можно отметить положительные тенденции в изменениях гл. 9 УК (за исключением упразднения конфискации), так как они были связаны с попытками законодателя повысить качество дифференциации уголовной ответственности, привести уголовный закон в соответствие с нормами других нормативно-правовых актов.

В 2004 г. в гл. 9 УК реформированию подверглась всего одна статья – ст. 57 «Пожизненное лишение свободы». Согласно поправкам, пожизненное лишение свободы могло быть назначено за преступления против общественной безопасности (раньше только как альтернатива смертной казни). Данное

изменение можно признать знаковым, так как произошел отказ от идеи, заложенной в систему наказания при проектировании Уголовного кодекса, – идеи о пожизненном лишении свободы только как альтернативе смертной казни.

В 2009 г. сразу пятью федеральными законами вносились изменения в гл. 9 УК. Два из них были чисто техническими (в ч. 3 ст. 50 УК понятие «заработка» заменили понятием «заработная плата», что соответствует трудовому законодательству⁴; ст. 59 УК привели в соответствие с Европейской конвенцией о выдаче от 13 декабря 1957 г.⁵), три остальных закона довольно существенно повлияли на содержание этой главы.

В частности, 27 июля 2009 г. был принят федеральный закон, направленный на усиление уголовной ответственности за совершение преступлений против несовершеннолетних. Этот закон предусматривал увеличение срока лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью в качестве дополнительного вида наказания до 20 лет за совершение преступлений, предусмотренных ст. 131, 132, 134 УК и т.д. Особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации.

Наиболее кардинальные перемены в 2009 г. коснулись наказания в виде ограничения свободы⁶. В соответствии с ФЗ «О введении в действие Уголовного кодекса РФ» наказание в виде ограничения свободы должно быть введено в действие по мере создания необходимых условий, но не позднее 2005 г. Под необходимыми условиями, главным образом, понималось строительство исправительных центров. Однако такие центры, ввиду сложности с финансированием, не появились. Поэтому было решено, используя успешный зарубежный опыт, изменить подход к отбыванию ограничения свободы.

Согласно изменениям, внесенным в ст. 53 УК, ограничение свободы как вид наказания представляет собой комплекс устанавливаемых судом условий (обязанностей) и запретов, исполняемых осужденным без изоляции от общества под надзором специализированного государственного органа. Новая редакция статьи позволила ввести в действие данное наказание без затрат на строительство исправительных центров,

что способствовало реализации принципа индивидуализации при назначении наказания.

При всех положительных моментах по своему содержанию (набору правоограничений) ограничение свободы весьма сложно отнести к полноценному виду уголовного наказания, которое может назначаться как в качестве основного, так и дополнительного. В случае злостного уклонения осужденного от отбывания наказания в виде ограничения свободы оно может быть заменено, так же, как и в прежней редакции статьи, лишением свободы. Однако если ранее один день ограничения свободы приравнивался к одному дню лишения свободы, то сейчас эти пропорции изменились: один день лишения свободы за два дня ограничения свободы. Это еще раз подтверждает, что в действующей редакции ограничение свободы обладает меньшим карательным содержанием. Соответствующие изменения были внесены и в ст. 49 и ст. 50 УК, в соответствии с которыми, в случае злостного уклонения осужденного от отбывания обязательных или исправительных работ, данные работы могут быть заменены только лишением свободы. Такой подход вызван, с одной стороны, тем, что наказание в виде ареста так и не было введено в действие, а с другой – изменился подход к отбыванию ограничения свободы, что делает это наказание неэффективным в качестве замены им обязательных или исправительных работ.

В 2011 г. существенно поменялось содержание ст. 46 УК (штраф)⁷. Прежде всего был увеличен минимальный размер штрафа – с 2 500 до 5 000 руб. Это вполне объяснимо, исходя из увеличения МРОТ за несколько лет. Однако основные изменения связаны с установлением нового порядка исчисления штрафа за взяточничество и коммерческий подкуп. Это нововведение призвано, по мнению законодательных органов, усилить борьбу с указанными негативными явлениями с помощью уголовно-правовых средств.

Однозначно дать оценку данному нововведению в настоящий момент не представляется возможным, так как необходимо время для проверки его эффективности.

На основе проведенного нами анализа можно прийти к следующим выводам. Начиная с 2004 г. законодатель начал

вносить в гл. 9 УК изменения, нарушающие базовые идеи, заложенные в систему наказаний при принятии УК. Одна из основных причин этого явления – не посильная для государства «цена» подобной системы наказаний. Следовательно, эта тенденция выглядит обоснованной, так как текст уголовного законодательства начинает отражать существующие реалии. Эти изменения направлены на совершенствование дифференциации наказания, и поэтому их можно признать относительно позитивными. Относительно позитивными указанные изменения следует признать потому, что эти благие попытки фактически привели к разрушению *системы* наказаний, превратив последнюю в простой перечень.

Из новых видов наказаний, которые добавлялись в санкции статей УК, лидирует ограничение свободы. Данный вид наказания добавлен в 128 составов преступлений (27 – в качестве основного вида наказания, 64 – дополнительного, 37 – дополнительного обязательного). Далее следует штраф – 92 изменения (39 – в качестве основного вида наказания, 51 – в качестве дополнительного, 2 – в качестве дополнительного обязательного), и обязательные работы – добавлены в 76 статей. Лишение свободы было включено в 10 санкций, арест – в 2, исправительные работы – в 29, лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью – в 37 (7 – в качестве основного вида наказания, 23 – дополнительного, 7 – дополнительного обязательного), пожизненное лишение свободы – в 2.

Добавление в санкции статей наказаний, не связанных с лишением свободы, на наш взгляд, можно признать позитивной тенденцией в современных условиях, так как это направлено на совершенствование дифференциации уголовной ответственности.

Больше всего основных наказаний, не связанных с изоляцией осужденного от общества (штраф, лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, обязательные работы, исправительные работы, ограничение свободы), было добавлено в Раздел 9 УК «Преступления против общественной безопасности и общественного порядка».

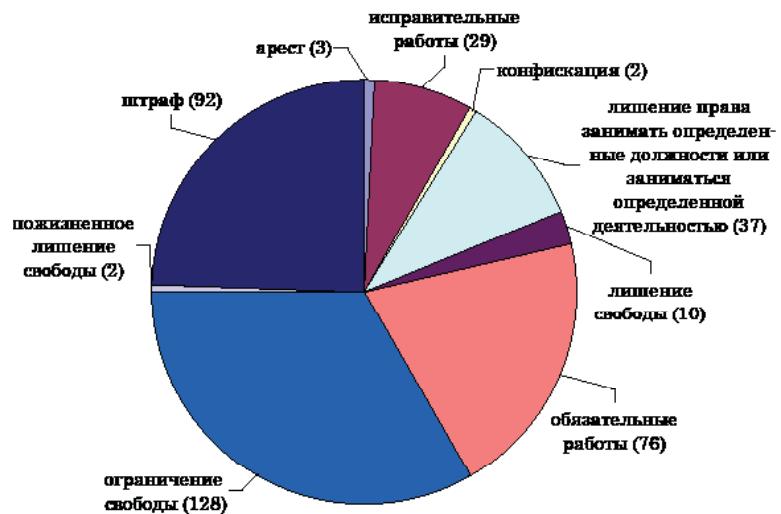


Рис. 1. Соотношение количества наказаний, добавленных в санкции статей Особенной части после принятия УК

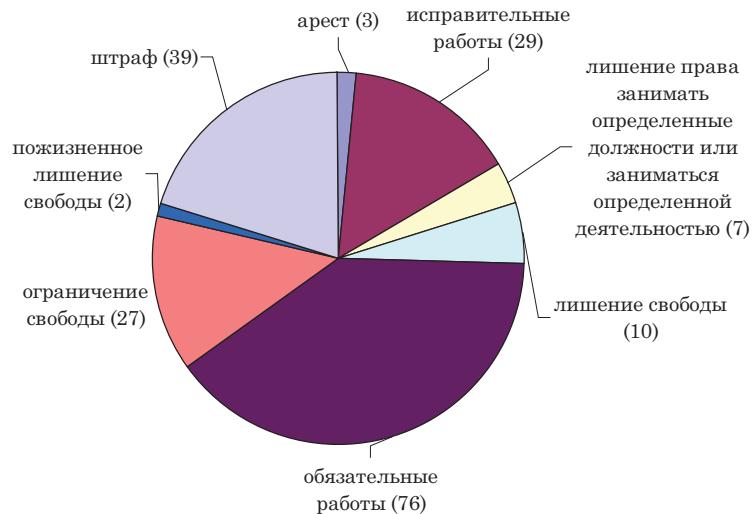


Рис. 2. Соотношение количества основных наказаний, добавленных в санкции статей Особенной части УК

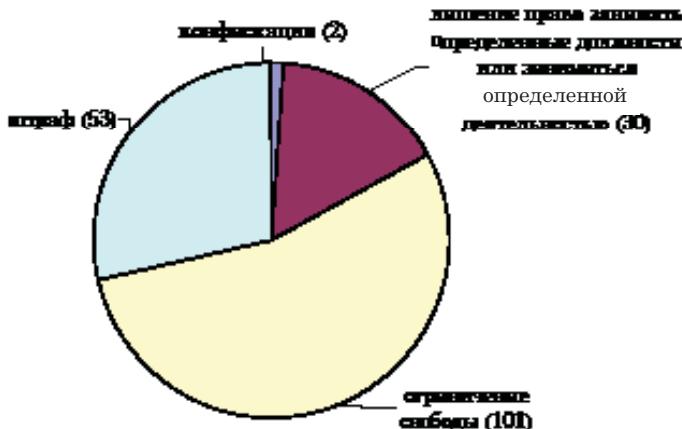


Рис. 3. Соотношение количества дополнительных наказаний, добавленных в санкции статей Особенной части УК

Таблица

Распределение основных не связанных с изоляцией осужденного от общества наказаний, добавленных в санкции Особенной части УК после его вступления в силу

	Раздел 7 УК	Раздел 8 УК	Раздел 9 УК	Раздел 10 УК	Всего
Штраф	1	17	19	2	39
Лишение права...	2	3	2		7
Обязательные работы	13	7	42	14	76
Исправительные работы	11	3	13	2	29
Ограничение свободы	10	5	12		27
<i>Всего</i>	<i>37</i>	<i>35</i>	<i>88</i>	<i>18</i>	

Что касается исключения наказаний из санкций статей, то здесь, по понятным причинам, преобладает «конфискация имущества» – она была исключена из 49 санкций преступлений. Наказание в виде ограничения свободы было убрано из 23 санкций (в 17 случаях – как основное наказание и в 6 как дополнительное), штраф – из 13 (9 – как основное наказание,

4 – как дополнительное), лишение права заниматься определенной деятельностью – из 13, арест – из 12, лишение свободы – из 8, исправительные работы и обязательные работы были исключены из одной санкции.

Самое большое количество изменений, внесенных в УК, связано с увеличением или понижением сроков (размеров) наказаний. В результате реформы уголовного законодательства 2003 г., в ходе которой законодатель отказался от исчисления штрафа в МРОТах, размер штрафа был увеличен в 222 санкциях статей, снижен в 36 санкциях. Однако увеличение размера штрафа является формальным – 99 % подобного увеличения касаются не конкретной суммы штрафа, а увеличения штрафа в размере заработной платы или иного дохода осужденного, на практике же этот способ исчисления штрафа практически не используется.

За все время действия УК срок такого наказания, как арест, был увеличен лишь один раз – в ч. 2 ст. 204 УК в 2011 г. (ранее было до шести месяцев, теперь – от трех до шести месяцев). Данное изменение выглядит абсолютно нелогичным на фоне исключения нижней границы ареста в большинстве санкций Особенной части УК.

Срок лишения свободы был поднят в 54 санкциях статей (из них 7 – преступления против общественной безопасности и 6 – в сфере экономической деятельности), понижен – в 140 санкциях.

В 70 случаях это повлекло изменение категорий преступлений.

Выходы

Как показал проведенный анализ, относительно пенализации и депенализации не прослеживается явных тенденций: наравне с гуманизацией законодательства иногда происходит ужесточение уголовной репрессии за преступления небольшой и средней тяжести, не связанные с посягательством на жизнь и здоровье человека. Однако случаев снижения сроков и размеров наказаний, безусловно, больше, чем их увеличения.

Анализ внесенных в гл. 9 УК изменений, а также всех санкций Особенной части УК позволяет говорить о наличии яв-

ной тенденции к расширению судейского усмотрения при назначении наказания, что можно признать коррупциогенным фактором. Данная тенденция вызывает недоумение на фоне провозглашенной борьбы с коррупцией.

¹ В исследовании принимали участие д-р юрид. наук, проф. Н. А. Лопашенко, канд. юрид. наук, доц. М. М. Лапунин, канд. юрид. наук, доц. Е. Е. Чередниченко, канд. юрид. наук, доц. К. М. Хутов, канд. юрид. наук А. В. Голикова, канд. юрид. наук Р. О. Долотов.

² См.: О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации, Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР, Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации и другие законодательные акты Российской Федерации : федер. закон от 9 марта 2001 г. № 25-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 11. Ст. 1002.

³ См., например: Волженкин Б. В. Загадки конфискации // Известия вузов. Правоведение. 2008. № 2. С. 4–20; Комисаров В. С. и др. Самый гуманный УК в мире // Известия. 2004. 5 марта.

⁴ См.: О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части регламентации отбывания осужденными наказания в виде исправительных работ : feder. закон от 3 июня 2009 г. № 106-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2009. № 23. Ст. 2761.

⁵ См.: О внесении изменений в статью 59 Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации : feder. закон от 17 декабря 2009 г. № 324-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2009. № 51. Ст. 6161.

⁶ См.: О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с введением в действие положений Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации о наказании в виде ограничения свободы : feder. закон от 27 декабря 2009 г. № 377-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2009. № 52 (1 ч.). Ст. 6453.

⁷ См.: О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с совершенствованием государственного управления в области противодействия коррупции : feder. закон от 4 мая 2011 г. № 97-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2011. № 19. Ст. 2714.

⁸ См.: О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с совершенствованием государственного управления в области противодействия коррупции : feder. закон от 4 мая 2011 г. № 97-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2011. № 19. Ст. 2714.

А. В. Иванчин

кандидат юридических наук, доцент

*Ярославский государственный университет
им. П. Г. Демидова*

В ПОИСКАХ СУЩНОСТИ СОСТАВА ПРЕСТУПЛЕНИЯ

Вопрос о сущности состава преступления напрямую связан с проблемой соотношения состава преступления и преступления. Споры на эту архиважную тему не утихают по сей день¹. Предлагая свое решение данной проблемы, заметим, что много путаницы вызывают попытки соотносить несогласимые понятия. М. П. Карпушин и В. И. Курляндский правильно, на наш взгляд, отмечают, что «правомерно проводить сравнение в одной плоскости», например, состав преступления сопоставлять с преступлением, состав определенного преступления – с определенным преступлением². То есть процесс соотношения искомых понятий должен быть корректным в научном смысле: соотносить необходимо одноуровневые понятия. В частности, логично сравнивать понятие состава преступления и понятие этого же преступления (например, состав доведения до самоубийства и понятие доведения до самоубийства).

На этом уровне мы сразу же убедимся, что традиционные рецепты решения проблемы не работают: дескать, «преступление – это явление реальной жизни, а состав преступления – юридическое представление законодателя о конкретном реально существующем явлении – преступлении»³; «понятием преступления характеризуется реальное явление, а состав преступления выступает как юридическое понятие об этом явлении»⁴. Понятие какого-либо преступления – это явно не реальное жизненное явление, а понятие о нем, в котором преступление отражено, так же как и в составе, в своих типичных и существенных признаках. Поэтому и Н. А. Лопашенко не решает, как представляется, рассматриваемую проблему, указывая, что преступление и его состав различаются, среди

© Иванчин А. В., 2011

прочего, по природе: «Состав – законодательная конструкция, преступление – реальность, находящаяся в социальной жизни общества, хотя и несущее на себе отпечаток воли законодателя, признающего преступление преступлением»⁵. Если соотнести понятие об этом преступлении с понятием его же состава, то решение проблемы, очевидно, будет иным.

Поэтому, наметив указанную отправную точку, следует перейти на уровень соотнесения признаков искомых понятий (т.е. проводить сравнение на понятийном уровне). Понятие любого преступления (видовое понятие), естественно, включает и признаки родового понятия. Родовое понятие закреплено в ч. 1 ст. 14 УК. Можно спорить об удачности включения в набор признаков преступления виновности и наказуемости (так, виновность, как представляется, является частью запрещенности), но в любом случае непреложными останутся два фундаментальных свойства преступления – его общественная опасность и запрещенность уголовным законом (уголовная противоправность, предусмотренность уголовным законом, «формальный» признак преступления). И вот именно в соотношении состава с этими признаками состоит, на наш взгляд, квинтэссенция рассматриваемой проблемы.

Под общественной опасностью понимается причинение деянием существенного вреда общественным отношениям либо создание опасности причинения такого вреда. Господствующий до сих пор взгляд на соотношение состава преступления и общественной опасности был сформулирован еще А. Н. Трайним: «Лишь общественно опасное действие может образовать состав преступления... Доказательство наличия в действиях лица всех элементов предусмотренного законом состава преступления есть тем самым и доказательство общественной опасности этих действий»⁶. Иными словами, общественная опасность, как считал А. Н. Трайнин, содержиться в составе преступления, рассредоточена по его элементам. В. Н. Кудрявцев занимал аналогичную позицию: «Общественная опасность... является неотъемлемой чертой состава»⁷. Н. Ф. Кузнецова также указывала, что общественная опас-

ность охватывается составом преступления, хотя и его объективной стороной⁸ – конкретизирует она.

Действительно, если сравнение проводить на одном уровне, т.е. уровне определенного преступления (например, простого убийства), то получается, что понятие этого преступления, включающее общие его признаки (общественную опасность и т.д.), и понятие его состава совпадают. При таком подходе состав преступления с точки зрения логики охватывает и общественную опасность. Однако в доктрине встречаются и противоположные суждения – о том, что состав преступления не обладает общественной опасностью⁹. Этот правильный, на наш взгляд, подход требует развития. Анализ категорий «общественная опасность» и «противоправность» (запрещенность) вкупе с ретроспективным изучением состава преступления, его природы и функционального назначения привел нас к выводу о том, что *общественная опасность находится за рамками состава преступления, а последний есть воплощение «формального» признака преступления (т.е. признака запрещенности или уголовной противоправности)*.

Установление признаков состава преступления означает, по нашему мнению, что содеянное лишь запрещено уголовным законом, но еще ничего не говорит об опасности содеянного. Соотнесение действия с составом и установление в результате соответствия между ними является основанием для предположения об общественной опасности содеянного. Однако это предположение в конкретном случае может быть опровергнуто, что яствует из содержания ч. 2 ст. 14 УК (нормы о малозначительности). Следовательно, для констатации преступления необходимо сначала установить в содеянном признаки состава преступления (запрещенность законом), а затем – общественную опасность (т.е. проверить, не является ли оно малозначительным).

Заметим, что обстоятельства, исключающие преступность действия (гл. 8 УК РФ), и добровольный отказ от преступления свидетельствуют, как представляется, об отсутствии в содеянном признака запрещенности. Иными словами, в этих случаях отсутствует состав преступления. Дело в том, что состав

включает в себя признаки преступлений, указанные в Общей части УК. Обстоятельства, влекущие признание деяния не-преступным, выступают негативным, исключительным признаком состава, ограничивая действие признаков, указанных в диспозиции Особенной части УК.

Норма же о малозначительности (ч. 2 ст. 14 УК) имеет иную природу, нежели обстоятельства, исключающие преступность деяния. Во-первых, это подчеркнул сам законодатель, расположив ее в статье, посвященной определению преступления, а не в гл. 8 УК. Во-вторых, в ч. 2 ст. 14 прямо указывается, что деяние содержит признаки, предусмотренные УК, т.е. это деяние запрещено УК. В-третьих, включение малозначительности в состав преступления в качестве негативного признака преступления приведет нас к парадоксальным и явно ложным выводам: например, о том, что все составы преступлений сконструированы по типу материальных составов и составов создания опасности.

Вернемся, однако, к нашему тезису о том, что состав есть воплощение признака запрещенности (уголовной противоправности), а общественная опасность лежит за его рамками. Против этого тезиса может быть выдвинут еще один – этимологический – контраргумент. Речь ведь идет о составе *преступления*. Буквально получается, что этот состав может наличествовать лишь в преступлении, а значит, в общественно опасном деянии. Но, представляется, что смысловая нагрузка термина «состав преступления» не должна смущать. Термин «состав преступления», как и многие другие, условен. В момент своего появления (в средневековье) он выступал процессуальной категорией, затем стал обозначать признаки преступления (по существу, слившись воедино с понятием преступления), но с тех пор его смысл претерпел дальнейшую эволюцию. Сегодня есть веские основания утверждать, что под составом преступления должен пониматься набор признаков, соответствие которым свидетельствует о предусмотренности содеянного уголовным законом, но не обязательно о его опасности.

Основное функциональное назначение состава преступления – это обоснование уголовной ответственности, в частности,

путем его применения как базового инструмента в процессе квалификации деяния. В юриспруденции трудно переоценить значение формы. Состав преступления как раз и выступает той формой (системой признаков преступления – его нормативной моделью, законодательной конструкцией и т.п.), с которой удобно и легко работать правоприменителю (впрочем, ученому и законодателю тоже). Но за формой (составом) скрывается содержание, выяснение которого хотя и вторично для признания деяния преступлением, но также обязательно. Формальным же признаком преступления как раз и выступает его уголовная противоправность. Следовательно, в понятии любого преступления его состав (как форма) соответствует признаку уголовной противоправности, является его воплощением. В этом и состоит, по нашему мнению, сущность состава преступления и главный его разграничительный признак с понятием преступления.

Нельзя при этом не заметить, что в состав преступления включаются те же самые признаки, что образуют и уголовную противоправность этого преступления (т.е. описаны в Общей и Особенной частях УК). Данный факт, казалось бы, должен говорить о тождестве состава преступления и понятия запрещенности этого преступления. Но это, на наш взгляд, не так. Несмотря на идентичный набор признаков, между ними есть разница. В содержании понятия, как известно из логики, признаки не структурированы. Следовательно, понятие запрещенности и состав преступления соотносятся как совокупность существенных признаков преступления и структура этих самых признаков.

Итак, понятие состава преступления обозначает иную реальность (иной предмет), нежели понятие этого преступления. Состав преступления олицетворяет набор признаков, характеризующих деяние как запрещенное, предусмотренное законом в качестве определенного преступления. И обнаружение соответствия между составом и признаками конкретного деяния позволяет лишь утверждать, например, применительно к квалифицированному групповому убийству: «Да, это деяние *предусмотрено* уголовным законом – пунктом «ж»

ч. 2 ст. 105 УК». То есть делается вывод о том, что деяние *подпадает* под ч. 2 ст. 105 УК (п. «ж»), и не более. Для признания этого убийства преступлением необходимо выявить его общественную опасность (после обнаружения состава она предполагается, но при возникновении сомнений в ее наличии – специально проверяется и устанавливается). И когда это будет сделано, только тогда будет правомерен вывод о том, что содеянное является *преступлением*, а не просто деянием, запрещенным уголовным законом.

Сделанный вывод – о нахождении общественной опасности за рамками состава преступления – приводит к выводу о несовершенстве ст. 8 УК. В сегодняшней редакции данная статья основанием уголовной ответственности признает совершение деяния, содержащего все признаки состава преступления, предусмотренного УК. Но после изложенного ясно, что точнее основанием уголовной ответственности считать совершение не просто деяния, содержащего состав, а совершение *общественно опасного* деяния.

Кроме того, выскажем еще одну претензию к ст. 8 УК: состав якобы содержится в деянии, т.е. в содеянном. Но, представляется, что это явная неточность, поскольку состав преступления содержится в уголовном законе, ибо предусмотрен им. Поэтому в действительности признаки конкретного преступления лишь *соответствуют* признакам состава преступления. Например, признак кражи в особо крупном размере (ч. 4 ст. 158 УК) имеет широту выраженности от 1 млн руб. 1 коп. до бесконечности. Конкретная же кража в особо крупном размере (совершенная Ивановым, Петровым и т.д.) по этому признаку также всегда конкретна – 1 млн 357 тыс. 20 коп., 2 млн 452 тыс. руб. и т.д. Ясно, что в этой конкретной краже не может содержаться признак состава «от 1 млн руб. 1 коп. и выше» – он шире признака конкретного преступления. Признак конкретного преступления соотносится с признаком состава как единичный предмет с классом предметов. Последний, как более общий, всегда шире по содержанию. Поэтому точнее говорить о *соответствии* признака конкретного преступления (содеянного) признаку состава или составу преступления.

Фактически мы становимся на позицию В. Н. Кудрявцева относительно задачи, решаемой в ходе квалификации преступления, – это «установление и юридическое закрепление точного *соответствия* между признаками совершенного деяния и признаками состава преступления, предусмотренного уголовно-правовой нормой»¹⁰ (курсив наш. – *A. И.*). К такому же обоснованному, на наш взгляд, выводу о том, что речь (в понятии квалификации, ст. 8 УК и т.д.) должна идти о *соответствии* признаков конкретного общественно опасного деяния «их описанию в УК», пришел и И. Я. Гонтарь¹¹ (позиция которого неприемлема, по нашему мнению, лишь в части трактовки им состава как *описания* деяния в законе).

Все это приводит к выводу о необходимости изложения ст. 8 УК в новой редакции. Предлагаем следующий ее вариант: «*Основанием уголовной ответственности является совершение общественно опасного деяния, признаки которого соответствуют составу преступления, предусмотренному настоящим Кодексом*». Представляется, что указанная модернизация позволит более точно выразить в УК РФ формальную сущность состава преступления. Предлагаемая корректировка ст. 8 предполагает также соответствующую модификацию ряда иных предписаний УК, в которых упоминается состав преступления (ч. 1 ст. 29, ч. 3 ст. 31 и др.).

¹⁰ См., например: *Лопашенко Н. А. Соотношение преступления и состава преступления // Уголовное право : стратегия развития в XXI веке : материалы IV Междунар. науч.-практ. конф.* М., 2007. С. 128–134 ; *Борошилин Е. В. Еще раз к вопросу о соотношении состава преступления и преступления // Уголовное право : стратегия развития в XXI веке : материалы V Междунар. науч.-практ. конф. (24–25 января 2008 г.)*. М., 2008. С. 157–159. Об интересующей нас полемике как этапе в эволюции состава преступления см. также: *Кругликов Л. Л. Этапы становления учения о составе преступления // Там же. С. 122–127.*

¹¹ *Карпушин М. П., Курляндский В. И. Уголовная ответственность и состав преступления*. М., 1974. С. 19.

¹² *Учение о составе преступления в уголовном праве России и Китая : сравнительно-правовое исследование / под ред. В. С. Комиссарова, А. И. Коробеева, Хе Бинсуна. СПб., 2009. С. 57.*

⁴ Российское уголовное право : в 2 т. / под ред. А. И. Парога. М., 2004. Т. 1 : Общая часть. С. 88.

⁵ Лопашенко Н. А. Указ. соч. С. 133.

⁶ Трайнин А. Н. Избранные труды / сост., вступ. ст. Н. Ф. Кузнецовой. СПб., 2004. С. 30, 32.

⁷ Кудрявцев В. Н. Теоретические основы квалификации преступлений. М., 1963. С. 88.

⁸ См.: Курс уголовного права. Общая часть / под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. М., 1999. Т. 1 : Учение о преступлении. С. 180.

⁹ См.: Благов Е. В. Применение уголовного права (теория и практика). СПб., 2004. С. 27.

¹⁰ Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2001. С. 5.

¹¹ Гонтарь И. Я. Преступление и состав преступления как явления и понятия в уголовном праве (логико-методологические аспекты) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владивосток, 1997. С. 8.

А. Ю. Ключников

аспирант

Воронежский государственный университет

О ВОЗМОЖНОСТИ ИЗМЕНЕНИЯ ПРАВОВОЙ КВАЛИФИКАЦИИ ДЕЯНИЯ В ХОДЕ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА ВТОРОЙ ИНСТАНЦИИ ПОЛЬСКОЙ РЕСПУБЛИКИ

Правовая квалификация деяния, содержащего признаки преступления, – это установление соответствия признаков такого деяния нормам уголовного закона, составляющим преступление¹. На стадии производства в суде второй инстанции изменение правовой квалификации деяния означает сомнения в приговоре суда первой инстанции по причине нарушений в применении положений уголовного материального права². Правовые погрешности материального характера могут иметь источник в погрешностях первичного характера, но мо-

гут быть следствием и других видов погрешностей (первичные и вторичные)³. В первом случае речь идет о неправильном применении или неприменении материального права в приговоре, основанном на правильных фактических данных. Во втором случае правовые погрешности материального характера являются следствием ошибок в применении процессуального закона или ошибок в фактических данных, принятых за основу итогового решения, и подтверждаются представленными в апелляционных претензиях⁴ данными (с возможным влиянием на содержание приговора).

Первичное изменение правовой квалификации имеет место тогда, когда фактические данные и описание деяния остаются без изменений, но оно ошибочно подведено под то или иное положение уголовного материального закона. Вторичное изменение имеет место, когда является результатом изменений в описании деяния и его квалификации, что связано с изменением фактических данных⁵ или выступает следствием нарушения норм процессуального права⁶. С учетом такого разделения важно подчеркнуть, что при производстве в суде второй инстанции на основании ст. 455 Кодекса уголовного производства (КУП)⁷ возможно только первичное изменение правовой квалификации деяния (суд исправляет ошибочную квалификацию деяния независимо от границ обжалования), а на основании ст. 440 КУП – также вторичное, но только в пользу обвиняемого (принятое решение явно несправедливо). Они являются случаями вынесения решений вне границ апелляции. Что касается вынесения решения в границах апелляции, то изменение правовой квалификации деяния допустимо в обоих данных вариантах. При первичном изменении основанием апелляции будет п. 1 ст. 438 КУП, а при вторичном изменении – п. 2 или 3 ст. 438 КУП.

Однако в процессе, прежде чем речь пойдет об изменении правовой квалификации деяния в суде второй инстанции, необходимо предупредить стороны о такой возможности⁸. Юридическим основанием к этому является п. 1 ст. 399 КУП, применение которого в связи с содержанием п. 1 ст. 367 КУП должно сделать возможным сторонам выразить свою позицию

по данному вопросу. В апелляционном производстве положение ст. 399 КУП (обязанность суда предупредить стороны о возможном изменении квалификации), соответственно, применяется через ст. 458 КУП (если правила производства в суде второй инстанции не устанавливают иное, применяются правила производства в суде первой инстанции).

Сравнение содержаний п. 1 ст. 399 КУП и ст. 455 КУП позволяет установить, что законодатель в последней норме не пользуется определением «изменение» правовой квалификации, а только говорит об «исправлении» ошибочной квалификации. Семантический смысл слова «изменение» – «замещение чего-то чем-то, обмен чего-то на что-то»⁹, а слова «исправить» – «устранить ошибки из написанных или напечатанных текстов, внести поправки», а также «улучшить, усовершенствовать»¹⁰. В доктрине (Дж. Граевский)¹¹ и практике¹² Верховного Суда Польши указывается, что возникновение ситуации, описанной в ст. 455 КУП, означает изменение обжалуемого приговора по смыслу п. 2 ст. 437 КУП (возможность изменения приговора суда первой инстанции на основании собранных доказательств) и тем самым обязывает суд к предупреждению сторон о возможности переквалификации деяния в соответствии с иным составом уголовного правонарушения.

Изменение правовой квалификации деяния при производстве в суде второй инстанции требует соблюдения двух условий¹³. Во-первых, по смыслу п. 1 ст. 399 КУП оно возможно только в пределах обвинения. Вместе с тем как отменяющий суд, так и суд первой инстанции не связаны ни описанием деяния, ни правовой квалификацией, представленной в акте обвинения¹⁴. Во-вторых, суд второй инстанции может изменить правовую квалификацию деяния, когда приговор постановляется в пределах апелляции, а вне этих границ – только в случаях, указанных в законе (ст. 440 и 455 КУП). Если суд второй инстанции должен отменить обжалуемый приговор и передать дело к повторному рассмотрению, изменять правовую квалификацию в апелляционной инстанции нельзя, в этом случае также должен применяться п. 1 ст. 399 КУП. Поскольку возможность изменения правовой квалификации

будет проектироваться на содержание решения суда второй инстанции, то стороны должны быть об этом предупреждены. Позиция апелляционного суда при передаче дела на повторное рассмотрение с точки зрения правовых последствий будет связывать суд первой инстанции (п. 3 ст. 442 КУП). Стороны должны, следовательно, иметь возможность выразить свою позицию по этому вопросу уже в суде второй инстанции.

Положение п. 1 ст. 399 КУП обязывает суд предупредить стороны о возможности переквалификации деяния «согласно иной норме». Через эту формулировку надлежит понимать обязанность предупреждения о каждом изменении в применении нормы. Сравнивая содержания п. 1 ст. 399 КУП и ст. 346 КУП 1969 г., М. Скварков указывает, что поскольку в предыдущей норме предупреждение об изменении квалификации осуществлялось тогда, когда это имело для сторон значение (особенно для защиты обвиняемого), то теперь осуществляется всегда, как только появится такая возможность. В апелляционном производстве это возможно, когда квалификация, принятая судом первой инстанции, может измениться не только посредством замещения одной нормы другой, что не имеет значения как для норм с более высокой санкцией, так и с более мягкой, но и также через дополнение или сокращение квалификации согласно положениям Общей и Особенной частей УК и УФК¹⁵.

Предупреждение производится в присутствии сторон в судебном апелляционном разбирательстве. Суть такого положения заключается в том, что оно не должно ставить в тупик стороны изменением правовой квалификации, а также предоставить возможность выразить свою позицию по этому вопросу. Соответственно, беспредметно предупреждение кого-то, кто не присутствовал в судебном заседании, однако неприсутствие не является основанием к прерыванию или отсрочке судебного апелляционного разбирательства¹⁶. Это касается также обвиняемого, лишенного свободы, который не внес ходатайство о препровождении в судебное апелляционное разбирательство. Однако открытой остается ситуация, когда обвиняемый внес такое ходатайство, поскольку возникает

вопрос: «должна ли предсказуемая возможность изменения юридической квалификации деяния иметь влияние на решение суда по поводу ходатайства о препровождении с учетом предупреждения сторон в порядке п. 1 ст. 399 КУП»? В связи с этим надлежит рассмотреть две ситуации.

Первая. Изменение квалификации производится с улучшением положения обвиняемого. В этом случае личного участия обвиняемого в судебном апелляционном разбирательстве не требуется. Для обеспечения права на защиту достаточным будет присутствие защитника.

Вторая. В случае изменения юридической квалификации с ухудшением положения независимо от того, будет ли это изменение первичного характера или вторичного, обвиняемому необходимо предоставить право на защиту посредством личного участия в судебном апелляционном разбирательстве, поскольку его процессуальное положение может быть ухудшено. В пользу такого положения говорит содержание п. 2 ст. 399 КУП, которая устанавливает, что по ходатайству обвиняемого можно прервать судебное разбирательство с целью предоставления ему возможности подготовки к защите. Возможное ходатайство обвиняемого о предоставлении перерыва должно быть учтено, особенно в случае предупреждения об изменении правовой квалификации с ухудшением положения, хотя из содержания этого предписания следует, что распоряжаться о перерыве в судебном разбирательстве не обязательно. С учетом изложенного, в случае, когда обвиняемый лишен свободы, предсказуемое изменение правовой квалификации деяния с ухудшением его положения должно повлечь удовлетворение ходатайства о препровождении в судебное апелляционное разбирательство.

Обращает на себя внимание проблема границ применения судами второй инстанции п. 1 ст. 399 КУП, поскольку буквальное толкование закона позволяет судам по своей инициативе изменять квалификацию, тем более, когда такой вопрос не затрагивается в суде первой, да и апелляционной инстанции. По мнению К. Маршала, эта обязанность лежит на суде второй инстанции также тогда, когда возможность изменения

правовой квалификации деяния суд учитывает по своей инициативе (даже когда об этом не ходатайствуют стороны)¹⁷. На наш взгляд, с этой позицией можно согласиться, поскольку норма п. 1 ст. 399 КУП направлена на исключение ситуации, в которой сторона не была проинформирована о возможном изменении правовой квалификации деяния. Это положение имеет, следовательно, целью предотвращение казусов, когда суд объявляет сторонам о таком решении *post factum*. Если, однако, об изменении квалификации будет заявлено стороной в апелляции, в ответе на нее или в представленном до судебного разбирательства письменном заявлении (п. 2 ст. 453 КУП), то информация об изменении правовой квалификации деяния должна быть передана сторонам через доставку копии апелляции, ответа на нее или посредством письменного заявления в порядке п. 2 ст. 453 КУП. Этот факт необходимо отражать в отчете судьи-докладчика.

Так же нужно поступить в ситуации, когда только в письменных заявлениях сторон, выносимых в судебное апелляционное разбирательство, или в ходе опроса сторон в порядке п. 3 ст. 453 КУП, будет поднят вопрос об изменении правовой квалификации деяния¹⁸. В этих случаях стороны будут иметь возможность выразить свою позицию. Если вопрос изменения правовой квалификации будет учтен судом второй инстанции по своей инициативе, то тогда стороны предупреждаются об этом в порядке п. 1 ст. 399 КУП. По общему правилу, такая деятельность должна быть выполнена до закрытия основного судебного заседания. Если подобная необходимость выяснится только во время совещания судей, то, согласно ст. 409 КУП, суд второй инстанции должен возобновить основное судебное заседание и предупредить стороны о возможном изменении правовой квалификации деяния.

Что касается процессуальной формы предупреждения, то оно оформляется постановлением (п. 1 ст. 93 КУП)¹⁹ и должно заключать указание на положение материального уголовного закона, правовая квалификация которого изменяется. Данный факт отражается в протоколе судебного апелляционного разбирательства (подп. 3 п. 1 ст. 148 КУП).

Все вышеизложенное позволяет сделать ряд практических и теоретических выводов:

- 1) рассматриваемый институт предполагает дополнительные гарантии прав стороне защиты. Это выражается в пре-провождении лица, лишенного свободы, в судебное апелляционное разбирательство, обязательном участии защитника в случае отказа обвиняемого от участия, возможности изменения квалификации вплоть до вынесения приговора;
- 2) возможность изменения правовой квалификации позволяет в большой мере реализовывать принцип процессуальной экономии, поскольку суды второй инстанции в Польской Республике обладают полномочиями на «подправление» ошибочной квалификации. Вместе с тем при наличии серьезных нарушений в квалификации эти суды обязаны отменить приговор и вернуть дело на новое рассмотрение;
- 3) нормативное закрепление возможности изменения правовой квалификации деяния на стадии производства в суде второй инстанции таит в себе угрозу нарушения прав сторон, поскольку является весьма громоздким, предполагает соблюдение совокупности условий (уведомление сторон; изменение в пределах апелляции; обязательный учет безусловных и относительных причин к отмене приговора суда первой инстанции, и т.д.).

¹ См.: *Andrejew I. Kwalifikacja prawa czynu przestępniego*. Warszawa, 1987. S. 55.

² В Польской Республике составы уголовных правонарушений (преступлений и проступков) содержатся не только в УК 1997 г., но и Уголовно-финансовом кодексе 1999 г.

³ См.: *Świecki D. Rozprawa apelacyjna w polskim procesie karnym*. Warszawa, 2006. S. 104.

⁴ Часть апелляции, в которой содержится суть требований апеллянта.

⁵ См.: *Marszał K., Stachowiak S., Zgryzek K. Proces karny*. Katowice, 2003. S. 497–498.

⁶ Например, суд первой инстанции вменяет обвиняемому совершение изнасилования и причинение вреда здоровью с утратой трудоспособности на срок свыше 7 дней (п. 1 ст. 197 УК и п. 1 ст. 157 УК Польши), однако не учитывает, что отсутствует заявление о преследовании за изнасилование (п. 1 ст. 12 УК в соответствии со ст. 205 УК). Изменение

правовой квалификации деяния судом второй инстанции должно заключаться в исключении п. 1 ст. 197 УК.

⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego // Dz. U. 1997 r. № 89, Poz. 555.

⁸ См.: Marszał K., Stachowiak S., Zgryzek K. Op. cit. S. 498.

⁹ См.: Szymczak M. Słownik języka polskiego. T. III. S. 1039.

¹⁰ Ibid. T. II. S. 814.

¹¹ См.: Grajewski J., Paprzycki L.K., Płachta M. Kodeks postępowania karnego. Komentarz. T. II. S. 57.

¹² Postanowienie SN z 26 V 2004, V KK 4/04, OSNKW 2004. Z. 6. Poz. 66.

¹³ См.: Andrejew I. Op. cit. S. 55.

¹⁴ Wyrok SN z 14 VII 1977, III KR 170/77, OSNPG 1977. Z. 11. Poz. 117.

¹⁵ См.: Skwarec M. Wybrane zagadnienia zmiany kwalifikacji prawnej czynu na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych. PS, 2005. Z. 4. S. 74.

¹⁶ См.: Marszał K. Zmiana kwalifikacji prawnej czynu w postępowaniu rewizyjnym. Problemy Prawa Karnego. Katowice, 1989. Z. 15. S. 40.

¹⁷ Ibid. S. 41.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ См.: Skwarec M. Op. cit. S. 92–93.

Л. Л. Кругликов

доктор юридических наук, профессор

*Ярославский государственный университет
имени П. Г. Демидова*

ВОПРОСЫ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА НАРУШЕНИЕ ТРЕБОВАНИЙ ПОЖАРНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ*

Как известно, для России характерна высокая концентрация потенциально опасных объектов. Вопросы безопасности и защиты населения, объектов национального достояния и территории государства от пожаров и их последствий в России должны рассматриваться как неотъемлемая часть государ-

* Работа выполнена в рамках проекта РГНФ.

© Кругликов Л. Л., 2011

ственной политики в сфере национальной безопасности и государственного строительства, т.е. как одни из наиболее важных функций деятельности органов исполнительной власти Российской Федерации, областных, городских, районных, районных в городах государственных администраций, органов местного самоуправления.

Человечество испытывает существенные потери от пожаров как естественного, так и техногенного происхождения. Огромные потери несет общество от лесных и торфяных пожаров, которыми загрязняется воздушная и водная среда, уничтожаются природные ресурсы. Сегодня пожары наносят ощутимые убытки не только экономике, но и культурным памятникам как национального, так и мирового значения. Ежегодно в Российской Федерации происходит более 245 тыс. пожаров, которые уносят жизни 14–19 тыс. человек и приводят к травмированию более 14,5–15 тыс. человек¹. Уровень риска пожаров в России сегодня выше, чем в других экономически развитых странах.

Архитревожная ситуация заставила государство предпринять энергичные меры для исправления положения. В частности, постановлением Правительства Российской Федерации от 29 декабря 2007 г. № 972 была утверждена целевая программа «Пожарная безопасность в Российской Федерации на период до 2012 года»².

На реализацию Программы выделено 29 212, 7702 руб. Ее целью провозглашено снижение к 2012 г. риска пожаров до социально приемлемого уровня, включая сокращение числа погибших и получивших травмы в результате пожаров людей по сравнению с 2006 г. на 40 %, и снижение ущерба от пожаров на 44 %. Если говорить о важнейших целевых показателях упомянутого документа, то таковыми признано снижение: числа зарегистрированных пожаров; числа погибших людей; численности населения, получившего травмы; числа населенных пунктов, в которых не обеспечивается требуемый уровень пожарной безопасности; экономического ущерба.

Минуло два этапа, заложенных в Программе, общество вступило в заключительный этап (2011–2012 гг.), однако из

обстановки первой половины 2011 г. уже ясно, что Программа своих целей не достигла, огромные финансовые средства оказались во многом пущенными на ветер: так, за пять месяцев 2011 года число пожаров возросло в три раза. Не сработали условия социального и технического характера, установленные в целях обеспечения пожарной безопасности, в том числе средства правового характера, нормативные документы, своды правил³, инструкции и иные документы⁴, содержащие требования пожарной безопасности, предусматривающие дисциплинарную, административную, гражданско-правовую и уголовную ответственность.

В частности, по ст. 20.4 КоАП РФ наказуемо нарушение требований пожарной безопасности. Повышенная наказуемость (ч. 2) установлена за те же действия, совершенные в условиях особого противопожарного режима, и еще более строгая – при возникновении пожара с уничтожением или повреждением имущества либо с причинением легкого или средней тяжести вреда здоровью человека (ч. 6)⁵.

Практика показывает, что эффективно только комплексное использование средств реагирования на пожарную ситуацию. Это подтвердили итоги масштабных проверок исполнения законодательства после трагических событий в Перми в ночном клубе «Хромая лошадь», охарактеризованных Президентом Российской Федерации как «тяжелейший урок и очень серьезная трагедия»⁶.

Так, органы прокуратуры Краснодарского края, реализуя предписания ст. 1065 ГК РФ, 45 ГПК РФ, 20.4 КоАП РФ, 37 УПК РФ, 219 УК РФ, по результатам проверки требований пожарной безопасности в декабре 2009 г. внесли 532 представления, направили в суд 221 заявление, возбудили 1313 дел об административных правонарушениях (из них 475 направлено в суд на предмет приостановления деятельности хозяйствующих субъектов), объявили 356 предостережений, в следственные органы направлено несколько материалов в порядке ст. 37 УПК⁷. Органы прокуратуры Амурской области за неполный 2010 г. внесли около 200 представлений, к дисциплинарной и административной ответственности привлечено более 200 лиц⁸.

Поскольку обеспечение необходимого уровня пожарной безопасности и минимизация потерь вследствие пожаров являются важным фактором устойчивого социально-экономического развития страны, посильную лепту в решение этой стратегической задачи призвано внести и уголовное законодательство: базовая ст. 219 УК РФ в ч. 1 устанавливает ответственность за нарушение требований пожарной безопасности, повлекшее причинение (как минимум) тяжкого вреда здоровью человека (виды такового см. в ст. 111 УК РФ). Следовательно, причинение пожаром значительного и крупного ущерба чужому имуществу не может влечь уголовной ответственности по ст. 219. В зависимости от формы вины (умысел, неосторожность) содеянное в таких случаях должно влечь дополнительную квалификацию по ст. 167 или 168 УК РФ, поскольку нарушению подвергается еще один объект (факультативный) – отношения собственности. При причинении по неосторожности смерти одному или нескольким лицам применяется соответственно ч. 2 или 3 ст. 219 УК РФ.

Характеризуя посягательство, описанное в ст. 219 УК РФ, необходимо сформулировать определение понятия основного объекта данного преступления. Им в соответствии с действующим законодательством является *пожарная безопасность* – одна из составляющих общественной безопасности, предстающая как состояние защищенности личности, общества и государства от пожаров; некоторые юристы склонны выделять в рамках этого объекта экологическую и техническую пожарную безопасность⁹. Дополнительным объектом выступают либо здоровье, либо в иных случаях – жизнь человека (людей).

В ряде подзаконных актов раскрывается смысл пожарной безопасности как состояния защищенности. В частности, в соответствии с ГОСТом 12.1.004–85 «пожарная безопасность – это состояние, при котором исключается возможность пожара, и в случае его возникновения предотвращается воздействие на людей опасных факторов и обеспечивается защита материальных ценностей»¹⁰. Стандарт экономической взаимопомощи СЭВ 383–87 трактует пожарную безопасность

как «состояние объекта, при котором меры, направленные на исключение возможности возникновения пожара, предотвращение воздействия на людей опасных факторов пожара и ограничение ущерба от него, соответствуют нормативным требованиям»¹¹.

Сложнее определиться с предметом преступления. Таким, думается, выступают *требования пожарной безопасности*, условия, правила – составная часть отношений в сфере пожарной безопасности. Именно через нарушение этого предмета причиняется вред объекту рассматриваемого вида преступления.

В соответствии со ст. 1 Федерального закона «О пожарной безопасности» № 69-ФЗ от 21 декабря 1994 г. (в ред. от 29 декабря 2010 г.) «требования пожарной безопасности – специальные условия социального и (или) технического характера, установленные в целях обеспечения пожарной безопасности законодательством Российской Федерации, нормативными документами или уполномоченным государственным органом»¹². Меры пожарной безопасности разрабатываются в соответствии с действующим законодательством, на основе опыта борьбы с пожарами, оценки пожарной безопасности веществ, материалов, технологических процессов, изделий, конструкций, зданий и сооружений (ст. 21 Федерального закона «О пожарной безопасности»). Поведение виновных лиц с объективной стороны выражается в «нарушении» требований, условий, правил.

Ответственность за нарушение требований пожарной безопасности несут:

- собственники имущества;
- руководители федеральных органов исполнительной власти;
- руководители органов местного самоуправления;
- лица, уполномоченные владеть, пользоваться или распоряжаться имуществом, в том числе руководители организаций;
- лица, в установленном порядке назначенные ответственными за обеспечение пожарной безопасности;
- должностные лица в пределах их компетенции.

«Ответственность за нарушение требований пожарной безопасности для квартир (комнат) в домах государственного, муниципального и ведомственного жилого фонда возлагается на ответственных квартиросъемщиков или арендаторов...» (ст. 38).

Каково место огня как источника пожара? Хотя об этом предмете в диспозиции ст. 219 УК РФ умалчивается, он при совершении анализируемого преступления, на наш взгляд, всегда присутствует, выступая средством, источником возникновения и распространения процесса горения. Конечно, вредные последствия в виде, скажем, тяжкого вреда здоровью или смерти человека могут возникнуть и от дыма, едких веществ как продуктов горения и т.п., однако все это – результат пожара. Не зря говорят: дыма без огня не бывает. В пользу такой трактовки уголовно-правовой роли огня свидетельствуют и многочисленные классификации преступлений главы 24 УК РФ, большинство которых относит состав преступления ст. 219 УК РФ к группе деяний, связанных с нарушением правил обращения с общепасными предметами¹³.

Некоторые юристы высказывают мнение о необходимости выделить в рамках ст. 219 УК РФ привилегированный состав, где признаком, снижающим опасность, выступало бы причинение в результате нарушения требований пожарной безопасности по неосторожности тяжкого или средней тяжести вреда самому виновному¹⁴.

Во-первых, предложенное нововведение не согласуется с принятыми в УК РФ приемами и правилами законодательной техники, и не случайно ни в одной статье Особенной части УК РФ подобного прецедента не встречается; учет факта причинения вреда самому виновному в итоге нарушения им требований пожарной безопасности должен осуществляться в рамках санкции соответствующей части ст. 219.

Во-вторых, в случае восприятия идеи С. А. Никольской пришлось бы вводить аналогичные привилегированные составы в ряд других «родственных» норм (ст. 215, 216, 217, 218 УК РФ).

В-третьих, как правильно указывается в литературе, в силу правил законодательной техники привилегированный состав

в случае его выделения должен быть изложен в самостоятельной статье, а не в рамках конструкции ст. 219 УК РФ¹⁵.

Следует также обратить внимание на то, что ч. 1 ст. 219 УК РФ предполагает неосторожную форму вины: говорится о нарушении требований пожарной безопасности, повлекшем по неосторожности (в виде небрежности или по легкомыслию) причинение тяжкого вреда здоровью человека. Это в силу положений ст. 26 УК РФ означает, что лицо либо предвидит возможность наступления вредных последствий своих действий (бездействия), но без достаточных к тому оснований самонадеянно рассчитывает на предотвращение этих последствий; либо не предвидит возможности их наступления в результате своих действий (бездействия), хотя при необходимой внимательности и предусмотрительности должно было и могло предвидеть эти последствия.

Практика свидетельствует о том, что около 90 % всех возгораний с уголовно наказуемыми последствиями носит бытовой характер и как правило связано с проявлением такого вида неосторожности (относительно наступивших последствий), как небрежность. В этих условиях выделение привилегированного состава выглядело бы непоследовательным законодательным решением.

К сказанному добавим, что санкции всех трех частей ст. 219 УК РФ носят относительно-определенный характер, без указания в Особенной части Уголовного кодекса нижнего порога и основных, и дополнительных видов наказаний, а потому суд располагает широкими возможностями учета при назначении виновному лицу меры воздействия конкретных данных по делу, в том числе касающихся причинения вреда самому нарушителю требований пожарной безопасности.

В уголовно-правовой литературе предпринимаются попытки расширить круг составов преступлений противопожарной направленности. Так, по мнению некоторых юристов, с одной стороны, представляется правильным выделение ст. 219 УК РФ в системе главы 24 в отдельную классификационную группу «преступления против пожарной безопасности». Вместе с тем «определение пожарной без-

опасности ... позволяет выделить еще несколько составов преступлений, объектом которых следует считать именно пожарную безопасность»¹⁶.

Оспаривая мнение С. А. Никольской, различающей преступления против пожарной безопасности (ст. 219 УК РФ) и преступления, связанные с поджогами, неосторожным обращением с огнем¹⁷, А. А. Шиканов считает необходимым их объединить, приводя следующие доводы.

Во-первых, при уничтожении или повреждении имущества путем поджога, неосторожного обращения с огнем осуществляется посягательство на личную или общественную пожарную безопасность, а в зависимости от выбранного предмета воздействия, например лесного массива, можно говорить о посягательстве на экологическую *пожарную* безопасность, которая всегда является общественной или государственной.

Во-вторых, способ совершения преступлений, указанных в ч. 2 ст. 167, 261 и ст. 168 УК РФ, относится к категории общепасных, создающих угрозу интересам многих людей. «Следовательно, деяние виновного угрожает уже не столько отношениям собственности или сохранности лесного фонда, но безопасности в целом»¹⁸.

В-третьих, подчеркивается, что 60–80 % преступлений, запрещенных указанными статьями, совершается путем поджога или неосторожного обращения с огнем, т.е. на практике в большинстве случаев эти деяния посягают именно на пожарную безопасность.

В силу приведенных доводов предложено «выделить эти деяния по признаку непосредственного объекта посягательства в самостоятельную группу – *преступления против пожарной безопасности*»¹⁹.

На наш взгляд, А. А. Шиканов допускает смешение объектов преступления по вертикали и по горизонтали, что приводит его в конце концов к ошибочным выводам.

Так, относительно ч. 2 ст. 167 и ст. 168 УК РФ он пишет: «Если непосредственным объектом» указанных в них преступлений «считать пожарную безопасность, то дополнительным объектом следует признавать отношения собствен-

ности» (с. 100). Применительно к ст. 219 УК РФ заявляется: «*Непосредственным объектом* анализируемого действия, с точки зрения автора, необходимо признавать общественные отношения, обеспечивающие пожарную безопасность; дополнительным объектом являются жизнь и здоровье личности, факультативным объектом – собственность» (с. 127; курсив наш. – Л. К.). Та же мысль проводится на с. 158–159 по отношению к составу ст. 261 УК РФ: «непосредственным объектом анализируемого действия, с точки зрения автора, необходимо признавать не общественные отношения, обеспечивающие экологическую безопасность дикой флоры, лесов и насаждений, не входящих в лесной фонд, а экологическую *пожарную* безопасность или пожарную безопасность природной среды» (курсив наш. – Л. К.).

Автор предал забвению, что дополнительные и факультативные объекты в теории и на практике принято выделять в одном ряду с *основным* объектом по горизонтали, а непосредственный объект – в ряду объектов *по вертикали*. Основной объект – это тот, ради охраны которого создана соответствующая уголовно-правовая норма; дополнительный и факультативный объекты охраняются данной нормой попутно. Если и сопоставлять дополнительный и факультативный объекты, то лишь с основным, а не с непосредственным объектом.

В силу игнорирования или забвения изложенного «представляется правильным выделение ст. 219 УК РФ в системе главы 24 УК РФ в отдельную классификационную группу по признаку непосредственного объекта посягательства...» (с. 45). В цитируемом утверждении обращают на себя внимание сразу две странности: 1) непосредственный объект оказывается основой деления преступлений главы на группы; 2) группу составляет лишь один состав (ст. 219).

Отталкиваясь от указанного понимания непосредственного объекта, А. А. Шиканов приходит к выводу, что объект в ч. 2 ст. 167 и в ст. 168 – пожарная безопасность. Но нельзя не видеть, что данный объект является факультативным, необязательным, ибо общеопасный способ и неосторожное обраще-

ние с источниками повышенной опасности не сводятся только к преступному обращению с огнем, что видно и из диспозиций названных статей (части статьи): в них говорится о поджоге, взрыве или ином общеопасном способе (ч. 2 ст. 167), поджоге или ином общеопасном способе (ч. 3 ст. 261), о неосторожном обращении с огнем или иными источниками повышенной опасности (ст. 168, ч. 1 ст. 261), создающем возможную угрозу пожароопасности и такому виду общественных отношений, как пожарная безопасность. Разве можно факультативный объект (не всегда нарушаемый) превращать в основной и на его базе ставить вопрос об ином месте описания анализируемых составов преступлений?

Критикуемое предложение тем более неприемлемо, что и сам автор признает «непосредственным объектом» общественные отношения, обеспечивающие «личную или общественную безопасность», т.е.: а) объект представлен в альтернативном виде; б) личная безопасность не выступает в качестве составляющей общественной безопасности как объекта главы 24; в) пожарная безопасность не всегда является непременной составляющей общественной безопасности.

Из сказанного следует, что только норма ст. 219 УК РФ специально предназначена для обеспечения пожарной безопасности. Что касается трех остальных упомянутых статей, то они в качестве основного имеют иной объект уголовно-правовой охраны, а пожарную безопасность охраняют попутно, когда возникает угроза этому общественному отношению. Отсюда и различное место расположения каждой из этих норм в системе Особенной части уголовного законодательства.

¹ См.: Пожары и пожарная безопасность в 1999 г. // Стат. сборник. М., 1999. Ч. 1. С. 5 ; Обстановка с пожарами в 2000 г. // Пожарная безопасность. 2001. № 1. С. 111–118.

² Собр. законодательства Рос. Федерации. 2008. № 3. Ст. 180.

³ См., например: Правила пожарной безопасности в Российской Федерации : приказ МЧС РФ от 18 июня 2003 г. № 313 ; Об утверждении Правил безопасности в лесах : постановление Правительства РФ от 30 июня 2007 г. № 417 (в ред. от 5 мая 2011 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2007. № 28. Ст. 3432.

⁴ См.: Технический регламент о безопасности зданий и сооружений : федер. закон от 30 декабря 2009 г. № 384-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2010. № 1. Ст. 5.

⁵ См.: О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных нарушениях по вопросам пожарной безопасности : федер. закон от 3 июня 2011 г. № 120-ФЗ // Рос. газ. 2011. 6 янв.

⁶ Выступление Президента РФ 10 марта 2010 г. на расширенном заседании коллегии Генеральной прокуратуры РФ. URL: <http://www.krem-lin.ru/news/7003>.

⁷ См.: Христинич И. В. Надзор за исполнением законов в сфере пожарной безопасности // Законность. 2011. № 2. С. 31–35.

⁸ См.: Щербаков А. Организация надзора за исполнением законодательства о пожарной безопасности в лесах // Законность. 2010. № 11. С. 8–12.

⁹ См.: Стахов А. И. Организационно-правовые основы обеспечения пожарной безопасности в России : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001 ; Коряковцев Ю. Н. Обеспечение пожарной безопасности : административно-правовое регулирование : дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1999.

¹⁰ Пожарная безопасность. Общие требования. М., 1989. С. 5.

¹¹ Пожарная безопасность в строительстве. Термины и определения. М., 1988. С. 2.

¹² Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. № 35. Ст. 3649.

¹³ См.: Новое уголовное право России. Особенная часть / под ред. Н. Ф. Кузнецовой. М., 1996. С. 224 ; Уголовное право. Особенная часть / под ред. В. Н. Петрашова. М., 1999. С. 303 ; Российское уголовное право : в 2 т. / под ред. А. И. Рарога. М., 2001. Т. 2. С. 221 ; Практикум по уголовному праву. Части Общая и Особенная / отв. ред. Л. Л. Кругликов. М., 2011. С. 253, 264 ; и др.

¹⁴ См.: Никольская С. А. Преступления, посягающие на пожарную безопасность : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2005. С. 14–15.

¹⁵ См.: Шиканов А. А. Уголовно-правовое обеспечение пожарной безопасности в научных исследованиях // Рос. следователь. 2008. № 9.

¹⁶ Шиканов А. А. Ответственность за посягательства на пожарную безопасность : уголовно-правовой и криминологический анализ : дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2011. С. 45.

¹⁷ См.: Никольская С. А. Преступления, посягающие на пожарную безопасность : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. С. 14–15.

¹⁸ Шиканов А. А. Ответственность за посягательства на пожарную безопасность : уголовно-правовой и криминологический анализ : дис. ... канд. юрид. наук. 2011. С. 48.

¹⁹ Там же. С. 49.

А. Г. Кудрявцев
кандидат юридических наук, доцент
Воронежский государственный университет

**О ВОЗМОЖНОСТИ ОТНЕСЕНИЯ К ПРЕДМЕТУ
НЕПРАВОМЕРНЫХ ДЕЙСТВИЙ ПРИ БАНКРОТСТВЕ
ИМУЩЕСТВА, ИСКЛЮЧЕННОГО ИЗ КОНКУРСНОЙ
МАССЫ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОГО ДОЛЖНИКА***

Из всех составов преступлений, связанных с банкротством – ст. 195, 196, 197 УК РФ, – о предмете преступления можно однозначно говорить лишь применительно к составу неправомерных действий при банкротстве. В диспозициях ч. 1, 2 и 3 ст. 195 УК РФ содержится перечень того, что альтернативно может выступать в качестве предмета запрещаемых данной нормой деяний. В отношении составов преднамеренного и фиктивного банкротства какого-либо четкого указания на вещи (предметы) или документы (информацию), выступающие предметом соответствующих преступлений, уголовный закон не содержит. Что касается перечня предмета неправомерных действий при банкротстве, то он, как мы увидим ниже, весьма объемен. Специфика используемых для его обозначения гражданско-правовых категорий, понимаемых в разных значениях как в теории гражданского права вообще, так и в тексте сложного, комплексного Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» (далее – Закон о несостоятельности)¹ в частности обуславливает определенные неточности или неполноту уголовно-правового анализа предмета преступления, описанного в ст. 195 УК РФ.

В ч. 1 ст. 195 УК РФ речь идет об имуществе, имущественных правах или имущественных обязанностях, сведениях об имуществе, о его размере, местонахождении либо иной информации об имуществе, имущественных правах или имуществен-

* Статья подготовлена в соответствии с положениями законодательства о несостоятельности (банкротстве) по состоянию на ноябрь 2011 г.

© Кудрявцев А. Г., 2011

венных обязанностях, а также о бухгалтерских и иных учетных документах, отражающих экономическую деятельность юридического лица или индивидуального предпринимателя. Применительно к имуществу, имущественным правам, имущественным обязанностям и сведениям (информации) о них в законе предусмотрен запрет на сокрытие указанных разновидностей предмета неправомерных действий при банкротстве; в отношении имущества запрещается также передавать его во владение иным лицам, отчуждать и уничтожать; в отношении бухгалтерской (учетной) документации к неправомерным действиям относятся их сокрытие, уничтожение и фальсификация.

В диспозиции действующей ч. 2 ст. 195 УК РФ, в отличие от ее первоначальной редакции, теперь также указывается на предмет неправомерного удовлетворения имущественных требований отдельных кредиторов: закон запрещает осуществлять данные действия за счет имущества должника – юридического лица.

В добавленной в декабре 2005 г. ч. 3 ст. 195 УК РФ также содержится описание предмета закрепленного здесь преступления. Диспозиция нормы указывает на недопустимость в предусмотренных ею случаях незаконного воспрепятствования деятельности арбитражного управляющего либо временной администрации кредитной или иной финансовой организации, в том числе путем уклонения или отказа от передачи арбитражному управляющему либо временной администрации кредитной или иной финансовой организации документов, необходимых для исполнения возложенных на них обязанностей, или имущества, принадлежащего юридическому лицу, в том числе кредитной или иной финансовой организации.

Таким образом, нетрудно заметить, что «имущество» выступает общим предметом всех разновидностей неправомерных действий при банкротстве, с уточнением в ч. 2 ст. 195 УК РФ его принадлежности должнику – юридическому лицу, а в ч. 3 ст. 195 УК РФ – юридическому лицу, в том числе кредитной или иной финансовой организации².

Исследователи криминальных банкротств для уяснения содержания понятия «имущество» традиционно обращаются к положениям ст. 128 ГК РФ, перечисляющей виды объектов гражданских прав³. В соответствии с содержанием указанной нормы к объектам гражданских прав относятся вещи, включая деньги и ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права⁴; работы и услуги; охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальная собственность); нематериальные блага. Таким образом, в состав собственно имущества законодатель включает вещи, деньги и ценные бумаги, имущественные права, оговаривая возможность существования и «иного имущества». Последнее однозначно свидетельствует о том, что данный перечень не носит характер исчерпывающего. Кроме того, как справедливо отмечается представителями науки гражданского права, термин «имущество» в принципе может употребляться в различных значениях и имеет собирательный характер, а поэтому необходимо всякий раз путем толкования (в том числе систематического) уяснять его значение и содержание в конкретной правовой норме при ее применении⁵.

Именно так – путем систематического толкования положений Закона о несостоятельности как правовой основы отношений, выступающих объектом рассматриваемого преступления, – необходимо определять содержание «имущества» для описания предмета неправомерных действий при банкротстве. При этом также нельзя забывать и о сути рассматриваемого преступления, которое направлено на уменьшение имущественной массы, активов должника, воспрепятствование полноценному, соответствующему ситуации использованию имущества должника для конкурсного процесса (предупреждению несостоятельности, восстановлению платежеспособности должника и(или) соразмерному и справедливому удовлетворению имущественных требований его кредиторов). Именно специфика сути, предназначения уголовно-правового запрета ст. 195 УК РФ позволяет точнее определиться с объемом понятия «имущество» и при этом учесть влияние на данный объем

содержащихся в нормах Закона о несостоятельности исключений некоторых видов имущества из имущественной (конкурсной) массы должника.

Отметим, что самый детальный перечень имущества должника содержится в норме абз. 1 п. 3 ст. 110 Закона о несостоятельности, регламентирующей продажу предприятия должника. Сюда включаются все виды имущества, предназначенногодля осуществления предпринимательской деятельности, в том числе земельные участки, здания, строения, сооружения, оборудование, инвентарь, сырье, продукция, права требования, а также права на обозначения, индивидуализирующие должника, его продукцию, работы и услуги (фирменное наименование, товарные знаки, знаки обслуживания), другие принадлежащие должнику исключительные права, за исключением прав и обязанностей, которые не могут быть переданы другим лицам. Процитированная норма во многом является универсальной для Закона о несостоятельности, так как именно к ней отсылают его положения в ситуации, когда необходимо регламентировать процедуру продажи имущества несостоятельных должников в рамках уже конкурсного производства (см. п. 3 ст. 139 и др.). Отметим, что по своей экономической сущности здесь перечислены активы должника⁶, за счет которых может быть восстановлена его платежеспособность, либо которые могут быть использованы для погашения требований кредиторов банкрота.

Для дальнейшего исследования необходимо обратиться также к описанию состава такого важнейшего элемента отношений несостоятельности, как конкурсная масса признанного несостоятельным (банкротом) должника, из которой и происходит удовлетворение требований кредиторов. В соответствии с п. 1 ст. 131 Закона о несостоятельности конкурсная масса включает в себя все имущество должника, имеющееся на момент открытия конкурсного производства и выявленное в ходе его проведения (осуществления). Норма процитированной статьи закона не детализирует состав имущества должника, выступающего предметом рассматриваемых нами преступлений. Но с учетом предназначения конкурсной мас-

сы нет никаких препятствий для отнесения сюда всего имущества должника, составляющего его актив. Однако положения ст. 131 и некоторых других Закона о несостоятельности представляют особый интерес как раз в связи с тем, что закрепляют правила об исключении из конкурсной массы части имущества несостоятельного должника. Именно они и будут нас интересовать: необходимо выяснить, означает ли исключение оговоренных в законе разновидностей имущества из конкурсной массы их одновременное выведение (исключение) из перечня предмета неправомерных действий при банкротстве.

Так, законодатель исключил из состава имущества должника, образующего конкурсную массу, имущество, изъятое из оборота, имущественные права, связанные с личностью должника, в том числе права, основанные на имеющейся лицензии на осуществление отдельных видов деятельности, а также иное предусмотренное Законом о несостоятельности имущество (абз. 1 п. 2 ст. 131). Отдельно оговаривается исключение из конкурсной массы организации-банкрота имущества, составляющего ипотечное покрытие, залогом которого обеспечивается исполнение обязательств по облигациям с ипотечным покрытием (абз. 3 п. 2 ст. 131 Закона о несостоятельности).

Считаем, что подобное «невключение» части имущества в состав конкурсной массы не означает, что оно вообще не имеет для участников отношений несостоятельности существенного значения. Напротив, некоторые разновидности соответствующего имущества в буквальном смысле ценные и для должника, и для определенных категорий его кредиторов, а значит, в конечном счете – для обеспечения целей конкурсного процесса в целом. И это, безусловно, существенно влияет на решение вопроса о возможности отнесения их к предмету преступления, предусмотренного ст. 195 УК РФ (с учетом обозначенной выше сути рассматриваемого деяния). Дело в том, что социально значимые объекты, объекты культурного наследия (памятники истории и культуры) народов России, а также иные объекты, продажа которых в соответствии с законодательством Российской Федерации должна осуществляться путем проведения торгов (открытых или закрытых – в пре-

дусмотренных случаях) в форме конкурса, продаются в порядке, установленном ст. 110 Закона о несостоятельности. В п. 4 ст. 132 Закона о несостоятельности, закрепляющем указанное выше правило, содержатся требования к порядку проведения соответствующих конкурсов, их особым условиям, в том числе продиктованным положениями иного (специального) законодательства.

Учитывая, что в содержании ст. 132 Закона о несостоятельности нет никаких иных оговорок⁷, средства, вырученные от реализации соответствующего имущества, в полном объеме включаются в состав имущества должника, в конкурсную массу (абз. 11 п. 19 ст. 110, п. 3 ст. 139). Отсюда очевидно, что такое имущество также находится под пристальным вниманием нормы ст. 195 УК РФ, поскольку неправомерные действия с ним способны уменьшить имущественное (финансовое) состояние должника⁸. А это значит, что с очень большой долей вероятности пострадают интересы всех участников отношений несостоятельности, в первую очередь, конечно, кредиторов.

Аналогичным образом – через призму норм о криминальных банкротствах – должно рассматриваться как преступное совершение виновными лицами неправомерных действий с имуществом, составляющим ипотечное покрытие, залогом которого обеспечивается исполнение обязательств по облигациям с ипотечным покрытием. Дело в том, что, будучи исключенным из конкурсной массы (абз. 3 п. 2 ст. 131 Закона о несостоятельности), указанное имущество, тем не менее, участвует в погашении требований кредиторов – владельцев облигаций с ипотечным покрытием. Удовлетворяются они в ином порядке, – установленном ст. 16.1, 16.2 Федерального закона от 11 ноября 2003 г. № 152-ФЗ «Об ипотечных ценных бумагах» (далее – ФЗ «Об ипотечных ценных бумагах»)⁹. Чрезвычайно важным является правило о том, что если для удовлетворения требований таких кредиторов будет недостаточно денежных средств, полученных при реализации ипотечного покрытия облигаций, то в пределах недополученной суммы они будут вправе претендовать на ее погашение в ходе конкурсного производства (абз. 3 п. 1 ст. 16.1 ФЗ «Об ипотеч-

ных ценных бумагах»). Безусловно значимо и обратное правило: имущество, оставшееся после удовлетворения требований владельцев облигаций с ипотечным покрытием и погашения текущих обязательств, связанных с продажей ипотечного покрытия, включается конкурсным управляющим в конкурсную массу организации – эмитента облигаций с ипотечным покрытием (п. 4 ст. 16.2 ФЗ «Об ипотечных ценных бумагах»). Таким образом, оно даже может использоваться для погашения требований и иных кредиторов.

С учетом приведенных положений ФЗ «Об ипотечных ценных бумагах» становится вполне очевидно, что любое противоправное распоряжение имуществом, составляющим ипотечное покрытие облигаций, способно болезненно сказаться на общей имущественной массе должника, уменьшив ее и тем самым разрушив «надежды» всех иных кредиторов. Именно поэтому есть все основания рассматривать это имущество в качестве разновидности предмета неправомерных действий при банкротстве.

Схожие правила перераспределения имущества (средств) организации-должника и возможность «вклинивания» при его недостаточности в общую очередь кредиторов их специальных («привилегированных») разновидностей предусмотрены Законом о несостоятельности для случаев банкротства негосударственных пенсионных фондов. Применительно к последним законом в п. 1 и п. 2 ст. 186.5 закреплено, что средства пенсионных накоплений и средства пенсионных резервов не включаются в конкурсную массу таких должников и используются только на цели, предусмотренные подп. 1 п. 7 ст. 186.4 и соответственно подп. 2 и 3 п. 7 ст. 186.4 (за исключением, установленным п. 3 ст. 186.7) Закона о несостоятельности. Цели, на которые ориентирует процитированная норма, связаны с обеспечением конкурсным управляющим передачи средств пенсионных накоплений в Пенсионный фонд РФ, осуществлением расчетов с кредиторами негосударственного пенсионного фонда по инвестированию средств пенсионных накоплений (подп. 1 п. 7 ст. 186.4); а для средств пенсионных резервов – с обеспечением выплаты или перевода в другие фонды выкуп-

ных сумм либо передачи их в счет уплаты страховых премий по договорам страхования пенсий, заключенным со страховыми организациями (подп. 2 п. 7 ст. 186.4), а также с обеспечением передачи обязанности по выплате пожизненных негосударственных пенсий и средств пенсионных резервов другому негосударственному пенсионному фонду в порядке, установленном контрольным органом, для исполнения указанной обязанности (подп. 3 п. 7 ст. 186.4). Порядок удовлетворения требований кредиторов за счет средств пенсионных резервов и пенсионных накоплений предусмотрен в ст. 186.7 Закона о несостоятельности. Важно привести также и исключение, о котором говорит п. 2 ст. 186.5 Закона о несостоятельности – если сумма средств пенсионных резервов превышает размер требований кредиторов, которые в соответствии со ст. 186.7 подлежат удовлетворению за счет средств пенсионных резервов, средства пенсионных резервов, оставшиеся после удовлетворения требований, предусмотренных этой статьей, подлежат включению в конкурсную массу (п. 3 ст. 186.7 Закона о несостоятельности). Таким образом, соответствующие «остатки» теоретически также могут быть использованы для расчетов с иными кредиторами должника. Верно и обратное правило, аналогичное рассмотренному выше: если средств пенсионных накоплений, пенсионных резервов и иного предусмотренного ст. 186.5 Закона о несостоятельности имущества недостаточно для исполнения указанных в этой статье обязанностей перед кредиторами негосударственного пенсионного фонда, то оставшиеся неудовлетворенными требования данных кредиторов подлежат удовлетворению в порядке, установленном ст. 186.8 Закона о несостоятельности. Иными словами, неудовлетворенные требования таких кредиторов пополнят (дополнят) общее кредиторское «бремя», лежащее на рассматриваемой разновидности организации-банкрота.

Аналогично выводу, изложенному выше применительно к имуществу, составляющему ипотечное покрытие облигаций, корректное распоряжение названными в п. 1 и п. 2 ст. 186.5 Закона о несостоятельности средствами пенсионных накоплений и пенсионных резервов негосударственных пенсион-

ных фондов также чрезвычайно важно для обеспечения целей конкурсного процесса. Именно поэтому, на наш взгляд, неправомерные действия с данными «средствами» – это вновь сфера применения ст. 195 УК РФ, разновидностью предмета которой, несмотря на их исключение из конкурсной массы таких должников, соответствующие «средства» являются.

Несколько иная ситуация складывается с имуществом, изъятым из оборота, которое, напомним, также исключается из конкурсной массы (абз. 1 п. 2 ст. 131 Закона о несостоятельности). В соответствии с правилами п. 1–3 ст. 132 Закона о несостоятельности оно должно быть принято от конкурсного управляющего собственником такого имущества и закреплено за другими лицами в установленные сроки. При нарушении данной обязанности все расходы на содержание имущества, изъятого из оборота, возлагаются на его собственника, если иное не установлено положениями цитируемой ст. 132 Закона. В связи с тем, что такое имущество безвозмездно изымается из конкурсной (имущественной) массы несостоятельного должника, оно не может рассматриваться как экономически значимое для первостепенных целей конкурсного процесса, так как его передача (отчуждение) не способна обеспечить хоть какое-то денежное вливание в фонды должника. Отсюда – оно не должно рассматриваться в качестве предмета криминальных банкротств, но неправомерные действия с ним (изъятие в пользу виновного или других лиц, уничтожение) должны оцениваться с позиции норм о преступлениях против собственности (глава 21 УК РФ), против интересов службы в коммерческих и иных организациях (глава 23 УК РФ), либо, в соответствующих случаях, – состава ст. 312 УК РФ «Незаконные действия в отношении имущества, подвергнутого описи или аресту либо подлежащего конфискации».

Схожая логика рассуждений применима и к другим ситуациям исключения некоторых видов имущества из конкурсной массы, когда такое имущество по изложенным выше причинам не может считаться предметом анализируемого преступления. Если, как и в случае с изъятым из оборота имуществом, закон не предусматривает использование его соответствующих

разновидностей в рамках конкурсного процесса с целью получения какой-либо экономической выгоды от их реализации, то с учетом сути криминальных банкротств вообще и состава ст. 195 УК РФ в частности запрещенные уголовным законом манипуляции с таким имуществом не могут, на наш взгляд, составить объективную сторону рассматриваемого деяния.

Сказанное однозначно выводит из сферы действия ч. 1 ст. 195 УК РФ жилищный фонд социального использования, который подлежит передаче его собственнику без каких-либо дополнительных условий на основании определения арбитражного суда и в предусмотренные в нем сроки (абз. 2 п. 5, п. 6 ст. 132 Закона о несостоятельности).

С указанных позиций необходимо анализировать положения Закона о несостоятельности об особенностях конкурсного производства в отношении профессионального участника рынка ценных бумаг, управляющей компании, клиринговой организации. Так, в соответствии с положениями п. 1 ст. 185.6 Закона о несостоятельности в конкурсную массу перечисленных должников не включается имущество их клиентов, находящееся на специальном брокерском счете, торговом счете, клиринговом счете, специальном депозитарном счете, транзитном счете, счете депо, транзитном счете депо, лицевом счете в реестре владельцев ценных бумаг, отдельном банковском счете, открытом для расчетов по операциям, связанным с доверительным управлением, а также находящееся в доверительном управлении управляющей компании или переданное в оплату инвестиционных паев иное имущество¹⁰. Содержание данной нормы также однозначно выводит за перечень разновидностей предмета рассматриваемого преступления перечисленное выше имущество, исключаемое из конкурсной массы соответствующих специфических должников. Но и здесь важно отметить, что, не образуя состава неправомерных действий при банкротстве, недобросовестные манипуляции с указанным выше имуществом могут составлять объективную сторону преступлений против собственности (глава 21 УК РФ), против интересов службы в коммерческих и иных организациях (глава 23 УК РФ), либо состава ст. 312 УК РФ.

В соответствии с положениями ст. 205 Закона о несостоятельности в конкурсную массу не включается имущество гражданина (в том числе и индивидуального предпринимателя), на которое в соответствии с гражданским процессуальным законодательством не может быть обращено взыскание (п. 1 ст. 205). Кроме того, арбитражный суд вправе по мотивированному ходатайству гражданина и иных лиц, участвующих в деле о банкротстве, своим определением исключить из конкурсной массы имущество гражданина, на которое может быть обращено взыскание, но которое является неликвидным или доход от реализации которого существенно не повлияет на удовлетворение требований кредиторов. Общая стоимость исключаемого таким образом имущества не может превышать ста минимальных размеров оплаты труда (абз. 1 п. 2 ст. 205). «Исключенное» по описанной процедуре имущество также ни при каких обстоятельствах не может рассматриваться в качестве предмета неправомерных действий при банкротстве.

Наконец не будут рассматриваться как преступные также действия с имуществом, принадлежащим главе крестьянского фермерского хозяйства и его членам на праве собственности, а также иным имуществом, в отношении которого доказано, что оно приобретено на доходы, не являющиеся общими средствами крестьянского фермерского хозяйства. В соответствии с п. 3 ст. 221 Закона о несостоятельности такое имущество также не включается в конкурсную массу и никак не учитывается в ходе процедур, применяемых в деле о банкротстве.

С учетом приведенного выше анализа позволим себе не согласиться с мнением ряда авторов, указывающих на отнесение к имуществу как предмету неправомерных действий при банкротстве всех принадлежащих должнику (банкроту) объектов гражданских прав, могущих составить конкурсную массу..., за исключением имущества, изъятого из оборота, и имущественных прав, связанных с личностью должника¹¹. Подобное нормативное исключение не означает невозможности учета таких разновидностей имущества в перечне предмета неправомерных действий при банкротстве, так как их утрата (в результате сокрытия, отчуждения и т.п.) способна негатив-

но сказаться на объеме имущественной массы должника, а в конечном итоге – затруднить достижение целей и решение задач конкурсного процесса.

¹ О несостоятельности (банкротстве) : федер. закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ (в ред. от 30 ноября 2011 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. № 43. Ст. 4190.

² Следует сразу же обратить внимание на то, что уточнение принадлежности имущества в указанных случаях представляется откровенно излишним. Так, буквально толкуя в этой части рассматриваемые нормы, мы в принципе не должны распространять на индивидуального предпринимателя-банкрота действие уголовно-правовых запретов ч. 2 и 3 ст. 195 УК РФ в ситуациях, когда описанные здесь неправомерные действия совершаются с имуществом такого несостоятельного должника.

³ Стоит отметить, что в теории гражданского права констатируется отсутствие дефинитивного характера у нормы ст. 128 ГК РФ применительно к целям уяснения содержания понятия «имущество» (см.: Яковлев А. С. Имущественные права как объекты гражданских правоотношений. Теория и практика. М., 2005. С. 31).

⁴ В соответствии с положениями ст. 1226, 1229 и других ГК РФ исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности или на средства индивидуализации являются имущественным правом.

⁵ Так, в узком смысле под имуществом понимают вещи и их совокупности (именно в таком значении о нем говорят, например, п. 2 ст. 15, п. 2 ст. 46 ГК РФ). Также этим понятием могут охватываться вещи, деньги и ценные бумаги, что следует, например, из положений ст. 301, п. 3 ст. 302 ГК РФ. Кроме перечисленного, сюда могут включать имущественные права (см., например: ст. 18, п. 1 ст. 24, п. 1 ст. 56, п. 6 ст. 66 ГК РФ), и тогда совокупность принадлежащих лицу вещей и имущественных прав рассматриваются как актив его имущества, именуемый также наличным имуществом. Наконец в наиболее широком смысле понятием имущества обозначают вещи (их совокупности), деньги, ценные бумаги, имущественные права, а также обязанности (см. ст. 58, п. 2 ст. 63, абз. 2 п. 2 ст. 132 ГК РФ). О вариантах «объема» полисемичного понятия «имущество» и соответствующих примерах использования этого термина в нормах ГК РФ см., например : Гражданское право : в 2 т. : учебник / отв. ред. проф. Е. А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2000. Т. 1. С. 299–300 ; Гражданское право : учебник. 4-е изд., перераб. и доп. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 1999. Т. 1. С. 236 ; Гражданское право : в 4 т. Общая часть : учебник / под ред. Е. А. Суханова. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2008. Т. 1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» ; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части

первой / отв. ред. О. Н. Садиков. М., 1997. С. 173 ; Яковлев А. С. Имущественные права как объекты гражданских правоотношений. Теория и практика. С. 31, 47–50, 52, и др.

⁶ Е. А. Суханов отмечает, что бухгалтерские понятия актива и пассива не совпадают полностью с аналогичными гражданско-правовыми понятиями (см.: Гражданское право : в 4 т. Общая часть : учебник / под ред. Е. А. Суханова. 3-е изд., перераб. и доп. Т. 1. Доступ из справ.-прав. системы «КонсультантПлюс». В рамках данной работы мы будем оперировать указанными категориями именно в их гражданско-правовом понимании.

⁷ В прежней редакции абз. 3 п. 4 ст. 132 Закона о несостоятельности было специально подчеркнуто, что вырученные от реализации такого имущества средства направляются на пополнение конкурсной массы (редакция нормы была изменена подп. а) подп. 115) ст. 1 Федерального закона от 30 декабря 2008 г. № 296-ФЗ (с изм. и доп. по состоянию на 28 декабря 2010 г.) «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве» // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2009. № 1. Ст. 4.

⁸ Учитывая, что закон предусматривает принципиальную возможность получения денежных средств от реализации соответствующего имущества, предложенный вариант квалификации никоим образом не изменяет и правило абз. 1 п. 5 ст. 132 Закона о несостоятельности о том, что не проданные в установленном порядке социально значимые объекты подлежат передаче в муниципальную собственность соответствующего муниципального образования в лице органов местного самоуправления, о чем конкурсный управляющий уведомляет указанные органы.

⁹ Об ипотечных ценных бумагах см.: Федер. закон от 11 ноября 2003 г. № 152-ФЗ (с изм. и доп. по состоянию на 9 марта 2010 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2003. № 46 (ч. 2). Ст. 4448.

¹⁰ Мы приводим редакцию нормы с учетом изменений, которые вступают в силу с 1 января 2012 г. (см.: п. 15 ст. 6 Федерального закона от 7 февраля 2011 г. № 8-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О клиринге и клиринговой деятельности» // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2011. № 7. Ст. 905).

¹¹ Авторы приведенного суждения Г. А. Есаков, А. И. Рарог, А. И. Чукаев в обоснование своей позиции ссылаются лишь на положения ст. 128 ГК РФ и ст. 131–132 Закона о несостоятельности, не давая, к сожалению, никакой дополнительной аргументации (см.: Есаков Г. А., Рарог А. И., Чукаев А. И. Настольная книга судьи по уголовным делам / отв. ред. А. И. Рарог. М., 2007. 576 с. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»).

Н. А. Лопашенко

доктор юридических наук, профессор

Саратовская государственная юридическая академия

О НЕДОПУСТИМОСТИ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ПРЕЮДИЦИИ В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ*

Доказывание неуместности административной преюдиции в уголовном праве можно вести с точки зрения теории уголовного права, с позиции теории уголовной политики и просто исходя из здравого смысла, зачастую далеко не научного. С последнего как с самого наглядного и хотелось бы начать.

Приведем несколько примеров, которые позволяют понять, что повторение какого-либо административного правонарушения в очередной раз после совершения ранее таких же не может породить другое качество – преступление, как не могут породить другое качество поведенческие акты, не относящиеся к категории правонарушений.

Так, приглашение девушки в кино в третий раз в течение двух лет или даже года не означает, что молодой человек собирается взять эту девушку в жены или должен на ней жениться (как бы этого не хотелось самой девушке или ее родителям). Выбор в ресторане одного и того же блюда в третье и дальнейшие посещения не знаменует собой ни неумения читать меню, ни незнакомства с другими блюдами, ни признания того, что все остальные блюда местный повар готовить не мастак, а лишь свидетельствует о том, что это блюдо человеку нравится. Заболевание человека ОРЗ в третий раз в течение года не налагает на врача обязанности признать это – третье

* Полный, исправленный и дополненный вариант выступления автора на Международном теоретическом семинаре под руководством профессора А. В. Наумова: «Административная преюдиция в уголовном праве: за и против», 25 мая 2011 г., г. Москва, Академия Генеральной прокуратуры Российской Федерации. Краткий вариант выступления опубликован в Вестнике Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации (2011. № 3 (23). С. 64–71).

© Лопашенко Н. А., 2011

по счету – заболевание воспалением легких или чем-то и того хуже. Написание третьей статьи научным сотрудником даже при непременном условии, что они были опубликованы и все это произошло в короткий промежуток времени, отнюдь не будет означать, что третью статью (даже при ее очень высоком качестве) необходимо будет признать кандидатской диссертацией. Точно так же, как третья беременность любимой кошки приведет к третьему появлению у нее котят, а ее хозяев – к очередным проблемам по поводу их «пристраивания» знакомым. Ждать рождения щенков у кошки бессмысленно. Да и вообще народная мудрость издавна говорит: «От осинки не рождаются апельсинки». Ну, или, если угодно: «Что значит имя? Роза пахнет розой, хоть розой назови ее, хоть нет».

Точно так же второй, третий, пятый, сотый переход улицы в неподходящем месте или на красный свет, даже если лицо за это подвергалось неоднократным штрафам в административном порядке, не сделает такой же третий, четвертый, шестой или сто первый переход более опасным и требующим уголовного преследования. Безбилетный проезд в транспорте, сколько бы он ни повторялся, не повысит опасность очередного бесплатного перемещения до уровня, с которого требуется установление уголовной ответственности. Постоянный обсчет продавцом супермаркета покупателей или даже одного и того покупателя на сумму в несколько копеек или рублей не позволит привлечь его к уголовной ответственности за мошенничество при совершении третьего обмана. И постоянная продажа проституткой своего тела и навыков не превратят третий факт такой торговли в преступление.

Перейдем далее от здравого смысла к теории уголовного права. Рассмотрим, что собой представляет состав преступления с административной преюдицией (преступление с административной преюдицией).

Прежде всего два слова из истории административной преюдиции в уголовном праве. Ушедшее советское уголовное законодательство достаточно широко использовало следующую конструкцию построения преступлений. УК РСФСР 1922 г. знал четыре состава с административной преюдицией; были

они и в УК РСФСР 1926 г. Но самое широкое распространение составов с административной преюдицией имело в УК РСФСР 1960 г.: на момент принятия Кодекса их было 7, к концу его действия – свыше 20¹. УК РФ 1996 г. отказался от использования составов с административной преюдицией, однако через 13 лет в уголовное законодательство вернулась административная преюдиция в ее худшем проявлении – в ст. 178 УК РФ, в 2009 г. Но это, боюсь, не последний этап на пути узаконения административной преюдиции в уголовном законе.

Суть института административной преюдиции, по мнению В. Л. Зуева (и это единственное подобное определение, найденное мной в литературе), «заключается в том, что состав преступления образуется за счет признаков административного правонарушения, а в качестве критерия разграничения преступления и проступка выступает факт предшествующего наложения административного взыскания за такое же деяние»². Другими словами, с привлечением моего понимания административной преюдиции в уголовном праве, основанном на том, как она выглядела в прежнем уголовном законодательстве РФ, преступление с административной преюдицией включает в себя повторность административного правонарушения, после наложения административного взыскания за первое правонарушение – первые правонарушения.

Если выделить признаки (очевидные) состава преступления с административной преюдицией, то главные из них сводятся к следующим:

1) деяние, которое составляет объективную сторону состава преступления, представляет собой административное правонарушение, ответственность за которое установлена административным законодательством;

2) преступным объявляется не первое, а часто – и не второе правонарушение, а соответственно второе – по меньшей мере, но, как правило, третье по счету;

3) в классическом варианте понимания административной преюдиции необходимо, чтобы за первые два (или одно) правонарушения лицо было привлечено к административной ответственности;

4) данный классический вариант административной преюдиции (вынуждена это оговаривать в связи с тем, что есть в законе ныне, в ст. 178 УК РФ, вернувшись к этому далее) предполагает, что последнее правонарушение совершено лицом в течение срока непогашенного административного взыскания за первое (или последнее из первых) правонарушение.

Таким образом, если посмотреть на состав с административной преюдицией с точки зрения его строения, то следует констатировать: в уголовном законе с точностью повторены все признаки состава административного правонарушения (объект, объективная и субъективная сторона, субъект). Единственное, в чем заключается отличие административного правонарушения, лежащего в основе преступления, от преступления с преюдицией, – это определенная кратность совершения такого правонарушения в преступлении и наложение за первые факты правонарушений административной ответственности. Они выступают условиями уголовной ответственности, или криминообразующими признаками.

На данном этапе анализа меня смущает определенная несамостоятельность уголовного законодательства в этой ситуации, его акцессорность по отношению к административному законодательству. Эта акцессорность расходится с тем, что и административное, и уголовное право – это право *разных* отраслей, хотя и входящих в единую систему российского права.

Далее посмотрим на преступление с административной преюдицией и определим конструктивные особенности этого явления. Понятно, что к множественности преступлений преступление с административной преюдицией относиться не может, поскольку множественность составляется из преступлений, а не правонарушений. Соответственно в случае преступления с административной преюдицией мы, видимо, имеем дело с *единичным преступлением* (третьего, как известно, не дано: или множественность, включающая несколько самостоятельных единичных преступлений, или единичное преступление).

Теория единичного преступления в науке уголовного права разработана достаточно хорошо. В числе авторов, занимавшихся проблемой единичного преступления, следует назвать

многие имена, начиная от классиков русского уголовного права Н. С. Таганцева, С. В. Познышева, В. Д. Спасовича, продолжая этот ряд блестящими именами А. А. Пионтковского, Н. Ф. Кузнецовой, А. М. Яковлева, В. Н. Кудрявцева, М. И. Бажанова и заканчивая теми, кто работал ранее и продолжает эту работу, а также, кто работает сегодня: В. П. Малковым, Э. Г. Шкредовой, И. Б. Агаевым, Т. Г. Черненко и, конечно, А. П. Козловым, написавшим глубокую, хотя и спорную по многим моментам монографию по единичному преступлению³. Естественно, что не по всем аспектам понимания единичного преступления существует единая позиция, однако представление о нем по многим параметрам, тем не менее, совпадает.

Если исходить из сути преступления, то можно признать понятием единичного преступления, данным в ч. 1 ст. 14 УК РФ (по этому пути в науке идет В. П. Малков⁴, и с ним нужно согласиться). Давая характеристику единичного преступления с точки зрения его конструкции, можно привести и принять за основу дальнейших рассуждений понятие единичного преступления, которое сформулировано, например, А. П. Козловым: «...Под единичным преступлением следует понимать одномоментное деяние или систему многомоментных функционально и субъективно связанных телодвижений или их отсутствия, направленных на единый для них общественно опасный результат, нашедших отражение в диспозиции нормы или ее определенной части»⁵ или Э. Г. Шкредовой: «..Под едиными преступлениями следует понимать общественно опасные деяния, характеризующиеся взаимосвязанными субъективными и объективными признаками, часто встречающимися в объективной действительности именно в таком сочетании, а также содержащие признаки, как правило, одного состава преступления и квалифицируемые по одной статье или части статьи»⁶.

В науке общепризнано, что, если единичное преступление состоит из одного деяния, совершающегося, как правило, одномоментно, с одной формой вины, влекущего одно последствие, посягающего на один объект, предусмотренного в одной статье (части статьи) уголовного закона, – налицо *простое единичное преступление*⁷; если преступление включает в себя

несколько деяний или происходит увеличение (усложнение, умножение) других его компонентов (признаков, характеристик) – речь идет о *сложном единичном преступлении*.

Преступление с административной преюдицией не может быть отнесено к простому единичному преступлению, поскольку в нем указывается на необходимость нескольких действий, при которой лишь очередное по счету аналогичное действие может быть признано преступлением. Очевидно, неверно принимать во внимание только самый последний факт административного правонарушения: если его изолировать от ранее совершенных правонарушений, то спорить вообще не о чем: имеет место лишь административное правонарушение. Одно и то же действие, разумеется, не может быть сразу и административным правонарушением, и преступлением. Очень точно писал А. М. Яковлев: «Уголовный закон с неизбежностью должен стремиться к тому, чтобы проводить однозначную границу между преступным и непреступным, исходя из того, что юридически действие не может быть «немножко и тем и другим». Закон с неизбежностью дихотомичен: либо есть преступление, либо его нет, без этого закон не может быть применен, машина правосудия завязнет в бесконечном процессе различия степеней»⁸.

Таким образом, *преступление с административной преюдицией – это сложное⁹ единичное преступление*. И здесь также третьего не дано: единичное преступление – или простое, или сложное.

Больше всего споров в науке по теории единичных преступлений приходится как раз на понятие и виды единичных сложных преступлений. Однако при выделении их основных признаков, как правило, ученые сходятся в том, что сложное единичное (или единое) преступление обладает следующими основными признаками¹⁰:

1) сложное единичное преступление состоит из одного или нескольких деяний (актов, действий, бездействий)¹¹. Чаще встречается совокупность актов – действий – деяний, хотя преступление может быть представлено и одним действием (в делящемся преступлении, например). При этом «сложные за-

дач, решаемые субъектом деятельности, в том числе преступной, для своего осуществления предполагают необходимость и сложной его деятельности. Единство сложной деятельности определяется единством решаемой задачи. В ходе решения сложных задач лицо, как правило, прибегает к осуществлению таких актов внешнего поведения, которыми реализуется не конечная, а вспомогательная (промежуточная) задача. Такого рода поведенческие акты человека *не имеют самостоятельного социально-правового значения, а оцениваются в качестве операции, этапа или средства реализации конечной цели или решаемой задачи* (курсив мой. – Н. Л.)»¹²;

2) если деяний несколько, они, как правило, тождественные, одинаковые по сути, хотя индивидуальными признаками содеянное, конечно, разнится. С. В. Познышев, например, отмечал: «единство преступления предполагает, прежде всего, единство объекта, на которое направляется посягательство»¹³;

3) существует внутренняя связь между отдельными актами сложного единичного преступления¹⁴. Так, А. А. Пионтковский писал: «Единое преступление имеет место в тех случаях, когда определенный результат причинен в результате одного действия виновного, но и совершение нескольких действий в ряде случаев *вследствие наличия внутренней связи* (курсив мой. – Н. Л.) и конечного преступного результата образует единичное преступление»¹⁵. По мнению В. Н. Кудрявцева, «действительно важным признаком единичного преступления является то, что все его элементы, как бы разнообразны они ни были, обязательно находятся в определенной внутренней взаимосвязи»¹⁶. Совершенно определенно указывает на такой признак, как «все элементы преступного действия (или бездействия) либо системы действий (актов бездействия), представляя отдельные акты единого поведения субъекта, взаимосвязаны между собой», И. Б. Агаев¹⁷. Т. Г. Черненко полагает: «Единичное преступление характеризуется тесной взаимосвязью действий, его образующих. Эта взаимосвязь проявляется в единстве объективных и субъективных признаков»¹⁸. В. П. Малков подчеркивает: «Единство сложной деятельности определяется единством решаемой задачи»¹⁹. Думаю, что

анализируемый признак – самый главный для установления признаков единичного преступления;

4) для деяний, входящих в единое преступление, характерен единый преступный результат (одно или несколько последствий), на наличие которого указывают многие исследователи²⁰;

5) всё действие характеризуется единством вины²¹. Н. С. Таганцев писал более века тому назад, и это не утратило своей актуальности и сегодня: «Единство вины составляет главный признак единого преступного действия»²².

С учетом названных признаков единичного сложного преступления произведем оценку преступления с административной преюдицией. И здесь возникают непреодолимые проблемы. В преступлении с административной преюдицией несколько деяний, каждое из которых составляет административное правонарушение, и это – одинаковые правонарушения. Но:

1) в противовес тому, о чем пишет В. П. Малков, каждое из рассматриваемых административных правонарушений *и имеет* самостоятельное значение. Первое (первые) вообще расцениваются изначально, на момент совершения, *только* как административное(-ые) правонарушение(-ия). Предугадать, что они когда-нибудь станут преступлением, на момент совершения этих правонарушений, да и позже, до момента совершения последнего, определяющего преступный характер, невозможно никому и, прежде всего, лицу, их совершающему. Можно, правда, оговориться, что самостоятельного значения мы лишаем последнее правонарушение, которое, будучи от начала до конца административным правонарушением, вдруг – почему-то, а точнее, по немотивированной часто воле законодателя, – объявляется уже не административным правонарушением, а преступлением. Однако какое право есть для подобного шага у законодателя? – Риторический вопрос – никакого;

2) самое главное, – мы никак не можем установить здесь внутреннюю взаимосвязь между отдельными административными правонарушениями по той простой причине, что ее просто нет. Если же она – взаимосвязь – существует, то при наличии необходимых признаков мы имеем совсем другое и

понятное сложное единичное преступление, например, составное или продолжаемое и т.д. Все административные правонарушения, совокупность которых на определенном этапе объявляется законодателем преступной абсолютно по механическому признаку – повторяемости и накоплению самостоятельных административных правонарушений – никоим образом не связаны между собой; они – разные: каждый раз воля лица, совершившего это правонарушение, реализуется в указанном отдельном правонарушении до конца. Нельзя находить тут единое поведение, если смотреть не с криминологической точки зрения, а с позиции уголовного закона. Тем более, что в подобной механически выстроенной конструкции участвует не только сам субъект административного правонарушения, но и государство, привлекающее лицо к административной ответственности. Между чьими действиями мы тогда ищем эту внутреннюю взаимосвязь?;

3) у отдельных административных правонарушений, которые есть в преступлении с административной преюдицией, нет единого результата. И быть не может по причине отсутствия связи между ними. Каждое правонарушение, в том числе и последнее, имеет свой собственный результат и причиняет свой собственный ущерб, и он окончен и не может (по причине своей окончательности) входить в совокупный ущерб всего преступления с административной преюдицией. Это положение понятно и не вызывает, думаю, никаких возражений, если рассматривать вред – ущерб – результат как признак объективной стороны преступления: даже в преступлении с административной преюдицией будет приниматься во внимание тот вред, который причинен последним правонарушением; нельзя, неграмотно суммировать результаты всех административных правонарушений. Однако, на мой взгляд, это положение – отсутствие единого результата у всех деяний в преступлении с административной преюдицией – работает и на уровне объекта и причинения ему вреда. Если первые административные правонарушения (каждое из них) причинили окончательный вред правоохраняемому объекту, немыслимо снова считать его совокупно при совершении нового пра-

вонарушения, иначе мы нарушаем известный принцип «*non bis in idem*» (не дважды за одно и то же);

4) и наконец для такого преступления невозможно признать единую вину для всех входящих в него административных правонарушений: она каждый раз отдельная, самостоятельная. Считая второе или третье административное правонарушение уже преступлением, мы должны будем – если принимать во внимание принцип субъективного вменения – устанавливать, что при совершении первого правонарушения лицо собиралось повторить его дважды или трижды. Но и этого мало: лицо, совершая первые действия, должно предвидеть, что оно будет наказано в административном порядке (иногда – дважды наказано), и после этого снова совершил такое же административное правонарушение. Еще один риторический вопрос: можем ли мы вменить лицу в обязанность такое предвидение? Оно сродни экстрасенсорному или Божественному. Ни то ни другое к обычному отнесено быть не может. Преступление с административной преюдицией составляют несколько самостоятельных, окончательно исполненных административных правонарушений, не связанных между собой умыслом лица. Умысел на каждое правонарушение возникает отдельно и реализуется полностью, окончательно. В противном случае иногда можно было бы говорить о другой разновидности сложного единичного преступления, на что уже указывалось. Все оставшиеся ситуации обираются не чем иным, как вменением объективным, запрещенным уголовным законом.

Таким образом, преступление с административной преюдицией не обладает признаками сложного единичного преступления и не может быть им признано.

Самым интересным при анализе природы преступления с административной преюдицией было как раз его бездоказательное причисление исследователями к какой-либо категории сложных единичных преступлений. Например, к антиобщественной противоправной деятельности²³ или к единичным преступлениям со сложным составом, образуемым неоднократными действиями²⁴, или к слагаемым из однородных повторных действий²⁵. Чаще всего вопрос о соотносимости

признаков единичного сложного преступления с признаками преступления с административной преюдицией просто не поднимался, видимо, потому, что невозможно их усмотреть в данном случае, а если усматривать – значит, надо признавать искусственность конструкции административной преюдиции в уголовном праве.

Впрочем, есть и попытка выделения особенностей у преступления с административной преюдицией, которое отнесено к единичным преступлениям. И. Б. Агаев пишет о трех таких особенностях: «1) для наличия преступления необходимо совершение нескольких действий, каждое из которых не может рассматриваться как самостоятельный состав преступления; 2) по своей юридической природе деяния являются административным, дисциплинарным правонарушением или антиобщественным поступком; 3) совокупность административных, дисциплинарных правонарушений или антиобщественных поступков рассматривается как единичное преступление»²⁶. Последняя особенность полностью противоречит его же – И. Б. Агаева – заключению о наличии у единичного преступления таких признаков, как: «2) единичное преступление посягает на единый объект, выражается в деятельности, подчиненной *единому преступному замыслу* (здесь и далее в цитате курсив мой. – Н. Л.); 3) объективные и субъективные признаки единичного преступления определяют преступление *как сознательный волевой, целенаправленный акт лица*; 4) единичное преступление является деянием либо системой деяний, обусловленных общим мотивом и единой целью; 5) все элементы преступного действия (или бездействия) либо системы действий (актов бездействия), представляя отдельные акты единого поведения субъекта, *связаны между собой*; 6) единичное преступление обладает общественной опасностью и причиняет *вред в результате преступных действий* (или бездействия)»²⁷.

Ранее было отмечено, что и признаков единичного простого преступления у преступления с административной преюдицией тоже нет.

Приходим к поистине парадоксальной ситуации: *преступление с административной преюдицией, не являясь формой*

множественности преступлений, не наделенное признаками ни единичного простого, ни единичного сложного преступления, противоречит теории преступления и существовать не может; в природе отсутствует такое явление! Это полностью искусственно созданная конструкция, не имеющая под собой никаких оснований. Однако, тем не менее, с настойчивостью, достойной лучшего применения, она опять «впихивается» в уголовный закон (ст. 178 УК РФ, – боюсь, только первая ласточка на этом пути).

Посмотрим теперь на преступление с административной преюдицией с точки зрения уголовной политики, вкупе с криминологической составляющей. Замечу, что, на мой взгляд, для доказательства необходимости запрета таких конструкций, как преступление с административной преюдицией, более чем достаточно тех аргументов, которые уже приведены: надо или полностью менять теорию преступления под преступление с административной преюдицией (боюсь, и теорию административного правонарушения), или отказываться от административной преюдиции в уголовном праве. И опять предпочтение выбора очевидно, а третьего не дано.

Итак, теория криминализации предполагает, что объявить преступным какое-либо деяние возможно только при наличии основания криминализации и ее (криминализации) соответствия принципам криминализации. Основанием криминализации (и тут не важна терминологическая составляющая, – кто-то в науке говорит именно об основании, кто-то – об условиях или причинах, кто-то о криминализационных поводах, но все имеют в виду одно) выступает такая степень общественной опасности деяния, которая требует установления именно уголовно-правового запрета. Собственно можно рассматривать указанный аспект и с позиции признаков преступления, одним из которых, признаваемым многими исследователями главным, является как раз общественная опасность деяния, при этом высокая настолько, что несопоставима с общественной опасностью того же административного правонарушения.

Традиционное (оно же классическое) понимание общественной опасности в уголовном праве дано, например, А. В. На-

умовыми: она «заключается в способности предусмотренного уголовным законом деяния причинять существенный вред охраняемым уголовным законом объектам (интересам). Общественная опасность ... есть материальный признак (внутреннее свойство) преступного деяния, раскрывающий его социальную сущность. Это объективное свойство преступления, не зависящее от воли законодателя»²⁸. Для наличия преступления и для криминализации какого-либо деяния недостаточно лишь того, чтобы деяние в принципе причиняло какой-либо вред правоохраняемым объектам; вред должен быть *существенным*. О том вреде, который причиняется в результате преступления с административной преюдицией, я уже говорила. Он должен быть сведен только к вреду, который причинен последним правонарушением. Этот вред существенным признан быть не может. Замечу к тому же, что речь идет об общественной опасности *действия*, а не об опасности *лица*, его совершающего. В основу преступления ложится *действие* (действие или бездействие, совокупность связанных между собой действий или бездействий); именно оно обладает признаком общественной опасности. Конечно, некоторые признаки субъекта могут влиять на степень общественной опасности действия, повышая или, наоборот, понижая ее. Однако они не могут превращать самостоятельное, но следующее, повторное правонарушение в качественно иное явление – в преступление. В противном случае мы придем к теории опасного состояния личности как основе криминализации.

Предвижу стандартный аргумент за криминализацию повторяемых административных правонарушений: именно факт их повторяемости, т.е. объективно негативное, отклоняющееся поведение лица, превращенное в систему, и свидетельствует о повышении общественной опасности в случае совершения одним лицом второго, третьего административного правонарушения. Чтобы пресечь такое поведение в дальнейшем, надо запретить его на более высоком уровне. Однако, полагаю, что это переложение ответственности за отсутствие профилактики правонарушений с лиц, виновных в этом, на самого правонарушителя. С большой головы на здоровую, можно было бы

сказать, если бы не обе головы были в данном случае больны: каждая своей болезнью. Совершение серии одинаковых административных правонарушений, разделенных во времени и являющихся самостоятельными по каждому акту, одним и тем же лицом в определенной степени показывает устойчивую антиобщественную направленность этого лица (и то, далеко не стопроцентно), стойкость поведенческих дефектов, на что следует реагировать не только в рамках санкции, предусмотренной за состав конкретного (административного!) правонарушения, но и созданием (точнее, возрождением) в стране системы предупреждения правонарушений и преступлений. Объявление же преступными искусственных конструкций – простого сочленения не связанных ничем, кроме субъекта, звеньев, не имеющих под собой ни научной, ни жизненной основы, проблему борьбы с правонарушениями решить не может.

Можно подробно проанализировать соответствие преступления с административной преюдицией принципам криминализации, к которым я отношу принципы достаточной общественной опасности криминализируемых деяний, их относительной распространенности, возможности позитивного воздействия уголовно-правовой нормы на общественно опасное поведение, преобладания позитивных последствий криминализации, неизбыточности уголовно-правового запрета, своевременности криминализации. Но уже беглый взгляд на них показывает, что и в этом аспекте криминализация подобных искусственно созданных ситуаций страдает большими изъянами: нет достаточной общественной опасности у признаваемого преступным второго – третьего административного правонарушения; сомнительно позитивное воздействие уголовно-правового запрета; этот запрет явно избыточен, и т.д. Не стану останавливаться на этом подробно, с тем чтобы иметь возможность проанализировать ту административную преюдицию, которая уже вернулась в действующий уголовный закон.

Федеральный закон от 29 июля 2009 г. № 216-ФЗ изложил в новой редакции ст. 178 УК РФ «Недопущение, ограничение или устранение конкуренции». Один из способов деяния

в настоящее время – неоднократное злоупотребление доминирующим положением; понятие неоднократности при этом дано в примечании № 4 к статье, и оно предполагает наличие административной преюдиции. Неоднократным злоупотреблением доминирующим положением признается совершение лицом злоупотребления доминирующим положением более двух раз в течение трех лет, за которые указанное лицо было привлечено к административной ответственности.

Прежнее российское уголовное законодательство (советского периода), как отмечалось, знало административную преюдицию, но теперь она сильно изменилась по своим характеристикам: ранее в большинстве случаев достаточно было двух фактов административного правонарушения в течение года, при этом второй уже расценивался как преступный, если за первый на лицо было наложено административное взыскание, которое не было снято.

Нынешняя административная преюдиция связана с *тремя* фактами административных правонарушений, совершенных в течение *трех лет*, если за них лицо привлекалось к административной ответственности²⁹.

Признаки неоднократности злоупотребления доминирующим положением как способа недопущения, ограничения или устранения конкуренции сводятся к следующим: 1) должно быть совершено по меньшей мере три факта злоупотребления доминирующим положением (закон говорит: «более двух раз», т.е. двух фактов недостаточно); 2) они должны быть совершены в течение трех лет; 3) за каждый из этих фактов лицо должно быть привлечено к административной ответственности. Таким образом, преступным является только третье злоупотребление, если наступили оговоренные в законе последствия (крупный ущерб) или извлечен доход в крупном размере.

Срок, в течение которого лицо считается подвергнутым административному взысканию, составляет *один год* со дня окончания исполнения постановления о назначении административного наказания (ст. 4.6 АК РФ). Законодатель в примечании к ст. 178 УК РФ ничего не говорит о снятии или пога-

шении административного наказания, но оно в большинстве ситуаций *не может быть погашено* по одному или двум правонарушениям в такой временной период, как три года. В этом случае получается, что мало того, что законодатель считает более опасным третье административное правонарушение, ничем от первых двух не отличающееся (почему не второе или пятое – нет ответа), так он еще и не принимает во внимание тот факт, что к моменту наказания лица за третье подобное правонарушение лицо во многих случаях считается или вообще не имеющим административного наказания (оба погашены), или имеет только одно непогашенное административное взыскание (одно погашено). Как может в таком случае лицо, в отношении которого состоялось погашение административных взысканий, быть привлечено к более строгой – уголовной – ответственности с учетом тех наказаний, которые уже погашены? Оно было наказано за злоупотребление доминирующим положением, наказание было исполнено. Принимать во внимание те факты наказания за административные правонарушения, с момента исполнения которых прошел один год, – значит, нарушать положения административного законодательства (упомянутой ст. 4.6 АК РФ) и противоречить и общеправовому принципу справедливости, согласно которому лицо не может дважды наказываться за одно и то же.

Кроме того, возвращая подобное понимание неоднократности в уголовный закон, пресловутый законодатель снова закладывает в него элементы объективного вменения; поскольку установить связь между собой всех трех фактов административных правонарушений – единый умысел субъекта на все правонарушения сразу – априори невозможно. Но и это еще не все, что вызывает возражения в предложенном в примечании толковании неоднократности злоупотребления доминирующим положением. Состав недопущения, ограничения или устранения конкуренции считается оконченным или в момент причинения крупного ущерба гражданам, организациям или государству или в момент получения дохода в крупном размере от преступного монополизма. Исходя из того, что злоупотребление доминирующим положением должно быть

неоднократным, возникает вопрос: в какой связи с этими неоднократными правонарушениями должны находиться указанный крупный ущерб или крупный доход? Другими словами: должен ли быть причинен крупный ущерб лишь третьим по счету административным правонарушением и должно ли именно оно повлечь извлечение дохода в крупном размере? А если доход и ущерб от третьего факта – самый маленький по всем административным правонарушениям, есть состав преступления или нет? Или, может быть, крупный ущерб или доход должны образовываться путем сложения ущерба или дохода от всех трех правонарушений? Но в таком случае объективное вменение из возможного просто превратится в реальность, что противоречит ч. 2 ст. 5 УК РФ. Закон между тем ответов ни на один из этих вопросов не дает и лишь усложняет действие и без того практически не действующей уголовноправовой нормы (так, в 1997 г. по ст. 178 УК РФ в стране возбудили 13 уголовных дел, в 1998 г. – 23, в 1999 г. – 36, в 2000 г. – 42, в 2001 г. – 64, в 2002 г. – 48, в 2003 г. – 61, в 2004 г. – 10, в 2005 г. – 6, в 2006 г. – 2, в 2007 г. – 8, в 2008 г. – 14, в 2009 г. – 16, в 2010 г. – 9 дел).

Статья 178 УК РФ была первой ласточкой в деле возвращения в Уголовный кодекс административной преюдиции. Федеральным законом № 253-ФЗ от 21 июля 2011 г. УК РФ был дополнен ст. 151.1 «Розничная продажа несовершеннолетним алкогольной продукции». Деяние наказуемо, если совершено неоднократно; под последней же, в соответствии с примечанием к статье, понимается розничная продажа несовершеннолетнему алкогольной продукции, если виновное лицо ранее привлекалось к административной ответственности за аналогичное деяние в течение ста восьмидесяти дней. Таким образом, административная преюдиция здесь больше похожа на те ее варианты, которые имели место в советском уголовном законодательстве, хотя обращает на себя внимание новый срок, в течение которого должно быть совершено еще одно по сути административное правонарушение: 180 дней, т.е. равный полугоду. Почему именно такой срок фигурирует здесь – можно только догадываться.

Подводя итог сказанному, сделаю главные выводы:

- 1) преступление с административной преюдицией представляет собой искусственно созданную законодателем конструкцию, основанную на повторяемости административных правонарушений;*
- 2) такая конструкция полностью противоречит научной теории преступления и не может быть отнесена ни к множественности преступлений, ни к единичному (простому или сложному) преступлению;*
- 3) самостоятельные административные правонарушения в такой конструкции объединяются только личностью лица, их совершившего, однако это недостаточное основание для криминализации. Основу криминализации составляет общественно опасное деяние лица, которое причиняет или может причинить существенный вред правоохраняемым интересам, чего нет в случае совершения административных правонарушений;*
- 4) лицо, виновное в совершении административных правонарушений, в случае их второго (третьего) повторения, подвержено объективному вменению, запрещенному самим же уголовным законом;*
- 5) действующий Уголовный кодекс уже знает преступления с административной преюдицией, в том числе и в самом худшем ее виде. Если не начать против подобных шагов законодателя категорически возражать, мы получим продолжение разрушения уголовного закона. Он уничтожается не только бесконечными и безобразными его реформациями, но и бессмысленным уничтожением границ преступного и непреступного.*

¹ См.: Зуев В. Л. Особенности доказывания по делам о преступлениях с административной преюдицией. М., 1995. С. 4.

² Там же. С. 3.

³ См.: Козлов А. П. Единичные преступления : классификация, квалификация. Красноярск, 2007. 280 с.

⁴ См.: Малков В. П. Множественность преступлений : сущность, виды, правовое значение. Казань, 2006. С. 79 ; Полный курс уголовного

права : в 5 т. / под ред. А. И. Коробеева. Т. 1 : Преступление и наказание. СПб., 2008. С. 647. Автор главы – В. П. Малков.

⁵ Козлов А. П. Единичные преступления : классификация, квалификация. С. 18.

⁶ Шкредова Э. Г. Множественность преступлений по уголовному законодательству стран СНГ : учеб. пособие. Смоленск, 2005. С. 23–24.

⁷ Данное понятие в науке тоже предложено. Например, Н. Н. Рогова полагает, что «...Единичное простое преступление представляет собой одно или несколько однородных действий (актов бездействия), которое посягает на один объект, может повлечь одно преступное последствие и совершается с одной формой вины» (Рогова Н. Н. Совокупность преступлений : вопросы теории и практики : монография. Киров, 2006. С. 16). По мнению А. В. Наумова, «простое единое преступление предполагает одно преступное действие, совершенное с одной формой вины, образующее один состав преступления и квалифицируемое по одной статье УК РФ» (Наумов А. В. Российское уголовное право : курс лекций : в 3 т. Т. 1 : Общая часть. М., 2007. С. 473).

⁸ Основания уголовно-правового запрета (криминализация и декриминализация). М., 1982. С. 136. Автор главы – А. М. Яковлев.

⁹ М. И. Бажанов называл такие действия усложненными (см.: Бажанов М. И. Множественность преступлений по уголовному праву Украины. Харьков, 2000. С. 13).

¹⁰ Данные признаки могут быть специально выделены авторами или выводятся из того, что пишут исследователи, характеризуя сложное единичное преступление.

¹¹ Указанный признак выделяют, например: Познышев С. В. Основные начала науки уголовного права. М., 1912. С. 638 ; Пионтковский А. А. Учение о преступлении. М., 1961. С. 632–633 ; Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1999. С. 238–240 ; Самылина И. Н. Множественность преступлений : учеб. пособие. Великий Новгород, 2007. С. 64 ; Агаев И. Б. Совокупность преступлений : понятие, виды и наказуемость : монография. М., 2003. С. 124 ; Его же. Проблема повторности в уголовном праве. М., 2004. С. 26 ; Черненко Т. Г. Множественность преступлений по российскому уголовному праву. Кемерово, 2007. С. 10–11 ; Малков В. П. Множественность преступлений : сущность, виды, правовое значение. Казань, 2006. 23, 87 и др. ; Козлов А. П. Единичные преступления : классификация, квалификация. С. 14 и др. («одномоментные и многомоментные действия»), и др.

¹² Малков В. П. Множественность преступлений : сущность, виды, правовое значение. С. 86–87.

¹³ Познышев С. В. Основные начала науки уголовного права. М., 1912. С. 638.

¹⁴ Данную связь в качестве обязательного признака единичного сложного преступления кроме специально указанных выше авторов выделяют также И. Н. Самылина, Э. Г. Шкредова, которые пишут о взаимосвязанности объективных и субъективных признаков деяния (см.: *Самылина И. Н. Множественность преступлений* : учеб. пособие. С. 64 ; *Шкредова Э. Г. Множественность преступлений по уголовному законодательству стран СНГ* : учеб. пособие. Смоленск, 2005. С. 23–24).

¹⁵ *Пионтковский А. А. Учение о преступлении.* М., 1961. С. 632–633.

¹⁶ *Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений.* 2-е изд., перераб. и доп. М., 1999. С. 239.

¹⁷ *Агаев И. Б. Совокупность преступлений : понятие, виды и наказуемость* : монография. С. 124 ; *Его же.* Проблема повторности в уголовном праве. М., 2004. С. 26. Солидарность со всеми признаками единичного преступления, которые выделял И. Б. Агаев, высказывал А. П. Козлов (см.: *Козлов А. П. Единичные преступления : классификация, квалификация.* С. 18–19).

¹⁸ *Черненко Т. Г. Множественность преступлений по российскому уголовному праву.* С. 11.

¹⁹ *Малков В. П. Множественность преступлений : сущность, виды, правовое значение.* С. 87.

²⁰ См., например: *Пионтковский А. А. Учение о преступлении.* С. 632–633 ; *Черненко Т. Г. Множественность преступлений по российскому уголовному праву.* С. 11 ; *Самылина И. Н. Множественность преступлений* : учеб. пособие. С. 64, и др.

²¹ См., например: *Рогова Н. Н. Совокупность преступлений : вопросы теории и практики* : монография. С. 16 ; *Агаев И. Б. Совокупность преступлений : понятие, виды и наказуемость* : монография. С. 124, и др.

²² *Таганцев Н. С. Русское уголовное право : лекции : Часть общая.* М., 1994. Т. 2. С. 278.

²³ См.: *Шкредова Э. Г. Множественность преступлений по уголовному законодательству стран СНГ* : учеб. пособие. С. 38–39.

²⁴ См.: *Агаев И. Б. Совокупность преступлений : понятие, виды и наказуемость* : монография. С. 128 ; *Черненко Т. Г. Множественность преступлений по российскому уголовному праву.* С. 13.

²⁵ См.: *Малков В. П. Множественность преступлений и ее формы по советскому уголовному праву.* С. 20–21.

²⁶ См.: *Агаев И. Б. Проблема повторности в уголовном праве.* С. 41–42.

²⁷ Там же. С. 26.

²⁸ *Наумов А. В. Российское уголовное право : курс лекций : в 3 т. Т. 1 : Общая часть.* С. 274.

²⁹ Административная преюдиция действует лишь в части нормы: только в отношении такого способа, как злоупотребление доминирующим положением. Если же ограничение конкуренции производится пу-

тем соглашений или согласованных действий, повторяемость отклоняющегося поведения не нужна, уже первое такое поведение влечет уголовную ответственность при причинении крупного ущерба или получении крупного дохода. Но здесь это не суть важно.

A. E. Маслов

кандидат юридических наук, доцент

Воронежский государственный университет

О «ТАЙНАХ» БАНКОВСКИХ ТАЙН

За последние двадцать лет любопытна трансформация некоторых узаконенных тайн в Российской Федерации. Попробуем проанализировать, что происходит с отдельными видами тайн.

Обратимся к проблемам сохранности и защиты только одного из подвидов тайн, объединенных в уголовном праве общей нормой (ст. 183 УК РФ)¹ (*коммерческой, налоговой, банковской*), а именно банковской.

В ч. 1 ст. 183 УК РФ сформулировано понятие промышленного шпионажа, определяемое как «Собирание сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну, путем похищения документов, подкупа или угроз, а равно иным незаконным способом...», а в ч. 2 дано общепринятое в уголовном праве понятие разглашения тайны: «Незаконные разглашение или использование сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну, без согласия их владельца лицом, которому она была доверена или стала известна по службе или работе...». В ч. 3 и 4 сформулированы в зависимости от тяжести наступивших последствий квалифицированный и особо квалифицированный составы.

Что касается промышленного шпионажа, то подобной деятельностью, как принято считать, занимаются *конкуренты*, однако это не единственные субъекты доступа к тайне. Как

© Маслов А. Е., 2011

минимум еще две группы субъектов озабочены сбором информации о банковской тайне. Это различные рейтинговые агентства, выстраивающие по наличию капитала «лучших» людей того или иного региона и торгующие этой информацией, и криминальные структуры, конечной целью которых является завладение этим капиталом.

Безусловно, успеху «шпионской» деятельности способствует реальная доступность банковской тайны.

Под термином «банковская тайна» принято понимать особый правовой режим информации о клиентах и их операциях, определенный законом, которая стала известна банку в силу осуществления им банковской деятельности. Этот правовой режим обязывает банк не разглашать полученные им сведения, а также определяет порядок и условия предоставления банком указанной информации третьим лицам без согласия своих клиентов².

Логично предположить, что основным субъектом, обеспечивающим сохранность банковской тайны, должен выступать банк. Формально это закреплено и в законе. В п. 1 ст. 432 ГК РФ обязанность сохранять банковскую тайну названа основным условием договора банковского счета.

В реальной действительности в результате неконтролируемого присоединения к банку (источнику) «банковской информации» круг субъектов, имеющих к нему доступ и формально обязаных обеспечивать соблюдение правового режима охраны информации, называемой банковской тайной, исключительно широкий.

В Федеральном законе «О банках и банковской деятельности» (ст. 26)³ расширяется круг субъектов – носителей банковской тайны за счет:

- кредитных организаций;
- аудиторских организаций;
- Банка России;
- организаций, осуществляющих функции по обязательному страхованию вкладов;
- Комитета по финансовому мониторингу (финансовой разведки), уполномоченному осуществлять меры по проти-

воздействию легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем (уполномоченный орган).

Кто вправе получать банковскую тайну помимо клиентов банка?

Перечень данных субъектов в настоящее время неприлично широк. Это две группы структур:

а) контрольно-финансовые и фискальные органы, такие, как:

- Центральный банк Российской Федерации (Банк России);
- государственная корпорация «Агентство по страхованию вкладов»;
- Счетная палата Российской Федерации;
- налоговые органы;
- таможенные органы Российской Федерации;
- федеральный орган исполнительной власти в области финансовых рынков (ФСФР);
- Пенсионный фонд Российской Федерации;
- Фонд социального страхования Российской Федерации;
- органы принудительного исполнения судебных актов, актов других органов;
- должностные лица указанных органов в случаях, предусмотренных законодательными актами об их деятельности;
- б) судебные и правоохранительные органы:
- суды общей юрисдикции всех уровней (судьи);
- арбитражные суды (судьи);
- органы предварительного расследования по делам, находящимся в их производстве;
- оперативные подразделения ФСБ;
- оперативные подразделения МВД;
- органы прокуратуры РФ.

Здесь следует подчеркнуть, что речь идет не только о центральных органах уважаемых ведомств, но и о широчайшей сети их подразделений на местах.

Говорить о реальном обеспечении банковской тайны в данных многочисленных учреждениях представляется бессмысленным. Особенно это касается самых многочисленных и са-

мых «запущенных», с точки зрения отношения к любым видам тайн, подразделений налоговых и таможенных органов, службы судебных приставов, подразделений Пенсионного фонда и Фонда социального страхования Российской Федерации.

Если предположить, что в каждом из перечисленных ведомств созданы условия по обеспечению тайны, движение ее между многочисленными структурами происходит бесконтрольно. Установить лиц, персонально ответственных за сохранность тайны, совершенно невозможно.

С 2004 г. банками инициировано создание широкой сети бюро кредитных историй. Статьями 7 и 17 Федерального закона от 30 декабря 2004 г. № 218-ФЗ «О кредитных историях»⁴ обязанность хранить банковскую тайну возложена соответственно на бюро кредитных историй и уполномоченный орган, осуществляющий государственный контроль и надзор за деятельностью бюро кредитных историй. Таким образом, названы (и учреждены) еще как минимум два вида субъектов носителей и пользователей банковской тайны. Что собой представляют последние?

В названном выше Федеральном законе установлено, что «бюро кредитных историй – юридическое лицо, зарегистрированное в соответствии с законодательством Российской Федерации, являющееся коммерческой организацией и оказывающее в соответствии с настоящим Федеральным законом услуги по формированию, обработке и хранению кредитных историй, а также по предоставлению кредитных отчетов и сопутствующих услуг». Уставной деятельностью этих структур является извлечение прибыли за счет возмездного предоставления (продажи) информации, составляющей банковскую тайну.

Банк сбросил информацию в бюро (несколько бюро) кредитных историй, и банковская тайна перешла на иной уровень защиты, более низкий и неконтролируемый. Бюро – это коммерческая структура, объективно заинтересованная в коммерческом продвижении продукта (банковской тайны) максимальному числу пользователей. Ограничить доступ к банковской тайне при условии узаконения торговли этим видом тайны – невозможно.

Как мы выше отметили, структурой, которая также имеет доступ к банковской тайне, является и Федеральная служба финансового рынка.

В соответствии с Постановлением Правительства РФ⁵ Федеральная служба по финансовым рынкам (ФСФР России) является федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по принятию нормативных правовых актов, контролю и надзору в сфере финансовых рынков (*за исключением страховой, банковской и аудиторской деятельности*). Несмотря на официальное указание в тексте Постановления об исключении из компетенции этого органа регулирования страховой, банковской и аудиторской деятельности, тем не менее эта структура утверждает «Положение о требованиях к финансовому положению и деловой репутации участников бюро кредитных историй». Всё это показатель широкого круга коллизий нормативных актов и как следствие утраты реального контроля по обеспечению в нашем случае банковской тайны.

Наибольшую активность в отношении сведений, составляющих банковскую тайну, проявляют налоговые органы. При этом требования о предоставлении информации зачастую далеко выходят за пределы, установленные законом.

Мы солидарны с С. В. Пыхтиным, отмечавшим, что применение ст. 93.1 НК РФ (Истребование документов (информации) о налогоплательщике, плательщике сборов и налоговом агенте или информации о конкретных сделках)⁶ фактически парализовало правовую защиту банковской тайны. С ее принятием наметился явный дисбаланс в сторону фискального интереса налоговых органов к счетам клиентов банков, так как все отечественные банки помимо собственно банковских услуг оказывают клиентам много дополнительных или сопутствующих услуг – факторинговых, брокерских, по хранению ценностей, и, таким образом, фактическая информативность банковского счета от определенной в законе существенно возрастает. На практике истребуются документы и информация, которые никакого отношения к мероприятиям налогового контроля не имеют. К примеру, налоговые органы запраши-

вают в банках такие документы, как: заявление на открытие банковского счета, договор банковского счета, договор на расчетно-кассовое обслуживание, заявление на подключение системы «Банк-Клиент», соглашение о признании и использовании электронной цифровой подписи, акты приема-передачи сертификатов электронных ключей и программных средств, сведения об IP-адресе, с которого осуществляется доступ к системе «Банк-Клиент», технико-экономические обоснования по кредитным договорам, бизнес-планы и пр.⁷ Таким образом, новая редакция ст. 86 НК РФ, введенная с 1 января 2007 г. в рамках мероприятий по совершенствованию налогового администрирования для банков, означает балансирование на грани между разглашением банковской тайны и выполнением обязанностей, предусмотренных в отношении банков Налоговым кодексом⁸.

Есть и еще одна проблема – в результате многосложных перемещений в недрах названных выше структур – пользователей банковской тайны не возникает, а объективно формируется опасность утраты правового режима охраняемой тайны. Например, после получения налоговым органом информации по операциям и счетам юридических лиц, она – информация – переходит в режим налоговой тайны. А режим налоговой и банковской тайны разный и обеспечивается совершенно несовместимыми средствами.

В последнее время одной из форм работы с проблемной задолженностью в банковской сфере является обращение банка к услугам так называемых «коллекторских» агентств. Совершенно справедливо в связи с этим заявляются претензии о правомерности передачи банками конфиденциальной информации о заемщике этим «коллекторским» агентствам, поскольку вопрос о деятельности «коллекторских» агентств до сих пор не урегулирован на законодательном уровне.

Если клиент банка (заемщик) не дал согласия на передачу третьим лицам информации, содержащей банковскую тайну, то банк не вправе разглашать ее, т.е. формально действия должностных лиц банка подпадают под действие ч. 2 ст. 183 УК РФ. Однако банки при обращении в «коллекторские»

агентства руководствуются п. 1 ст. 382 ГК РФ, допускающим уступку требования на основании закона. А согласно п. 2 данной статьи для перехода к другому лицу прав кредитора не требуется согласие должника, если иное не предусмотрено законом или договором⁹.

«Коллекционская» работа с банковской тайной – апофеоз беззакония.

В настоящее время мы наблюдаем неуправляемый процесс размывания банковской тайны в неконтролируемых обменных потоках многочисленных структур, как правило, далеких от каких-либо обязательств по сохранению тайн, которые легально или полулегально вправе получать информацию, содержащую банковскую тайну. Это очень большая «лазейка», позволяющая бесконтрольно получать таковую не только правоохранителям, но и субъектам, далеким от правоприменения.

Из конституционных гарантий обеспечения неприкосненности частной и личной жизни вытекает и право граждан на сохранение в тайне сведений о его банковских счетах и банковских вкладах. Корреспондирующему этому праву выступает обеспечиваемая государством соответствующая обязанность банков, иных кредитных организаций хранить банковскую тайну, а также обязанность государства обеспечивать это право на законодательном уровне и в правоприменении.

Тем самым Конституция РФ определяет основы правового режима и законодательного регулирования банковской тайны как условие свободы экономической деятельности, вытекающей из природы рыночных отношений. Определяет гарантии права граждан на свободное использование своего имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности, а также способы защиты сведений о частной жизни граждан, в том числе об их материальном положении.

В Определении Конституционного Суда РФ от 14 декабря 2004 г. № 452-О¹⁰ имеется следующее разъяснение: Конституция Российской Федерации гарантирует каждому право на неприкосновенность частной жизни и личную тайну и не допускает распространение информации о частной жизни лица

без его согласия (статья 23, часть 1; статья 24, часть 1). Одной из гарантий данного конституционного права, защищаемого федеральным законом от любого произвольного вмешательства, является институт банковской тайны. В соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации банк гарантирует тайну банковского счета и банковского вклада, операций по счету и сведений о клиенте. Сведения, составляющие банковскую тайну, могут быть предоставлены только самим клиентам или их представителям. Государственным органам и их должностным лицам такие сведения могут быть предоставлены исключительно в случаях и в порядке, предусмотренных законом. В случае разглашения банком сведений, составляющих банковскую тайну, клиент, права которого нарушены, вправе потребовать от банка возмещения причиненных убытков (ст. 857 ГК РФ).

Закрепление в законе отступлений от режима банковской тайны не может быть произвольным. Такие отступления (в частности, предоставление банками, иными кредитными организациями и их служащими сведений о счетах и вкладах и операциях по счету, а также сведений о клиентах государственным органам и их должностным лицам) должны отвечать требованиям справедливости, быть адекватными, соразмерными и необходимыми для защиты конституционно значимых ценностей и могут быть оправданы лишь необходимостью обеспечения указанных в ст. 55 (ч. 3) Конституции Российской Федерации целей защиты основ конституционного строя Российской Федерации, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц и общественной безопасности¹¹.

Доступ к банковской тайне должен осуществляться только через судебное решение. Это не менее важное право, чем частные телефонные переговоры или частная почтовая корреспонденция.

В Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»¹² (ст. 9 Основания и порядок судебного рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении оперативно-розыскных мероприятий) предлагаем внести изменения: в перечень важнейших конститу-

ционных прав, которые могут быть ограничены лишь в судебном порядке, добавить банковскую тайну.

Статью 9 предлагаем изложить в следующей редакции: «Рассмотрение материалов об ограничении конституционных прав граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, на неприкосновенность жилища, банковскую тайну при проведении оперативно-розыскных мероприятий осуществляется судом».

¹ См. : Уголовный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (в ред. от 21 июля 2011 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 25. Ст. 2954.

² См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный) / под ред. С. П. Гришаева, А. М. Эрдэлевского. Подготовлен для системы «КонсультантПлюс». Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». 2007.

³ О банках и банковской деятельности : feder. закон от 2 декабря 1990 г. № 395-1 (в ред. от 15 ноября 2010 г., с изм. от 7 февраля 2011 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 25. Ст. 2954.

⁴ О кредитных историях : feder. закон от 30 декабря 2004 г. № 218-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2005. № 1 (ч. 1). Ст. 44.

⁵ Об утверждении Положения о Федеральной службе по финансовым рынкам : постановление Правительства РФ от 30 июня 2004 г. № 317 (в ред. от 4 февраля 2011 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2011. № 27. Ст. 2780.

⁶ О внесении изменений в часть первую и часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации и в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с осуществлением мер по совершенствованию налогового администрирования : feder. закон от 27 июля 2006 г. № 137-ФЗ (в ред. от 29 ноября 2010 г.) // Парламентская газета. 2006. № 126/127. 3 авг.

⁷ См.: Пыхтин С. В. Проблемы совершенствования законодательства о банковских счетах // Банковское право. 2010. № 1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸ См.: Мошкович М. Банки-информаторы // ЭЖ-Юрист. 2007. № 18.

⁹ См.: Воронцова С. В., Золотарева А. Ю. Сохранение банковской тайны и новые электронные технологии // Налоги. 2010. № 22. С. 20–25.

¹⁰ По жалобе гражданки Шевелевой Ларисы Анатольевны на нарушение ее конституционных прав пунктом 4 части первой статьи 448 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации : определение

М. Ю. Молочкин

Конституционного Суда РФ от 14 декабря 2004 г. № 452-О // Вестн. Конституционного Суда РФ. 2005. № 3.

¹¹ По делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 14 Федерального закона «О судебных приставах : постановление Конституционного Суда РФ от 14 мая 2003 г. № 8-П // Вестн. Конституционного Суда РФ. 2003. № 4.

¹² Об оперативно-розыскной деятельности: федер. закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ (в ред. от 28 декабря 2010 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 33. Ст. 3349.

М. Ю. Молочкин

аспирант

Воронежский государственный университет

**ОСМОТР МЕСТА ПРОИСШЕСТВИЯ
ПО ДЕЛАМ О БАНДИТИЗМЕ**

Следственный осмотр – процессуальное действие, предусмотренное ст. 176–178 УПК РФ, состоящее в непосредственном наблюдении, обнаружении, восприятии, закреплении и анализе следователем различных объектов для установления их признаков, свойств, состояния, взаиморасположения и определения их значимости в качестве доказательств по делу. Цель следственного осмотра заключается в том, чтобы получить доказательства, способствующие раскрытию и расследованию преступления. Их следователь получает из двух источников: 1) люди и 2) вещи. Первые – это свидетели, потерпевшие, подозреваемые, обвиняемые. Вещи – все иные объекты материального мира, несущие информацию о расследуемом событии. Их форма, содержание, местонахождение и другие признаки могут отражать какие-либо обстоятельства совершения преступления. Иногда вещи называют «немыми свидетелями» преступления. Практически невозможно представить себе уголовное дело, где не фигурировали бы вещественные доказательства, и ни одно из них не может оказаться в материалах дела без предварительного осмотра.

© Молочкин М. Ю., 2011

От того, насколько криминалистически грамотно произведено следственное действие, часто зависит успех всего расследования. Не случайно криминалисты особо подчеркивают важность осмотра места происшествия и обнаруженных там объектов. Известный русский юрист XIX в. В. Леонтьев еще в 1887 г. писал: «Осмотры составляют основу всего следствия, и нет предела в тщательности, с которой они должны производиться»¹.

Осмотр места происшествия является неотложным следственным действием, поскольку обстановка места происшествия, особенно следы, подвержены различного рода воздействиям как со стороны людей, так и со стороны сил природы. В связи с этим осмотр места происшествия может производиться до возбуждения уголовного дела.

Тактическая операция «Осмотр места происшествия» – это обусловленная следственной ситуацией система скоординированных следственных действий (во всех случаях производства включает осмотр места происшествия), иных процессуальных действий, оперативно-розыскных, розыскных и организационно-подготовительных мероприятий, имеющих алгоритмический характер и осуществляемых на месте происшествия под единоличным руководством следователя с привлечением иных лиц для получения в максимально короткие сроки исходного массива криминалистически значимой информации о совершенном преступлении.

Структура тактической операции «Осмотр места происшествия» включает следующие элементы: цель (получение в максимально короткие сроки массива криминалистически значимой информации о совершенном преступлении посредством использования возможностей субъектов, взаимодействующих со следователем), субъект (следователь и взаимодействующие с ним лица), объект (место происшествия как совокупность материальных предметов окружающего мира, содержащих следы преступного воздействия), совокупность внешних условий производства (временные и ситуационные особенности), совокупность используемых тактических средств.

К признакам исследуемой тактической операции относятся неотложность, уникальность, острый дефицит исходной

информации, повышенный уровень конфликтности, ограниченность жесткими временными рамками, наличие элементов ряда других тактических операций, базовый характер, необходимость использования значительных материально-технических и «человеческих» ресурсов, ситуативность.

Под совокупностью внешних условий, в которых осуществляется взаимодействие субъектов тактической операции «Осмотр места происшествия» с ее объектом, следует понимать временные и ситуационные особенности производства операции.

Временные особенности производства данной операции, думается, заключаются в следующем: 1) это единственная тактическая операция, производство которой в полном объеме возможно до возбуждения уголовного дела; 2) операция весьма «компактна» по времени: началом ее производства является момент принятия следователем решения о выезде на место происшествия; окончанием – оставление следователем места происшествия после выполнения всех возможных действий, направленных на получение криминалистической значимой информации; 3) достижение цели этой тактической операции напрямую зависит от периода времени, прошедшего с момента совершения преступления до момента начала ее производства.

Ситуационные особенности производства тактической операции «Осмотр места происшествия» связаны со спецификой совершенного преступления, вследствие чего в каждом случае планирования и производства данной операции необходимо учитывать видовую криминалистическую характеристику совершенного уголовно наказуемого противоправного деяния.

Осмотр места происшествия по делам о бандитизме имеет специфические процессуальные и тактические особенности его производства. Как первоначальное следственное действие осмотр места происшествия играет большую роль в расследовании бандитизма. Его результаты позволяют получить информацию о количестве лиц, участвовавших в совершении преступления, характере разделения функций между ними, степени преступного профессионализма в деятельности со-

участников, характере технических средств, использованных в ходе совершения преступления, степени подготовленности банды к совершению нападения.

Осмотру места происшествия по делу о бандитизме подвергаются место нападения на потерпевшего, место дислокации банды, гаражи, автомашины и т.д. Особенno важен осмотр места нападения банды на потерпевшего. Следует отметить, что преступления, совершаемые бандами, как правило, имеют корыстный мотив. В связи с этим нередко центральную часть осмотра места происшествия занимает то или иное помещение или хранилище: квартира, офис и т.д., а при бандитизме на дорогах – транспортные средства, которые подверглись нападению. В ходе осмотра места происшествия необходимо сочетать тактические рекомендации по осмотру мест происшествия различных категорий дел, в частности, убийств, грабежей, разбоев, причинений вреда здоровью и т. п. Крайне важно собрать объективные данные о способе проникновения виновных в помещение, хранилище, транспортные средства. Если преступление совершено в квартире, следует осмотреть двери соседних квартир, а также дверной звонок. Кроме того, в число объектов осмотра входят устройства связи и сигнализации, в частности, выясняются такие вопросы, как их наличие, состояние, видимые неисправности и повреждения. К важнейшим задачам осмотра относятся также выявление и фиксация следов, по которым составляется информационная модель виновных, а в дальнейшем идентифицируются их личности. Это следы рук, обуви, микроволокна от одежды виновных и т.п. Особое внимание уделяется месту хранения ценностей. Если в помещении имеется несколько аналогичных хранилищ, все они должны быть осмотрены с целью выяснения следующих сведений: хранятся ли в них какие-либо ценности; если да – в каком количестве; имеются ли на хранилище следы, свидетельствующие о попытках проникновения. Доказательственное значение имеют различные пахучие средства, применяемые бандитами для предотвращения возможности использования служебно-розыскной собаки (табак, нафталин, перец и т.п.) Эти средства подлежат осмотру

и изъятию, направляются на экспертизу, а в дальнейшем, по возможности, подвергаются идентификационным исследованиям.

Одной из ошибок следствия при производстве осмотра места происшествия по делам данной категории является необоснованное ограничение его только тем помещением или небольшим участком местности, где совершено нападение. Между тем необходимо выяснить систему входа в здание, наличие и вид кодовых замков и сигнализации, записей цифр кода на стенах подъезда, изучение следов автотранспорта, пути подъезда автотранспорта и т. п. Если банда нападает на лиц на открытой местности (например, при нападении на инкассаторов, дальнебойщиков), место происшествия может представлять собой протяженную полосу, включающую в себя: место ожидания виновными потерпевшего; место, где осуществлялось преследование потерпевших; место, где виновные вступили в контакт с потерпевшими; место убийства и причинения вреда здоровью; место завладения ценностями; пути отхода виновных. В таких ситуациях для определения границ осмотра необходимо обследовать окружающую местность для выявления следов и объектов, представляющих интерес для дела. Обнаруженные объекты осматриваются следователем. При проведении подобных осмотров следует избрать какой-либо общий стабильный, неподвижный ориентир, относительно которого фиксируется положение осматриваемых объектов. Это обеспечивает цельность восприятия информации и представления о происшедшем.

Весьма часто виновные используют для совершения нападений транспортные средства. В ходе осмотра необходимо выявлять следы этих транспортных средств, как на самом месте происшествия, так и на путях подъезда к нему и отъезда. В ряде случаев обнаруживают также брошенные бандой автомобили, в ходе осмотра которых могут быть выявлены следы рук и обуви виновных, микроволокна их одежды, следы загрязнений от обуви, различные предметы, забытые виновными. Если машина подвергалась обстрелу или из нее произвелись выстрелы, могут быть обнаружены пули, пробоины,

гильзы, определено место нахождения стрелявших лиц. У такой машины в обязательном порядке должны быть осмотрены номерные знаки и номера агрегатов для выявления следов изменений. Кроме того, в ходе осмотра устанавливают: состояние автомашины, наличие у нее дефектов, положение рычагов управления, состояние дверей, замков, показания спидометра, наличие ключей, документов, бумаг; состояние шин, тип протектора, степень его изношенности, дефекты и особенности, которые позволяют идентифицировать автомашину; содержимое багажника, вещевого ящичка, салона; следы биологического происхождения (в первую очередь крови) на внутренней поверхности салона, в багажнике, в щелях и т.п.; микроследы от одежды обвиняемых, потерпевшего (если он находился в машине); следы рук и обуви участников банды и т.п. При нападениях на организации, в том числе на банки, виновные в течение определенного времени, ожидая подходящий момент нападения, могут находиться в помещении и, например, заполнять различные фиктивные бланки, в которых будут содержаться образцы почерка; а в некоторых случаях эти бланки заполняются на реальных лицах. При нападениях с целью завладения оружием осмотру должны подвергаться как место самого нападения и завладения оружием, так и окружающая территория, на которой может быть обнаружено похищенное и спрятанное оружие.

Результаты опроса сотрудников, занимавшихся расследованием бандитизма, свидетельствуют, что чаще всего версия о совершении бандитизма выдвигается при обнаружении следов насильственного преступления. Так, более 60 % из опрошенных следователей и оперативных работников сообщили, что выдвигали такую версию, как правило, уже при осмотре места происшествия. Основывалась она, по их мнению, на совокупности данных, характерных для действий банды (наличие трупа, следов нескольких нападавших, применения оружия и т.п.).

Важной формой деятельности следователя при осмотре места происшествия является моделирование, т.е. восстановление механизма совершенного преступления, иными сло-

вами, создание возможного приближенной к истине. К числу оснований, рассматриваемых версий могут быть отнесены следы ожидания жертвы несколькими субъектами, иногда находящимися на различных участках, выполнения одними из них операций, позволяющих действовать другим, одновременного совершения разными лицами действий без создания помех друг другу и т.д.

Важным признаком бандитизма, который может быть выявлен в ходе осмотра места происшествия, будет являться наличие следов применения оружия. В некоторых случаях уже в ходе осмотра имеются все основания, что подобное оружие уже использовалось при совершении других преступлений.

По последовательности производства следственный осмотр классифицируется на первичный и повторный. Повторный осмотр производится в тех случаях, когда первоначальный проходил в неблагоприятных условиях (в дождь, ночью), в связи с чем важные для установления истины следы и предметы могли быть не обнаружены, или был проведен недоброкачественно: не исследовались существенные для дела обстоятельства; не привлекались сведущие лица и т.д.

По объему следственный осмотр бывает основным и дополнительным. Последний производят в тех случаях, когда в ходе дальнейшего расследования выясняется, что отдельные объекты были вовсе не осмотрены или это сделано недостаточно детально. Дополнительный осмотр и призван устранить допущенные пробелы².

Осмотр места происшествия при бандитизме зачастую включает как составные элементы все другие виды следственного осмотра. На месте происшествия нередко присутствуют и предметы, и документы, и трупы; само место обычно является участком местности или помещением. В такой ситуации осмотр всех составляющих будет производиться в рамках одного следственного действия и оформляться одним протоколом. Поэтому, несмотря на отдельные особенности и специфику каждого вида осмотра, все они представляют собой единство однородных явлений, что и позволяет выделить общие тактические положения их производства: единое руководство

осмотром; своевременность; объективность; полнота; планомерность осмотра; использование технико-криминалистических средств и методов, помощи специалистов и оперативных подразделений; безопасность осмотра³.

Единое руководство осмотром необходимо потому, что следственный осмотр места происшествия – сложное действие, связанное с привлечением значительного числа лиц, выполняющих различные функции. Успех в работе зависит от того, насколько четко и криминалистически грамотно будет организована деятельность каждого участника осмотра, что осуществимо лишь при едином руководстве осмотром. По закону оно возлагается на следователя. Все остальные лица, в том числе и руководящие работники правоохранительных органов, должны исходить из того, что следователь – ответственный за результаты осмотра. Задача руководителей – обеспечить следователю необходимую помощь. В противном случае возможна несогласованность действий участников осмотра, ведущая к изменению обстановки, уничтожению следов преступления и утрате предметов, имеющих важное доказательственное значение.

Своевременность осмотра заключается в том, что после сообщения о происшествии следователь и другие лица безотлагательно выезжают на место происшествия для его осмотра. Это требование направлено на обеспечение максимальной сохранности обстановки места происшествия и непосредственно влияет на эффективность и результивность осмотра. Именно поэтому осмотр места происшествия относится к неотложным следственным действиям⁴.

Объективность осмотра предполагает исследование и фиксацию всех объектов в том виде, в каком они были обнаружены; недопустимость отражения в протоколе выводов, заключений и предположений следователя, оперативного работника или других участников осмотра.

Полнота осмотра гарантирует, что все находящиеся на месте происшествия следы и предметы, имеющие отношение к расследуемому делу, будут обнаружены, исследованы и надлежащим образом отражены в протоколе осмотра и прило-

жениях к нему. Полнота, кроме того, означает такое его проведение, которое исключает необходимость в повторном осмотре по мотивам недостаточности первоначального. В любом случае повторный осмотр не может заменить первоначального, поскольку отделен от преступного события большим промежутком времени⁵. Вследствие этого осматриваемые объекты под воздействием неблагоприятных погодных условий, технических средств, людей, животных и насекомых могут претерпеть существенные изменения или быть уничтожены⁶.

Планомерность осмотра состоит в правильном определении последовательности действий следователя и всех участников осмотра, заключающейся в объективном анализе полученной информации, конкретизации решаемых задач и необходимых для этого средств; уточнении круга и очередности конкретных действий и операций; распределении имеющихся сил и средств. Планомерность обеспечивает полноту, своевременность и качество выполнения всех необходимых действий, а в итоге – максимальную эффективность следственного осмотра.

Кроме того, важным является и использование технико-криминалистических средств и методов, помочь специалистов оперативных подразделений. Выбор тех или иных средств и методов определяется целью и характером проводимого осмотра, особенностями объектов и следов, для обнаружения и фиксации которых эти средства используются. Специалист – это квалифицированный помощник следователя. Он может обратить внимание следователя на обстоятельства, трудно воспринимаемые в конкретных специфических условиях, оказывает содействие в изъятии объектов, высказывает суждения о механизме и причинах образования тех или иных следов, что способствует выдвижению более обоснованных версий. Участие специалиста в осмотре обязательно в двух случаях: при осмотре трупа и при освидетельствовании лица иного, чем следователь, пола. Однако сейчас методически обязательным участие специалистов считается тогда, когда в ходе следственного действия могут встретитьсяся объекты, осмотр, исследование или фиксация которых требуют специаль-

ных познаний, отсутствующих у следователя. Это, например, осмотр мест пожара, взрыва, крушения, аварии. Использование оперативных возможностей необходимо для получения дополнительной информации о характере происшествия, лицах, к нему причастных, местонахождении и признаках объектов, имеющих значение для дела. Такая информация позволяет выдвинуть новые версии и глубже проверить отрабатываемые, выявить и закрепить следы и предметы, могущие стать доказательствами по уголовному делу.

По окончании осмотра следователь принимает меры к сохранению тех вещественных доказательств, изъять которые с места происшествия невозможно⁷.

Безопасность осмотра обеспечивается его правильной организацией; четким распределением функций между его участниками; использованием знаний специалистов, например, баллиста (оружейника), пожарного, химика, взрывотехника, специалиста по работе с радиоактивными материалами, своевременным привлечением к осмотру кинолога со служебно-розыскной собакой для обнаружения взрывных устройств; правильным применением криминалистических средств, приемов и методов.

УПК РФ устанавливает, что следственные действия производятся с участием понятых (не менее двух) и без их участия (ч. 3 ст. 170 УПК РФ). В случае производства следственного действия без участия понятых применяются технические средства фиксации его хода и результатов. При невозможности их использования следователь вносит соответствующую запись в протокол и поясняет, почему это нельзя было сделать⁸.

Осмотр местности, помещений, места происшествия производится в пределах их границ и требует предварительной подготовки. Она зависит от содержания события и физических пределов помещений, участков местности⁹. Этим осмотром выявляются пути подхода преступников к месту происшествия, пути ухода от него; в ходе осмотра проводятся мероприятия по поиску скрывшихся преступников, прочесывание местности. Поиск доказательств, их изъятие и осмотр проводятся по правилам осмотра места происшествия¹⁰.

Осмотр предполагает применение технических средств: общее, узловое, детализированное фотографирование, видеосъемку, применение средств поиска и изъятия следов, микрочастиц, измерения расстояний, осмотра документов и др. – перечень в данном случае не исчерпывающий. Надо определить исходное место осмотра – по общему правилу это место начала движения преступников или их проникновения в помещение, в автотранспорт. Затем выделяются отдельные участки осмотра и производится их последовательное изучение¹¹.

Следственный осмотр места происшествия помогает решить следующие важные задачи расследования: разобраться в обстановке места происшествия, выяснить, как развивались события, понять действия преступников; выявить и изъять следы совершенного преступления; установить возможные источники получения других доказательств; получить информацию для выдвижения следственных версий; решить вопрос о приобщении к делу того или иного предмета в качестве вещественного доказательства; проверить другие источники доказательств по делу¹².

Решение задач осмотра возможно с учетом различных ситуационных факторов: времени совершения преступления, типичных обстоятельств, характеризующих определенные группы преступлений, связи жертвы и преступников, способа и механизма совершения преступления, предмета хищения и т.д. Материальным носителем изменений, произошедших в результате события преступления, является обстановка места происшествия. Необходимо особое внимание уделять поиску и фиксации следов в широком смысле, которые имеют большое информационно познавательное значение для расследования бандитизма. Обратить внимание на особенности тактики осмотра места происшествия: вне помещения; при нападении, связанном с убийством; при нападении с использованием огнестрельного оружия; при использовании преступниками автотранспорта.

Когда преступление еще не раскрыто, на факт его совершения бандой могут указывать следующие признаки: высокий уровень осведомленности об объекте преступного посягательства; наличие следов, свидетельствующих о тщательной подготов-

ке совершения преступления и его сокрытия; наличие следов, свидетельствующих о совершении преступления несколькими лицами (множественность различных следов, относящихся к разным лицам или предметам, используемым при совершении преступлений; следы перемещения громоздких или тяжелых предметов, что не в состоянии сделать один человек; характер изменений в обстановке места происшествия; предмет преступного посягательства и вещи преступников, свидетельствующие о принадлежности их различным лицам, и т.д.).¹³

Вывод о том, что преступников было несколько, может быть сделан по следам рук только после исключения их принадлежности потерпевшему или лицам из его окружения. По данному критерию были раскрыты ряд преступлений банды В. Н. Попова, В. Т. Скулганова и Р. А. Гилашвили. В частности, Попов был ранее судим за совершение тяжких преступлений и данные его дактилоскопии имелись в базе данных следственных органов. В 2010 г. вышеуказанные лица были осуждены к реальным срокам лишения свободы от 8 до 15 лет.

Таким же образом оцениваются и следы ног (обуви). Различия устанавливаются по конфигурации и размерам следов обуви, отобразившимся в следах признакам подошвенной части и – при наличии дорожек следов – по различиям в признаках походки.

Полезную информацию может дать анализ следов курения. О том, что преступников было несколько, свидетельствуют: наличие сигарет или папирос разных марок; различия в способе тушения, манере докуривать их до конца («до фабрики») или оставлять окурок той или иной величины; привычка сминать гильзу папирозы своеобразным способом; признаки использования мундштука; следы губной помады. Различия могут быть установлены и путем исследования слюны на окурках. При обнаружении окурков сигарет или папирос одной марки следует обратить внимание на товарный знак, поскольку они могли быть изготовлены на разных фабриках, что указывает на принадлежность окурков разным лицам.

Указанием на то, что преступление совершено бандой, служат следы перемещения громоздких или тяжелых предметов,

значительный объем и вес похищенного. При обнаружении трупа с признаками насильтвенной смерти о бандитском характере преступления свидетельствуют различия в орудиях, которыми причинены повреждения; профессиональные узлы примененные при связывании потерпевшего или при упаковке трупа; следы истязаний потерпевшего при жизни. Признаком преступления, совершенного бандой, может послужить и способ сокрытия убийства (место захоронения, способ расчленения трупа, вид инсценировки несчастного случая и т.п.)¹⁴.

Способ совершения преступления выступает свидетельством банды в тех случаях, когда отличается особой изощренностью или сложностью. Наконец, о банде могут свидетельствовать изменения в обстановке места происшествия соотносительно с продолжительностью пребывания там преступников. Так, значительные изменения обстановки квартиры, опорожненные ящики с бельем, разбросанные вещи, вскрытые ящики письменного стола, буфета, шкафа в сопоставлении с тем установленным фактом, что время пребывания бандитов в квартире не могло превышать получаса, позволяют предположить, что преступник был не один. Изменения в обстановке места происшествия могут заключаться и в оставленных там предметах, принадлежащих преступникам или ими принесенных.

Все обнаруженные следы, предметы, изменения обстановки места происшествия должны быть оперативно оценены под углом зрения их относимости к расследуемому событию, а с позиций нашего исследования – и в плане версии группового преступления. Оперативная оценка следов преступления и преступников предполагает: установление причин образования следов; определение способов образования следов, временных и пространственных обстоятельств их образования, т.е. мысленную реконструкцию события преступления; определение связи обнаруженных следов с преступлением, исключение следов, не относящихся к делу, и получение данных для поиска дальнейших следов; установление следообразующих объектов; выявление данных о личности преступников и исключение лиц, не причастных к преступлению; выявление

связи обнаруженных следов с материалами о других преступлениях (в частности, аналогичных по способу совершения и т.п.); получение информации для выдвижения версии планирования расследования¹⁵.

В зависимости от содержания исходной информации версия может характеризоваться большей или меньшей степенью конкретности. Чаще всего данные лишь одного осмотра места происшествия позволяют только до известного предела конкретизировать типовую версию, объясняющую суть расследуемого события в общих чертах. Но даже такая версия может предполагать, что преступление совершено бандой¹⁶.

Исходная информация, полученная в результате осмотра места происшествия, в значительной своей части относится к биологическим свойствам личности преступников, которые проявляются: в антропологических признаках (расовая, половая, возрастная характеристики); физических особенностях преступников и внешней анатомии их тел (черты лица, морфология кожных узоров, размеры тела и его структурно-механические свойства и др.); функционально-анатомических особенностях; биохимических особенностях (специфика состава слюны, крови, пота, спермы, тканей тела, запаха и пр.); патологических аномалиях всех указанных элементов.

Помимо биологических свойств указанная выше информация может содержать и данные об опыте, знаниях, навыках, привычках и умениях преступников. Задача следователя при выдвижении версии о групповом преступлении – суметь четко дифференцировать все собранные данные личности преступников, объединив их по признакам, характеризующим каждого из участников. Вместе с тем важно обеспечить надежное хранение, качественный анализ этой информации и ее тактическое и стратегическое применение (включая использование документов, принадлежащих данной банде)¹⁷.

Осмотр места происшествия в ряде случаев выявляет негативные обстоятельства (например, отсутствие следов пальцев или обуви в тех местах, где они обязательно должны были остаться), позволяющие выдвинуть версию о возможной инсценировке бандитского нападения. При бандитском нападе-

нии между потерпевшим и преступниками может происходить борьба, схватка, при которой волокна одежды преступников попадают на одежду потерпевшего. Обнаружение их значительно облегчает изобличение подозреваемых, и поэтому одежда потерпевшего должна быть как можно скорее подвергнута осмотру. Он производится при хорошем освещении с использованием луп с большим увеличением или под микроскопом. При отрицательных результатах осматриваемую одежду следует сложить лицевой стороной вовнутрь, упаковать в целлофановый пакет и направить на экспертизу, где поиск микроволокон благодаря использованию специальной аппаратуры может быть более результативным. В задачу осмотра одежды потерпевшего входит также исследование повреждений, образовавшихся от орудий, которыми причинены телесные повреждения. По форме повреждений в ряде случаев можно судить, чем именно преступники были вооружены (ножом, шабером, заостренным треугольным напильником, шилом). По данному признаку, например, была доказана причастность к совершению иных преступлений в составе банд В. И. Черемушкина, С. И. Черемушкина, А. Ю. Дедекина, Г. Р. Алавердяна.

Иногда целью осмотра одежды потерпевшего является отыскание частиц крови преступников, которая может попасть на одежду, если во время борьбы преступник получил телесные повреждения или они имелись у него еще до нападения. Если потерпевший во время нападения был избит, то в соответствии с требованием уголовно-процессуального законодательства производится его освидетельствование. При этом фиксируется характер повреждений, которые обязательно фотографируются по правилам масштабной фотосъемки.

При осмотре места происшествия необходимо определить места сбора банды и предварительного наблюдения за потерпевшими, пути ее перемещений в виде следов транспорта, обуви, окурков, остатков пищи и ее упаковки, предметов маскировки, боеприпасов, оружия, тайников. Представляется необходимым именно на этом этапе назначить судебные экспертизы в зависимости от вида следов, сравнить способ совершения преступления с подобными ему. В любом случае необ-

ходимо зафиксировать обстановку на местах осмотра с применением видеозаписи.

В ходе осмотра места происшествия версия о совершении преступления бандой может быть выдвинута на основании объяснений очевидцев о согласованных действиях вооруженных субъектов нападения, действовавших синхронно, четко и последовательно, использовавших выработанные приемы и операции. В ситуациях отсутствия очевидцев основаниями для выдвижения таких версий могут послужить сведения об использовании неустановленными субъектами места, времени, способов нападений, аналогичных условиям обстановки, приемам и методам нераскрытых преступлений. Проверка подобных версий начинается в ходе осмотра места происшествия и продолжается в процессе дальнейшего расследования. В связи с этим предлагается изучать маршруты передвижения участников группы, сопоставлять их с нераскрытыми преступлениями, после чего выявлять признаки их совершения указанными лицами.

Следственный осмотр имеет задачу обнаружения, фиксации и изъятия объектов и обстоятельств, имеющих значение для установления истины по уголовному делу, их признаков, свойств, состояния и взаиморасположения. Промедление с осмотром может повлечь за собой нарушение обстановки на исследуемом объекте и утрату следов преступления. В то же время своевременно и качественно произведенный осмотр может предоставить следствию важные фактические данные, относящиеся ко всем обстоятельствам, входящим в предмет доказывания. Полученные при этом сведения позволяют выдвинуть обоснованные версии, наметить целесообразные пути их проверки, определить круг лиц, среди которых нужно искать преступников и, в конечном счете, способствуют раскрытию преступления и изобличению виновных. Тщательно произведенный осмотр по количеству и ценности доказательств, получаемых при его производстве, представляет собой одно из наиболее эффективных следственных действий.

Рассматривая положения УПК РФ, посвященные осмотру места происшествия, можно заметить, что существует проти-

воречие ч. 2 и 3 ст. 177 УПК РФ. В ч. 2 указывается, что осмотр следов преступления и иных обнаруженных предметов производится на месте происшествия, а ч. 3 говорит о возможности осмотра вне пределов места происшествия лишь предметов, но не следов. Статья 176 УПК РФ вообще не называет предметы в качестве объектов следственного осмотра. Аналогичная ситуация и с направленностью осмотра места происшествия исключительно на установление следов преступления, так как значение для уголовного дела могут иметь также и следы, возникшие до или после совершения преступления.

Хотелось бы обратить внимание на неудачное деление следственного осмотра на виды, предложенное законодателем в ч. 1 ст. 176 УПК РФ, из содержания которой следует, что разновидностями следственного осмотра являются, в частности, осмотр места происшествия, местности, жилища, иного помещения. Действительно, все это виды следственного осмотра, однако их классификация осуществлена по различным основаниям: выделение осмотра местности, жилого и иного помещения – в зависимости от вида объекта следственного осмотра; выделение осмотра места происшествия – в зависимости от наличия (отсутствия) факта подготовки и (или) совершения преступления в пределах объекта следственного осмотра.

¹ Цит. по: *Баянов А. И. Стратегия и практика в структуре следственного действия // Криминалистические чтения, посвященные 100-летию со дня рождения профессора Б. И. Шевченко : тезисы выступлений.* М., 2004. С. 46–49.

² См.: *Сиваев В. С. Следственные действия до возбуждения уголовного дела : теория и практика применения // Уголовное досудебное производство : проблемы теории практики: материалы межвузовской науч.-практ. конф. (6 октября 2004 г.). Омск, 2004.* С. 165–170.

³ См.: *Яблоков Н. П. Криминалистика в вопросах и ответах : учеб. пособие.* М., 2006. С. 125.

⁴ См.: *Власова Н. А., Соловьев А. Б., Токарева М. Е. Общие условия предварительного расследования : монография.* М., 2005. С. 7.

⁵ См.: *Уголовный процесс : учебник / под ред. А. В. Смирнова.* М., 2007. С. 342.

⁶ См.: *Безлекин Б. Т. Уголовный процесс России : учеб. пособие для вузов.* М., 2006. С. 145.

⁷ См.: Яблоков Н. П. Криминалистика : учеб. для вузов и юрид. факультетов. М., 2006. С. 140.

⁸ См.: Тертышник В. М. Непосредственное обнаружение и техническое документирование преступного деяния : (концептуальная модель процессуального института и нового следственного действия) // Право и политика. М., 2004. № 5. С. 113–118.

⁹ См.: Власова Н. А., Соловьев А. Б., Токарева М. Е.. Указ. соч. С. 23.

¹⁰ См.: Леонова О. В. Особенности проведения некоторых следственных действий по уголовно-процессуальному законодательству // Актуальные проблемы современного уголовного процесса России : сб. науч. статей. Самара, 2005. С. 112–118.

¹¹ См.: Аверьянова Т. В., Белкин Р. С., Корухов Ю. Г. Криминалистика : учеб. для вузов. М., 2007. С. 137.

¹² Осмотр места происшествия : практ. пособие / под ред. А. И. Дворкина. М., 2001. С. 25.

¹³ См.: Дубровицкая Л. П., Лузгин И. М. Планирование расследования. М., 2008. С. 90.

¹⁴ См.: Ванюшкин С. В. Организованная преступность в России и направления борьбы с ней : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 10, 47–50.

¹⁵ См.: Баев О. Я. Тактика следственных действий. Воронеж, 1998. С. 95.

¹⁶ См.: Мухин А. Организованная преступность в Российской Федерации. М., 2007. С. 40–45, 48–52.

¹⁷ См.: Филиппов А. Г. Криминалистика : учебник. М., 2000. С. 352.

М. А. Новикова

кандидат юридических наук, доцент

*Российская академия народного хозяйства
и государственной службы при Президенте РФ
Липецкий филиал*

УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАЗГЛАШЕНИЯ ДАННЫХ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ И СВЕДЕНИЙ О МЕРАХ БЕЗОПАСНОСТИ

Необходимость сохранения в тайне данных предварительного расследования и сведений о мерах безопасности, приме-

© Новикова М. А., 2011

няемых в отношении участников уголовного судопроизводства, является своеобразной, характерной чертой расследования и важной гарантией раскрытия и эффективного расследования¹ преступлений в современных условиях, а также одной из гарантий соблюдения законных прав и интересов граждан, которые могут пострадать от преждевременной огласки сообщенных ими данных.

При рассмотрении уголовно-правовой характеристики разглашения данных предварительного расследования и сведений о мерах безопасности, применяемых к участникам уголовного судопроизводства, следует отметить, что судебной практики, разъяснений Верховного Суда РФ по делам этой категории нет. В комментариях различных авторов к УК РФ, публикациях научных и практических работников излагаются иногда противоречивые точки зрения по вопросам квалификации данных преступлений.

Недопустимость разглашения данных предварительного расследования закреплена в законе как одно из общих условий этого расследования (ст. 161 УПК РФ). За разглашение данных предварительного расследования без разрешения субъекта расследования установлена уголовная ответственность (ст. 310 УК РФ). За разглашение сведений о мерах безопасности, применяемых в отношении судьи и участников уголовного процесса, отдельно предусмотрена уголовная ответственность (ст. 311 УК РФ).

Объектом преступления, предусмотренного ст. 310 УК РФ, выступают общественные отношения, обеспечивающие тайну предварительного расследования как необходимое условие успешного осуществления расследования. *Объективная сторона* преступления состоит в разглашении данных предварительного расследования лицом, предупрежденным в установленном законом порядке о недопустимости их разглашения, если оно совершено без согласия следователя или лица, производящего дознание. Установленный законом порядок – это порядок, регламентированный ч. 2 ст. 161 УПК РФ. Таким образом, отправными положениями для обеспечения охраны

тайны следствия при производстве предварительного расследования являются положения ст. 161 УПК РФ.

Полагаем, что один из основных недостатков редакции ст. 310 УК РФ – отсутствие в ней указания на то, что уголовно наказуемо разглашение не любых данных предварительного расследования, а лишь тех из них, которые составляют тайну предварительного расследования.

С *субъективной стороны*, преступление совершается с прямым умыслом. *Субъект преступления* специальный – лицо, достигшее 16 лет и надлежащим образом предупрежденное о недопустимости разглашения данных предварительного расследования.

Так, ч. 2 ст. 161 УПК РФ предусматривает отобрание подписки у участника уголовного судопроизводства с предупреждением об ответственности в соответствии со ст. 310 УК РФ. В ч. 3 ст. 161 УПК РФ указано, что данные предварительного расследования могут быть переданы гласности лишь с разрешения следователя, дознавателя и только в том объеме, в каком ими будет признано это допустимым, если разглашение не противоречит интересам предварительного расследования и не связано с нарушением прав и законных интересов участников уголовного судопроизводства.

Статья 311 УК РФ предусматривает уголовную ответственность за разглашение сведений о мерах безопасности, применяемых в отношении судьи и участников уголовного процесса. При этом содержание разглашаемых сведений имеет особенность: они должны касаться обеспечения безопасности участников уголовного процесса, их близких родственников, родственников и близких лиц.

Объектом преступления, предусмотренного ст. 311 УК РФ, являются общественные отношения, обеспечивающие безопасность участия личности в производстве по уголовному делу, как важное условие достижения цели (назначения) уголовного судопроизводства (ст. 6 УПК). Факультативным объектом (ч. 2 ст. 311 УК) могут выступать интересы личности, вовлеченной в производство по уголовному делу. Объективная сторона состоит в разглашении сведений о мерах безопас-

ности, применяемых для защиты участников уголовного судопроизводства, их родных и близких. Общественная опасность разглашения сведений о мерах безопасности заключается в том, что это может повлечь за собой опасность для защищаемых лиц, привести преступников и широкую общественность к ознакомлению с секретами относительно приемов и методов деятельности соответствующих правоохранительных органов по обеспечению мер безопасности защищаемых лиц.

С *субъективной стороны*, преступление совершается с прямым умыслом.

Субъект преступления специальный – лицо, достигшее 16 лет, которому эти сведения были доверены или стали известны в связи с его служебной деятельностью.

Квалифицирующим признаком преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 311 УК РФ, является наступление тяжких последствий. В литературе существует довольно однообразное понимание, какие именно последствия разглашения сведений о мерах безопасности надо считать тяжкими. К таковым последствиям предложено относить нападение на защищаемое лицо, уничтожение или повреждение его имущества, причинение защищаемым лицам тяжкого вреда здоровью или смерти и т.п. К тяжким (для правосудия) последствиям в рассматриваемой ситуации можно отнести отказ защищаемого лица давать показания, вследствие чего теряется важный источник доказательств. Практически все исследователи справедливо говорят о том, что в соответствии с редакцией ч. 2 ст. 311 УК РФ, наступление тяжких последствий в результате разглашения мер безопасности – оценочный признак, и его наличие устанавливается судом, исходя из фактических обстоятельств дела.

Проблемы толкования норм УК РФ, а также недостаточная профессиональная подготовка следователей и дознавателей отражаются на результатах следственной работы по уголовным делам исследуемой категории.

Во-первых, только 55 % уголовных дел расследовались в течение двух месяцев, по 45 % уголовных дел были продлены сроки предварительного расследования. Основными причинами продления были: 1) необходимость установления боль-

шого количества свидетелей; 2) необходимость проведения судебных экспертиз; 3) загруженность следователя.

Во-вторых, значительное количество из числа изученных уголовных дел 46 % были приостановлены, в основном, в связи с неустановлением лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого. В дальнейшем, учитывая, что данное преступление относится к категории небольшой тяжести, приостановленные уголовные дела прекращались в связи с истечением срока давности уголовного преследования (п. 3 ч. 1 ст. 24 УПК РФ).

В-третьих, по 35 % дел расследование было прекращено преимущественно по нереабилитирующим основаниям.

Две трети изученных нами дел, несмотря на все сложности, возникавшие при выявлении и расследовании преступных посягательств, были направлены в суд. В суде 55,6 % дел прекращены по амнистии, по 44,4 % дел вынесен обвинительный приговор. Следует отметить, что по обвинительным приговорам назначались наказания, близкие к низшей границе ответственности за предусмотренное посягательство. По всем делам назначались наказания в виде штрафа.

У практических работников возникает ряд проблем, связанных с квалификацией и расследованием подобных посягательств. Рассмотрим отдельные дискуссионные вопросы квалификации указанных посягательств, а также соответствующие результаты следственной и судебной практики по таким делам. По 15 % из изученных дел действия обвиняемого были переквалифицированы на предварительном следствии. Как правило, основной причиной переквалификации служила неправильная оценка следователем действий разгласившего лица и его связи со служебной деятельностью.

Так, уголовное дело № 1-1802 было возбуждено по ст. 310 УК РФ, по факту передачи сотрудникам ОВД видеокассеты с записью протокола допроса потерпевшей редактору газеты «Комсомолец Заполярья». В дальнейшем, в процессе расследования действия были переквалифицированы на ч. 1 ст. 285 «Злоупотребление должностными полномочиями» УК РФ.

Позиция суда по делу не всегда совпадала с позицией обвинения, в результате судебного рассмотрения по 22 % уголовных дел, возбужденных по ст. 310 УК РФ, обвиняемым вменялось по два состава разглашения, с квалификацией следствия суд не согласился и исключил из обвинения повторную ст. 310 УК РФ – как излишне вмененную.

Одна из проблем квалификации при возбуждении уголовного дела разглашения – это конкуренция составов преступлений, предусмотренных ст. 311, 320 УК РФ, в зависимости от категории потерпевшего и исполняемых им функций. В связи с этим необходимо сделать уточнение в диспозиции статьи о том, что *меры безопасности применяются в связи с расследованием или судебным разбирательством конкретного уголовного дела*. Это позволит более четко отграничить действия, входящие в объективную сторону рассматриваемого состава преступления, от тех, которые образуют объективную сторону состава преступления, предусмотренного ст. 320 УК РФ «Разглашение сведений о мерах безопасности, применяемых в отношении должностного лица правоохранительного или контролирующего органа», поскольку «разглашение сведений о мерах безопасности участников уголовного процесса, применяемых в связи с расследованием или судебным разбирательством конкретного уголовного дела, посягает на интересы правосудия и следственной деятельности. Разглашение же сведений о мерах безопасности в отношении должностного лица правоохранительного или контролирующего органа посягает на отношения, регулирующие порядок государственного управления»².

Проведенное исследование позволяет сделать вывод о том, что разглашение данных предварительного расследования – это одно из латентных преступлений, которые в практике выявляются редко, однако на самом деле носят распространенный характер. Кроме того, нами выявлен ряд причин, относящих обе исследуемые правовые нормы к мало «работающим».

Первая причина – отсутствие у практических работников методических рекомендаций по их выявлению, пресечению и расследованию указанных преступлений.

Второй причиной является тот факт, что субъекты расследования своевременно не отбирают у участников уголовного судопроизводства подписки о неразглашении в соответствии со ст. 161 УПК РФ. В свою очередь, это приводит к необоснованным отказам в возбуждении уголовных дел и как следствие – к безнаказанности за совершение разглашения.

Третья причина – в проблеме санкций за разглашение тайны предварительного расследования и сведений о мерах безопасности, применяемых к участникам уголовного судопроизводства.

Так, законодателем преступления, предусмотренные ст. 310, 311 УК РФ, отнесены к категории небольшой тяжести, а преступление, предусмотренное ч. 2 ст. 311 УК РФ, – средней тяжести (ст. 15 УК РФ). По нашему мнению, такие санкции не соответствуют степени общественной опасности совершенных преступлений и отражают общий пассивный настрой законодателя на борьбу с преступлениями против правосудия. В результате у большинства граждан формируется мнение о безнаказанности за разглашения данных расследования и сведений о мерах безопасности, применяемых в отношении участников уголовного судопроизводства.

В связи с этим мы считаем необходимым признать преступления, предусмотренные ст. 310, 311 УК РФ, как преступления против правосудия, тяжкими, наносящими значительный ущерб престижу российского уголовного судопроизводства, ужесточить санкции этих статей и изложить их в новой редакции.

¹ УД № 1-1802 // Архив Октябрьской районной прокуратуры г. Мурманска.

² См.: Маслов А. Е. Следственная тайна как средство преодоления противодействия расследованию : дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2001. С. 96.

Ю. В. Новикова

кандидат юридических наук

Воронежский институт ФСИН России

**ВОПРОСЫ СТРУКТУРНОГО ПОСТРОЕНИЯ
КРИМИНОЛОГИЧЕСКОЙ ХАРАКТЕРИСТИКИ
ПРЕСТУПЛЕНИЙ**

Вопрос о структуре криминологической характеристики преступлений, ее основных элементах и взаимосвязях между ними в литературе еще не был предметом отдельного исследования. В литературе, как по интересующему нас вопросу, так и по второй проблеме, имеются лишь фрагментарные суждения, высказанные учеными, в большинстве своем, при анализе иных проблем.

В разработке концептуальных основ криминологической характеристики преступлений и вычленении ее структурообразующих элементов необходимо исходить из той цели, для достижения которой осуществляются все криминологические исследования.

Г. А. Аванесов, определяя задачи криминологии, писал, что «криминология, во-первых, раскрывает сущность соответствующих явлений и процессов, проникает в механизм их закономерностей с целью «управления» этими явлениями и процессами и предвидения новых событий; во-вторых, криминология изыскивает возможности целенаправленного воздействия на изучаемые ею явления и процессы»¹. Совершенно очевидно, что познание преступности в криминологии – не самоцель, а средство достижения другой, более значимой цели – устранения и нейтрализации детерминант преступности.

Проанализировав работы отечественных криминологов, посвященных проблемам предупреждения преступлений определенного вида, мы приходим к выводу, что в их структуре отчетливо выделяются два относительно обособленных и в

то же время устойчиво взаимосвязанных между собой элемента:

- во-первых, система сведений, служащих обоснованием методических рекомендаций по предупреждению преступлений, – криминологическая характеристика определенного вида (группы) преступлений,
- во-вторых, комплекс методических рекомендаций о приемах и методах осуществления мер предупреждения этих преступлений.

Система сведений об элементах криминологической характеристики преступлений представляет собой первый блок информации, необходимой для осуществления предупредительной деятельности. Именно о нем пойдет речь в данной публикации.

Разработка рекомендаций по предупреждению преступлений определенного вида возможна лишь на основе полного всестороннего, научно обоснованного анализа тех объектов, воздействие на которые предполагается осуществить. Поэтому нужно признать, что криминологическая характеристика отдельных видов (групп) преступлений, которая и представляет собой информационную систему, содержащую комплекс сведений об объектах предупредительного воздействия, является первичной в общей методике предупреждения преступлений.

Второй блок информации включает сведения о закономерностях самой предупредительной деятельности: о принципах ее организации и осуществления; системе и пределах компетенции субъектов, ее осуществляющих; требованиях, предъявляемых к лицам, участвующим в предупреждении преступлений; системе предупредительных мер, избираемых в тех или иных ситуациях; сроках и наиболее оптимальных приемах и правилах их реализации. По существу, данный блок информации представляет собой систему сведений об оправдавших себя на практике, оптимальных с научной точки зрения и не противоречащих нормам права приемах и методах предупредительного воздействия на криминогенные объекты².

В подтверждение данного тезиса приведем следующее высказывание Г. Ф. Хохрякова: «Если обратиться к отдельным

конкретным исследованиям (особенно диссертационным), можно выявить своеобразную схему сбора и анализа криминологической информации. Схема эта включает: криминологическую характеристику преступности (куда входит описание состояния преступности, времени, места и способа совершения преступления и т.п.); описание признаков личности преступника, заключающейся в социальной и социально-демографической, уголовно-, административно-, нравственно-правовой характеристике; анализ обще- и специальных предупредительных мер»³.

Рассматривая проблемы построения разделов комплексных планов профилактики преступлений, Ю. Д. Блувштейн, М. И. Зырин и В. В. Романов выделяют следующие общие черты построения этих разделов: «а) краткие итоги анализа состояния, динамики и структуры данного вида преступности, данной группы преступлений; б) краткое описание условий, им способствующих; в) указание на категории граждан, относительно чаще совершающих преступления данной группы; г) перечень органов и организаций и ответственных лиц, участвующих в реализации мероприятий соответствующего раздела; д) перечень организационных, экономико-хозяйственных, идеально-воспитательных, правовых и иных мероприятий по профилактике данного вида преступности (группы преступлений)»⁴.

Определенное представление о содержании и структуре криминологической характеристики преступлений можно получить на основе анализа учебной и специальной литературы по вопросам предупреждения отдельных видов преступлений или преступности, а также методики разработки предупредительных программ.

Например, Б. И. Бараненко и А. П. Закалюк в методических рекомендациях по подготовке и осуществлению комплексных планов профилактики правонарушений в городах и районах указывают, что определению мер по устранению причин и условий преступности должен предшествовать комплексный криминологический анализ преступности. По мнению этих авторов, подобный анализ включает: 1) определение

состояния преступности и ее тенденций на территории города, района за продолжительный отрезок времени (не менее чем за три года); 2) выявление наиболее распространенных преступлений и социально-демографических групп населения, которыми они чаще всего совершаются, населенных пунктов и трудовых коллективов, в которых чаще всего совершаются преступления; 3) установление факторов, влияющих на состояние преступности, причин и условий, способствующих совершению отдельных видов и групп преступлений⁵.

Согласно позициям А. Б. Сахарова и Л. А. Волошиной, в рамках криминологического исследования структурных частей преступности подлежат изучению «состояние и динамика (изменения) данного проявления преступности; личность подобной категории преступников, специфика причин и условий проявления преступности, меры предупреждения подобных проявлений преступности»⁶.

Г. Ф. Хохряков включает в содержание криминологической характеристики преступлений описание состояния преступности, времени, места и способа совершения преступлений, а анализ личности преступника выводит за ее пределы⁷.

С точки зрения Ю. М. Антоняна, в криминологическую характеристику сельской преступности входят особенности состояния преступности и обстоятельства, влияющие на совершение преступлений в сельской местности⁸, а преступлений в сфере быта – причины и условия, способствующие их совершению⁹.

А. И. Алексеев и Ю. В. Солопанов в содержании криминологической характеристики рецидива преступлений выделяют: рецидивную преступность (уровень, динамику, структуру); личность рецидивиста; причины рецидивной преступности¹⁰.

По мнению В. В. Смирнова, криминологическая характеристика побегов из исправительных учреждений охватывает: 1) общую характеристику побегов (статистика побегов, в том числе групповых, время, место и способы побегов, зависимости между числом участников группы и способом совершения, сроками подготовки к побегу); 2) причины побегов; 3) личность осужденных, совершивших побеги¹¹.

В учебнике «Криминология» под редакцией А. И. Долговой 1999 г. издания во всех 16 главах, посвященных проблемам предупреждения структурных частей преступности, причины и условия отдельных видов преступности и криминологическая их характеристика рассматриваются раздельно. В содержание криминологической характеристики некоторые авторы включают только уровень, динамику, структуру соответствующего вида преступности и характеристику личности преступника¹².

В содержании криминологической характеристики преступлений В. Б. Ястребов выделяет три группы признаков, отражающие: 1) их пространственно-временные параметры; 2) особенности, имеющие значение для понимания детерминант преступных проявлений; 3) особенности, имеющие значение для организации предупредительной деятельности. Первая группа сведений значима, по его мнению, для обоснования актуальности борьбы с изучаемой категорией преступлений и для определения направлений приложения сил и средств профилактического воздействия; вторая группа – для осуществления практических действий по предупреждению преступлений; третья группа – для уяснения степени «восприимчивости» преступных деяний к профилактическому воздействию и определения интенсивности и длительности профилактического воздействия¹³.

С. Н. Абельцев по анализируемому вопросу высказываеться так: «Криминологическая характеристика, используемая для исследования преступлений и преступников, как и жертв преступных посягательств, обладает достаточно сложной структурой, в ней чаще всего различают: 1) характеристику типичной исходной информации об объектах исследования; 2) данные о конкретных преступлениях, типичных способах их совершения, когда это связано с механизмом действия, и типичных их последствиях; 3) сведения о личности преступника, типичных мотивах действия, что связано со способом совершения преступления, целях, намерениях, потребностях; 4) данные о потерпевшем как о типичном объекте преступного посягательства; 5) иные данные – о типичных причинах и условиях преступ-

лений, криминогенных и антикриминогенных факторах, типичных обстоятельствах совершения преступлений¹⁴.

В приведенном суждении в криминологическую характеристику преступлений совершенно справедливо включаются их причины и условия. Однако вряд ли можно согласиться с включением в ее состав «характеристики типичной исходной информации об объектах исследования» и «данных о конкретных преступлениях, типичных способах их совершения и типичных их последствиях». Представляется, что данные о конкретных, единичных преступлениях – это сведения, включаемые чаще в практические, а не в научные предупредительные программы; типичные способы совершения преступлений – элемент криминалистической, а не криминологической характеристики преступлений; типичные последствия преступлений – предмет в большей мере науки управления в сфере предупреждения преступлений. Хотя, несомненно, вопрос принадлежности способов совершения преступлений к элементам только криминалистической характеристики преступлений является спорным и неоднозначно решаемым.

В содержании криминологической характеристики преступлений некоторые авторы выделяют три блока информации, составляющие в своей совокупности ее структуру: 1) криминологически значимые признаки преступления; 2) данные, раскрывающие криминологическую ситуацию совершения преступления таких типов; 3) признаки, определяющие специфику деятельности по предупреждению преступлений.

Компонентами первой совокупности признаков, по мнению В. Э. Эминова, являются: причины преступления, объект и механизм преступления; преступник, мотив и цель; виктимогенные факторы (потерпевший); последствия преступления. Вторую группу составляют данные, характеризующие криминологическую ситуацию совершения преступления, среду проявления преступного действия, социально-экономические условия и т.п. Третью – выбор объектов и субъектов предупреждения преступлений, методов и средств профилактики; источники информации о признаках (элементах) криминологической характеристики преступлений.

По характеру проявлений и своей сущности элементы криминологической характеристики подразделяются на субъективные, объективные, а также комплексные, соединяющие признаки первых двух категорий. К первой группе относятся свойства личности преступника, мотив и цель преступления, свойства личности потерпевшего. Ко второй – статистика преступлений, сведения о социальных условиях (обстановка) преступления (социально-политическая, социально-экономическая, время, география, социальная среда и т.п.). К третьей – причины преступлений, последствия преступлений, механизм преступления, обстоятельства, способствующие преступлениям¹⁵.

Предложенная В. Э. Эминовым структура криминологической характеристики является довольно полной и детальной, однако и не лишена недостатков Во-первых, не вполне обоснованно включение в общее понятие «криминологическая характеристика» деятельности по предупреждению преступлений (выбор объектов и субъектов предупреждения преступлений, методов и средств профилактики)¹⁶.

Во-вторых, в данной характеристике, как справедливо отмечает В. Д. Ларичев, нет четкого выделения элементов криминологической характеристики; отдельные элементы отнесены одновременно к разным группам¹⁷. Например, в первую группу включен механизм преступления. Наряду с этим ко второй группе отнесены ситуация совершения преступления, среда проявления преступного акта. Представляется, что данные аспекты характеризуют различные стороны механизма совершения преступления, в связи с чем должны находиться в одной группе. Аналогичным образом следует относить к одной группе причины преступления, данные, характеризующие криминологическую ситуацию совершения преступления, социально-экономические условия и т. п.

Компонентами первой совокупности признаков, по мнению авторов, являются: причины преступления, объект и механизм преступления, преступник, мотив и цель, виктимогенные факторы (потерпевший), последствия преступления; второй группы – данные, характеризующие криминологиче-

скую ситуацию совершения преступления, среда проявления преступного деяния, социально-экономические условия и т.п.; третьей группы – объекты и субъекты предупреждения преступлений, методы и средства профилактики¹⁸.

Криминологическая характеристика преступлений должна включать, как представляется, сведения только об объектах предупредительного воздействия (криминогенных объектах). Включение в ее содержание сведений о субъектах предупреждения преступлений, методах и средствах профилактики неизмеримо расширяет и размывает границы данной категории. Это признают и сами авторы указанного учебника, считая не вполне обоснованным включение в общее понятие «криминологическая характеристика» деятельности по предупреждению преступлений¹⁹.

Обобщая суждения ученых-криминологов, отражающие результаты их теоретических исследований, можно сделать вывод, что объекты предупредительного воздействия – это явления и процессы, выступающие в качестве причин и условий отдельных видов преступлений (или видов преступности), и носители (места концентрации) этих явлений и процессов²⁰.

Объекты предупредительного воздействия в криминологической литературе традиционно именуют также криминогенными либо виктимными (если рассматривают свойства жертв преступлений) объектами. Криминогенный – понятие, которым подчеркивается близкое родство, тесная взаимозависимость явления, процесса, личности с преступностью. Криминогенность объекта выражается в наличии у него (концентрации в нем) достаточно устойчивых негативных характеристик, набора негативных свойств, явлений и процессов, создающих повышенную вероятность перехода отдельных лиц или групп лиц под их влиянием и при определенных условиях на путь совершения преступлений. Следовательно, криминогенный объект – это объект, который поражен недостатками, продукирующими преступления или способствующими (благоприятствующими) их совершению. Носителями таких недостатков могут быть отдельные лица, малые социальные группы, материальные объекты, вовлеченные в сферу человеческой

деятельности, отдельные территории, сферы социальной жизни, общественные отношения.

В ряде случаев в структуру криминологической характеристики преступлений включают и уголовно-правовую характеристику определенного вида преступлений. Тогда, по существу, происходит дублирование информации из науки уголовного права. Правовые признаки преступлений имеют важное значение для предупреждения преступлений. Однако раскрывать содержание этих признаков в криминологических характеристиках оправдано только тогда, когда они по тем или иным причинам, еще не были предметом рассмотрения в теории уголовного права. В противном случае неизбежны повторение уже известного материала и перенасыщение частных криминологических характеристик избыточной информацией. Таким образом, большинство авторов включают в криминологическую характеристику преступности определенного вида уровень, динамику, структуру и другие показатели преступности, характеристику личности преступника, причины и условия преступности.

Обобщая высказанные в криминологической литературе мнения, мы приходим к выводу, что в структуре криминологической характеристики преступлений выделяются следующие обязательные элементы (см. таблицу):

- 1) характеристика специфических криминологических свойств выделенного вида (группы) преступлений;
- 2) совокупность сведений о криминогенных объектах данного вида (группы) преступлений.

При этом в каждой из указанных групп существуют обязательные и факультативные элементы, наличие или отсутствие которых определяется видом преступлений и принятым основанием для систематизации.

Специфические криминологические свойства определенного вида (группы) преступлений.

1. Сведения о типичных, характерных признаках данной группы (вида) преступлений, если в качестве основания для их систематизации взята не уголовно-правовая классификация преступлений по объектам уголовно-правовой охраны,

с акцентом на наличие (отсутствие) уголовно-правовых признаков. В общей структуре криминологической характеристики преступлений указанные сведения – факультативный признак, но в большинстве своем, в связи с преобладающим числом преступлений, сгруппированных по иным основаниям, становятся для большинства криминологических характеристик обязательными.

2. Количество-качественная характеристика данного вида (группы) преступлений – обязательный элемент первого блока знаний в системе криминологической характеристики преступлений этого вида.

3. Сведения о взаимосвязи данного вида (группы) преступлений с иными противоправными деяниями (если таковая имеется). Соответственно, данный признак является факультативным.

Совокупность сведений о криминогенных объектах должна быть представлена следующей информацией:

1) аналитический обзор пространственно-временных показателей данного вида преступлений (времени, места совершения преступлений, в том числе не только совершения, но и подготовки, если это значимо);

2) анализ механизма детерминации преступного поведения с выделением субъективных и объективных причин преступлений данной группы;

3) характеристика личности преступника (преступников; преступной группы);

4) обстоятельства, сформировавшие личность преступника;

5) характеристика личности потерпевшего;

6) обстоятельства, способствующие или облегчающие совершение преступлений (условия).

При этом следует отметить, что обязательными элементами во второй группе становятся сведения о пространственно-временных показателях преступлений определенного вида. Здесь следует сделать оговорку, что для различных групп преступлений обязательными могут стать лишь время, место или способ и пр. совершения преступлений, либо все эти показатели одновременно.

Элементы криминологической характеристики преступлений

	Характеристика специфических криминологических свойств выделенного вида (группы) преступлений	Совокупность сведений о криминогенных объектах данного вида (группы) преступлений
Обязательные признаки	1. Количество-качественная характеристика вида (группы) преступлений	1. Аналитический обзор пространственно-временных показателей данного вида преступлений (времени, места совершения и т.д.). 2. Анализ механизма детерминации преступного поведения с вычленением субъективных и объективных причин преступлений данной группы. 3. Характеристика личности преступника (преступников – преступной группы)
Факультативные признаки	1. Сведения о типичных, характерных признаках данной группы (вида) преступлений. 2. Сведения о взаимосвязи данного вида (группы) преступлений с иными противоправными деликтами	1. Обстоятельства, сформировавшие личность преступника. 2. Характеристика личности потерпевшего. 3. Обстоятельства, способствующие или облегчающие совершение преступлений (условия)

Поскольку классификация преступлений в криминологических целях может быть проведена по самым различным основаниям, то соответственно, и компонентный состав их криминологических характеристик различен. Не во всех частных методиках излагаются сведения обо всех без исключения элементах криминологической характеристики рассматриваемых в них видов (групп, категорий) преступлений. Если определенные закономерности, характеристики установлены в рамках предшествующих разделов криминологии и не имеют какой-либо специфики при предупреждении рассматриваемого вида (группы, категории) преступлений, они также, как правило, и не должны приводиться. Все это способствует компактному и лаконичному изложению материала и повышает удобство их использования на практике.

Однако сведения о наиболее значимых элементах криминологической характеристики рассматриваемого вида преступления должны быть исследованы, проанализированы и изложены в характеристике во всех случаях, поскольку эти сведения касаются тех или иных причин и условий совершения данных преступлений, без знания которых немыслима эффективная предупредительная деятельность.

Таким образом, криминологическая характеристика определенного вида преступлений и комплекс (система) методических рекомендаций по предупреждению этих преступлений, как два обязательных элемента структуры всякой частной методики, тесно между собой взаимосвязаны. Методические рекомендации учитывают особенности причинного комплекса и иных элементов их криминологической характеристики и ими определяются. В этом находит отражение принципиальное положение теории предупреждения преступлений о том, что «система предупреждения преступности должна строиться применительно к характеру и иерархии причин этого явления»²¹. В криминологической характеристике преступления выделяются и описываются такие свойства и стороны объектов предупредительного воздействия, которые находятся в пределах досягаемости мер, осуществляемых субъектами – адресатами методических рекомендаций.

¹ См.: Аванесов Г. А. Криминология и социальная профилактика. М., 1980. С.133.

² См.: Мусеев А. Г. Частные методики предупреждения преступлений. Воронеж, 2003. С. 64–65.

³ Хохряков Г. Ф. Криминология. М., 1999. С. 7.

⁴ См.: Блувштейн Ю. Д., Зырин М. И., Романов В. В. Профилактика преступлений. Минск, 1986. С. 108–109.

⁵ См.: Бараненко Б. И., Закалюк А. П. Участие органов внутренних дел в подготовке и осуществлении комплексных планов профилактики правонарушений в городах и районах. Киев, 1981. С. 11–12.

⁶ Сахаров А. Б., Волошина Л. А. Общетеоретические проблемы криминологии // Вопросы борьбы с преступностью. М., 1974. Вып. 20. С. 20.

⁷ См.: Хохряков Г. Ф. Объяснение в криминологии. М., 1979. С. 7.

-
- ⁸ См.: *Антонян Ю. М.* Преступность в сельской местности и ее профилактика. М., 1980. С. 5–19.
- ⁹ См.: *Антонян Ю. М., Панфилов Г. А.* Профилактика преступлений в сфере быта. М., 1979. С. 11–16.
- ¹⁰ См.: *Алексеев А. И., Солопанов Ю. В.* Профилактика рецидива преступлений. М., 1980. С. 5–24.
- ¹¹ См.: *Смирнов В. В.* Предупреждение побегов из исправительных учреждений. М., 1999. С. 67–105.
- ¹² См.: Криминология / под ред. А. И. Долговой. М., 1999. С. 439–754.
- ¹³ См.: *Ястrebов В. Б.* К вопросу о криминологической характеристики преступления // Вопросы борьбы с преступностью. М., 1982. Вып. 37. С. 16–17.
- ¹⁴ См.: *Абельцев С. Н.* Личность преступника и проблемы криминального насилия. М., 2000. С. 19.
- ¹⁵ Криминология : учебник / под ред. В. Н. Кудрявцева, В. Е. Эминова. М., 1999. С. 213.
- ¹⁶ Там же. С. 211.
- ¹⁷ *Ларичев В. Д.* Преступность в сфере экономики (теоретические вопросы экономической преступности) : монография. М., 2003. С. 9–10.
- ¹⁸ См.: Криминология : учебник / под ред. В. Н. Кудрявцева, В. Е. Эминова. М., 1995. С. 213.
- ¹⁹ См.: Там же. С. 305.
- ²⁰ См., например: *Саркисов Г. С.* Объект индивидуального профилактического воздействия в теории предупреждения преступности. Ереван, 1985. С. 35–36 ; *Закалюк А. П.* Проблемы социальной типологии личности правонарушителя и преступника // Проблемы изучения личности правонарушителя. М., 1984. С. 12–17 ; *Игошев К. Е., Шмаров И. В.* Социальные аспекты предупреждения правонарушений (проблемы социального контроля). М., 1980. С. 26–27 ; *Голина В. В.* Криминологическая профилактика, предотвращение и пресечение преступлений. Киев, 1989. С. 14 ; и др.
- ²¹ *Сахаров А. Б.* Теоретические основы предупреждения преступлений // Сов. юстиция. 1972. № 3. С. 5.

К. К. Панько

доктор юридических наук, профессор

Н. К. Панько

кандидат юридических наук, доцент

Воронежский государственный университет

К ВОПРОСУ О ПРЕЗУМПЦИЯХ В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ И ПРОЦЕССЕ

Латинское слово «*prae sumptie*» имеет несколько значений; одно из них – предположение – широко используется для характеристики правовых презумпций, являясь ключевым в определении понятия. Так, Ю. Г. Зуев пишет, что презумпция «представляет собой регламентированное в уголовном законе предположение о наличии (отсутствии) юридически значимого факта, влекущего: а) существование материальных и проявление, развитие соответствующих процессуальных правоотношений; б) конкретизацию правового значения отдельных обстоятельств дела; с) предопределение уголовно-правовой оценки преступных действий»¹. В. К. Бабаев определяет презумпцию как «закрепленное в нормах права предположение о наличии или отсутствии юридических фактов, основанное на связи между ними и фактами наличными и подтвержденное, предшествующим опытом»².

Однако для характеристики презумпции как средства законодательной техники более важным является ее второе значение – «признание факта юридически достоверным, пока не будет доказано обратное»³. Например, факт опубликования закона позволяет презюмировать, что по истечении установленного времени все граждане знают закон и, следовательно, должны его исполнять. Никто не вправе оправдываться незнанием закона (*ignorantio non est argumento*) – правило римского права. Вместе с тем среди граждан, которым адресованы законы, могут быть и такие, которые их не знают. Законодателю это безразлично, он это обстоятельство не учтет.

© Панько К. К., Панько Н. К., 2011

тывает, а исходит из того, что содержанием закона после его опубликования должны заинтересоваться все, кому он адресован, и поступать в соответствии с предписаниями (запретами) правовых норм. Это и есть средство законодательной техники – презумпция знания закона, которая обеспечивает стабильность правопорядка. Даже наличие исключительных обстоятельств, при которых лицо не могло знать опубликованный закон, не охватывается общей формулой знания закона и не является основанием освобождения от уголовной ответственности при совершении преступления.

Презумпция знания закона, происхождением которой мы обязаны юристам Древнего Рима, выбивается из общего ряда правовых презумпций тем, что она не закреплена в действующем уголовном законодательстве, а логически вытекает из глав 8, 11 и 12 УК РФ, не предусматривающих в качестве основания освобождения от уголовной ответственности и наказания незнание закона, и ст. 24, 25, 27, 28 УПК РФ, не указывающих незнание закона в качестве основания отказа в возбуждении уголовного дела, прекращения уголовного дела и уголовного преследования. По этим же основаниям на презумпцию знания закона не распространяется выдвинутый в научной литературе постулат: «Презумпции – суть такие обобщения, которые по самой своей природе не могут считаться всеобщими, универсальными, ибо они всегда допускают исключения»⁴. Рассматриваемая презумпция, бесспорно, является результатом обобщения в очень далекий от современности период цивилизации, однако по сию пору считается всеобщей, универсальной и не допускающей исключения. Закон не допускает возможности и не регламентирует процедуру опровержения презумпции знания закона.

Сказанное приводит к выводу, что каждая правовая презумпция, как средство законодательной техники, имеет свои специфику генезиса и развития правовой природы, характеристики и регламентации. Вместе с тем для правовых презумпций характерны и общие черты.

Всякой правовой презумпции присуща вероятность выставленного в ней положения, условно принимаемого за ис-

тину. Эта вероятность доказана и проверена жизнью, опытом и принимается как само собой разумеющееся. Практика подтверждает, что в подавляющем большинстве презумпции достоверны, истинны, не требуют каждый раз своего доказывания. Презумпция – это «такое положение, выраженное прямо или косвенно в правовой норме, которым какой-либо порядок явлений в области отношений, возникающих из человеческого поведения, признается обычным, нормальным и не требующим в силу этого, специальных доказательств»⁵. Она представляет собой вывод, основанный на наблюдении повторяющихся аналогичных по содержанию явлений; умозаключение, полученное эмпирическим путем о том, что определенные сходные условия дают основания для соответствующего вывода, в истинности которого нет оснований сомневаться. Поэтому презумпция не требует доказательств, ибо вытекает из обычного хода вещей. Но вполне допустимо опровержение презумпции путем представления доказательств того, что в данном конкретном случае положение, составляющее содержание презумпции, не соответствует обычному ходу вещей и, следовательно, не является истинным (например, прекращение действия презумпции невиновности после вступления в силу обвинительного приговора).

Установление законодателем презюмируемого положения как бесспорного, не требующего доказательств, есть законодательный прием, продиктованный интересами рационального законотворчества. Так, лицо, не достигшее определенного законом возраста, признается не способным руководить своими поступками и нести за них ответственность в уголовном порядке; презюмируется, что все граждане, в том числе судьи, правильно и единообразно разбираются в таких понятиях, как корысть, ревность, проявление неуважения к обществу, умысел, неосторожность и т.д.; предполагается, что алкогольное опьянение независимо от степени его тяжести не лишает человека способности отдавать себе отчет в своих действиях и руководить ими; предполагается, что правонарушитель потерял общественную опасность, если прошли установленные законом сроки уголовного преследования; и др.

Суть данного средства юридической техники в том, что правило, сформулированное в правовой презумпции, проверенное предшествующим опытом и потому верно отражающее подавляющее большинство ситуаций, на которые рассчитано, предоставляет в то же время возможность учесть специфику остальных ситуаций путем опровержения презумпции.

Другой общей чертой правовых презумпций является их нормативность, которую отмечают все авторы, исследовавшие проблему. «Понятие презумпции в юридической науке, – писал С. А. Голунский, – означает заранее установленное правом предположение, которое суды (а в соответствующих случаях и другие органы власти) обязаны принимать без доказательств пока это предположение не будет опровергнуто»⁶. По мнению Л. Д. Кокорева, «правовые презумпции – это правила, закрепленные в правовых нормах или вытекающие из них и применяемые в правовой сфере»⁷. Действительно, уголовное законодательство, используя презумпции как средство законотворчества, устанавливает для ряда отношений определенные правовые формы их удостоверенности, определенные правовые условия их действительности. Так, закрепленная в ст. 20 УК РФ презумпция непонимания малолетним опасности своего деяния состоит в том, что она предрешает по существу вопрос об уголовной ответственности, создает определенный правовой режим действия установленных уголовным законодательством предписаний. Например, если уголовно-правовой запрет нарушило лицо в возрасте до 14 или 16 лет, то согласно ст. 8 и 20 УК уголовно-правовые отношения не возникают или прекращаются, чем предопределяются применение п. 2 ст. 24 УПК РФ и прекращение производства по уголовному делу. И, наоборот, предположение, что алкогольное опьянение независимо от степени его тяжести не лишает человека способности отдавать себе отчет в своих действиях и руководить ими, не исключает его рассудительного поведения и, следовательно, ответственности за совершенное преступление (ст. 23 УК РФ).

Кроме общих свойств, характерных для всех презумпций, каждая из них обладает специфическими чертами, отлича-

ющими их друг от друга и создающими особые условия и последствия их применения в законотворчестве. Проследим это на двух описанных уже примерах. Уголовный закон предусматривает, что к уголовной ответственности могут привлекаться лишь лица, которым до совершения преступления исполнилось 16 лет, а в некоторых случаях – 14 лет. С учетом индивидуального развития личности возможность осознанного поведения лиц, не достигших указанного возраста, не исключается, но законодатель не принимает во внимание это исключение из общего правила и не допускает возможности доказывания факта, что лицо, хотя и не достигло соответствующего возраста, но в силу своего развития может быть признано виновным в совершении преступления. Законодатель не допускает возможности опровержения «презумпции непонимания опасности своих действий» в сторону снижения возрастного предела ее применения, хотя допускает такую возможность для увеличения этого предела: «Если несовершеннолетний достиг возраста, предусмотренного частями первой или второй настоящей статьи, но вследствие отставания в психическом развитии, не связанном с психическим расстройством, во время совершения общественно опасного деяния не мог в полной мере осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействия) либо руководить ими, он не подлежит уголовной ответственности» (ч. 3 ст. 20 УК РФ).

Иные последствия имеет вторая презумпция, в соответствии с которой лицо, совершившее преступление в состоянии опьянения, вызванном употреблением алкоголя, наркотических средств и других одурманивающих веществ, подлежит уголовной ответственности, так как считается не утратившим возможность рассудительного поведения. Но последнее предположение может быть и опровергнуто, если опьянению сопутствовало психическое расстройство (патологическое опьянение), исключающее вменяемость лица.

Суть различия описанных презумпций в том, что в первом случае используется прием, оставляющий за пределами доказывания раннее интеллектуальное развитие лица, не достигшего возраста, с которого начинается уголовная ответ-

ственность; во втором случае психическое состояние лица, вызывающее сомнение в его полноценности и сопряженное с употреблением алкоголя, наркотических средств и одурманивающих веществ является основанием для исследования и обязательного назначения судебной экспертизы (ст. 196 УПК РФ), т.е. находится в пределах предмета доказывания. Иногда оба приема сочетаются в одной презумпции. Так, предположение справедливости и целесообразности санкций уголовно-правовых норм опирается на правильно предусмотренные законодателем верхний и нижний ее пределы. В отношении верхнего предела эта презумпция неопровергима (неоспорима), так как законодатель не допускает возможности назначения наказания выше высшего предела, каким бы тяжким не было преступление. В отношении нижнего предела санкции, установленной нормой права, действует прием, допускающий возможность назначения наказания ниже низшего предела санкции при наличии обстоятельств, смягчающих ответственность обвиняемого.

Изучая механизм образования презумпций, большинство авторов отмечают индуктивный характер, вследствие чего презумпции являются результатом наблюдений за устойчивой, повторяющейся взаимосвязью явлений, событий, фактов, обобщением этих наблюдений и выведением определенных закономерностей этой взаимосвязи; они позволяют на основе одних фактов судить о существовании других и выражают предположительные, а не достоверные знания, с их помощью можно судить о существовании тех или иных событий, фактов, явлений лишь с определенной степенью вероятности⁸.

Представляется более правильным логическую основу образования презумпций выводить из диалектического метода, который для познания объективной действительности в качестве вспомогательных приемов использует не только индукцию, но и дедукцию. При индуктивном исследовании мы опираемся на опыт, факты, наблюдения. Для дедуктивного умозаключения требуются готовые положения – посылки, из которых делается вытекающий из них вывод. Само дедуктивное умозаключение непосредственно не связано с опытом

ным исследованием. Путем индукции мы обобщаем признаки ряда фактов, ситуаций и т.д. Но сколько бы случаев, фактов мы не изучали – это будет сумма частных фактов и никакого общего правила из этого еще не получится. Дедукция дает возможность от множества фактов, случаев перейти к общему правилу, сформулированному в презумпции, и из признаков и свойств наблюдавшихся фактов заключить о свойствах и признаках не наблюдавшихся фактов того же рода, выводя их тем самым за пределы дополнительного исследования (доказывания). В этом суть образования и механизм действия презумпции, которая, сформировав однажды свое содержание, не требует дополнительных усилий по обоснованию содержащихся в ней правовых положений. Без дедукции это было бы невозможно. Без дедукции мы бы только накапливали отдельные случаи, факты. А вывод из них не шел бы дальше гипотезы. «Индукция и дедукция связаны между собой столь же необходимым образом, как синтез и анализ. Вместо того чтобы односторонне превозносить одну из них до небес за счет другой, надо стараться применять каждую на своем месте, а этого можно добиться лишь в том случае, если не упускать из виду их связь между собою, их взаимное дополнение друг друга»⁹. Индукция как приемialectического мышления является механизмом образования презумпций не только потому, что позволяет сделать вывод из известных нам фактов относительно фактов неизвестных, но и потому, что связана с дедукцией, в силу чего позволяет от множества случаев перейти к общему правилу и из свойств наблюдавшихся фактов заключить о свойствах не наблюдавшихся фактов того же рода.

Исследуя метод создания презумпций в праве, В. И. Каминская писала: «Здесь не просто констатация определенного количества наблюдавшихся однородных фактов в сопоставлении с констатацией отсутствия фактов, им противоречащих, а более сложное сопоставление однотипных фактов с наличным, противоречащим им фактом, с признанием безусловного приоритета за первыми. Основная причина указанной особенности метода создания презумпций заключается, прежде всего, в том, что они относятся к той области, в которой обоб-

щения человеческого разума имеют более приблизительный характер, чем в любой другой области знаний, – к области человеческих взаимоотношений и человеческого поведения»¹⁰. Это, однако, не устраниет того, что при проведении исследования по любому вопросу индукция и дедукция неотделимы друг от друга. В различных областях соотношение индукции и дедукции может быть различным: в математике, например, применяется главным образом дедукция, в химии – в большей мере индукция. Но ни в одной области человеческого знания индукция не применяется без дедукции, равно как дедукция – без индукции. Как вспомогательные приемы диалектического метода, они в неразрывном единстве применяются для познания правовой действительности.

Безусловный интерес представляет противоположный смысл, заложенный в презумпции как логической конструкции: «предположение, признаваемое истинным пока не доказано обратное»¹¹. Возможно ли предположение, которое может быть основано только на вероятности, иначе оно бы не было предположением, признать истинным? Каким образом? И какова здесь роль индукции и дедукции?

Всякое презюмирование основывается на существовании всеобщей причинно обусловленной связи явлений, фактов, ситуаций, между которыми повторяющаяся взаимосвязь проявляется в виде закономерности. Частный факт доказывается другими частными фактами; относительно последних есть основания предполагать, что они связаны причинной связью с тем фактом, который надо выдвинуть и сформулировать как презумпцию. Путем наблюдения или исследования мы устанавливаем факты, служившие следствием неизвестного предполагаемого факта или причиной этого факта, и, таким образом, по следствию установим причину или по причине – следствие.

Так, если медицинская и психологическая науки доказали, что малолетний Петров не осознает в должной мере общественной опасности своих действий (убийства новорожденного брата) и потому его нельзя признавать виновным в совершении убийства, то эти же действия, совершенные малолетними

Ивановым, Сидоровым и т.д., без дополнительного исследования в силу одного признака (малолетства) нельзя признавать преступными. Презумпция непонимания малолетним общественной опасности совершающего им деяния, как общее правило, позволяет в частном случае с Ивановым или Сидоровым дедуктивным методом, как из посылок силлогизма, вывести истинность тезиса (вывода), представляющего результат подведения частного случая под общее правило. Медико-психологическое исследование признаков, исключающих понимание малолетним Петровым общественной опасности своих действий как частный случай или ряд частных случаев позволяет индуктивным приемом вывести общее правило, общее положение (тезис).

Соответственно природе индукции само индуктивное умозаключение (доказательство) не является достоверным, тезис доказывается с вероятностью. Для того чтобы доказать тезис с достоверностью, следует от индуктивного умозаключения перейти к дедуктивному, сочетая их. Соответственно природе дедукции дедуктивное умозаключение состоит в том, что из общего правила выводится частный случай, тезис. Значит, при помощи общего правила устанавливается обстоятельство, относящееся к частному случаю. Дедуктивное доказательство всегда принимает форму силлогизма, аргументы (суждения, подтверждающие тезис) являются посылками, а тезис (то суждение, истинность которого следует доказать) – заключением. Если аргументы достоверны и истинность тезиса вытекает из истинности аргументов согласно правилам силлогизма, то тезис будет истинным, т.е. факты – юридически достоверными. Это объясняет логически сложную и внешне вроде бы несуразную конструкцию презумпции: «предположение, основанное на вероятности, признающее факт юридически достоверным». Действительно, при сочетании индукции и дедукции первая позволяет в суждении, составившем содержание презумпции, накоплением частных фактов выявить вероятностный их характер, а при движении в обратном направлении и выведении из общего правила выводов о других фактах (однопорядковых) наше суждение о них характеризуется как полностью

достоверное. Чтобы перейти от предположения, основанного на вероятности, к признанию факта юридически достоверным, надо индуктивный прием для обоснования какого-либо положения сочетать с дедуктивным умозаключением о нем.

По вопросу о классификации презумпций в юридической литературе было предложено деление их на фактические (естественные) и правовые (легальные), опровергимые и неопровергимые¹². И. И. Малхазов назвал их житейскими (общепринятыми) и правовыми, оспоримыми и неоспоримыми¹³. По мнению Л. Д. Кокорева, презумпции бывают естественными и правовыми, правовые делятся на общеправовые и отраслевые, материальные и процессуальные¹⁴. Ю. Г. Зуев классифицировал презумпции на: косвенно и прямо закрепленные в законе; общеправовые, межотраслевые, отраслевые; опровергимые и неопровергимые; другие разновидности¹⁵. Из приведенных отрывков видно, что развитие науки вело к тому, что классификации презумпций менялись: одно деление отбрасывалось как неверное, другие заменялись новыми, более совершенными, третьи, хотя и сохраняли свою основу, но дополнялись и видоизменялись. Научная классификация имеет серьезное значение, так как помогает изучению различных явлений, ситуаций, отношений, обнаружению закономерностей, которым подчиняются эти явления.

Но имеет ли значение классификация презумпций как средства законодательной техники и какое? Если мы изучаем различные явления и ситуации, но они не разбиты на классы и не расположены в определенном систематическом порядке, то трудно будет выявить их свойства и индивидуальные признаки. Это касается известных действующих презумпций. Что касается будущего законодательства (*de lege ferenda*), то научно обоснованные классификации могут служить средством для обнаружения новых, ранее не известных закономерностей, прогнозирования и моделирования дальнейшего развития законодательства, средств, приемов и правил законотворчества.

Для уголовного права и развития его средств и приемов законотворчества значение имеют не всякие, а только правовые презумпции, установленные в законе прямо или кос-

венно, т.е. вытекающие из общего духа уголовного законодательства. Данный способ установления, без закрепления в законе важнейших положений, хотя и обеспечивает экономию уголовно-правовых средств и краткость (сжатость) правовой материи, однако лишает ее четкости, ясности и определенности. Положение спасает наличие общеправовых и межотраслевых презумпций, которые общими усилиями закрепляют правовые положения огромной социальной ценности. К ним следует отнести: презумпцию знания гражданами законов; презумпцию добропорядочности (невиновности или добросовестности); презумпцию правосубъектности (достижение возраста, невменяемость); презумпцию истинности судебного приговора. Однако при этом остается нерешенным вопрос о том, представляет ли презумпция чисто правовую категорию или же сфера ее применения гораздо шире и какую разновидность презумпций следует называть правовой. Приоритетной в решении данного вопроса является идея «прямого или косвенного» закрепления правовой презумпции¹⁶.

Прямое закрепление предполагает закрепление в правовой норме формулы, типичной для презумпции: «Обвиняемый считается невиновным, пока его виновность в совершении преступления не будет доказана в предусмотренном настоящим Кодексом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда» (ч. 1 ст. 14 УПК РФ). Пропитированная норма красноречиво указывает, что понимание презумпции только как предположения не дает полного представления о ее сущности.

Совершенно справедливо М. С. Строгович указывал, что «презумпция есть предположение в особом условном смысле этого понятия, и само слово “предположение” не вполне точно выражает понятие “презумпция”: презумированный факт предполагается в том смысле, что он считается, признается имевшим место, если есть налицо предусмотриваемое презумпцией основание»¹⁷. Прямое закрепление презумпции в законе в силу особой ее природы позволяет использовать термины «признается», «считается», так как «законодатель мог руководствоваться как этим мотивом, так и иным, мог исходить из одного или

другого предположения, мог вообще не исходить не из какого предположения, а руководствоваться лишь соображениями политической целесообразности, рассчитывать на определенный эффект издаваемого закона и др. Но если даже законодатель исходил из определенного предположения о связи фактов, формулируя в законе правовую норму, это относится к законодателю, а не к суду, применяющему эту норму; когда норма уже создана, предположение, послужившее мотивом к ее созданию, если оно и было, не имеет значения ни для суда, ни для тех лиц, которых норма касается и для которых она влечет определенные следствия: для них значение имеет не предположение, послужившее основанием для создания нормы, а сама норма¹⁸. Ценность прямого закрепления презумпции в том, что она как средство законотворчества позволяет единообразно и обоснованно разрешить типичную ситуацию неопределенности.

Косвенным, по общему правилу, признается такое закрепление, когда презумпция выступает в качестве мотива к созданию конкретной нормы. В качестве примера в литературе предлагается презумпция непонимания несовершеннолетним противоправности своих действий¹⁹; презумпция знания законов, истинности судебного решения. Признание возможности косвенного закрепления презумпции приводит к тому, что элементы презумпции содержатся в разных нормах или презумпция признается и активно используется, не имея правового закрепления, или одна правовая норма содержит несколько презумпций. Например, руководствуясь данным подходом, Ю. Г. Зуев в одной ст. 21 УК РФ выделяет две правовые презумпции – вменяемости и невменяемости; в ст. 20 УК РФ – презумпцию непонимания общественной опасности и осознания вредоносности своего поведения²⁰. Очевидно, что признание возможности косвенного закрепления презумпции не дает полного представления о ее сущности, лишает науку возможности обоснования логически завершенной системы правовых презумпций и сводит ее к простому логическому приему. Однако совершенно очевидно, что правовая презумпция – это не просто логический прием, обеспечивающий умозаключение от одного факта к другому, а особый прием

регулирования общественных отношений, обеспечивающий охрану общественных интересов, наиболее важных в глазах законодателя. Поэтому оправданным является способ прямого закрепления правовой презумпции в законе.

Важное значение для механизма законотворчества имеет деление презумпций на опровержимые (оспоримые) и неопровержимые (неоспоримые). Неопровержимость выражается в законодательной предопределенности правовых последствий, не допускающих никаких исключений, а опровержимость допускает возможность ее оспаривания. Как элементы конструкции правовой презумпции, они учитываются законодателем при ее создании. При этом в юридической литературе правильно указывалось на необходимость говорить не о презумпциях опровержимых и неопровержимых, так как сама презумпция не может быть таковой, а об опровержимых или неопровержимых выводах, которые делаются на основании презумпции, и о том, что опровергнута возможность применения презумпции в конкретном случае²¹.

Деление презумпций на материально-правовые и процессуальные представляется нам повторением классификации презумпций по общеправовым, межотраслевым и отраслевым признакам.

В теории уголовного права сделана также попытка классифицировать презумпции по особым «нетрадиционным основаниям»: а) позитивные и негативные; б) общие и частные; в) нашедшие закрепление в статьях Общей части, Общей и Особенной части, только в Особенной части²². Обращает на себя внимание, что речь идет не о классификации, а о простом делении, при котором в качестве основания взят определенный признак. В нашем случае для деления на позитивные и негативные указана «сущность презумпции», при делении на общие и частные – не указан критерий, а в третьем случае в качестве основания деления взято место закрепления презумпций в Уголовном кодексе. Для классификации указанных признаков явно недостаточно.

Основанием классификации должен служить существенный признак, который для той или иной группы фактов,

явлений выступает определяющим настолько, что от него в конечном счете зависят и определяются все иные признаки данной группы явлений или фактов. Такими признаками классификации, от которых зависит природа изучаемых явлений, их «естество», являются закрепленность презумпций в законе или их свойство быть естественным логическим следствием закона; обладать качеством оспоримости или нести в себе окончательные выводы; распространяться на всю систему права или несколько отраслей или одну отрасль права. Эти наиболее существенные признаки классификации обеспечивают устойчивость и постоянство места для каждой презумпции и из них вытекают все другие признаки: быть позитивными или негативными по содержанию, частными или общими по форме, проявлять свою отраслевую специфику по месту закрепления. Нестандартные основания – это не классификация в научном ее понимании, а простое деление по признаку, существенному для какой-либо практической цели.

Каковы цель, назначение, роль презумпций в законотворчестве как средства законодательной техники? Как и любая нормативная конструкция, презумпция является способом нормативно-организационного воздействия на общественные отношения с целью их охраны, упорядочения. Однако в общем процессе регулирования социальной жизни правовыми средствами презумпции выполняют вспомогательную роль, представляя собой дополнения, связки элементов права в систему²³, увеличивая объем знаний о содержании юридической нормы²⁴.

В качестве связки элементов права в единую систему презумпции как средство юридической техники обеспечивают согласованность статей УК РФ между собой. Так, ст. 20 УК, предусматривающая презумпцию непонимания общественной опасности и противоправности деяния, устанавливает связь возраста, с которого наступает уголовная ответственность со статьями, предусматривающими уголовную ответственность несовершеннолетних, т.е. со ст. 87–96 УК; предположение, что простое алкогольное опьянение не лишает человека способности отдавать себе отчет в своих действиях и руководить ими

(ст. 23 УК) связывает положения ст. 19 УК со всеми статьями Особенной части УК; презумпция невменяемости связывает положения ст. 21 УК с положениями ст. 97–104 УК, т.е. с разделом УК РФ, посвященным основаниям, целям, видам принудительных мер медицинского характера; и т.д.

С помощью презумпций достигается связь уголовного закона с законодательством других отраслей права, что обеспечивает определенную стабильность системы законодательства. Примером может служить известная презумпция невиновности. Будучи закрепленной в УПК РФ и основательно теоретически разработанной в уголовном процессе²⁵, презумпция невиновности является достоянием многих отраслей права в различных вариациях – презумпция добропорядочности или добросовестности в гражданском праве (ст. 10 ГК РФ) и других отраслях, в которых она также подверглась теоретическим разработкам²⁶. Действуя в пределах конституционных координат, отраслевой законодатель должен исходить из презумпции невиновности, закрепленной в ст. 49 Конституции РФ. Государство не имеет права создавать законодательную систему, руководствуясь соображениями, что общество состоит из недобросовестных и незаконопослушных граждан. Правовое регулирование публично-правовых отношений должно основываться на признании презумпции невиновности (добросовестности), хотя эта презумпция может быть опровергнута в случае совершения преступления и вступления в законную силу обвинительного приговора. Конституционное положение о возможности признания виновным только по приговору суда связано с вопросом о применении уголовного закона, а применение уголовного закона и квалификация деяния не тождественные понятия. Квалифицируют деяния в разных стадиях процесса дознаватель, следователь, прокурор, суд, но применяет уголовный закон и решает вопрос об уголовной ответственности только суд. До этого возможно не применение уголовного закона, а обвинение лица в его нарушении. Общеобязательным и опровергающим презумпцию невиновности (если дело не прекращается в досудебных стадиях) будет только вывод суда и только в обвинительном приговоре суда на-

ходит конкретное воплощение право государства на признание лица виновным и на назначение наказания. Суть данной презумпции как средства законодательной техники заключается в том очевидном гипотетическом факте, вытекающем из специфики судебного исследования, благодаря которому оно никогда не завершается без юридического результата даже когда обвинение не удалось ни подтвердить, ни опровергнуть. В таких ситуациях, когда остаются неустранимыми сомнения в виновности обвиняемого, суд не может вопрос о виновности оставить открытым, поэтому действует логическое суждение, в котором утверждение поставлено в зависимость от определенных условий: обвиняемый считается невиновным, пока его виновность в совершении преступления не будет доказана и установлена вступившим в законную силу приговором суда. Чтобы доказать его виновность, нужны доказательства; чтобы доказать его невиновность, тоже нужны доказательства. Если доказательств нет, факт остается под вопросом, но не опровергается. Так как судебное исследование не может закончиться безрезультатно, законодатель со всей определенностью высказался в пользу презумпции невиновности, возведя гипотетическое (основанное на гипотезе) предположение в ранг принципа, закрепленного в Конституции РФ (ст. 49) и УПК РФ (ст. 14). Этот законодательный прием позволил выйти из тупиковой ситуации, при которой с необходимой достоверностью нельзя установить как невиновность лица, так и его виновность.

Связь между ст. 49 Конституции РФ, устанавливающей презумпцию невиновности, и возможностью реализации предписаний Особенной части Уголовного кодекса очевидна. Связь очень жесткая и прямо пропорциональная: при неопровержимости презумпции невиновности невозможно применение ни одного предписания Особенной части УК. При опровержении презумпции невиновности в силу вступает другая общеправовая презумпция – истинности приговора (истинности судебного решения), которая ложится в основу преюдиции. Согласно этому законодательному приему истинность приговора преюмируется как бесспорное положение, а обстоятельства, уста-

новленные вступившим в законную силу приговором, признаются судом, прокурором, следователем, дознавателем без дополнительной проверки, если эти обстоятельства не вызывают сомнений у суда (ст. 90 УПК РФ).

Вторая презумпция, как и первая, является оспоримой, и возможность ее опровержения связывается с наличием предусмотренных в самом законе оснований, допускается при соблюдении определенной процедуры (например, опровержение презумпции истинности приговора путем пересмотра дела в порядке надзора или ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств). Однако установление презюмируемого положения как бесспорного является законодательным приемом, продиктованным соображениями стабильности правопорядка и экономией правовых средств воздействия. В данном аспекте неопровергимые презумпции значительно ускоряют процесс доказывания, так как исключают презуммированный факт из предмета доказывания, сокращая тем самым его объем, а опровергимые презумпции устанавливают как бесспорные положения, имеющие правовые последствия (в презумпции невиновности – необходимость установления виновности; в презумпции истинности приговора – преюдиция). Презумпция невиновности, увеличивая и ужесточая требования по установлению и обоснованию виновности лица, тем самым обеспечивает правильное применение уголовного закона, правильную квалификацию совершенного деяния, а презумпция истинности приговора помогает раскрыть необходимый объем содержания уголовного закона, действие которого намного превышает результаты его применения в конкретном случае и распространяется на иные судебные решения и иные правовые ситуации.

Презумпции позволяют уяснить содержание правовой нормы, сузив или расширив его объем. Так, презумпция непонимания общественно опасных последствий, связанная с возрастными границами субъектов преступлений, и презумпция вменяемости (невменяемости) позволяют решить вопрос о круге лиц, подлежащих уголовной ответственности. Презумпция добросовестности, которая в уголовном праве проявля-

ется в институте необходимой обороны, крайней необходимости, обоснованном риске и т.д. сужает понятие преступления, сформулированное в ст. 14 УК РФ, и своим правовым последствием имеет признание законодательством как факта (обстоятельства), исключающего преступность деяния (гл. 8 УК). Презумпция повышенной общественной опасности в уголовном праве связана с обстоятельствами, отягчающими наказание, совокупностью преступлений и рецидивом, что диктует необходимость определения более строгого наказания, т.е. расширяет содержание юридической нормы о наказании и одновременно обеспечивает связь Общей части УК с Особенной при определении высших и низших пределов санкций. Презумпция пониженной общественной опасности связана с обстоятельствами, смягчающими наказание, или исключительными обстоятельствами и разъясняет правовые последствия в виде наказания ниже низшего предела, раскрывает объем содержания статей, регулирующих наказание (гл. 10 УК РФ) и санкции статей Особенной части УК.

В юридической литературе существует значительное разнообразие мнений относительно перечня конкретных правовых презумпций. Так, М. С. Строгович выделял три презумпции в области уголовного процесса: презумпцию знания закона, презумпцию истинности вступившего в законную силу судебного приговора или решения и презумпцию невиновности²⁷. И. Л. Петрухин – четыре, дополнив вышеуказанные презумпцией непонимания малолетним преступности своих действий и невозможности управлять своим поведением²⁸. В. К. Бабаев выделяет четыре общеправовые презумпции: добродорядочности (в рамках уголовного процесса – презумпция невиновности обвиняемого), знания закона, истинности государственно-правового акта, истинности судебного приговора (решения), вступившего в законную силу²⁹. В гражданском праве и процессе В. А. Ойгензихт выделяет их более двух десятков³⁰.

К видам презумпций в теории уголовного права относят: знание закона (ст. 9 УК); истинность уголовного запрета (ст. 9, 10 УК); вменяемость (ст. 21 УК); невменяемость (ст. 21 УК); непонимание лицом до достижения 14–16 лет общественной

опасности совершающего им деяния (ч. 1, 2 ст. 20 УК); осознание лицом, достигшим 14–16 летнего возраста на момент совершения преступления, вредоносности своего поведения (ч. 1, 2, 3 ст. 20 УК); увеличение степени опасности правонарушения при рецидиве преступлений (ст. 18, п. «а» ч. 1 ст. 63 УК); истинности приговора (ст. 70, 73 УК); понимание характера опасности своего действия лицом, находящимся в состоянии опьянения (ст. 23 УК); предположение о возможности совершения вновь тождественного действия подсудимым, если он будет после осуждения заниматься той же деятельностью или занимать ту же должность (ст. 74); об утрате общественной опасности совершенного правонарушения и личности преступника по истечении длительных сроков с момента совершения действия (ст. 78, 83 УК); презумпцию повышения общественной опасности содеянного при совершении преступления с отягчающими, квалифицирующими обстоятельствами, нашедшую, в частности, выражение в косвенном закреплении предположения о том, что при совершении преступления группой лиц происходит повышение общественной опасности действия (ст. 35, ст. 63 УК) и др.³¹

Специфика презумпции как средства юридической (законодательной) техники, отличающей ее от других средств и приемов законотворчества, состоит в том, что она имеет собственно регулятивное значение типа правовых предписаний «общих начал», «отправных нормативных установлений», норм-целей или норм-принципов (презумпция невиновности закреплена в УПК как принцип уголовного судопроизводства). Презумпции в своем подавляющем большинстве дают право-применителю определенные идеи, на которые необходимо ориентироваться (презумпция знания закона, истинности судебного приговора), но которые в конкретных случаях и в определенной процедуре можно опровергнуть. Поэтому презумпции имеют специфический характер нормативности, часто не закреплены прямо в законе, а вытекают из него либо общего духа законодательства; в них, скорее, угадываются взгляды законодателя на цели и перспективы развития правовых институтов. Своебразная форма изложения презумпции и яв-

ляется одним из признаков нетипичности ее предписаний, отличающим от типичных норм, которые формулируются совершенно иначе. Нетипичность презумпций усматривается в количественном соотношении с другими видами нормативных уголовно-правовых предписаний, что обусловлено спецификой их роли.

Презумпции выполняют особую функцию в процессе правового регулирования: они, как уже ранее указывалось, помогают глубже уяснить роль и значимость других предписаний, общую линию правотворческой деятельности, связывают изложенные в законодательстве предписания в систему, придавая им общий смысл и цельность. Презумпции являются органичными частицами системы уголовного законодательства (как материального, так и процессуального), в составе системы участвуют в правовом регулировании и, таким образом, проявляют себя самостоятельным типом правовых установлений. Их реализация обеспечивается действием всего законодательства, а не только отдельно взятого предписания.

Презумпции выступают в качестве нормативных предписаний особого типа, выполняя важные функции в процессе правового регулирования. В то же время как средство законодательной техники презумпции дают возможность законодателю раскрыть потенциальные возможности данного типа правовых велений, реализовав их в нормативном тексте.

¹ Зуев Ю. Г. Уголовно-правовые презумпции : понятие, признаки и виды // Проблемы юридической техники : сб. ст. / под ред. В. М. Баранова. Н. Новгород, 2000. С. 331.

² Бабаев В. К. Презумпции в советском праве. Горький, 1974. С. 14.

³ Словарь иностранных слов / под ред. И. В. Лехина и Ф. Н. Петрова. 5-е изд. М., 1955. С. 559.

⁴ Либус И. А. Презумпция невиновности в советском уголовном процессе. Ташкент, 1981. С. 11.

⁵ Каминская В. И. Учение о правовых презумпциях в уголовном процессе. М. ; Л., 1948. С. 3.

⁶ Голунский С. А. Вопросы доказательственного права в Основах уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик // Вопросы судопроизводства и судоустройства в новом законодательстве Союза ССР. М., 1959. С. 131.

- ⁷ Кокорев Л. Д., Кузнецов Н. П. Уголовный процесс : доказательства и доказывание. Воронеж, 1995. С. 247.
- ⁸ См.: Кругликов Л. Л., Зуев Ю. Г. Презумпции в уголовном праве. Ярославль, 2000. С. 15 и др.; Бабаев В. К. Указ. соч.; Либус И. А. Указ. соч.; Кокорев Л. Д., Кузнецов Н. П. Указ. соч. С. 247; и др.
- ⁹ Энгельс Ф. Диалектика природы. М., 1948. С. 182–183.
- ¹⁰ Каминская В. И. Указ. соч. С. 26.
- ¹¹ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1992. С. 600.
- ¹² См.: Либус И. А. Указ. соч. С. 14–17.
- ¹³ См.: Малхазов И. И. Важная гарантия социалистического правосудия. Ростов н/Д, 1961. С. 5–9.
- ¹⁴ См.: Кокорев Л. Д., Кузнецов Н. П. Указ. соч. С. 247–249.
- ¹⁵ См.: Зуев Ю. Г. Уголовно-правовые презумпции : понятие, признаки и виды. С. 338.
- ¹⁶ См.: Бабаев В. К. Указ. соч. С. 13; Веденеев Е. Ю. Роль в гражданском праве, арбитражном и гражданском судопроизводстве // Государство и право. 1998. № 2. С. 46; Цуканов Н. Н. О критериях правовой презумпции // Законодательная техника современной России : состояние, проблемы совершенствования : сб. статей : в 2 т. Н. Новгород, 2001. Т. 1. С. 507.
- ¹⁷ Строгович М. С. Учение о материальной истине в уголовном процессе. М. ; Л., 1947. С. 237.
- ¹⁸ Там же. С. 174.
- ¹⁹ См.: Петрухин И. Л. Внутреннее убеждение суда и правовые презумпции // Сов. государство и право. 1964. № 3. С. 63.
- ²⁰ См.: Кругликов Л. Л., Зуев Ю. Г. Указ. соч. С. 89–90.
- ²¹ См.: Кокорев Л. Д., Кузнецов Н. П. Указ. соч. С. 248.
- ²² См.: Кругликов Л. Л., Зуев Ю. Г. Указ. соч. С. 98–101.
- ²³ См.: Горшенев В. М. Нетипичные нормативные предписания в праве // Сов. государство и право. 1978. № 3. С. 115.
- ²⁴ См.: Алексеев С. С. Государство и право : начальный курс. М., 1996. С. 173.
- ²⁵ См.: Каминская В. И. Указ. соч.; Чельцов М. А. О недопустимости перенесения буржуазных конструкций в советскую уголовно-процессальную теорию // Учен. зап. ВЮЗИ. 1958. Вып. VI : Вопросы уголовного процесса; Малхазов И. И. Указ. соч.; Либус И. А. Указ. соч.; Строгович М. С. Право обвиняемого на защиту и презумпции невиновности. М., 1984; Стецовский Ю. И., Ларин А. М. Конституционный принцип обеспечения обвиняемому права на защиту. М., 1988; и др.
- ²⁶ См.: Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998; Новицкий И. Б. Принцип добной совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 1916. № 6. С. 56–90; Дождев Д. В. Добросовестность (*bona sides*) как правовой принцип // По-

Э. Ф. Побегайло

литико-правовые ценности : история и современность. М., 2000 ; Гаджиев Г. А. Конституционные принципы добросовестности и недопустимости злоупотребления субъективными правами // Государство и право. 2002. № 7. С. 54–62 ; и др.

²⁷ См.: Строгович М. С. Учение о материальной истине в уголовном процессе. С. 202.

²⁸ См.: Петрухин И. Л. Указ. соч. С. 63.

²⁹ См.: Бабаев В. К. Указ. соч. С. 86–121.

³⁰ См.: Ойгензихт В. А. Презумпции в советском гражданском праве. Душанбе, 1976. С. 43–189.

³¹ См.: Кругликов Л. Л., Зуев Ю. Г. Указ. соч. С. 89–90 ; Зуев Ю. Г. Уголовно-правовые презумпции : понятие, признаки и виды. С. 331–338.

Э. Ф. Побегайло

доктор юридических наук, профессор,
заслуженный деятель науки РФ

*Институт гуманитарного образования
и информационных технологий
(ИГУМО)*

**ПРЕСТУПНОСТЬ В СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ
И КРИЗИС ПОЛИТИКИ БОРЬБЫ С НЕЙ**

Юридическая наука начинается там,
где она говорит законодателю: «нет».

М. Д. Шаргородский (1963)

Кризис – это тяжелое переходное состояние какого-либо процесса, социального института (например, духовный, политический, финансовый кризис)¹; состояние, когда существующие средства (механизмы) достижения целей становятся неадекватными и в результате возникают непредсказуемые ситуации и проблемы, для преодоления которых нужны новые модели мышления и действия². В данном случае речь идет о кризисе политики Российской государства в области

борьбы с преступностью (современной российской уголовной политики).

Кризис начался давно. Но апогея он, по нашему мнению, достиг в начале XXI столетия. Прежде чем обосновывать это положение, несколько слов о нашем подходе к понятию «уголовная политика», поскольку на данный счет в специальной литературе имеются различные точки зрения.

Слово «политика» (*politikē*) в переводе с греческого означает «искусство управления государством». Политика выражает функции государства по руководству той или иной сферой общественной жизни. **Уголовная политика** как одно из направлений социальной политики – это государственная политика в области борьбы с преступностью. Речь идет о направлении деятельности государства в данной специфической сфере, определении форм, задач, содержания деятельности государства и его органов по борьбе с преступностью и тесно связанными с нею другими формами антиобщественного поведения. Уголовная политика представляет собой *стратегию и тактику* этой борьбы. Стратегия и тактика предполагают ответы на два вечных вопроса: что делать и как делать? На первый вопрос ответ дает стратегия, на второй – тактика.

За последнее время применительно к деятельности по борьбе с преступностью употребляются множество терминов: «борьба», «война», «контроль», «противодействие», «предупреждение», «управленческое воздействие» и др. Надо сказать, что по своему смысловому значению термины эти далеко не адекватны. За каждым из них стоит разное содержание. Более широко употребляется термин «борьба с преступностью». Например, ООН проводит конгрессы по борьбе с преступлениями и обращению с правонарушителями. Употребление именно этого термина представляется нам предпочтительным. Борьба с преступностью означает *активную, наступательную деятельность* путем воздействия на процессы детерминации, обусловливания этого антисоциального явления и применения к лицам, нарушающим уголовный закон, соответствующих мер государственного принуждения. Поскольку такая деятельность осуществляется на основе уголовного

законодательства политика в указанной сфере и именуется «уголовной».

В качестве составных частей (отраслей, подсистем, направлений) **единой политики** в сфере борьбы с преступностью специалисты в ряде случаев выделяют уголовно-правовую, уголовно-процессуальную, уголовно-исполнительную (пенитенциарную), криминологическую (профилактическую), административно-правовую разновидности такой политики. Однако в реальной жизни борьба с преступностью осуществляется комплексно с использованием возможностей каждой из названных политик.

Адекватна ли в настоящее время государственная политика борьбы с преступностью состоянию и тенденциям последней? Не покривя душой, на этот вопрос можно ответить только отрицательно. Тенденции современной российской преступности, как будет показано ниже, настолько неблагоприятны, что вполне правомерно можно и нужно говорить о том, что преступность создает угрозу национальной безопасности и что сама Россия постепенно превращается в криминальное государство. В то же время с полным правом можно утверждать, что реформирование уголовного и уголовно-процессуального законодательства в сторону либерализации, наблюдающееся особенно в последнее время, а также повсеместная либерализация правоприменительной практики без дифференцированного подхода к различным категориям преступлений и преступников не соответствуют криминологическим реалиям. Изменения в законодательстве криминального цикла недостаточно научно обоснованы.

В свое время концепция реформы российского уголовного законодательства предполагала приведение его в соответствие с криминологической реальностью³. Иными словами, изменения в уголовном законодательстве и других отраслях права криминального цикла должны были быть криминологически обоснованы, при этом предполагался тщательный учет выявленных и прогнозируемых тенденций преступности, ее структуры, новых ее видов, контингента преступников и т.п. Уголовная политика любого государства должна основываться

ваться на четком понимании того, каких изменений в структуре и динамике преступности можно будет добиться, совершенствуя соответствующие нормы и институты. Иначе нельзя исключить возможность принятия законодателем решений, которые могут осложнить криминологическую обстановку в стране, вызвать рост рецидивной преступности и отрицательно повлиять на состояние общественного порядка.

Существенную помощь в этом плане могла бы оказать квалифицированная криминологическая экспертиза тех или иных законодательных новелл. Надо сказать, что в отношении проекта УК РФ 1996 г. попытка проведения такой экспертизы по распоряжению Генерального прокурора РФ была предпринята Российской криминологической ассоциацией. Заключение экспертов-криминологов, содержащее серьезные критические замечания по представленному проекту, поступило в Государственную Думу. Но неоправданная поспешность, выразившаяся в том, что Кодекс почему-то обязательно надо было принять к президентским выборам (1996 г.), привела к тому, что результаты экспертизы разработчиками УК РФ фактически учтены не были. Положение, правда, частично нивелировалось тем, что в группу разработчиков тогда еще входил ряд известных криминологов (С. В. Бородин, В. Н. Кудрявцев, Н. Ф. Кузнецова, Г. М. Миньковский, В. Д. Филимонов и др.).

В июне 1996 г. Президент России подписал принятый Государственной Думой и одобренный Советом Федерации новый Уголовный кодекс Российской Федерации. Однако с самого начала (по существу, с момента его принятия) правоохранительные органы были обеспокоены целым рядом содержащихся в нем пробелов, неудачных (а иногда и ошибочных) решений. Они поставили перед правоприменительной практикой весьма серьезные, порой трудноразрешимые проблемы. Показательно, что еще до вступления Кодекса в силу межведомственная комиссия правоохранительных органов в октябре 1996 г. вошла с предложением о необходимости внесения существенных поправок во вновь принятый УК РФ.

Как отмечалось в письме, направленном Президенту РФ в тот период руководителями правоохранительных органов, «со-

хранение имеющихся существенных изъянов может не только оказать негативное влияние на формирование правоприменительной практики, но, главное, отрицательно сказаться на эффективности борьбы с преступностью». Несмотря на значительную работу, проделанную межведомственной комиссией, ее предложения тогда не получили поддержки со стороны руководства страны.

Между тем многие отмеченные «тушки» были заложены в УК РФ 1996 г. изначально. Кодекс был построен на неолиберальной концепции абсолютного приоритета прав личности, потерпевшей в российских условиях полное банкротство. Под предлогом деполитизации и деидеологизации устоявшихся положений из УК РФ были исключены многие важные и оправдавшие себя институты и нормы. В результате все негативные прогнозы реализовались в российской действительности.

Кrimинологическая ситуация в России с каждым годом становится все более неблагоприятной. Идет тотальная криминализация общества. К началу XXI столетия число зарегистрированных преступлений составило более 3 млн. Однако это лишь надводная часть айсберга. По самым осторожным экспертным оценкам, с учетом латентности (гиперлатентности) реальный массив преступности составляет не менее 10–15 млн криминальных деяний в год (называют и более высокие цифры). Надо сказать, что данные уголовной статистики, публикуемые МВД России, весьма сомнительны. Так, в 2009 г. количество заявлений о преступлениях в стране выросло на 7 % и составило около 20 млн, в то время как количество зарегистрированных преступлений, наоборот, снизилось на те же 7 % (меньше 3 млн). Но так ведь не бывает! Непонятно, куда делись не менее 10–13 млн преступлений. О какой неотвратимости ответственности в этих условиях можно вести речь?! Такая система статистических показателей заведомо порочна, и ее надо менять⁴. На динамику развития кrimинологической ситуации негативное воздействие оказали кризис в финансово-экономической сфере, дестабилизация общественного порядка на Северном Кавказе и связанная с ними социальная напряженность в обществе. В таких условиях преступность не

может снижаться, как бы ни пытались убедить граждан в обратном.

Об этом также убедительно свидетельствуют результаты специального исследования, проведенного учеными НИИ Академии Генеральной прокуратуры под руководством профессора С. М. Иншакова. Так, если в 2009 г. МВД РФ было зарегистрировано около 3 млн преступлений, то, по данным упомянутого исследования, фактически в том же году в России их на самом деле было совершено не менее 26 млн, т.е. в 12 раз больше⁵. В предстоящее десятилетие ученые прогнозируют увеличение к 2020 г. количества преступлений до 30,8 млн⁶.

Издавна в структуре преступности значительную часть (в отдельные годы до 60 %) составляют тяжкие и особо тяжкие преступления. За совершение указанных преступлений отбывают наказания в местах лишения свободы до 85 % всех осужденных.

Крайне неблагоприятны тенденции насильственной преступности. Непосредственно потерпевшими от криминального насилия ежегодно становятся сотни тысяч людей. Только за последние 12 лет, по ориентировочным оценкам, в России погиб 1 млн человек, а более 2 млн получилиувечья. Усиливаются организованность, профессионализм, вооруженность, техническая оснащенность преступности; последняя приобретает все более дерзкие, изощренные формы. Каждый третий участник преступлений был ранее судим. Каждое пятое зарегистрированное преступление совершается группой лиц. Возросло число преступлений, совершаемых организованными группами и преступными сообществами.

Возьмем такое особо тяжкое (и, казалось бы, наименее латентное) преступление, как убийство. Несмотря на статистические выкладки МВД РФ, повествующие об их постоянном снижении в последнее время (2006–2010 гг.) – с 32 до 17 тыс., на самом деле их реальное количество в стране ежегодно растет и доходит до 46 – 50 тыс.⁷ Как показывают социологические опросы, обеспокоенность у общества безопасностью своих граждан достигла пика.

Начиная с 2003 г. число преступлений против детей в России выросло в 30 раз. За этим стоит невероятный всплеск педофилии. По словам Уполномоченного по правам ребенка П. Астахова, практическая уголовная политика в этом отношении с самого начала дает сбой: большинство уголовных дел против педофилов возбуждаются по ненасильственным статьям УК РФ и заканчиваются условным осуждением или вообще прекращением уголовных дел⁸. За последние три года число прекращенных «за примирением сторон» и приговоров к условному наказанию достигло 75 %. В европейских государствах ситуация не лучше. По оценкам Совета Европы, в Европейском союзе от действий педофилов пострадал каждый пятый ребенок. Все это свидетельствует о крайней необходимости более жесткого применения уголовного наказания за подобного рода преступления, которые следует законодательно отнести к *деяниям исключительной тяжести* (наряду с убийством, терроризмом, наркобизнесом и пр.). Очевидно, что в противном случае неизбежно возрождение практики суда Линча на российской территории, самосуда общества над педофилями.

Поскольку прежняя система социальной профилактики правонарушений к началу 90-х гг. была бездумно разрушена, а новая еще не создана, центр тяжести в борьбе с преступностью фактически перенесен в область правоохранительной и правоприменительной деятельности. Это, конечно, не главное направление. «Лучшая уголовная политика, – как говорил в начале XX в. Ф. Лист, – это политика социальная»⁹. Но надо считаться с реалиями. Политика – это искусство возможного. В условиях первоначального накопления капитала, «дикого» рынка, отсутствия необходимого ресурсного обеспечения, да и порой политической воли социальная политика (что бы по этому поводу ни говорилось!) отодвигается на второй план.

В связи с этим возникает крайне важный вопрос: должна ли уголовная политика в таких условиях быть либеральной?¹⁰ Казалось бы, проведение правовой реформы под знаменами буржуазного либерализма – дело естественное и неоспоримое. Но не все так просто.

Еще Г. Гегель обращал внимание на то обстоятельство, что, если положение самого общества шатко, тогда закону приходится посредством наказания устанавливать пример¹¹, имея в виду, что сюровость наказания находится в определенном соотношении с состоянием общества в данную эпоху. Нынешнее состояние российского общества, к сожалению, все еще «шатко». Оно, несмотря на некоторые подвижки, продолжает пребывать в условиях глубокого экономического, социально-политического и духовного кризиса, обострения множества противоречий, имеющих существенное криминогенное значение.

Трудно не согласиться с мнением видного социолога В. И. Добренькова, который отмечает: «Результаты этих разрушительных, губительных, бесчеловечных либеральных реформ очевидны: современное российское общество переживает глубочайший системный кризис, потрясающий основы его существования, жизнь каждого из граждан. Либеральные реформы, вызванные бездумным и безоглядным следованием западным рецептам общественного развития, маниакальным желанием переделать Россию на западный манер, не просто оказались не оправдавшими себя, но – гораздо хуже того – убийственными для всей страны. Либерализм привел российское общество к гибели. Человеческие, материальные и духовные потери, которые понесла Россия за эти годы, неисчислимые. Они сопоставимы с тем уроном, который понесла наша страна в результате Великой Отечественной войны»¹².

Рост преступности в России происходил на фоне безудержной «либерализации» и «гуманизации» уголовного законодательства и правоприменительной практики, когда даже само понятие «борьба с преступностью» применительно к деятельности уголовной юстиции было объявлено «вульгарной идеей», не совместимой со шкалой либеральных ценностей¹³. В результате мы имеем то, что имеем.

Помимо игнорирования криминологических реалий, о которых уже шла речь, среди «тупов» современной российской уголовной политики следует назвать: отсутствие социальной обусловленности и научной обоснованности некоторых уголовных законов, особенно изменений в уголовном законода-

тельстве, нестабильность последнего, рассогласование с процессуальным законодательством («форма стала довлесть над содержанием»), выхолащивание предупредительной функции уголовного законодательства вкупе с развалом системы государственной и общественной профилактики преступлений.

Особое внимание хотелось бы обратить на нестабильность уголовного законодательства, что выражалось в многочисленных его изменениях и дополнениях. Уголовный кодекс РФ утратил свойство системности. А ведь правоприменительная деятельность тем эффективнее, чем более постоянными являются нормы уголовного закона. Обратимся для сравнения к криминологической ситуации в США, где в период 90-х гг. в уголовной политике наблюдалась тенденция ужесточения наказаний. Разумеется, последствия такой политики (особенно в долгосрочном плане) носят неоднозначный характер. Но нельзя не видеть, что за последнее десятилетие XX в. кризис криминальных проявлений в США резко пошла вниз. За 10 лет регистрация преступности в целом сократилась почти на 30 %. Число регистрируемых убийств, краж и разбойных нападений в стране снизилось на 40 % и более. С 1993 по 2003 г. число фиксируемых убийств сократилось с 24,5 тыс. до 15,5 тыс. Если в 1991 г. на 100 тыс. человек приходилось почти 10 убийств, то в 2000 г. их было зафиксировано всего 5,5¹⁴.

В США давно уже поняли, что «либеральный» подход к решению острых социальных проблем (а именно к таким относится проблема борьбы с преступностью) далеко не всегда означает «самый лучший, самый эффективный, в наибольшей степени отвечающий общественным интересам»¹⁵.

Либеральная идеология, приверженность которой демонстрируют наши реформаторы, – это философия индивидуализма. Она исходит из признания ценностного приоритета отдельной личности по отношению к коллективу и государству¹⁶.

Идея всемерной защиты прав и свобод человека и гражданина – действительно великая идея, эти права и свободы – высшая ценность. Но правам и свободам человека корреспондируют соответствующие обязанности и ответственность за их нарушение. В Декларации о правах и достоинстве че-

ловека X Всемирного русского народного собора (4–6 апреля 2006 г.) указывается: «Права и свободы неразрывно связаны с обязанностями и ответственностью человека. Личность, реализуя свои интересы, призвана соотносить их с интересами ближнего, семьи, местной общины, народа, всего человечества». Из ст. 29 Всеобщей декларации прав человека 1948 г. также вытекает, что при осуществлении своих прав и свобод каждый человек должен признавать и уважать права и свободы других граждан, соблюдать требования морали, общественного порядка и общего благосостояния. Вот почему, когда борьба с преступностью, посягающей на основные права российских граждан, общественные и государственные интересы, объявляется «вульгарной» идеей, это не может не вызывать неприятия.

Прежде всего, необходимо констатировать, что у нас весьма неэффективно «работает» общая и специальная превенция преступлений. Что нужно сделать для того, чтобы она работала более эффективно?

Для этого необходимо, во-первых, обеспечить максимально возможную в данных условиях неотвратимость ответственности за содеянное; во-вторых, там, где это диктуется интересами общественной безопасности, более решительно прибегать к лишению или ограничению преступника физической возможности совершать новые преступления (в первую очередь, это касается лиц, совершающих тяжкие насильственные преступления). Устрашение наказанием как средство уголовно-правовой превенции не потеряло еще значения, хотя, конечно, это не главное средство специальной и общей превенции. Главное в сфере уголовно-правовой борьбы с преступностью (речь идет именно об этой сфере, коль действенная социальная профилактика пока не очень реальна) – это такое воздействие на общественное сознание, в особенности на сознание неустойчивых в криминогенном отношении граждан, которое убеждало бы в «невыгодности» занятия преступной деятельностью. Речь идет об использовании метода превентивного сдерживания потенциальных правонарушителей. Эффект общего и специального предупреждения обеспечивается прежде всего реальной практикой осуществления принципа не-

отвратимости ответственности за совершенные преступления, назначения и исполнения уголовного наказания, а затем уже санкциями уголовного закона (но они должны быть такими, чтобы формировать убеждение в невыгодности занятия криминальной деятельностью). Риск совершения преступления должен превышать возможную выгоду.

Все это, конечно, далеко не панацея, поскольку поведение людей в обществе невозможно регулировать только посредством принципа целесообразности. Еще древние величайшей загадкой человеческого поведения считали то обстоятельство, что человек, зная, как не надо поступать, поступает именно так, как не надо. Однако полностью отрицать устрашающую, сдерживающую роль уголовного наказания, эффективность его предупредительного воздействия было бы неправильно. Его реальные возможности в борьбе с преступностью необходимо использовать.

Как же обстоит дело с использованием этих возможностей в современной России? К сожалению, с каждым годом эти возможности сужаются. Так, в условиях, когда обеспокоенность общества безопасностью своих граждан достигла пика, когда не менее 90 % россиян, как показывают социологические исследования, являются сторонниками сохранения смертной казни за особо тяжкие преступления, связанные с умышленным посягательством на жизнь человека (что, кстати, предусматривается ч. 2 ст. 20 Конституции РФ), в России действует мораторий на ее назначение и исполнение. А ведь речь идет о наиболее опасных преступниках – убийцах, совершивших тягчайшие злодеяния против законов Божьих и человеческих, субъектах с ярко выраженной антиобщественной криминальной насилиственной направленностью, зачастую неоднократно ранее судимых за тяжкие преступления, на счету которых порой серии убийств (на совести некоторых из них десятки жертв).

В условиях слабости действия нравственных и правовых норм, хрупкости демократических институтов и традиций, отсутствия правовой государственности отказ от применения к особо злостным преступникам – убийцам и террористам –

смертной казни, на наш взгляд, выглядит необоснованным. Его вполне можно расценивать как одну из форм проявления международно-правового популизма, как стремление продемонстрировать лояльность российской власти перед цивилизованным и благополучным Западом¹⁷. Но такой «гуманизм» уже стоит и будет еще стоить жизни многим гражданам России. К тому же законодательная отмена смертной казни приведет к активизации ее нелегальных форм, носящих внесудебный характер: актов кровной мести, самосудов, заказных убийств и т.п.

Вопиющим подтверждением изложенного служит ужасное преступление, произошедшее недавно в небольшом районном городке Башкирии. Молодая учительница, решившая посетить родителей не успевающего в учебе школьника, была подвергнута изощренным издевательствам, сексуальному насилию и истязаниям. Отец этого школьника и его брат, оказавшиеся дома одни, были настолько бездушны и самонадеяны, что, насилия и безжалостно убивая жертву, наслаждались этим процессом, снимая все на видеокамеру мобильного телефона. Те жуткие насилия, которые были там запечатлены, не смогли оставить равнодушными в зале судебного заседания даже патологоанатома и следственных работников. Прикованной к батарее несчастной 23-летней учительнице отрезали пальцы, которые позднее были обнаружены работниками милиции на столе среди объедков этих ублюдков. Затем ей отпилили ржавой пилой голову, которая после долгих поисков была найдена в барсучьем логове, где эти нелюди пытались ее спрятать. Реакция общества была единодушна. Люди, собравшиеся возле суда, требовали смерти. Гнев этот захлестнул даже СИЗО, где уголовники подвергли их многократным истязаниям, а затем закололи их заточками. Так что судебного приговора они не дождались. Этих безбожников захоронили без креста и без имени на отшибе городского кладбища. Но спустя несколько дней кто-то откопал их могилу, отрубил у трупов головы и насадил на кол воронью на поругание¹⁸. Так большинство населения (не только уголовники!) понимают «справедливость» возмездия за подобные бесчеловечные злодеяния.

Хотелось по этому поводу привести слова главы Следственного комитета при Прокуратуре РФ Александра Бастрыкина: «Я за смертную казнь. Это мнение основано на моем личном опыте. Я видел людей, которые переступят через все, кроме собственной жизни, и, может быть, это кого-то остановит».

Жесткость уголовной репрессии по отношению к таким монстрам представляется вполне оправданной. Библейская заповедь «Не убий» из религиозного догмата должна превратиться в реальный запрет; страх нарушить эту заповедь должен войти в «генетическую память» поколений. И здесь исключительность ответственности за совершение криминальных посягательств на жизнь человека совершенно необходима¹⁹.

Временный запрет на данный вид наказания вызывает серьезные сомнения с точки зрения его конституционности (ч. 2 ст. 3 и ст. 20 Конституции РФ). Думается, что для окончательного решения этого вопроса необходимо вынести его на всенародный референдум²⁰.

Такова, по существу, и позиция Русской православной церкви. На Юбилейном Соборе 2000 г. Русская православная церковь отказалась осудить смертную казнь, сославшись на то, что смертная казнь признавалась в Ветхом Завете и указаний на необходимость ее отмены нет ни в Новом Завете, ни в Предании и историческом наследии Православной церкви. «Сам же вопрос об отмене или неприменении ее должен решаться обществом с учетом состояния преступности, правоохранительной и судебной систем, а наипаче соображений охраны жизни благонамеренных членов общества»²¹. Что касается обязательств перед Советом Европы (в апреле 1997 г. Россия подписала Протокол № 6 к Конвенции о защите прав человека, предусматривающий отмену смертной казни; он до сих пор не ратифицирован Государственной Думой и его предписания носят рекомендательный характер), то при решении вопроса об их выполнении нельзя не учитывать, что по сопоставимым данным в России от убийств погибает в 20 раз больше мужчин и в 12 раз больше женщин, чем в странах Западной Европы²². Навязывание Советом Европы не прием-

лемых для России политических решений в данной области – это политика двойных стандартов, псевдодемократический диктат. Как справедливо отмечает О. Н. Ведерникова, «доктрина приоритета национальных интересов предполагает имплементацию только таких положений международного уголовного права, которые согласуются с принципами российской правовой системы, учитывают особенности правосознания российских граждан и объективно направлены на повышение эффективности борьбы с преступностью в нашей стране»²³.

Прав А. И. Солженицын, полагая, что «бывают времена, когда для спасения общества – государства смертная казнь нужна. А в России сейчас вопрос стоит именно так»²⁴.

Эффективность уголовно-правовой превенции в значительной степени подорвана и некоторыми положениями, содержащимися в федеральных законах от 8 декабря 2003 г. № 162-ФЗ и от 21 июля 2004 г. № 73-ФЗ, которыми внесены изменения в УК РФ.

Федеральным законом от 8 декабря 2003 г. № 162-ФЗ, в частности, из Уголовного кодекса исключена ст. 16, регламентировавшая институт неоднократности преступлений и связанные с ним правовые последствия. Соответствующие изменения в связи с этим внесены и в ст. 17, содержащую определение понятия совокупности преступлений.

Надо сказать, что предложенная в УК РФ 1996 г. трактовка понятий «неоднократность» и «совокупность преступлений» вызывала определенные трудности в правоприменительной практике. Создалась парадоксальная ситуация, когда за совершение менее опасных разнородных преступлений могло быть назначено по совокупности более строгое наказание (путем полного или частичного их сложения), чем за более опасные, образующие неоднократность²⁵.

Однако полный отказ от понятия неоднократности – не решение проблемы. Это явное противоречие задачам борьбы с профессиональной преступностью. Дело в том, что криминальный профессионализм, прежде всего, проявляется в систематическом совершении не разнородных, а преиму-

щественно тождественных и однородных преступлений, образовывавших неоднократность. «Изъяв неоднократность из Уголовного кодекса РФ, законодатель фактически проигнорировал серьезные теоретические разработки проблемы множественности преступлений, убедительно доказывающие, что повторение преступлений – типичный вариант криминальной активности, вызывающий серьезное возрастание общественной опасности содеянного и нуждающийся в специальной криминализации»²⁶. Нарушенены вековые традиции законотворчества, поскольку российский законодатель всегда реагировал должным образом (путем усиления репрессии) на такие проявления повторности преступлений, как неоднократность и систематичность. Подавляющее большинство уголовных кодексов зарубежных стран содержат нормы, регламентирующие институт неоднократности (повторности) преступлений.

Выход из создавшегося положения был возможен. Часть 3 ст. 16 УК РФ можно было бы изложить в следующей редакции: «В случаях, когда неоднократность преступлений предусмотрена в статьях Особенной части настоящего Кодекса в качестве обстоятельства, влекущего за собой более строгое наказание, каждое из образующих неоднократность преступлений квалифицируется самостоятельно. Все эти деяния одновременно образуют также совокупность преступлений (статья 17 настоящего Кодекса)». Соответствующие изменения в связи с этим следовало также внести в ст. 17 и 69 УК РФ о совокупности преступлений и назначении наказания при ее наличии²⁷.

Следует согласиться с мнением А. Н. Игнатова о том, что исключение института неоднократности из УК РФ приведет к резкому смягчению наказания за систематическое совершение преступлений, не являющихся тяжкими, но достаточно распространенных, системообразующих, таких как кражи, мошенничество²⁸. А ведь именно лица, совершающие такие преступления, составляют «элиту» уголовного мира, выступая, как правило, «профессиональными» преступниками, носителями криминальной идеологии и субкультуры²⁹.

Федеральным законом от 21 июля 2004 г. № 73-ФЗ в предусмотренное ст. 17 УК РФ понятие совокупности преступлений внесено еще одно существенное и, как нам представляется, весьма спорное с точки зрения системного подхода к реформированию Уголовного кодекса добавление. Совокупность теперь отсутствует в случаях, когда совершение двух или более преступлений предусмотрено статьями Особенной части УК РФ в качестве обстоятельства, влекущего более строгое наказание. Таковы, например, случаи квалифицированных убийств, сопряженных с похищением человека либо захватом заложника (п. «в» ч. 2 ст. 105), разбоем, вымогательством или бандитизмом (п. «з» ч. 2 ст. 105), изнасилованием или насильственными действиями сексуального характера (п. «к» ч. 2 ст. 105). Таков и целый ряд деяний, одним из квалифицирующих признаков составов которых является «причинение по неосторожности смерти потерпевшему либо тяжкого вреда его здоровью» (в УК РФ их около 50).

Рассматриваемое нововведение было бы обоснованным, если бы речь шла только об учтенной законодателем в качестве единого составного преступления идеальной совокупности криминальных деяний, что в данном случае имеет место применительно к посягательствам, совершение которых связано с причинением по неосторожности смерти потерпевшему или тяжкого вреда его здоровью (таковы деяния, предусмотренные ч. 3 ст. 123, ч. 2 ст. 124, п. «в» ч. 3 ст. 126, ч. 3 ст. 127 УК РФ, и др.). Однако такой подход представляется совершенно необоснованным в плане юридической оценки названных выше семи видов квалифицированного убийства. В таких случаях убийств, «сопряженных с иным преступлением», налицо типичная совокупность (как правило, реальная) самостоятельных криминальных деяний. Квалификация содеянного только по п. «в», «з», «к» ч. 2 ст. 105 УК РФ не охватывает содеянного полностью; она может быть адекватной только путем применения по совокупности, соответственно: п. «в» ч. 2 ст. 105 и 126; п. «в» ч. 2 ст. 105 и 206; п. «з» ч. 2 ст. 105 и 162; п. «з» ч. 2 ст. 105 и 163; п. «з» ч. 2 ст. 105 и 209; п. «к» ч. 2 ст. 105 и 131; п. «к» ч. 2 ст. 105 и 132 УК РФ. На таких позици-

ях уже более 40 лет стоит и Пленум Верховного Суда в своих руководящих разъяснениях по конкретным категориям уголовных дел³⁰. Признать содеянное в данных случаях единым составным преступлением невозможно. Видовые и непосредственные объекты рассматриваемых криминальных деяний (убийства, с одной стороны, и похищения человека, захвата заложника, разбоя, вымогательства, бандитизма, изнасилования, насильтственных действий сексуального характера – с другой) разные; они не находятся в положении подчиненности по отношению друг к другу, ни один из них не является частью другого. Деяния эти существенно отличаются друг от друга и по признакам объективной стороны. Виновный в таких случаях, как правило, разновременно (хотя разрыв во времени может быть минимальным) совершает несколько самостоятельных актов преступного поведения. Различны здесь и наступившие преступные последствия. Таким образом, квалифицированные составы убийства, предусмотренного п. «в», «з», «к» ч. 2 ст. 105 УК РФ, не охватывают даже наиболее существенных фактических обстоятельств всего содеянного. В большинстве случаев можно говорить также о различиях в направленности умысла виновного, разных мотивах и целях самого убийства и сопряженных с ним иных преступных деяний. К тому же потерпевшим от убийства может быть и лицо, которому причинена смерть в связи с похищением другого человека или захватом иного лица в качестве заложника. То же самое относится к убийствам, сопряженным с разбоем, вымогательством, изнасилованием и насильтственными действиями сексуального характера, совершенными против иных лиц.

Во всех этих случаях мы имеем дело не с учтенной законодателем в качестве единого преступления идеальной совокупностью, а с реальной совокупностью криминальных деяний, отличающихся друг от друга по существенным юридическим признакам.

Разработчики изменений УК РФ, внесенных Федеральным законом от 21 июля 2004 г. № 73-ФЗ, не учли данные обстоятельства. Внося рассматриваемое дополнение в ст. 17

УК РФ, необходимо было подкорректировать и редакцию п. «в», «з», «к» ч. 2 ст. 105, а именно вообще убрать из этих пунктов указание на «сопряженные с убийством иные преступления». В этом случае остается квалификация по совокупности убийства (как правило, предусмотренного ч. 2 ст. 105 УК РФ) и того преступления, с которым данное убийство сопряжено. Фактически в этих случаях в юридической оценке содеянного ничего не меняется (только чаще будет применяться п. «к» ч. 2 ст. 105 УК РФ).

В плане дальнейшего совершенствования уголовного законодательства надо либо как можно скорее вносить эти изменения, либо «возвращаться» к прежней редакции ст. 17 УК РФ (от 8 декабря 2003 г.), что теперь уже вряд ли целесообразно.

Иное решение вопроса (сохранение *status quo*) может привести к ослаблению уголовно-правовой борьбы с наиболее тяжкими и бесчеловечными разновидностями убийства, обнаруживающими в настоящее время исключительно неблагоприятные тенденции, поскольку суды будут лишены возможности выносить по делам данной категории приговоры к лишению свободы на сроки свыше 20 лет (путем сложения наказаний по совокупности преступлений). Создается парадоксальная ситуация. За совершение так называемого «простого» убийства (ч. 1 ст. 105 УК РФ) и особо квалифицированной кражи (ч. 3 ст. 158 УК РФ) возможно назначение наказания (по совокупности до 25 лет лишения свободы), а за совершение квалифицированного убийства, сопряженного, например, с изнасилованием или с вооруженным разбоем (ч. 2 ст. 105 УК РФ), – лишение свободы не может превышать 20 лет (если речь идет о лишении свободы «на определенный срок»). Строго говоря, ослабление борьбы с указанными видами убийства уже произошло в силу необходимости применения к отбывающим наказание лицам по уже рассмотренным судами делам данной категории положений об обратной силе уголовного закона (ст. 10 УК РФ), пересмотря в связи с этим множества приговоров. Вот к чему приводит бессистемный подход к изменениям в уголовном законода-

тельстве (непонимание того, как изменения в одной норме могут сказаться на других нормах)! Приходится с сожалением констатировать и это.

Несколько слов о складывающейся судебной практике по вопросу квалификации убийств, совершенных неоднократно. От того, что «неоднократность» как вид множественности преступлений исключена из УК РФ, неоднократных убийств меньше совершаться не стало. Было бы ошибочно (а такая тенденция прослеживается!) квалифицировать неоднократные убийства по п. «а» ч. 2 ст. 105 УК РФ. Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 27 января 1999 г. № 1 в п. 5 недвусмысленно указал, что квалификация содеянного как убийства двух или более лиц возможна, «...если действия виновного охватывались единым умыслом и были совершены, как правило, одновременно». В тех случаях, когда убийство было совершено во второй раз и более в разное время и не охватывалось единым преступным намерением виновного, содеянное должно квалифицироваться по совокупности данных криминальных деяний. Наказание при этом будет определяться в соответствии с положениями ст. 69 УК РФ (путем частичного или полного сложения). Оснований для пересмотра такого подхода и такой практики нет.

Создается впечатление, что законодатель в последнее время вообще игнорирует отечественную и международную практику борьбы с преступностью³¹. Так, вопреки всем традициям законотворчества прежняя судимость в случае совершения нового тождественного или однородного преступления перестала быть квалифицирующим обстоятельством. Тем самым значительно ослаблена ответственность за рецидив преступлений.

В свое время мы уже обращали внимание юридической общественности на то, что в УК РФ 1996 г. не получил должной правовой оценки специальный рецидив криминальных деяний («совершение преступления лицом, ранее судимым за данное преступление») как отягчающее ответственность обстоятельство³². Теперь такой подход практически полностью исключен, если не иметь в виду еще оставшиеся положения,

содержащиеся в п. «а» ч. 1 ст. 63 УК РФ (но там речь идет вообще о рецидиве как об обстоятельстве, отягчающем наказание в рамках санкций определенной статьи, а не как об обстоятельстве, квалифицирующем деяние).

Конституционный Суд РФ справедливо полагает, что имеющаяся у лица непогашенная или неснятая судимость порождает особые, складывающиеся на основе уголовно-правового регулирования публично-правовые отношения его с государством, которые при совершении этим лицом новых преступлений служат основанием для оценки его личности и совершенных им преступлений как обладающих повышенной общественной опасностью и потому предполагают применение к нему более строгих мер уголовной ответственности³³. По мнению Конституционного Суда РФ, такой подход оправдан необходимостью обеспечения содержащихся в ст. 55 Конституции РФ целей защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов граждан. К сожалению, законодатель проигнорировал это решение Конституционного Суда РФ.

Далеко не бесспорной с точки зрения криминологической обоснованности представляется проведенная Федеральным законом от 8 декабря 2003 г. № 162-ФЗ реконструкция нормы о рецидиве преступлений (ст. 18 УК РФ). Речь идет о введенных ограничениях при признании рецидива опасным и особо опасным.

Ранее Федеральным законом от 9 марта 2001 г. № 25-ФЗ было проведено в жизнь еще одно весьма спорное в свете криминологических реалий решение о том, что осужденные за особо тяжкие преступления (в их числе убийцы, насильники, разбойники, бандиты, террористы) могут претендовать на условно-досрочное освобождение по отбытии не трех четвертей срока наказания (как это раньше предусматривала ст. 79 УК РФ), а двух третей такого срока. Указанную категорию преступников вообще надо лишить права на условно-досрочное освобождение, исходя из исключительной тяжести содеянного и высокой вероятности рецидива с их стороны. Принятое же законодательное решение, несомненно, существенно

осложняет и без того неблагоприятную криминологическую обстановку в стране.

С начала XXI в. весьма неблагоприятны тенденции рецидивной преступности. Ежегодно в России осуждается 320–380 тыс. рецидивистов. Уголовная статистика фиксирует рост, как абсолютного числа, так и интенсивности преступлений, совершаемых рецидивистами. Растет специальный рецидив, что указывает на интенсивные процессы профессионализации преступной деятельности. Повышается удельный вес многократного, пенитенциарного, постпенитенциарного, опасного и особо опасного рецидива. Обращает на себя внимание рост рецидивной преступности лиц, находящихся под следствием и судом.

В этих условиях значительная либерализация репрессивной функции уголовной политики в данной сфере представляется неуместной. Она противоречит интересам общественной безопасности.

До сих пор не решены актуальные вопросы уголовно-правовой борьбы с организованной преступностью. Непродуманным оказалось содержащееся в ч. 4 ст. 35 УК РФ определение признаков преступного сообщества (преступной организации). Трудно по содержащимся там параметрам ограничить преступное сообщество от организованной группы, речь о которой идет в ч. 3 ст. 35 УК РФ. Полагаем, что в понятие «преступное сообщество» следует включить такие признаки, как «управляемость» и «цель длительного занятия преступной деятельностью».

Не предусмотрел законодатель в Особенной части УК РФ и специальной нормы, устанавливающей ответственность за создание и руководство организованной группой, а также участие в ней. В результате положения ч. 5 ст. 35 УК РФ частично «повисают в воздухе». Целесообразно поэтому включить в УК РФ норму об ответственности создателей, руководителей и участников организованных преступных групп (примерно такого содержания, как ст. 210 УК РФ).

Не способствует борьбе с организованной и профессиональной преступностью отсутствие в нормах Особенной части

УК РФ такого квалифицирующего признака, как «совершение преступления в виде промысла».

«Ахиллесова пята» Уголовного кодекса России – это проблема санкций; вопрос о санкциях норм Особенной части про-работан в нем откровенно слабо. Система санкций в УК РФ нередко противоречит, как нам представляется, интересам охраны личности и общественной безопасности. Недопусти-мо, например, за умышленное преступление против лично-сти предусматривать наказание в виде штрафа (например, за умышленное причинение легкого вреда здоровью, побои, заражение венерической болезнью, понуждение к действиям сексуального характера, развратные действия – соответст-венно, ст. 115, 116, 121, 133, 135 УК РФ). В общественном созна-нии подобные санкции однозначно ассоциируются с возмож-ностью «откупиться» за содеянное.

Совершенно нелогично и необъяснимо, например, предпри-нятое Федеральным законом от 8 декабря 2003 г. № 162-ФЗ снижение санкций в виде лишения свободы за такое опас-нейшее криминальное деяние, как групповой и вооруженный разбой (ч. 2 ст. 162 УК РФ), перевод этого деяния из катего-рии особо тяжких преступлений в категорию просто тяжких³⁴. Если раньше разбой, совершенный группой лиц по предвари-тельному сговору, а равно с применением оружия или пред-метов, используемых в качестве оружия, наказывался лише-нием свободы на срок от 7 до 12 лет с конфискацией имущест-ва, то в настоящее время он наказывается лишением свободы на срок от 5 до 10 лет, а конфискация как дополнительное наказание заменена штрафом (правда, на довольно большую сумму).

Может быть, число разбоев пошло у нас на убыль, а лич-ность разбойника, несмотря на преступный сговор с другими лицами или применение при нападении оружия, потеряла определенную толику общественной опасности и стала более поддающейся исправлению? Нет, конечно.

В последние 15 лет отмечается фактически постоянный рост (временами беспрецедентный!) регистрации разбойных нападений. При этом наблюдается тенденция к ужесточению

насилия при совершении разбоев. Растет число разбойных нападений с применением огнестрельного оружия. Так какие же были основания снижать санкцию за данный квалифицированный вид разбоя, нередко граничащего с бандитизмом? О криминологической обоснованности такого законодательного решения не может быть и речи.

Весьма отрицательно юридической общественностью было воспринято изъятие из УК РФ такого вида наказания, как конфискация имущества (Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. № 162-ФЗ). В условиях, когда корыстная мотивация преступной деятельности выходит на первый план, когда растет объем криминального бизнеса, а уровень теневой экономики составляет, по некоторым экспертным оценкам, около половины валового внутреннего продукта, такой шаг, действительно, не поддается логическому объяснению.

Конфискация имущества – традиционная, общепринятая мера воздействия, известная уголовному законодательству большинства стран. Ее предусматривает ряд международных конвенций, ратифицированных Россией. Речь, в частности, идет о конвенциях ООН о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ 1990 г., о борьбе с финансированием терроризма 1999 г., против транснациональной организованной преступности 2000 г., против коррупции 2003 г. и конвенциях Совета Европы об отмывании, выявлении, изъятии и конфискации доходов от преступной деятельности 1990 г., об уголовной ответственности за коррупцию 1999 г. В этих конвенциях детально регулируются вопросы конфискации имущества или его эквивалента у преступников.

Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 153-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О ратификации Конвенции Совета Европы о предупреждении терроризма» и Федерального закона «О противодействии терроризму» восстановил институт конфискации в УК РФ. Правда, сделано это несколько странно. Конфискация теперь не является дополнительным видом наказания, а относится

к иным мерам уголовно-правового характера (разд. VI гл. 15¹ ст. 104¹, 104² и 104³ УК РФ). Думается, что такой довольно спорный подход все же лучше, чем полное отсутствие института конфискации в уголовном законодательстве.

Система санкций Уголовного кодекса тесно связана с проблемой категоризации (классификации) преступлений. И здесь с точки зрения криминологической обоснованности не все благополучно.

Так, на наш взгляд, сомнительным является решение вопроса о категоризации неосторожных преступлений, признание их только деяниями либо небольшой, либо средней тяжести (Федеральный закон от 9 марта 2001 г. № 5-ФЗ). Тенденции неосторожной преступности крайне неблагоприятны, тяжесть ее последствий постоянно растет. От одних только дорожно-транспортных происшествий в последнее время в России ежегодно погибает более 30 тыс. человек и свыше 200 тыс. получают ранения. Иллюзий для оптимистических прогнозов в этом отношении быть не может. Бывает так, что одно неосторожное преступление влечет за собой гибель десятков, а то и сотен людей. Как же можно относить его к преступлению средней тяжести? Выход, по нашему мнению, состоял в том, чтобы провести раздельную классификацию (категоризацию) умышленных и неосторожных преступлений, а среди последних выделить в отдельную категорию деяния, повлекшие по неосторожности тяжкие последствия.

Однако законодатель пошел другим путем. Он, в частности, отступил от требований концепции уголовной политики о всемерной охране здоровья человека, декриминализировав причинение вреда здоровью средней тяжести по неосторожности (Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. № 162-ФЗ). В статьях о преступлениях против общественной безопасности, связанных с нарушением соответствующих правил техники безопасности на производстве, о преступлениях против безопасности движения и эксплуатации транспорта и некоторых других неосторожное причинение вреда здоровью средней тяжести также декриминализировано. Все это не согласуется с криминологическими реалиями.

Вряд ли оправданы смягчение наказания по ст. 109 УК РФ за причинение смерти по неосторожности и отнесение этого деяния к категории преступлений небольшой тяжести (ч. 1 ст. 109). Во многих странах санкции за причинение смерти по неосторожности значительно строже.

Важную профилактическую роль играют нормы Особенной части УК с так называемой двойной превенцией³⁵. Это нормы об уголовной ответственности за деяния, создающие условия и непосредственную обстановку для совершения других, более тяжких преступлений. Речь идет именно о *двойной превенции*, двойном профилактическом действии таких норм – против деяний, для борьбы с которыми они непосредственно предназначены, и против тяжких преступлений, для которых создается благоприятная почва, если указанные деяния останутся без реагирования.

В их числе выделяются нормы, предусматривающие ответственность за хулиганство, угрозу убийством или причинением тяжкого вреда здоровью, побои, истязания, незаконный оборот оружия и некоторые другие. Эффективность профилактического воздействия данных норм связана главным образом с обеспечением своевременности ответственности за эти деяния, создающие условия для совершения других, более опасных преступлений.

К сожалению, профилактический потенциал, эффективность действия этих норм уже подорваны после вступления в силу Федерального закона от 8 декабря 2003 г. № 162-ФЗ. Например, хулиганство («простое» и «злостное»), которое предусматривалось ст. 213 УК РФ, законодатель фактически декриминализировал. То, что от него осталось (хулиганство, совершенное «с применением оружия или предметов, используемых в качестве оружия» либо «по мотивам политической, идеологической, расовой, национальной или религиозной ненависти или вражды либо по мотивам ненависти или вражды в отношении какой-либо социальной группы») затрагивает незначительную часть злостных хулиганов. Большая часть остается фактически безнаказанными.

Не является выходом из положения включение в качестве квалифицирующих признаков хулиганских мотивов в нормы об умышленном причинении легкого вреда здоровью и побоях (соответственно, ч. 2 ст. 115 и ч. 2 ст. 116 УК РФ). Хулиганство – это преступление против общественного порядка, публичное криминальное деяние. Преступления же, предусмотренные ст. 115 и 116 УК РФ, относятся к делам частного обвинения, рассматриваемым мировым судьей по жалобе потерпевшего. Но потерпевшие и от более тяжких преступлений не обращаются в правоохранительные органы. Они, как и свидетели, небезосновательно боятся мести со стороны обвиняемых и их окружения³⁶. В результате злостные хулиганы остаются безнаказанными.

Попытка законодателя ограничить хулиганство только наиболее опасными действиями, а остальные оставить за рамками уголовного закона ничего, кроме вреда, не принесет. Как справедливо отмечают Л. А. Андреева и Г. В. Овчинникова, «если учесть распространенность и разнообразие хулиганских действий в современной жизни, в том числе совершаемых подростками, и фактическое отсутствие других действенных мер воздействия на них, то возникает простор для вседозволенности, разнужданного поведения. Нормальная общественная жизнь, спокойствие законопослушных граждан все более становится не защищенными государством»³⁷.

Между тем криминологами давно подмечена закономерность: ослабление борьбы с хулиганством ведет к росту тяжких насильственных преступлений, что мы в настоящее время и наблюдаем. Вышеперечисленные деяния законодательно расцениваются как преступления небольшой и средней тяжести. Они и намечены разработчиками законопроектов к декриминализации и депенализации. Но чем либеральнее общество относится вроде бы к «малозначительным» преступлениям (они, кстати, вовсе не малозначительные), тем выше вероятность того, что будут совершаться более тяжкие и опасные преступления.

В гуманизации нельзя доходить до абсурда: когда, например, за умышленное нанесение тяжкого вреда здоровью, по-

влекшее смерть потерпевшего, квалифицированные разбой, грабеж и вымогательство минимальный срок лишения свободы установлен от двух месяцев (Федеральный закон от 7 марта 2011 г. № 26-ФЗ). Еще со времен древности известно, что безнаказанность развращает и порождает новые преступления. Так что вопросы, связанные с корректировкой санкций по преступлениям, сопряженным с физическим насилием, нельзя решать вне проблемы общественной безопасности и обеспечения прав большинства населения.

К сожалению, на неблагоприятный прогноз «работает» и отмена уголовной ответственности за незаконное ношение газового, холодного, метательного оружия, а также исключение из предметов преступления, предусмотренного ст. 222 УК РФ в ред. от 8 декабря 2003 г., гладкоствольного оружия, т.е. дробовых ружей. Как отмечает Д. А. Корецкий, дробовые ружья – это опасные средства поражения живой мишени, они составляют до 20 % вооружения изученных им бандформирований, используются почти в 40 % вооруженных преступлений и еще в 10 % применяются изготовленные из них обрезы. Дробовики занимают после снайперских винтовок второе место по эффективности при совершении заказных убийств³⁸.

В то же время либерализация и гуманизация российского уголовного законодательства имеют смысл там, где подобные процессы криминологически обоснованы. Полагаем, что такие возможности в полной мере сохраняются в отношении преступлений в сфере экономической деятельности. Уголовное законодательство должно реагировать на те существенные изменения в экономической жизни общества, которые происходят в период его перехода к рыночным отношениям. В условиях быстроразвивающейся экономики оно вряд ли может оставаться стабильным. Отсюда необходимость разработки концепции модернизации уголовной политики в данной сфере.

Подобная концепция, в частности, была подготовлена на базе Института современного развития (ИнСоР) группой экспертов. В соответствии с этим документом ряд серьезных из-

менений предлагается ввести, прежде всего, в Общую часть УК РФ. Концепция предусматривает снижение верхних пределов сроков лишения свободы за экономические преступления, введение определенных ограничений при назначении наказания лицам, впервые совершившим преступления небольшой и средней тяжести. Предложено также расширить перечень обстоятельств, смягчающих наказание для данной категории лиц, в случаях полного возмещения нанесенного ущерба, а также при совершении преступлений под влиянием служебной зависимости.

В Концепции зафиксировано важное положение, в соответствии с которым размер дохода, полученного в результате экономической деятельности (например, «в крупных размерах»), не может выступать как квалифицирующий признак состава соответствующего преступного деяния.

Думается, что в этой сфере необходимо шире использовать так называемую административную преюдицию. Уголовная ответственность должна наступать только за те правонарушения в сфере экономики, когда защита от них невозможна средствами иных (позитивных) отраслей права (гражданского, предпринимательского, банковского, валютного, налогового, антимонопольного и др.). При этом уголовный закон и практика его применения не могут противоречить нормам других отраслей права. Расширительное толкование уголовного закона в данной сфере недопустимо.

Таким образом, декриминализация ряда деяний, признаваемых сегодня преступлениями в сфере экономической деятельности, с одновременным их признанием административными или иными правонарушениями либо деяниями правомерными, – это важная и неокончательно решенная задача. Здесь, однако, не должно быть места поспешности, примером которой является недавняя декриминализация такого состава преступления, как лжепредпринимательство (в соответствии с Федеральным законом от 7 апреля 2010 г. № 60-ФЗ ст. 173 УК РФ утратила силу), обнаруживавшее в последние годы весьма неблагоприятные тенденции.

Недопустимо также продолжение лоббирования олигархической верхушкой интересов крупного и крупнейшего бизнеса на уровне принятия Государственной Думой уголовных законов, охраняющих сферу экономических отношений, за счет интересов индивидуальных предпринимателей, мелкого и среднего бизнеса³⁹. К каким негативным для общества последствиям приводит такое лоббирование, наглядно свидетельствует неприглядная история с институтом конфискации имущества, исключенным из Уголовного кодекса в 2003 г.

Полагаем, что настала пора вообще переосмыслить некоторые аспекты доктрины прав и свобод человека и гражданина. Надо перейти от доктрины индивидуализма и установления гарантий для отдельного индивида к доктрине общественной безопасности и обеспечения, прав большинства населения, без чего невозможно гарантировать права каждого отдельного человека⁴⁰. Только такой подход, реализованный на законодательном уровне и повсеместно внедренный в правоохранительную практику, позволит добиться позитивных сдвигов в сфере борьбы с преступностью.

В связи с этим вполне правомерна постановка вопроса о необходимости принятия новых, адекватных именно такому подходу к доктрине прав и свобод человека и гражданина и, разумеется, сложившейся криминологической ситуации, УК и УПК РФ⁴¹. Но этому должно предшествовать принятие на федеральном уровне основополагающего документа об Основах государственной политики борьбы с преступностью.

По нашему мнению, все законодательство, связанное с борьбой с преступностью и представляющее единую систему (УК, УПК, УИК, да и КоАП РФ), должно быть подвергнуто комплексной криминологической и уголовно-политической экспертизе (с учетом опыта его практического применения и оценки эффективности). Результаты экспертизы должны быть учтены при принятии законодателем Основ государственной политики борьбы с преступностью. В конце 1990-х гг. проект таких Основ (в целом, на наш взгляд, удачный) был подготовлен силами сотрудников НИИ Генеральной прокура-

туры РФ⁴², но так и «застрял» в коридорах ГПУ Администрации Президента РФ. Между тем принятие Основ политики борьбы с преступностью крайне необходимо. Российскому обществу нужна единая концепция, единая стратегия борьбы с преступностью. Сейчас ее, к сожалению, нет. К каким отрицательным последствиям приводит отсутствие такой концепции, мы попытались показать, анализируя, в частности, идеологию государственной политики борьбы с преступностью и изменения в уголовном законодательстве.

¹ См.: Современный словарь иностранных слов. М., 1993. С. 319.

² См.: Социологический энциклопедический словарь. М., 1998. С. 149.

³ См.: Концепция уголовного законодательства Российской Федерации // Государство и право. 1992. № 8. С. 39–46.

⁴ См., напр.: *Овчинский В. С.* Нужно менять содержание работы // Огонек. 2010. № 3. С. 31. По мнению автора, все это называется «управляемой преступностью» и «управляющей статистикой».

⁵ См.: Теоретические основы исследования и анализа латентной преступности / под ред. С. М. Иншакова. М., 2010. С. 6, 611, 821–822.

⁶ Там же. С. 804

⁷ Там же. С. 103. См. также: *Овчинский В. С.* Уголовные цунами // Однако. 2011. 7 марта.

⁸ См.: Комс. правда. 2011. 26 июля

⁹ Лист Ф. Учебник уголовного права. Общая часть. М., 1903. С. 76.

¹⁰ См.: Алексеев А. И. Должна ли уголовная политика быть либеральной? // «Черные дыры» в российском законодательстве. 2003. № 1. С. 259–267.

¹¹ См.: Гегель Г. Философия права. М., 1990.

¹² Добреньков В. И. Россия на краю бездны... // Нас убивают : документы, статьи, письма. М., 2004. С. 623–624.

¹³ См.: Концепция судебной реформы в Российской Федерации. М., 1992. С. 19.

¹⁴ См.: Организованная преступность, терроризм и коррупция : криминологический ежеквартальный альманах. М., 2003. Вып. 2. С. 157–158 ; Гордеев Г. Криминал : зигзаги статистики // Тайны XX века. 2004. № 8. С. 2 ; Квашин В. Е. По дорогам США : заметки криминолога // Криминологический журнал. 2005. № 2 (8). С. 6.

¹⁵ Кризис идей классического либерализма обнаружился уже в конце XIX – начале XX в. // Права человека : учебник для вузов / под ред. Е. А. Лукашевой. М., 1999. С. 199.

¹⁶ См.: Нудненко Л. А. Теория демократии. М., 2001. С. 42.

Э. Ф. Побегайло

¹⁷ См.: Малько А. В., Жильцов С. В. Смертная казнь в России, М., 2003. С. 6, 209.

¹⁸ См.: Криминал. 2010. № 9. С. 6–7.

¹⁹ Подробнее см.: *Побегайло Э. Ф. Проблема смертной казни в свете криминологической ситуации в России // Криминология : вчера, сегодня, завтра : труды Санкт-Петербургского криминологического клуба. 2002. № 314. С. 54–61.* См. также: Нас убивают : документы, статьи, письма.

²⁰ Результаты такого референдума не трудно предугадать. По последним данным ВЦИОМа, 84 % опрошенных считают, что в России надо отказаться не от смертной казни, а от мораториев на нее (см.: Очная ставка. 2006. № 4. С. 2). Удивляет упорство, с которым власть не хочет считаться с общественным мнением.

²¹ Версия. 2000. № 33. С. 20.

²² См.: Бородин С. В. Преступления против жизни. СПб., 2003. С. 428.

²³ Веденникова О. Н. Российское уголовное законодательство в системе национального и международного правопорядка // Тезисы доклада на теоретическом семинаре по актуальным проблемам уголовного права в Российской правовой академии Минюста России. 2006. 12 мая. С. 4.

²⁴ Цит. по: Нас убивают : документы, статьи, письма. С. 486.

²⁵ См., напр.: Практический комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под общ. ред. Х. Д. Аликперова, Э. Ф. Побегайло. М., 2001. С. 6.

²⁶ Галиакбаров Р.Р., Соболев В. В. Уголовный кодекс РФ : поправки с пробелами // Уголовное право. 2004. № 2. С. 15.

²⁷ Правда, в специальной литературе последнего времени высказывалось мнение о том, что «одни и те же действия виновного не могут оцениваться как совершенные по совокупности и неоднократности одновременно, поскольку это разные уголовно-правовые институты и смешение их недопустимо» (см.: Попов А. Н. Убийства при отягчающих обстоятельствах. СПб., 2003. С. 109). Однако, во-первых, никто их и не смешивает; во-вторых, то, что это якобы нарушает требования принципа справедливости, нуждается в более весомой аргументации. Ряд авторитетных ученых (С. В. Бородин, В. Н. Кудрявцев, А. А. Пионтковский и др.) считают возможной одновременную квалификацию по совокупности и неоднократности преступлений (см., напр.: Бородин С. В. Указ. соч. С. 209–213). Речь идет о совершении нескольких преступлений, а юридическая оценка дается только за последнее преступление, образующее неоднократность. О какой справедливости здесь можно говорить? Преступник должен отвечать за все содеянное.

²⁸ См.: Игнатов А. Н. Некоторые аспекты реформирования уголовного законодательства // Журн. рос. права. 2003. № 9. С. 25.

²⁹ См.: Корецкий Д. А. Идеологические проблемы борьбы с преступностью // *Законность*. 2004. № 5. С. 3.

³⁰ См.: Постановления Пленума Верховного Суда РФ : от 27 января 1999 г. № 1 «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)» ; от 27 декабря 2002 г. № 29 «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое» ; от 4 мая 1990 г. № 3 «О судебной практике по делам о вымогательстве» ; от 17 января 1997 г. № 1 «О практике применения судами законодательства об ответственности за бандитизм» ; от 15 июня 2004 г. № 11 «О судебной практике по делам о преступлениях, предусмотренных статьями 131 и 132 Уголовного кодекса Российской Федерации».

³¹ См.: Самый гуманный УК в мире / Ю. В. Голик [и др.] // *Известия*. 2004. 6 марта.

³² См., напр.: Побегайло Э. Ф. Новый Уголовный кодекс России : концепция, проблемы совершенствования // Прокурорская и следственная практика. 1997. № 2. С. 30 ; Его же. Новый этап в развитии российского уголовного законодательства // Юрид. мир. 1997. № 1. С. 36–38.

³³ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 19 марта 2003 г. № 3-П.

³⁴ Абсолютно непонятна позиция разработчиков Федерального закона, которые в рамках ст. 162 УК РФ так и не пришли к однозначному выводу, с каким же составом – формальным или материальным – они имеют дело. В ч. 3 ст. 162 УК РФ говорится о разбое в крупном размере (значит, состав трактуется как материальный), в п. «б» ч. 4 той же статьи речь уже идет о разбое, совершенном в целях завладения имуществом в особо крупном размере (состав – формальный). Что это: техническая ошибка или профессиональная некомпетентность? Хотелось бы, чтобы это был просто технический недосмотр. Но так же обстоит дело и с составом вымогательства (сравни: п. «г» ч. 2 и п. «б» ч. 3 ст. 163 УК РФ).

³⁵ См.: Побегайло Э. Ф., Ревин В. П. Уголовно-правовые средства предупреждения тяжких преступлений против личности. М., 1988.

³⁶ См.: Кузнецова Н. Ф. Указ. соч. С. 27.

³⁷ Андреева Л. А., Овчинникова Г. В. Ответственность за хулиганство // *Законность*. 2004. № 5. С. 7.

³⁸ См.: Корецкий Д. А. Указ. соч. С. 4.

³⁹ См.: Лопашенко Н. А. Уголовная политика. М., 2009. С. 332.

⁴⁰ См.: Веденникова О. Н. Национальные интересы России в международном уголовном праве : пути и способы обеспечения // Российское уголовное право. СПб., 2005. С. 179–186.

⁴¹ См., напр.: Гаухман Л. Д. Новый Уголовный кодекс РФ : бланкетность, декларативность, казуистичность // Уголовное право в XXI веке : материалы Междунар. науч. конф. на юрид. факультете МГУ. М., 2002.

С. Н. Подлесных

С. 57–61 ; *Корецкий Д. А.* Указ. соч. С. 6. Применительно к УПК такова, по сути дела, позиция А. Д. Бойкова (см.: *Бойков А. Д.* Третья власть. Государственная политика борьбы с преступностью и ее отражение в праве и правосудии. С. 196–202) и др.

⁴² См.: Основы государственной политики борьбы с преступностью в России : теоретическая модель. М., 1997.

С. Н. Подлесных

аспирант

Воронежский государственный университет

**ЮРИДИЧЕСКОЕ ТОЛКОВАНИЕ И ПРОБЕЛЫ
В УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПРАВЕ**

Юридическое толкование – один из важнейших элементов процесса применения права. Без уяснения (достаточно часто и разъяснения) подлинного смысла правовой нормы, который в нее вкладывает законодатель, в практической деятельности юриста невозможно правильно и эффективно применить нормативные установления.

Под юридическим толкованием мы будем понимать «...осуществляемую с помощью системы особых способов специфическую юридическую интеллектуально-волевую деятельность субъектов права, направленную на познание смысла правовых явлений в целях наиболее правильной и эффективной реализации правовых предписаний, упорядочения и развития общественных отношений»¹.

В качестве объектов юридического толкования могут выступать любые явления правовой действительности: правовые нормы, правоотношения, судебные решения, юридическая практика, договоры, правосознание и т.д. Ввиду этого юридическое толкование по объему шире, чем толкование права. Последнее является видом юридического толкования. Мы будем рассматривать именно толкование права как частный случай юридического толкования компетентными субъектами. Это связано с тем, что в настоящей работе анализиру-

ются пробелы в праве как в совокупности нормативно-правовых установлений, образующих систему, а не пробелы в ином правовом явлении.

Теме юридического толкования, в частности толкования права, посвящено немало работ как общетеоретического, так и отраслевого характера². В свою очередь, надо отметить, что в общей теории права тема толкования нашла большую проработку, нежели в частных науках отдельных отраслей права. Исключением можно назвать науку уголовного права, где в теории не умолкают споры по поводу расширительного толкования уголовного закона.

Итак, толкование права (интерпретация права) – это сложная интеллектуально-волевая деятельность компетентных субъектов, направленная на познание и разъяснение смысла правовых норм³.

Юридическое толкование и пробелы в праве – различные правовые явления. Однако они имеют множество точек со-прикосновения и взаимообусловленность, проявляющиеся, прежде всего, в теории беспробельности права. В первую очередь речь идет о теории логической замкнутости права, которую впервые в своих трудах обосновал Р. Иеринг. Ученый и его последователи утверждают, что право беспробельно, ибо любую пустоту или неопределенность в законодательстве можно восполнить путем логического толкования права. Таким образом, теория логической замкнутости отдает предпочтение толкованию права, а не способам устранения пробелов как таковым. Следует сказать, что и многие другие теории правоприменения ставили под сомнение наличие пробелов в праве. Поэтому «вопрос о пробельности права, – пишет Д. А. Туманов, – в определенной мере проигрывал вопросу толкования»⁴.

Рассматривая и соотнося пробельность права и юридическое толкование, самое главное в этой теме – ответить на вопрос: возможно ли путем юридического толкования устранить пробелы в уголовно-процессуальном праве? Однако прежде чем ответить, необходимо выяснить, какие способы толкования права возможно применить в уголовном процес-

се, кто может являться субъектами толкования, в каком объеме и т.д.

Толкование права – одно из самых распространенных правовых явлений в правоприменительной деятельности. Без использования данной категории порой невозможно на практике разрешить дело по существу. Тем не менее применение юридического толкования в различных отраслях права решается по-разному. В основном, различия между отраслями российского права в данном вопросе проявляются в применении ограничительного и расширительного толкования.

Напомним, что в теории права способы толкования норм права по объему делятся на буквальное, расширительное и ограничительное. При буквальном толковании словесное выражение нормы права и ее действительный смысл идентичны. При расширительном – действительный смысл и содержание правовой нормы шире, чем ее словесное выражение. Ограничительное толкование права трактует смысл нормы права уже, чем ее словесное выражение⁵.

Так, большинство ученых считают, что в уголовном праве недопустимо и следует возвести в ранг законодательного запрета расширительное толкование уголовного закона⁶. При таком толковании уголовный закон применяется к случаям, непосредственно в тексте нормативно-правового акта не названным, но подразумевающимся⁷. В первую очередь это относится к Особенной части Уголовного кодекса РФ, где приводится криминализация определенного круга деяний.

Однако некоторые авторы критикуют как ограничительное, так и расширительное толкования уголовного закона. В одном из учебников по уголовному праву читаем: «Такая позиция ведет к изменению содержания закона при его практическом применении и отражает позицию юстиции тоталитарного государства, допускавшего возможность подмены законности целесообразностью. В правовом, демократическом государстве недопустимо ни ограничительное, ни расширительное толкование закона, которое ведет к субъективизму в

оценке положения закона и, по существу, к его коррекции не-законодательным путем»⁸.

В гражданском праве, являющимся антиподом уголовному по предмету и методу правового регулирования, толкование права (интерпретация права) имеет достаточно широкое применение. При этом, как верно замечает Е. Б. Овдиенко, «...процесс толкования гражданского законодательства должен быть подчинен определенным правилам, которые, к сожалению, в российском законодательстве в достаточной мере позитивно не установлены. Пробелы в законодательстве в той или иной мере восполняются теорией и судебно-арбитражной практикой по гражданским делам, однако это не исключает необходимости их ... законодательного закрепления в целях единообразного толкования и применения норм гражданского законодательства и положений договоров»⁹.

Большинство авторов не ограничивают правопримениеля в способах толкования гражданско-правовых норм¹⁰. Видимо, следует признать, что в сфере гражданско-правовых отношений допускаются и ограничительное и расширитльное толкования нормативных установлений.

Подобное признание относится и к процессуальным отраслям права, при наличии к тому условий и оснований. Так, М. Алиэскеров о распространительном толковании гражданских процессуальных норм пишет: «При распространительном толковании закона норма применяется с отступлением от ее буквального содержания, но все же в рамках правоотношений, которые законодатель имел в виду. Так, например, с учетом положений ч. 2 ст. 55 ГПК может быть придано преюдикальное значение фактам, установленным определением кассационной инстанции, которым отменено решение суда первой инстанции и вынесено новое решение. Хотя в этой норме прямо не говорится об определениях кассационной инстанции, здесь мы имеем дело не с применением аналогии, а с распространительным толкованием закона, поскольку на указанные определения кассационной инстанции распространяется правовой режим судебного решения»¹¹. Распро-

страничное толкование также возможно и в арбитражном процессуальном праве.

Рассматривая вопрос о толковании норм уголовно-процессуального права, следует сказать, что у процессуалистов однозначного ответа на возможность или невозможность ограничительного и распространительного толкований уголовно-процессуальных норм нет. Из общей теории права известно, что «не могут толковаться расширительно нормы, содержащие какие-либо ограничения, устанавливающие более строгую юридическую ответственность, санкции правовых норм»¹². Этого общего правила следует придерживаться и в уголовно-процессуальном праве, касаясь вопроса расширительной интерпретации права. Данное правило также подходит и к ограничительному толкованию уголовно-процессуальных норм.

Уголовно-процессуальное право – специфическая отрасль российского права, реализующая и защищающая нормативные положения уголовного права. Близость к уголовному праву обуславливает некоторую зависимость и адекватность уголовного процесса в отношении ряда принципиальных установок нормативно-регулирующего действия. Однако уголовно-процессуальное право менее «жесткое» и, в отличие от уголовного права, содержит гораздо меньшее число запретов нормативного характера. Ввиду этого уголовно-процессуальная отрасль права все же имеет определенное количество предметных и методологических отличий, что, собственно, и характеризует ее как самостоятельную отрасль российского права.

Безусловно, толкование права в уголовном процессе, как и уголовном праве, – обязательный элемент правоприменения. Профессор В. О. Белоносов пишет: «Толкование норм уголовно-процессуального права является базисной составляющей, на основе которой начинается, развивается и завершается правоприменительный процесс, а также осуществляется иная деятельность уголовно-процессуальной направленности. Толкование не только проникает во все стадии правоприменения, но также предшествует ему и не прекращается после его окон-

чания. Все это свидетельствует о том, что толкование объективно имеет настолько широкое распространение в уголовном процессе, что его трудно переоценить»¹³.

Следует согласиться с учеными-процессуалистами, которые утверждают, что в ряде случаев в ходе уголовного судопроизводства недопустимо ограничительное и расширительное толкование норм уголовно-процессуального права. По мнению Ю. Е. Румянцевой, запрещается:

- «распространительное толкование норм, регламентирующих основания применения мер процессуального принуждения;
- распространительное толкование положений, составляющих исключения из общего правила, касающиеся как ограничений прав и свобод участников уголовного судопроизводства, так и их дополнительных гарантий;
- распространительное и ограничительное толкование норм, формирующих процессуальную форму (порядок) собирания доказательств;
- ограничительное толкование конституционных прав и свобод участников уголовного судопроизводства»¹⁴.

Е. Б. Овдиенко, который называет некоторые правила толкования правовых норм, выводит их из общих положений теории права: «Специальные нормы отменяют действие норм общего характера, если они изначально являются правомерными; специальные нормы не могут подлежать расширительному толкованию; если толкование нормы отменяет цель,ложенную законодателем в ней, то такое толкование является неправомерным; при конкуренции двух различных норм закона более поздний закон отменят действие более раннего закона»¹⁵.

Все названные ограничения ограничительного и расширительного толкования правовых норм в совокупности представляют целостную картину системы запретов интерпретации права в тех случаях, когда применение компетентными лицами данной правовой категории ведет к нарушению закона, прав и свобод граждан, что нарушает целый ряд как общеправовых, так и уголовно-процессуальных принципов.

Приведем пример недопустимости расширительного толкования норм уголовно-процессуального права по мотивам ухудшения положения личности в ходе уголовного судопроизводства.

В соответствии с ч. 1 ст. 128 Уголовно-процессуального кодекса РФ процессуальные сроки по способу измерения периода времени делятся на исчисляемые часами, сутками и месяцами. В случае, когда в уголовно-процессуальном законе указаны года (например, ч. 3 ст. 326, ч. 2 ст. 398, ч. 5 ст. 400, ч. 3 ст. 414), то применяются правила об исчислении сроков месяцами. Если в УПК РФ указан срок, исчисляемый в днях, то в соответствии с п. 21 ст. 5 это период с 6 часов до 22 часов по местному времени. К примеру, ч. 6 ст. 172 УПК РФ фиксирует, что «в случае неявки обвиняемого или его защитника в назначенный следователем срок, а также в случае, когда место нахождения обвиняемого не установлено, обвинение предъявляется в день фактической явки обвиняемого или в день его привода при условии обеспечения следователем участия защитника»¹⁶.

«Прежнее уголовно-процессуальное законодательство, – пишет К. Б. Калиновский, – опиралось на правило: при исчислении срока не учитывается тот час и те сутки, которыми начинается течение срока (ст. 103 УПК РСФСР 1960 г.). Таким образом, срок всегда начался исчисляться со следующего часа или со следующих суток. Действующий УПК РФ изменил порядок начала исчисления срока. “При исчислении срока месяцами не принимается во внимание тот час и те сутки, которыми начинается течение срока”, – определяет ч. 1 ст. 128 УПК. Однако закон умалчивает о том, как же быть с часами и сутками»¹⁷.

По большому счету в данной ситуации правоприменитель может не заметить разницы и продолжать применять норму о сроках по-старому – «не учитывать текущий час и текущие сутки при расчете сроков (именно такое толкованиедается в большинстве комментариев к УПК РФ)»¹⁸. Однако такое расширительное толкование новой процессуальной нормы (распространение действия нормы о порядке исчисления срока

16*

243

месяцами на исчисление сроков часами и сутками, по сути, аналогия) недопустимо, ибо в сложившейся ситуации ухудшается положение личности, что нарушает известные принципы уголовного судопроизводства. Уголовно-процессуальные сроки, кроме того, призваны реализовать требование разумной быстроты производства по уголовному делу, своевременного обеспечения прав и законных интересов участников уголовного процесса¹⁹. Нарушение порядка исчисления процессуальных сроков, их неверное истолкование или применение по аналогии ведут, в свою очередь, к нарушению разумных сроков судопроизводства²⁰.

В приведенном примере запрета расширительной интерпретации уголовно-процессуального закона в отношении сроков К. Б. Калиновский предлагает следующее решение: «...При исчислении сроков часами и сутками по новому процессуальному закону необходимо учитывать текущий час, а иногда – даже текущие минуты»²¹. Видимо, следует согласиться с автором приведенного утверждения, ведь практика применения некоторых норм УПК РФ идет по пути учета минут, например, при исчислении сорокавосьмичасового срока задержания, предусмотренного ст. 92, 94 УПК РФ.

Совершенно очевидно (в противном случае рушится система уголовного судопроизводства), что не подлежат ограничительному или расширительному толкованию перечень следственных действий и порядок их производства, перечень доказательств, подсудность и подследственность и т.д.

В действующем УПК РФ достаточно много примеров расширительного и ограничительного толкования норм. Большое количество таких норм в связи с неполной, недостаточной урегулированностью того или иного вопроса, ошибочно толкуется правоприменителями ограничительно или расширительно. Отсутствие общих правил толкования уголовно-процессуальных норм придает некоторую путаницу в реализации на практике статей УПК РФ, которые написаны законодателем неясно, неточно или размыто. У правоприменителя создается ложное мнение о наличии в регулировании того или иного процессуального вопроса, пробела в праве.

Проблеме соотношения толкования права и пробелов в праве было посвящено немало работ как советских юристов, так и современных. Можно назвать работы П. С. Элькинд «Толкование и применение норм уголовно-процессуального права», Н. А. Громова «Толкование и аналогия в уголовном судопроизводстве», С. В. Некрасова «Толкование и применение уголовно-процессуальных норм о юридической силе доказательств», Ю. В. Францифорова «Толкование норм уголовно-процессуального закона как способ разрешения противоречий в уголовном судопроизводстве» и др. Все они в общем или частном случаях так или иначе касались вопросов толкования и пробелов в праве.

Выяснив, что интерпретация права – необходимый элемент правоприменения в уголовно-процессуальном праве и в каких случаях возможно ограничительное или расширительное толкование уголовно-процессуальных норм, перейдем к анализу компетентных субъектов, уполномоченных на толкование права. Очерчивая круг субъектов, которые могут толковать уголовно-процессуальные нормы, следует ограничиваться кругом лиц, уполномоченных устранять пробелы в праве. Таким образом, говоря о толковании и пробелах в праве, мы анализируем в первую очередь деятельность субъектов, которые в силу своей компетенции наделены правом или восполнять, или преодолевать пробелы в уголовно-процессуальном праве.

В зависимости от юридических последствий, к которым приводит толкование права, различают официальное и неофициальное толкования. Официальное толкованиедается уполномоченными на то субъектами и имеет обязательное значение; неофициальное – субъектами, не обладающими официальным статусом, разъяснения которых не несут юридически обязательного значения²².

Ю. Е. Румянцева в своей диссертационной работе к субъектам официального толкования уголовно-процессуального законодательства относит Верховный Суд РФ, Конституционный Суд РФ, Генерального прокурора РФ, Государственно-правовое управление Президента РФ, международные ор-

ганы, федеральные органы государственной власти РФ²³. В первую очередь, нас интересует Верховный Суд РФ и Конституционный Суд РФ, которые могут преодолеть пробелы в праве. Законодательные органы федерального уровня, занимаясь нормотворчеством, восполняют пробелы в уголовно-процессуальном праве, поэтому анализ деятельности этих субъектов в соотношении толкования и пробелов в праве не актуален.

Субъектами неофициального толкования права являются компетентные лица, сведущие в правовых вопросах в силу служебной деятельности, должностных обязанностей и т.д. Такое толкование носит наименование профессионального²⁴. К субъектам профессионального толкования можно отнести прежде всего судей, прокуроров, следователей, дознавателей. Именно эти лица в ходе ежедневной работы с уголовно-процессуальным законодательством в силу служебных обязанностей уясняют для себя или разъясняют третьим лицам неясности закона. В свою очередь, данные субъекты при наличии пробельности той или иной нормы могут преодолеть полное или частичное отсутствие нормы права.

Так как субъекты официального толкования (прежде всего, Верховный Суд РФ и Конституционный Суд РФ) и субъекты неофициального профессионального толкования компетентны и в вопросах толкования права, и в вопросах устранения пробелов, зачастую два этих полномочия в ходе применения уголовно-процессуального законодательства практические работники путают, что ведет к неверному правоприменению и в итоге – к нарушению закона. Чтобы ограничить толкование права от случаев с устранением пробелов в законе, необходимо проанализировать их во взаимосвязи и отличиях. Здесь мы подходим к основному вопросу – возможно ли с помощью интерпретации права устраниТЬ пробелы в уголовно-процессуальном праве?

В. К. Забигайло в своей монографии «Проблема «пробелов в праве»» писал, что в буржуазной юриспруденции, помимо уяснения и разъяснения смысла имеющейся нормы, толкование права «рассматривается и как способ создания нормы, а значит, и как способ заполнения пробела»²⁵. Нетрудно заме-

тить, что в таком случае толкование как особый процесс при применении нормативных актов фактически утрачивает присущие данной правовой категории специфические черты, переходя при этом в нормотворчество.

Положение, при котором толкование находится в теснейшей связи с нормотворством, а в определенных случаях перерастает в процесс создания новой нормы права, характерно для ангlosаксонской правовой системы. Специфика данной правовой системы состоит в том, что прецедент, т.е. судебное решение, являющееся образцом для аналогичных дел, есть основной источник права. Пробелы для ангlosаксонской правовой системы не характерны²⁶. В такой правовой парадигме судебная компетенция по разрешению конкретных жизненных ситуаций наиболее тесно связана с нормотворчеством. В ангlosаксонской правовой системе судья может «творить право», когда в романо-германской (континентальной) правовой системе, куда большинство авторов относят и Россию, такие полномочия судебных органов противоречили бы основным принципам построения права.

Правоприменители ангlosаксонской правовой системы более свободны в компетенции толкования права (в том числе в ограничительной и расширительной интерпретации права) нежели судьи, прокуроры, следователи и иные субъекты уголовного судопроизводства российской правовой системы, входящей в романо-германскую парадигму построения права. Ибо в ангlosаксонской правовой системе, наряду с законом источником права является и судейская практика²⁷. Ввиду этого расширительное и ограничительное толкования нормативных актов в ангlosаксонской правовой семье, когда судья, «не придерживаясь никаких установленных правил, по своему усмотрению расширяет (или произвольно ограничивает) содержание существующей нормы, распространяя ее на такие отношения, которые не только прямо, но даже и косвенно ею не предусматриваются»²⁸, есть закономерное явление в данной правовой модели.

Как видим, в вопросе толкования права, впрочем, как и других не менее важных правовых категориях, ангlosаксон-

ское право и романо-германское право расходятся, по-своему понимая реализацию на практике рассматриваемого нами правового явления.

Исходя из внутренних установок англосаксонской правовой семьи, из самой сущности понимаемого данной правовой моделью права вообще, толкование может являться способом заполнения пробелов, ведь даже в английской литературе подчеркивается, что «сам характер судебской деятельности и судебские воззрения и доктрины всегда были и остаются важнейшим фактором развития общего права»²⁹. Давид Рене отмечал, что англосаксонское право – это право процессуалистов и практиков³⁰, ведь отличительной особенностью общего права является приданье повышенной роли и значимости процессуальному праву по сравнению с материальным правом³¹. Следовательно, достаточно актуален вопрос о сравнении понятия толкования в уголовно-процессуальном праве России как способа устранения пробелов с англосаксонской правовой семьей.

Таким образом, англосаксонская правовая система фактически принимает толкование права в качестве способа устранения пробелов. Хотя, например в Швейцарии, распространена точка зрения, согласно которой толкование не является способом устранения пробелов, «если только имеется какой-то текст закона, ибо толкование по самой своей природе не должно ограничиваться имеющимся содержанием закона, а предполагает необходимость превышения его»³².

Однако, на наш взгляд, утверждение, что в англосаксонской правовой системе толкование права выступает способом устранения пробелов не совсем верное с точки зрения создания новых норм права. В силу прецедентного характера англосаксонской правовой системы пробелы в данной правовой модели, в принципе, как таковые вообще отсутствуют³³. Ведь, по сути, когда мы анализируем пробелы в англосаксонской правовой системе, речь идет о неурегулированности или недостаточной урегулированности каких-либо общественных отношений на уровне судебных решений (прецедентов), а не в законодательной сфере, как это рассматривается, например, в уголовно-процессуальном законодательстве России. Отсю-

да вытекает логичный вывод, что толкование прецедентного права в странах ангlosаксонской правовой семьи, видимо, не способ устранения пробелов (ведь таковых, по сути, нет), а интерпретация (уяснение, разъяснение) судебного решения, которое, в свою очередь, станет обязательным для нижестоящих судебных инстанций. Таким образом, складывается юридическая практика единообразного понимания прецедентов всеми судами государства. Получается, что толкование общего права в ангlosаксонской правовой системе – это не только обобщение юридической практики, но и в определенных случаях нормотворчество, создание новых прецедентов.

Судебный прецедент создается не на «пустом месте» (иначе это бы привело к произволу судей), а в том числе и с учетом похожих тождественных судебных решений, принятых ранее. Речь идет не об аналогии решений суда (в противном случае не требовалось бы создание новой нормы), а о нормотворчестве. Судебный прецедент выносится в рамках определенной юридической процедуры и создает новые правовые правила³⁴, ибо в том и потребность нового прецедента, что в нем закрепляются новые нормы поведения.

Российская правовая система, в частности уголовно-процессуальное право, построена по-другому, нежели ангlosаксонская модель права. Судебный прецедент является спорным источником российского права, поэтому мы не будем считать его официальным источником уголовно-процессуального права. К тому же по этому вопросу законодатель имеет вполне конкретное решение, зафиксированное в ст. 1 УПК РФ. Ввиду этого ангlosаксонское восприятие толкования права и пробелов в нем неадекватно пониманию этих важнейших правовых явлений в системе романо-германского (континентального) права, в том числе и права России. Однако анализ действия прецедентного права в отношении его толкования и устранения пробелов необходим для уяснения данных категорий во взаимосвязи и взаимообусловленности в российском уголовном судопроизводстве.

В российской юридической литературе наиболее распространена точка зрения, согласно которой путем юридического

толкования пробелы в праве не устраняются³⁵. По сути дела, данный вопрос можно было бы решить в соответствии с разграничением компетенции по толкованию и устраниению пробелов субъектами уголовного процесса. Однако данное решение не может быть верным, так как субъекты толкования и устраниния пробелов, как нами было отмечено выше, – это одни и те же лица. К примеру, суд может и интерпретировать право и устранять в нем пробелы.

Разграничение юридического толкования и способов устранения пробелов в праве следует искать в сущности рассматриваемых правовых категорий. Следует также отметить, что, когда мы говорим о способах устранения пробелов в праве, подразумеваются способы преодоления пробелов (аналогия закона, аналогия права, субсидиарное применение права), а не их восполнение. Ведь, как уже было отмечено, восполнить пробел можно только посредством нормотворчества, которое в сфере уголовно-процессуального судопроизводства входит в компетенцию федеральных органов законодательной власти. Следовательно, разграничение между толкованием уголовно-процессуального права и восполнением пробелов в нем не требуется, ибо такая дифференциация с учетом субъектного состава данных правореализаций очевидна.

Спор в размежевании юридического толкования и преодоления пробелов в уголовно-процессуальном праве лежит в установлении (обнаружении) пробелов как таковых.

В теории права, как было отмечено выше, толкование права может быть буквальным, ограничительным и расширительным. Дискуссия об установлении пробелов в праве может быть актуальна только в случае расширительного толкования уголовно-процессуальных норм, ведь в подобных ситуациях интерпретируемая норма обращает свое действие на общественные отношения, которые при буквальном или ограничительном толковании ее правовой регламентацией не охватываются.

Подобные случаи расширительного толкования уголовно-процессуальных норм по своему действию схожи с аналогией закона. Однако толкование и аналогия закона – различные

институты, применяемые на практике по нетождественным основаниям. «Применение закона по аналогии нельзя считать одной из форм толкования закона, – пишет Р. Д. Рахунов. – Толкование имеет место тогда, когда используется закон, непосредственно регламентирующий данное отношение, но страдающий известными пробелами»³⁶. Главное отличие аналогии от толкования заключается в наличии или отсутствии пробелов в той норме, которая применяется субъектами уголовного процесса. Толкование права в правоприменении первично по отношению к аналогии уголовно-процессуального закона. Юридическое толкование применяется и тогда, когда действующая система уголовно-процессуального права не страдает пробельностью или частичной пробельностью своих норм. Аналогия закона, являющаяся одним из основных способов устранения пробелов, применима лишь тогда, когда действующее право не свободно от пробелов.

Е. В. Епифанова, исследующая проблему применения аналогии в уголовном праве, в 2007 г. проводила анкетирование среди практических работников по вопросу соотношения аналогии закона и расширительного толкования закона. «Одни трактуют расширительное толкование как скрытую аналогию уголовного закона, – пишет автор, – другие уверены в том, что расширительное толкование, в отличие от аналогии закона, не изменяет объем действия правовой нормы, а лишь помогает установить подлинную волю законодателя; третьи считают, что расширительное толкование так же, как и аналогия закона, должно быть запрещено, поскольку его необходимость вызвана проблемами и недостатками закона, которые могут быть устранины только законодателем»³⁷. Наше собственное исследование подтвердило выводы Е. В. Епифановой. Подавляющее большинство респондентов ответили, что испытывают трудности при разграничении институтов юридического толкования и аналогии закона. Проведенные исследования показывают, что у правоприменителей нет единого мнения в вопросе понимания аналогии закона и расширительного толкования права. Ввиду этого рассмотрение и вместе с тем уяснение правильного соотношения аналогии

закона и расширительного толкования норм уголовно-процессуального права становится еще актуальнее, как в теории, так и на практике.

М. М. Гродзинский подчеркивал, что «аналогия в уголовно-процессуальном праве, как и во всех других областях права, представляет собою не толкование закона, не выяснение его смысла, а восполнение закона, устранение пробелов, в нем содержащихся»³⁸. Аналогия закона применима лишь тогда, когда толкование уголовно-процессуальных норм, как прием для разъяснения и уяснения смысла законодательной воли, не может помочь разрешить конкретное дело по существу. Если с помощью института интерпретации права не удается урегулировать те или иные общественные отношения, а все нормативные ресурсы исчерпаны, то, видимо, правоприменитель обнаружил полный или частичный пробел в уголовно-процессуальном праве.

Таким образом, аналогия закона не тождественна его толкованию. Юридическое толкование применимо в тех случаях, когда в уголовно-процессуальном праве при разрешении конкретной жизненной ситуации пробелы отсутствуют. Здесь мы подошли к ответу на главный вопрос. Ввиду того, что толкование права применимо лишь в случаях беспробельных ситуаций, то оно не может быть одним из способов устранения пробелов.

Применение аналогии или толкования права в пробельных или беспробельных ситуациях диктуется необходимостью разрешения дела по существу. И. Я. Фойницкий писал: «Основа толкования лежит не в неясности или неточности закона, а в необходимости его применения»³⁹. В тех случаях, когда уголовно-процессуальный закон, ввиду полного или частичного отсутствия норм применить нельзя, с учетом конкретной ситуации, исключающей невозможность разрешения дела по аналогии, правоприменитель следует прибегнуть к институту аналогии.

При толковании уголовно-процессуального права или применении аналогии субъекты уголовно-процессуальной деятельности сталкиваются с таким правовым явлением, как

усмотрение. В первую очередь, речь идет о судебном усмотрении. Важно заметить, что «судебное творческое толкование отличается от законодательного творчества тем, что оно не имеет такого свободного характера, как это последнее. Законодатель, создавая новый закон, свободно устраниет все те помехи в действующем праве, которые препятствуют проведению его правового положения в действующее право. В ином положении находится судья. Его творчество ограничено, он не может устранить ни одного из признанных положений действующего права; он может обыкновенно лишь их восполнить»⁴⁰.

Отсюда следует, что при толковании уголовно-процессуального закона субъекты правоприменительной деятельности, в частности судьи, не могут свободно, не опираясь на принципы права, систему нормативных установлений, произвольно интерпретировать право. Усмотрение субъектов уголовного судопроизводства в вопросе толкования ограничивается их компетенцией, предусмотренной законом. В данном случае речь идет не о произвольном толковании, основанном на усмотрении, например судьи, а о единообразном понимании воли законодателя, где усмотрение компетентных субъектов есть возможность творческого подхода к разрешению конкретной жизненной ситуации.

Усмотрение в уголовном судопроизводстве, в частности судебное усмотрение, достаточно спорная тема, заслуживающая отдельного тщательного и подробного исследования⁴¹. Для нас важно уяснить, что усмотрения в вопросе применения или неприменения аналогии или толкования права с точки зрения установления пробелов в уголовно-процессуальном праве, быть не может. Усмотрение – в большей степени понятие субъективного свойства, а пробелы – объективное правовое явление, указывающее на недостатки действующего законодательства.

Подводя итоги в рассмотрении толкования уголовно-процессуального права и пробелов в нем, можно говорить о том, что интерпретация права не является способом устранения пробелов в праве. Юридическое толкование по времени предшествует установлению пробелов. В сфере уголовного судо-

производства субъекты толкования и субъекты преодоления пробелов в праве идентичны. Все это позволяет утверждать, что тема пробелов в праве, в частности уголовно-процессуальном, не только вопрос законодательный, но и правоприменительный.

¹ Березина Е. А. Толкование договора как вид юридического толкования : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001. С. 9.

² См., напр.: Надеждин Г. Н. Доктринальное толкование норм права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2005. С. 1–26 ; Недилько Ю. В. Значение толкования правовых норм для правотворческой и правоприменительной деятельности // Современное право. 2010. № 8. С. 10–12 ; Рыжаков А. П. Использование результатов толкования уголовно-процессуальных норм при комментировании гражданского-процессуальных институтов // Юридический мир. 2001. № 5. С. 42–43 ; Суслов В. В. Герменевтика и юридическое толкование // Государство и право. 1997. № 6. С. 115–118.

³ См.: Малько А. В., Матузов Н. И. Теория государства и права. М., 2007. С. 478.

⁴ Туманов Д. А. Пробелы в гражданском процессуальном праве. М., 2008. С. 105.

⁵ См.: Малько А. В., Матузов Н. И. Указ. соч. С. 486.

⁶ См.: Там же. С. 487.

⁷ См.: Кудрявцев В. Н., Лунеев В. В., Наумов А. В. Уголовное право России. Общая часть. М., 2006. С. 84.

⁸ Цит. по: Кузнецова Н. Ф., Тяжкова И. М. Курс уголовного права. Том 1. Общая часть. Учение о преступлении. URL: <http://www.pravoteka.ru/lib/ugolovnoe-pravo/0005/16.html>

⁹ Овдиенко Е. Б. Методы правомерного толкования гражданско-правовых договоров // Современное право. 2005. № 11. С. 43–48.

¹⁰ См.: Слесарев А. В. Специально-юридическое толкование норм гражданского права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 11–29.

¹¹ Алиэскеров М. Процессуальная аналогия в гражданском судопроизводстве // Рос. юстиция. 2002. № 3. С. 18–20.

¹² Малько А. В., Матузов Н. И. Указ. соч. С. 478.

¹³ Белоносов В. О. Развитие процесса толкования норм уголовно-процессуального права. URL: <http://www.iuaj.net/node/410>

¹⁴ Румянцева Ю. Б. Официальное толкование норм уголовно-процессуального права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008. С. 7.

¹⁵ Овдиенко Е. Б. Указ. соч. С. 43–48.

¹⁶ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (с изм. и доп.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 52 (ч. 1). Ст. 4921.

¹⁷ Калиновский К. Б. Процессуальные сроки в уголовном судопроизводстве и их регламентация по Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации // Ленингр. юрид. журнал. 2005. № 2(3). С. 139–145.

¹⁸ Там же.

¹⁹ См.: Петрухин И. Л. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации. М., 2008. С. 286.

²⁰ См.: Кругликов А. П. Разумный срок уголовного судопроизводства и разумное уголовно-процессуальное законодательство. URL: <http://www.iuaj.net/node/427> ; Рябцева Е. В. Реализация принципа разумности в уголовном процессе России. URL: <http://www.iuaj.net/node/463>

²¹ Калиновский К. Б. Указ. соч. С. 139–145.

²² См.: Малько А. В., Матузов Н. И. Указ. соч. С. 480.

²³ См.: Румянцева Ю. Е. Указ. соч. С. 13–15.

²⁴ См.: Малько А. В., Матузов Н. И. Указ. соч. С. 482.

²⁵ Забигайло В. К. Проблема «пробелов в праве». Киев, 1974. С. 92.

²⁶ См.: Подлесных С. Н. Проблемы понимания пробелов в праве // Вестник ВГУ. Сер.: Право. 2010. № 1(8). С. 73–82.

²⁷ См.: Бычкова Е. В. Правовая культура в англосаксонской правовой семье : теоретико-правовое исследование : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2003. С. 6–7.

²⁸ Забигайло В. К. Указ. соч. С. 93.

²⁹ Цит. по: Марченко М. Н. О понятии «общее право» // Правоведение. 1999. № 4. С. 251–263.

³⁰ См.: Рене Давид. Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 296.

³¹ См.: Марченко М. Н. Указ. соч. С. 251–263.

³² Забигайло В. К. Указ. соч. С. 93.

³³ См.: Подлесных С. Н. Указ. соч. С. 77.

³⁴ См.: Гук П. А. Судебный прецедент как источник права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002. С. 18–19.

³⁵ См.: Туманов Д. А. Указ. соч. С. 105.

³⁶ Рахунов Р. Д. Аналогия в советском уголовном процессе // Правоведение. 1971. № 2. С. 68–75.

³⁷ Епифанова Е. В. Аналогия в уголовном праве : история и современность. URL: <http://wwwиемл.ру/economproblem/2008/1/j3.html>

³⁸ Гродзинский М. М. Аналогия в советском уголовно-процессуальном праве // Учен. зап. Харьк. юрид. института. 1948. Вып. 3. С. 6–7.

³⁹ Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. СПб., 1902. Т. 1. С. 156.

⁴⁰ Люблинский П. И. Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса. Пг., 1917. С. 201.

⁴¹ См., напр.: *Баев О. Я. Усмотрение в уголовном судопроизводстве // Вестник ВГУ. Сер.: Право. 2010. № 1(8). С. 438–450 ; Грачёва Ю. В. Возможно ли судейское усмотрение при пробеле в уголовном праве? // Уголовное право. 2010. № 3. С. 108–112 ; Марфицин П. Г. Понятие и значение усмотрения в уголовном судопроизводстве // Рос. судья. 2002. № 2. С. 38–45 ; Огилец А. К. К вопросу о понятии усмотрения следователя // Следователь. 2006. № 2. С. 45–48.*

Н. Д. Ратникова

кандидат юридических наук, доцент

Воронежский институт ФСИН России

СТАНОВЛЕНИЕ В РОССИИ СИСТЕМЫ МЕСТ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО ЗАКЛЮЧЕНИЯ ПОД СТРАЖУ

История возникновения в России учреждений для исполнения заключения под стражу в отношении подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений связана с появлением зачатков государственности.

Первые упоминания о применении заключения под стражу как меры пресечения встречаются в Двинской уставной грамоте. В X–XIII вв. при дворах крупных феодалов существовали темницы, служившие в основном местом для длительной изоляции политических противников, условия содержания в которых были весьма тяжелыми.

В удельно-княжескую эпоху в источниках древнерусского права встречается упоминание о тюрьме как месте обеспечения княжеского суда. Тюрьма называется в летописях порубом (замкнутое помещение в земле, в котором не было даже чистого воздуха), погребом, истобкой, темницей, рвом. В нее помещались лица, обвиняемые в преступлениях политического характера и с которыми у князя была личная вражда.

По мере укрепления в Российском государстве княжеской власти возникает институт губных старост, на которых была

© Ратникова Н. Д., 2011

возложена обязанность не только отправлять правосудие, но и вести преследование и наказание преступников. Одной из мер для обеспечения уголовного судопроизводства в этот период стало заключение в тюрьму.

С формированием в государстве клана профессиональных преступников появляется необходимость в целях их уголовного преследования лишать свободы путем заковывания. Обвиняемые в совершении преступлений, лишенные свободы в качестве меры пресечения, часто назывались колодниками.

Соборное уложение 1649 г. предусматривало содержание в тюрьме обвиняемых во время суда, например ст. 104 Уложения закрепляла, что тати и разбойники содержались в тюрьме во все время следствия. Тюремное заключение применялось в отношении беглых арестантов, сознавшихся в разбое. При этом устанавливалось, что продолжительность содержания в ней не должна быть более шести месяцев.

Соборное уложение указывает на следующие случаи применения этой меры пресечения: а) велено держать в тюрьме до государева указа тех людей, у которых уши резаны, а письма, что они выпущены из тюрьмы, нет; б) разбойников, сознавшихся в разбое, убийствах, поджогах, сделавших показания на соучастников, держать в тюрьме до полугода при розыске их товарищей; в) если ответчик или обвиняемый порук по себе не дают в том, что явятся в суд и за себя никого не пошлют.

В XVII в. практиковалось заключение под стражей в приказах или тюрьме невинных крестьян с целью заставить их господина представить в суд принадлежащего ему обвиняемого крестьянина.

В Соборном уложении отсутствовал четкий перечень преступных деяний, при совершении которых следовало применять заключение в тюрьму. Такая неопределенность влекла произвол со стороны государственных органов, избравших меру пресечения.

Местами заключения обвиняемых были отдельные помещения при приказах, земских или губных избах и сама тюрьма. Обычно в тюрьме находились беглые крестьяне, лазут-

чики из Литвы и Польши, разбойники и воры. Содержались они на подаяние, за счет родственников или за собственный счет. На наиболее опасных арестантов надевались ошейники и цепи.

В XVIII в. существовало несколько видов мест предварительного заключения в зависимости от тяжести совершенного преступления. Обвиняемые в тяжких преступлениях содержались при гарнизонах в особых тюрьмах, казармах, остальные – в сыскном приказе.

Во время царствования Петра I развивались абсолютные государственные начала, что негативным образом отразилось на положении обвиняемых в совершении преступлений. В этот период сыскной порядок правосудия стал господствующим, и арест был основной мерой, применяемой при расследовании уголовных дел. После совершения преступления виновные должны были передаваться для проведения следствия приставу, который получал жалованье от государя. В результате места заключения потеряли частный характер и стали тюрьмами.

В годы правления Екатерины II в Россию стали проникать идеи западноевропейских философов о необходимости отделения подследственных от осужденных. Екатерина II достаточно высоко ценила свободу граждан; основные принципы построения законодательства она заимствовала у Ч. Беккариа, который считал подследственный арест печальной необходимостью. Так, Ч. Беккариа в трактате «О преступлениях и наказаниях» писал о том, что предварительное заключение должно быть как можно менее продолжительно и как можно менее сурово¹.

По указанию императрицы в 1767 г. началась работу комиссии по подготовке Уложения о наказаниях. В проекте написанного императрицей общего Тюремного устава предусматривалось раздельное содержание подследственных и других категорий арестантов.

Однако воплощение в жизнь прогрессивных идей шло очень медленно. Несмотря на то, что указанный проект Тюремного устава не был полностью реализован, он оказал значительное

влияние на дальнейшую политику и практику исполнения мер пресечения. Указами императрицы от 20 января 1763 г. и 24 декабря 1773 г. принимаются меры для сокращения продолжительности следствия.

Почти единственным местом заключения под стражу в этот период становится тюрьма, где до вынесения приговора суда находились обвиняемые не только в тяжких, но и в незначительных преступлениях. Отсутствуют точные статистические данные о числе заключенных под стражу в XVIII и XIX вв., и только несколько цифр дают некоторое представление о числе содержащихся в тюрьмах в первой четверти XIX в.

Так, в отчете министра юстиции Российской государства в 1806 г. указывается 85 621 человек, заключенных под стражу, а по сведениям, представленным императору Николаю I после вступления на престол в 1826 г., насчитывалось 127 тыс. следственных арестованных.

По исследованиям А. Ф. Кистяковского, в XIX в. число лиц, ежегодно содержащихся под стражей в 50 губерниях и областях России, было приблизительно 170 тыс. человек². Цифра огромная по сравнению с числом населения России в тот период.

Такое положение объясняется почти полным отсутствием оценки органами расследования как виновности лица, так и тяжести совершенного им деяния на предварительном следствии, что вело к расширению применения тюремного заключения. В тюрьмах содержались под стражей лица, которые обвинялись в клевете, оскорблении и даже совершении преступления по неосторожности.

Выдающийся русский ученый Н. С. Таганцев указывал, что задача тюремы состояла в сохранении преступника впредь до востребования его судом. На протяжении длительного периода исполнение меры пресечения в виде заключения под стражу в Российской империи осуществлялось в тюрьмах, где совместно содержались осужденные и подследственные без должной изоляции. Развитие научной мысли в трудах ряда европейских ученых влияло на российскую тюремную систему, которая строилась на разделении подследственных и осужденных.

Продолжительность заключения под стражу в тюрьме составляла около года, но бывали случаи и десятилетнего содержания под стражей в качестве меры пресечения. По данным П. И. Люблинского, более четырех лет под стражей содержались свыше ста заключенных, большинство из которых были совершенно невиновны. Заключенные, кроме малолетних и лиц, изъятых от телесных наказаний, могли заковываться в кандалы по рукам и ногам, подвергаться бритью головы для предупреждения побега³.

Законы, принятые в XVIII в., начиная с царствования Петра I и до издания Свода законов, касавшиеся применения мер пресечения, были непоследовательными, содержали противоречия. Естественно, действовали те из них, которые соответствовали государственному строю и уголовной политике государства.

И. Я. Фойницкий охарактеризовал следующим образом режим подследственного заключения в России: «Подследственное задержание глубоко отличается от заключения карательного. Последнее применяется к осужденному, вина которого установлена, который обязан уплатить свой долг обществу. На этом основании он может быть подвергнут различным лишениям, и государство по отношению к нему приобретает различные права: право на его труд, право на иные стеснения его личности, признаваемые необходимыми для общей пользы. Природа подследственного задержания совершенно иная. Применяя его, государство основывается лишь на процессуальной необходимости, ввиду чего оно одинаково может постигнуть и виновных и невиновных. Подследственный имеет против себя лишь подозрение, нуждающееся в проверке. Естественно, что и положение его во время задержания устанавливается пределами этой опасности: государство может стеснить его свободу передвижения, но оно не имеет права ни на его труд, ни на его достоинство и доброе имя, ни даже на право сношения его с внешним миром, если это не сопровождается опасностью побега»⁴.

Содержание обвиняемых под стражей по Своду законов также исполнялось при полиции. Обычным местом предварительного заключения служили арестные помещения при по-

лицейских управлениях, в них содержались все задержанные по обвинению в преступлениях и проступках.

По словам очевидцев, состояние арестантских камер в XIX в. оставалось очень плохим. При осмотре арестантского помещения при полицейской части Петербурга в 1842 г. было обнаружено такое количество арестованных, что они не могли ни лежать, ни сидеть, а только стоять на ногах. В приказе генерал-губернатора по полиции от 22 марта 1843 г. отмечалось чрезвычайное переполнение камер арестантами, которые вынуждены помещаться даже под нарами вплотную друг к другу. Приказ называл положение арестантов «неприличным, оскорбительным для человечества».

Несмотря на то, что государство уже стало выделять деньги на питание арестованных и содержание тюрем, большое количество арестованных и длительные сроки содержания не могли способствовать улучшению положения заключенных.

Условия, в которых находились заключенные в российских тюрьмах, не отвечали ни в материальном, ни в нравственном отношении требованиям справедливости. Классификация арестантов при существующей тесноте помещений оставалась условной, содержащиеся под стражей в большинстве тюрем едва были разделены, вопреки закону, по полу и сословиям.

В худших условиях содержались под стражей подследственные в полицейских тюрьмах. Это объяснялось плохим бытовым устройством данных помещений. Поскольку полицейские помещения были в самом жалком состоянии, то в уездных городах местом заключения нередко служило какое-либо надворное строение, не пригодное для жилья, или конура около архива либо в прихожей земского суда, где разделение арестантов по полу являлось исключением.

В советское время подследственные заключенные находились в различных учреждениях тюремного типа: общих местах заключения (тюрьмах), домах заключения, изоляторах для подследственных, общих тюрьмах, следственных тюрьмах.

Вместе с тем в пенитенциарной науке давно утвердилось мнение о недопустимости содержания в одном учреждении заключенных под стражу и осужденных. Поскольку таким

образом уравнивалось правовое положение, с одной стороны, преступников, отбывающих тюремное заключение, а с другой – лиц, находящихся под следствием и судом. Содержание подследственных в тюрьмах вело к тому, что на них распространялось действие Положений об исправительно-трудовых колониях и тюрьмах МВД, утвержденных указами Президиумов Верховных советов союзных республик.

В связи с отсутствием самостоятельного правового акта, регулировавшего порядок и условия содержания под стражей в качестве меры пресечения, условия содержания подследственных были аналогичны условиям содержания осужденных в тюрьмах. Таким образом, условия содержания подследственных были гораздо хуже условий содержания осужденных, отбывающих наказание в исправительных колониях.

Следственные изоляторы как самостоятельные учреждения для исполнения меры пресечения в виде заключения под стражу появились в России в 1964 г., когда было принято решение о реорганизации большей части тюрем СССР в учреждения для содержания лиц, в отношении которых в качестве меры пресечения было избрано содержание под стражей.

После создания следственных изоляторов как самостоятельных учреждений правовое регулирование их деятельности оставалось слаборазвитым и осуществлялось Временной инструкцией о порядке содержания заключенных в следственных изоляторах МОП РСФСР.

К 1970 г. было обосновано, что правовые отношения при содержании под стражей нельзя рассматривать только как уголовно-процессуальные, поэтому требуется принятие самостоятельного нормативного акта. На сессии Верховного Совета СССР 1970 г. было принято Положение о предварительном заключении под стражу. Это стало, безусловно, прогрессивным шагом в области правового регулирования предварительного заключения под стражу, однако права и обязанности заключенных под стражу в нем регулировались лишь в самой общей форме. Широкое распространение получило ведомственное нормотворчество в форме инструкций, приказов ограничительного пользования.

Такое положение создавало условия для различных нарушений законности при содержании под стражей в следственных изоляторах. Положение о предварительном заключении под стражу действовало до 1995 г. и регулировало правоотношения, возникающие при содержании под стражей в качестве меры пресечения. При этом отмечалась закрытость следственных изоляторов как для самих заключенных под стражу, так и институтов гражданского общества.

В результате отсутствовал общественный контроль за действиями администрации следственных изоляторов с точки зрения их законности и правомерности, а подозреваемые и обвиняемые не могли в полной мере реализовать свои права и свободы. Регулирование деятельности следственных изоляторов ведомственными нормативными актами порождало произвол и препятствовало реализации конституционного права на обжалование неправомерных должностных действий.

В условиях построения в России правового государства претерпели изменения подходы к действующему законодательству в области исполнения заключения под стражу и практики его применения. Стремление привести в соответствие порядок и условия исполнения предварительного заключения под стражу общепринятым в мировом сообществе нормам и стандартам послужило принятию в 1995 г. Федерального закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений».

¹ См.: *Беккариа Ч.* О преступлениях и наказаниях. М., 2004. С. 132.

² См.: *Кистяковский А. Ф.* О пресечении способов уклоняться от следствия и от суда. СПб., 1868. С. 46.

³ См.: *Люблинский П. И.* Свобода личности. СПб., 1906. С. 235.

⁴ *Фойницкий И. Я.* Учение о наказании в связи с тюремоведением. М., 2000. С. 441.

А. А. Середин

кандидат юридических наук

Е. Л. Харьковский

кандидат юридических наук, доцент

Воронежский институт ФСИН России

**ОГРАНИЧЕНИЕ СУДЕБНОГО УСМОТРЕНИЯ
УГОЛОВНО-ПРАВОВЫМИ СРЕДСТВАМИ:
ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМЫ**

В новейший исторический период развития нашей страны все чаще ведутся дискуссии о роли уголовного закона в противодействии асоциальным проявлениям, его эффективности и месте в системе уголовной политики России. Уголовный закон должен быть строг в отношении лиц, демонстрирующих последовательно криминальное поведение, лиц, виновных в совершении тяжких и особо тяжких преступлений, и одновременно предусматривать широкий набор средств эффективного исправления лиц, совершивших менее опасные деяния или уже вставших на путь исправления. Однако этот тезис до сих пор не нашел последовательной реализации в УК РФ.

Сферу данного рассмотрения составляет уголовно-правовой аспект ограничения судебного усмотрения посредством дифференциации уголовной ответственности. Прав профессор А. Толкаченко, говоря о том, что судебное усмотрение есть необходимый атрибут практики применения закона, что оно не поддается абсолютному алгоритмизированию, должно быть ограничительным, ясным, транспарентным, отвечать критериям законности, обоснованности, мотивированности и справедливости¹. Считаем при этом, что рамки дифференциации сегодня излишне размыты, что не соответствует представлениям о законности и справедливости.

Дифференциация уголовной ответственности и ее индивидуализация являются парными, взаимозависимыми катего-

© Середин А. А., Харьковский Е. Л., 2011

риями. Дифференциация характеризует уголовно-правовую политику законодателя; она проявляется в комплексе нормативных предписаний, ограничивающих свободу правопримениеля в выборе средств воздействия на преступника; ее цель состоит в создании условий для эффективной индивидуализации мер уголовно-правового реагирования на факт преступления. Индивидуализация же характеризует уголовно-правовую политику правопримениеля. В этом смысле очень важно соблюсти баланс между компетенцией законодателя и правомочиями суда. Чем больше сфера дифференциации, чем подробнее законодатель урегулировал вопрос о пределах ответственности в зависимости от конкретных обстоятельств, тем меньше сфера индивидуализации. И наоборот. Задача уголовно-правовой политики состоит в том, чтобы гармонизировать сочетание этих сфер. Диспропорции в этом вопросе влекут за собой риск вынесения неправосудных решений.

Дифференциация уголовной ответственности находит свою реализацию в целом ряде положений Общей и Особенной частей уголовного законодательства, которые, хотя и не образуют предмета полемики, но составляют его основу. Вот лишь некоторые из них:

1. Определение иерархии объектов уголовно-правовой охраны (ч. 1 ст. 2 УК РФ); в части дифференциации уголовной ответственности иерархия призвана обеспечить должное соотношение опасности посягательства на конкретный объект уголовно-правовой охраны и наказания за него. В случае посягательства на один и тот же объект преступления уголовный закон должен предусматривать при прочих равных условиях одинаковое наказание.

2. Деление вины на две формы: умысел и неосторожность. Этим объясняется установление различных санкций для преступлений с совпадающими объективными признаками, исходя из различий субъективной стороны.

3. Создание эффективной системы уголовных наказаний; система наказаний является первоосновой дифференциации. От того, насколько оправданным будет включение в нее конкретных видов наказаний, как следствие зависит и результа-

тивность санкций уголовно-правовых норм Особенной части УК РФ.

4. Конструирование квалифицированных и привилегированных составов преступлений в статьях Особенной части УК РФ, которое реализуется либо в форме создания квалифицированных составов преступлений в рамках одной статьи УК РФ, либо путем создания квалифицированных (привилегированных) составов преступлений с помещением их в самостоятельные статьи УК РФ.

Привилегированные или квалифицирующие признаки являются тем «коэффициентом» со знаком «плюс» или «минус», на который умножается типовая степень общественной опасности основного состава преступления, что влечет за собой соответствующее изменение санкции.

5. Конструирование некоторых оснований освобождения от уголовной ответственности и наказания; тем самым в законе прописывается «нулевой» уровень ответственности. Некоторые авторы не относят институт освобождения от наказания к средствам дифференциации уголовной ответственности². Между тем суть уголовной ответственности общепризнана – это обязанность лица, совершившего преступление, подвергнуться мерам карательного воздействия в связи с совершением преступного действия³. При условии, что наказание является составной частью уголовной ответственности, входит в ее содержание, дифференциация наказания в различных пределах является составной частью дифференциации уголовной ответственности.

6. Дополнительные правоограничения, налагаемые на виновного при условном осуждении, при условно-досрочном освобождении от отбывания наказания и в связи с судимостью.

Дифференциация уголовной ответственности является собой одно из магистральных направлений уголовной политики любого цивилизованного государства. Тем актуальнее представляется необходимость совершенствования ее механизма. К числу основных проблем дифференциации следует отнести, прежде всего, избыточную степень дифференциации и, наоборот, излишне ограниченную дифференциацию.

Избыточная дифференциация – это такая правовая ситуация, при которой законодатель в значительной мере самостоятельно, безальтернативно и, одновременно, необоснованно определяет возможные уголовно-правовые последствия совершенного преступления.

В данной работе мы остановились на втором, на наш взгляд, наиболее актуальном, аспекте проблемы – на содержательной стороне излишне ограниченной дифференциации.

Излишне ограниченная дифференциация предполагает, что суду предоставлены неоправданно широкие полномочия в выборе конкретной меры уголовной ответственности. Считаем необходимым выделить следующие ее проявления.

1. Наличие составов преступлений с избыточной альтернативностью санкций, что способствует произволу правопримениеля и является вероятной предпосылкой коррупционного поведения. Например, в санкции ч. 1 ст. 242.1 УК РФ предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок от двух до восьми лет – максимальные рамки наказания превышают минимальные в четыре раза. Аналогичная конструкция санкций заложена в ст. 302 УК РФ.

Еще большее недоумение вызывает игнорирование законодателем минимальных рамок санкций за совершение тяжкого преступления. В качестве примера приведем нормы, в санкциях которых установлен лишь максимальный порог наказания в виде лишения свободы: до 8 лет – ст. 190, ч. 3 ст. 313 УК РФ; до 9 лет – ч. 6 ст. 264; до 10 лет – ч. 4 ст. 183, ч. 3 ст. 285, ч. 3 ст. 335, ч. 2 ст. 340, ч. 3 ст. 349 УК РФ. Минимальные рамки санкций в данном случае составляют два месяца лишения свободы (ч. 2 ст. 56 УК РФ). Разрыв между минимумом и максимумом наказания в данном случае составляет величину, кратную 48–60 единицам. Новейшие изменения УК РФ, внесенные ФЗ от 7 марта 2011 г. № 26-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации», лишь продолжили эту тенденцию в уголовном законодательстве. В 68 статьях УК РФ исключены нижние пределы санкций в виде лишения свободы, еще по 118 исключен нижний предел наказания в виде исправительных работ и ареста. В

их числе оказались многие преступления против собственности и экономические преступления, в том числе кража, мошенничество, грабеж, разбой, вымогательство, а также преступления против жизни и здоровья⁴.

Устранение нижнего предела санкции в виде лишения свободы делает возможным назначение за тяжкие и особо тяжкие преступления наказания меньшего, чем за преступления небольшой тяжести. Значительное расширение границ санкций за тяжкие и особо тяжкие преступления в виде лишения свободы от 2 месяцев до 10–15 лет делает их абсолютно неопределенными, размывает границы различных по степени тяжести категорий преступлений⁵.

Считаем недопустимым существование альтернативных санкций в нормах об ответственности за совершение тяжких преступлений, которые помимо лишения свободы на определенный срок предусматривают минимальное по своему карательному содержанию наказание в виде штрафа как основного вида наказания; при этом минимальные рамки наказания в виде штрафа статьей Особенной части УК РФ могут быть не установлены вовсе и составлять две тысячи пятьсот рублей (ч. 2 ст. 46 УК РФ), а предельное значение – соответствовать максимальному размеру для данного наказания (например, ч. 2 ст. 201 УК РФ). Максимальное же наказание, предусмотренное санкцией, в данном случае составляет десять лет лишения свободы.

По сути, о том же шла речь в докладах профессора А. Г. Кибальника и профессора Н. А. Лопашенко на теоретическом семинаре на тему «Судебное усмотрение и его пределы при назначении наказания», которые в качестве проблемы категоризации преступлений указали на существующий «перехлест» санкций норм об ответственности за преступления, значительно отличающиеся друг от друга по характеру и степени общественной опасности (ежегодный теоретический семинар проходил 26 мая 2010 г. на базе Академии Генеральной прокуратуры РФ). Минимальный срок и размер наказания за преступление соответствующей категории также должен быть предусмотрен в ст. 15 УК РФ. Санкции норм Особенной части

УК РФ должны быть приведены в соответствие с описанными изменениями.

2. Отсутствие четких критериев дифференциации уголовной ответственности при условном осуждении.

Уголовно-правовая норма в ч. 2 ст. 73 УК РФ излишне обобщенно описывает критерии, на основе которых суд приходит к выводу о возможности исправления осужденного без реального отбывания наказания. Видимо, понимая избыточный характер судебского усмотрения, законодатель в 2003 г. ввел запрет на применение условного осуждения при назначении лишения свободы на срок более восьми лет⁶. Однако этого, очевидно, недостаточно. В конечном итоге и в данном случае многое зависит именно от усмотрения судей – назначенного срока наказания в виде лишения свободы. Объективным же мерилом возможности применения данного уголовно-правового института мог бы стать ряд условий:

– во-первых, факт наличия хотя бы одного смягчающего обстоятельства и отсутствие отягчающих. Исключениями могли бы стать обстоятельства, предусмотренные пп. «и», «к» ч. 1 ст. 61 УК РФ; их присутствие предоставляло бы право на условное осуждение независимо от отягчающих обстоятельств;

– во-вторых, условное осуждение – исключительная мера; она не должна применяться к лицу, совершившему наиболее общественно опасные деяния, к числу которых в данном случае целесообразно отнести особо тяжкие преступления.

3. Отсутствие внятных критериев дифференциации уголовной ответственности при условно-досрочном освобождении от отбывания наказания. Законодатель ограничился лишь указанием на необходимость отбытия осужденным определенной части срока, что, на наш взгляд, недостаточно.

Четкий критерий оценки возможности досрочного освобождения указан лишь в отношении лица, отбывающего пожизненное лишение свободы, – отсутствие у осужденного злостных нарушений установленного порядка отбывания наказания в течение предшествующих трех лет. Аналогичным образом необходимо решать вопрос и с лицами, осужденными к лишению свободы на определенный срок; например, отсут-

ствие злостных нарушений установленного порядка отбывания наказания в течение одной десятой назначенного срока, при условии, что реально отбытый срок наказания не должен составлять менее шести месяцев.

Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации (далее – УИК РФ) не применяет понятие «злостный нарушитель установленного порядка отбывания наказания» к военнослужащим, содержащимся в дисциплинарной воинской части. Поэтому считаем допустимым принимать решение об условно-досрочном освобождении при отсутствии у осужденного военнослужащего взысканий (ст. 168 УИК РФ) за совершение им дисциплинарного проступка (ст. 28.2 ФЗ от 27 мая 1998 г. «О статусе военнослужащих»⁷) в течение предшествующих шести месяцев.

Прав профессор Ю. М. Антонян, который высказывает мысль о необходимости запрета досрочного освобождения некоторых категорий лиц, отбывающих пожизненное лишение свободы, в том числе путем амнистии и помилования (например, осужденных в третий раз за террористический акт при особо квалифицирующих обстоятельствах – ч. 3 ст. 205 УК РФ). Такой запрет должен вводиться независимо от того, снята ли (погашена ли) судимость за предыдущее преступление⁸.

4. Постепенное отдаление законодателя от последовательной реализации принципа дифференциации ответственности с учетом характера и степени общественной опасности преступных деяний. Эволюция уголовного законодательства новейшего времени идет по пути уравнивания уголовно-правовых последствий совершения преступлений, отнесенных законодателем к различным категориям (ст. 15 УК РФ); тем самым в данном случае страдает принцип справедливости: за преступления, различные по своей общественной опасности, законодатель предусматривает единые уголовно-правовые последствия. Такой подход проявлен в целом ряде норм УК РФ. Чаще всего законодатель приравнивает друг к другу преступления небольшой и средней тяжести (например, ч. 3 ст. 79, ч. 2 ст. 80, ч. 3 ст. 86 УК РФ). В то же время существуют примеры, когда в одну категорию сводятся преступления не-

большой, средней тяжести, а также тяжкие преступления (например, в ст. 93 УК РФ), а также, когда приравниваются тяжкие и особо тяжкие преступления (например, ст. 95 УК РФ). Еще более недопустимым является установление уровня уголовно-правовых последствий независимо от тяжести преступления, так, например, как это сделано применительно к назначению наказания при рецидиве преступлений (ст. 68 УК РФ). В таком случае возникает вопрос о целесообразности существования в уголовном законе такой классификации, к которой сам же законодатель не прислушивается.

5. Неполная реализация возможностей института соучастия для дифференциации уголовной ответственности. Значительный потенциал для дифференциации ответственности в уголовном праве имеют как формы соучастия, так и виды соучастников; и то и другое способно оказывать влияние на общественную опасность деяния. В уголовном законе реализован лишь принцип дифференциации уголовной ответственности в зависимости от формы соучастия (при квалификации преступлений), но не от вида соучастников. Роль, исполняемая каждым из соучастников, должна не просто оказывать формальное влияние на квалификацию путем ссылки на ст. 33 УК РФ, но и существенно влиять на уровень (объем) карательного воздействия при назначении наказания. Степень такого воздействия, его рамки, должны быть установлены нормативно, подобно тому, как ограничиваются максимальные рамки санкций при назначении наказания за неоконченное преступление (ст. 66 УК РФ). Наименее опасными видами соучастников традиционно признаются пособник и подстрекатель. По этой причине считаем возможным на законодательном уровне установить, что за совершенное преступление максимальное наказание пособнику должно быть ограничено половиной, а подстрекателю – двумя третьими максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части УК РФ.

Считаем внесение указанных изменений обоснованным и уместным еще и потому, что действующий УК РФ изначально предусматривал возможность при наличии исключительных

обстоятельств значительно снижать уровень карательного воздействия на виновного (ст. 64 УК РФ). Подобная оговорка дает возможность законодателю ограничить избыточный объем судебского усмотрения, заложенный в других нормах Общей части, а также в рамках санкций статей Особенной части УК РФ.

Заявленная тема весьма масштабна, глобальна, не может ограничиваться разрозненными публикациями и подлежит дальнейшему комплексному изучению, в том числе, не только с позиции уголовного права, но и уголовно-исполнительного права, уголовного процесса, а возможно, и других наук.

¹ См.: Толкаченко А. Пределы судебного усмотрения при назначении уголовного наказания // Уголовное право. 2010. № 4. С. 59, 61.

² Например, Т. А. Лесниевски-Костарева относит освобождение от ответственности к средствам ее дифференциации, а освобождение от наказания – нет (см.: Лесниевски-Костарева Т. А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. М., 2000. С. 79).

³ См.: Шаргородский М. Д. Избранные труды. СПб., 2004. С. 194 ; Лейкина Н. С. Стадии реализации уголовной ответственности и личность преступника // Проблемы советского уголовного права в период развернутого строительства коммунизма : сб. науч. трудов. М., 1963. С. 18.

⁴ О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 7 марта 2011 г. № 26-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2011. № 11. Ст. 1495.

⁵ Овчинский В. С. Либерализацию УК остановит беспредел // Свободная пресса. 2011. 9 марта.

⁶ О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 8 декабря 2003 г. № 162-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2003. № 50. Ст. 4848.

⁷ О статусе военнослужащих : федер. закон от 27 мая 1998 г. № 76-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1998. № 22. Ст. 2331.

⁸ Антонян Ю. М. Смертная казнь и ее альтернатива // Уголовное право. 2007. № 1. С. 100.

В. В. Степанов

кандидат юридических наук, доцент

*Институт права Тамбовского государственного
университета им. Г. Р. Державина*

**СОЦИАЛЬНАЯ АДАПТАЦИЯ ЛИЦ,
ОСВОБОЖДЕННЫХ ОТ ОТБЫВАНИЯ НАКАЗАНИЯ
В ВИДЕ ЛИШЕНИЯ СВОБОДЫ
(ПОНЯТИЕ И СОДЕРЖАНИЕ)**

Тема, связанная с социальной адаптацией осужденных, многогранна и, как показывает практика, была и продолжает оставаться актуальной, что и определяет большое внимание к ней, как в науке уголовно-исполнительного права, так и в криминологии. Авторы работ, как полностью посвященных этой теме¹, так и тех, в которых проблемы социальной адаптации составляют неотъемлемую часть исследования², предла-гают различные варианты ее решения.

Анализ научных исследований позволяет сделать вывод о том, что их авторы расходятся во мнениях не только по теоретическому осмыслению данного процесса, но и в плане практического осуществления мероприятий по социальной адаптации осужденных от отбывания наказания. Прежде всего, это касается взглядов на соотношение понятий «социальная адаптация осужденных» и «ресоциализация осужденных».

По мнению И. В. Шмарова, под социальной адаптацией осужденных от наказания следует понимать «приспособление их к постоянно изменяющемуся ближайшему социальному окружению, восприятие его нравственных требований, установок и системы ценностных ориентаций»³. А. С. Михлин считал, что «социальная адаптация есть приспособление личности к социальной среде, усвоение ею правил, норм, социальных позиций, установок, характерных для данной среды, приобретение навыков, позволяющих бывшему осужденному нормально жить в обществе свободных людей»⁴. В. М. Ани-

симков определяет социальную адаптацию как «возвращение и приобщение к условиям жизни на свободе бывшего осужденного, который находит в себе гражданское мужество в преодолении возникающих при этом конфликтов, многообразных проблем и трудностей»⁵. О. Г. Перминов пишет, что «социальная адаптация заключается в приспособлении освобожденного к новой социальной среде, следовании правилам, нормам, установкам, характерным для данной среды, приобретении навыков, позволяющих нормально жить в открытом обществе»⁶.

В последнее время, когда речь заходит о пенитенциарном и постпенитенциарном периодах, достаточно часто употребляется в научных трудах понятие «ресоциализация осужденных». Так, М. С. Рыбак называет, по крайней мере, «два основания целесообразности введения в научный оборот теории уголовного и уголовно-исполнительного права нового понятия»⁷. Под ресоциализацией осужденного М. С. Рыбак понимает «корректировку свойств его личности в направлении придания ей черт, необходимых и достаточных для жизни в определенной положительной или нейтральной с точки зрения общественной безопасности социальной группе, определенной микросреде»⁸. При этом М. С. Рыбак выделяет пять стадий ресоциализации, последней из которых – пятой – и является социальная адаптация⁹. В социальной адаптации, которая составляет длительный сложный процесс приспособления к господствующим в обществе нравственным ценностям, правовым установлениям, М. С. Рыбак определяет два взаимосвязанных основных этапа: «...подготовительный, осуществляемый еще во время пребывания осужденных в местах лишения свободы, и начальный постпенитенциарный»¹⁰. На постпенитенциарном этапе происходит, по мнению М. С. Рыбака, процесс реабилитации, т.е. «восстановление правового статуса бывшего осужденного», и, что особо подчеркивается, здесь необходимо, «чтобы человек, вышедший на свободу, больше не ощущал карательного воздействия со стороны государства. Индивидуум, отбывший наказание, считается искупившим свою вину, какой бы тяжкой она ни была»¹¹.

Н. Д. Ратникова и Л. В. Ковтуненко под ресоциализацией личности осужденного понимают формирование в процессе отбывания им уголовного наказания качеств, способствующих восстановлению нарушенных социальных связей и отношений, а также идентификацию личности как субъекта собственной жизнедеятельности¹². Основным результатом ресоциализации, как отмечают Н. Д. Ратникова и Л. В. Ковтуненко, должно стать добровольное социально активное поведение осужденных при отбывании наказания и законо послушное поведение после освобождения. При этом ресоциализация преступника должна включать в себя три этапа: допенитенциарный, пенитенциарный и постпенитенциарный¹³.

Термин «ресоциализация», пишет Ю. В. Баранов, подразумевает двусторонний процесс с участием правоприменителя, с одной стороны, и лица, нарушившего правила и нормы, – с другой. Учитывая неравенство сторон, их разный статус, он приходит к выводу, что это неравенство в отношениях изначально «делает процесс исправления нарушителя в принципе невозможным»¹⁴. Далее Ю. В. Баранов, вслед за М. С. Рыбаком, предлагает исправление как цель уголовного и уголовно исполнительного законодательства заменить на ресоциализацию¹⁵. Однако, в отличие от М. С. Рыбака, Ю. В. Баранов дает два примерных определения ресоциализации: одно – для уголовно правовой сферы, другое – для уголовно исполнительного права¹⁶. Как нам представляется, такой подход абсолютно не приемлем, поскольку это породит дискуссию, подобно существующей сегодня в уголовно правовой и пенитенциарной науке по содержанию понятия «исправления» как цели наказания.

Ю. В. Баранов выделяет три стадии ресоциализации: реадаптации освобожденного к условиям жизни на свободе; индивидуализации освобожденного из исправительного учреждения; реинтеграции освобожденного к условиям жизни на свободе¹⁷.

Определение периода отбывания наказания и постпенитенциарного периода как ресоциализации осужденного пред

ставляется весьма спорным как с точки зрения лингвистики, так и юриспруденции. Здесь следует согласиться с позицией В. Г. Громова и О. Р. Шайхисламовой о том, что «человек по своей сути социален, независимо от того, какой вид поведения он избирает в той или иной ситуации. В большинстве преступников можно найти наряду с массой отрицательных качеств и хорошие, позитивные черты и свойства». Видимо, не очень корректно, – продолжают они далее, – говорить о том, что после совершения таким индивидом преступления надо решать вопрос о его ресоциализации, как будто он выпал сразу изо всех полезных общественных отношений¹⁸.

Сохранение позитивных черт в характере и поведении лица, отбывающего наказание, по нашему мнению, и является основой для нравственного исправления осужденного, а предложенные дефиниции ресоциализации осужденного по многим положениям совпадают с понятием исправления осужденного. Кроме того, в случае совершения преступления следует иметь в виду не ресоциализацию личности преступника, а социально отклоняющееся поведение. Поэтому нам представляется, что после освобождения из мест лишения свободы речь должна идти именно о социальной адаптации.

Работа по социальной адаптации должна включать в себя, прежде всего, законодательное решение вопроса социальной адаптации лиц, освобожденных из мест лишения свободы, где за основу следует взять проект Федерального закона «Об основах социальной адаптации и реабилитации лиц, освобожденных из мест лишения свободы»¹⁹, внесенный группой депутатов Государственной Думы РФ, распространив его действие на все категории осужденных, освобождаемых из мест лишения свободы²⁰.

Важным в комплексе мероприятий по социальной адаптации осужденных является определение (создание) органа, который должен координировать данную работу. В рамках проведенного нами опроса сотрудников уголовно-исполнительной системы Тамбовской области на вопрос об органе, который должен заниматься социальной адаптацией осужден-

ных, были получены следующие ответы. 41,3 % опрошенных считают таким органом уголовно-исполнительные инспекции; 20 % – органы социальной защиты населения; 13,4 % – органы внутренних дел; 7,4 % – центры занятости населения и реабилитационные центры; 4,3 % – психологов; 3,4 % – органы местного самоуправления; 0,9 % опрошенных к таким органам отнесли церковь, правозащитные организации. Как видим, перечень достаточно обширный.

В настоящее время данные учреждения, общественные организации, так или иначе, в меру своих сил, занимаются решением проблемы социальной адаптации осужденных. Однако представляется необходимым создание централизованного государственного органа, на который будет возложена задача координации деятельности всех заинтересованных структур и который наряду с использованием бюджетных средств мог бы привлекать средства негосударственных организаций и общественных движений.

Следует предусмотреть четкую систему государственного финансирования данной деятельности, а также меры государственного стимулирования и поддержки тех общественных объединений, негосударственных организаций, которые будут участвовать в реализации программ по социальной адаптации осужденных.

Для улучшения работы по трудовому устройству освобожденных из мест лишения свободы необходимо использовать потенциал профессионально-технических училищ при исправительных колониях для обучения осужденных по договорам с органами государственной власти субъектов РФ тем специальностям, которые необходимы на рынке труда конкретного субъекта с последующим трудоустройством.

Не менее важной проблемой процесса социальной адаптации является проблема социальной отчужденности. В связи с этим считаем необходимым проведение информационной работы с населением. Большую роль в преодолении социальной отчужденности играют, прежде всего, взаимоотношения в семье и восстановление социально полезных связей. Вся эта деятельность должна проводиться после освобождения осуж-

денных в рамках программ по социальной и психологической адаптации, с помощью центров социально-психологической помощи, общественных организаций и представителей религиозных конфессий.

Наряду с проблемой социальной отчужденности, большое значение для успешной адаптации освобожденных условно-досрочно имеет и круг друзей и знакомых, с которыми общается осужденный после своего возвращения домой. Особенno это важно для тех осужденных, которые по различным причинам утратили семейные связи. Как показывает практика, круг общения, который мог оказаться положительное воздействие на освобожденных, весьма невелик. Именно поэтому этот аспект адаптационной работы требует более пристального контроля, как со стороны контролирующих органов, так и специалистов-психологов.

Таким образом, представляется необходимым сделать следующий вывод. Характеризуя постпенитенциарную стадию, считаем правильным говорить о *социальной адаптации осужденных как самостоятельном комплексе мероприятий, направленных на оказание экономической, социальной, правовой, психологической помощи освобожденным из мест лишения свободы, для осуществления которого необходимо создать централизованный государственный орган, который будет наделен полномочиями по привлечению к процессу адаптации негосударственных организаций*.

¹ См.: *Баранов Ю. В.* Стадии ресоциализации осужденных в свете новых социолого-антропологических взглядов и социальной философии. СПб., 2006 ; *Багреева Е. Г.* Субкультура осужденных и их ресоциализация. М., 2001 ; *Дибиров М. Т.* Проблемы социальной адаптации лиц, освобожденных из исправительных учреждений : по материалам Республики Дагестан : дис. ... канд. юрид. наук. Рязань, 2006 ; *Рыбак М. С.* Ресоциализация осужденных к лишению свободы: проблемы теории и практики. 2-е изд., испр. и доп. Саратов, 2004 ; и др.

² *Евтушенко И. И.* Условно-досрочное освобождение в аспекте ресоциализации осужденных к лишению свободы : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2003 ; *Клир Т., Терри К.* Исправление за пределами тюремных стен // Криминология / под ред. Дж. Ф. Шели. СПб., 2003 ; *Иванов А. А.* Индивидуализация исполнения наказания в России. Теория, история и

практика. М., 2010 ; Смирнов А. М. Длительные сроки лишения свободы в отношении мужчин. М., 2010.

³ Шмаров И. В. Социологические проблемы исполнения уголовного наказания : учеб. пособие. Рязань, 1980. С. 57.

⁴ Уголовно-исполнительное право : учебник / отв. ред. А. С. Михлин. М., 2006. С. 381 ; Уголовно-исполнительное право России : учебник / под ред. В. И. Селиверстова. М., 2007. С. 456.

⁵ Анисимков В. М., Капункин С. А., Рыбак М. С. Уголовно-исполнительное право : курс лекций / под ред. В. М. Анисимкова. Саратов, 2001. С. 227.

⁶ Перминов О. Г. Уголовно-исполнительное право : учеб. пособие для вузов. М., 1999. С. 228.

⁷ См. подробнее: Рыбак М. С. Указ. соч. С. 55–56.

⁸ Там же. С. 64.

⁹ См. подробнее: Там же. С. 57–62.

¹⁰ Рыбак М. С. Ресоциализация осужденных к лишению свободы: проблемы теории и практики : дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2001. С. 364–365.

¹¹ Рыбак М. С. Ресоциализация осужденных к лишению свободы: проблемы теории и практики. Саратов, 2004. С. 413–414.

¹² Ратникова Н. Д., Ковтуненко Л. В. Психологический аспект ресоциализации осужденных на современном этапе // Уголовное право и криминология : современное состояние и перспективы развития : сб. науч. трудов. Воронеж, 2006. Вып. 2. С. 261–262.

¹³ Там же. С. 263.

¹⁴ Баранов Ю. В. Указ. соч. С. 43.

¹⁵ Рыбак М. С. Ресоциализация осужденных к лишению свободы : проблемы теории и практики. Саратов, 2004. С. 67; Баранов Ю. В. Указ. соч. С. 42–43.

¹⁶ См. подробнее: Там же. С. 42–43.

¹⁷ См. подробнее: Там же. С. 188–269.

¹⁸ Громов В. Г., Шайхисламова О. Р. Наказание в виде лишения свободы и пенитенциарная политика. М., 2007. С. 156.

¹⁹ Об основах социальной адаптации и реабилитации лиц, освобожденных из мест лишения свободы (проект) : федер. закон РФ. Доступ из информ.-справ. системы «Гарант».

²⁰ Пункт 2 ст. 2 Проекта ФЗ определяет категории осужденных, кому предполагается оказание социальной поддержки: это беременные женщины и женщины, имеющие при себе малолетних детей; несовершеннолетние; нетрудоспособные по возрасту или по состоянию здоровья; осужденные, утратившие социально полезные связи. Как видно из приведенного перечня, закон, в случае принятия его в таком виде, не затронет основной массы освобождаемых из мест лишения свободы.

С О Д Е Р Ж А Н И Е

Предисловие	3
<i>Ахмедов У. Н.</i> Об экстремистском сообществе и экстремистской организации: проблемы законодательного определения и юридической квалификации	5
<i>Байрамкулов А. М.</i> Статус сотрудника органов внутренних дел как отягчающее наказание обстоятельство	18
<i>Белоконь Г. Г.</i> Юридическая природа обстоятельств, исключающих преступность деяния: исторические аспекты и перспективы развития	26
<i>Благов Е. В.</i> Об установлении нормы уголовного права и его применении	44
<i>Долгова Н. Л.</i> Проблемы совершенствования законодательства об уголовной ответственности несовершеннолетних	56
<i>Долотов Р. О., Чередниченко Е. Е.</i> Тенденции реформирования уголовных наказаний в Уголовном кодексе Российской Федерации 1996 года	65
<i>Иванчин А. В.</i> В поисках сущности состава преступления	80
<i>Ключников А. Ю.</i> О возможности изменения правовой квалификации деяния в ходе уголовного судопроизводства второй инстанции Польской Республики	87
<i>Кругликов Л. Л.</i> Вопросы уголовной ответственности за нарушение требований пожарной безопасности	94
<i>Кудрявцев А. Г.</i> О возможности отнесения к предмету неправомерных действий при банкротстве имущества, исключенного из конкурсной массы несостоятельного должника	105
<i>Лопашенко Н. А.</i> О недопустимости административной преюдиции в уголовном праве	118
<i>Маслов А. Е.</i> О «тайнах» банковских тайн	138

<i>Молочкин М. Ю.</i> Осмотр места происшествия по делам о бандитизме	147
<i>Новикова М. А.</i> Уголовно-правовая характеристика разглашения данных предварительного расследования и сведений о мерах безопасности	164
<i>Новикова Ю. В.</i> Вопросы структурного построения криминологической характеристики преступлений	171
<i>Панько К. К., Панько Н. К.</i> К вопросу о презумпциях в уголовном праве и процессе	184
<i>Побегайло Э. Ф.</i> Преступность в современной России и кризис политики борьбы с ней	205
<i>Подлесных С. Н.</i> Юридическое толкование и пробелы в уголовно-процессуальном праве	237
<i>Ратникова Н. Д.</i> Становление в России системы мест предварительного заключения под стражу	256
<i>Середин А. А., Харьковский Е. Л.</i> Ограничение судебного усмотрения уголовно-правовыми средствами: постановка проблемы	264
<i>Степанов В. В.</i> Социальная адаптация лиц, освобожденных от отбывания наказания в виде лишения свободы (понятие и содержание)	273

Научное издание

**УГОЛОВНОЕ ПРАВО И КРИМИНОЛОГИЯ:
СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ**

Сборник научных трудов

Выпук 7

Под редакцией Трухачева Вадима Викторовича

Редакторы Н. Н. Масленникова, Е. В. Жеребцова
Б. А. Муконина, Ю. С. Гудкова

Художественный редактор Е. В. Жеребцова

Компьютерная верстка Е. Н. Попуга

Корректоры Г. И. Старухина, М. Г. Щигрева

Подп. в печ. 20.12.2011. Форм. бум. 60×84/16
Усл. п. л. 16,5. Уч.-изд. л. 16,2. Тираж 300. Заказ 142

Издательство Воронежского государственного университета
394000 Воронеж, ул. Ф. Энгельса, 8
Отпечатано в типографии
Издательско-полиграфического центра
Воронежского государственного университета
394018 Воронеж, ул. Пушкинская, 3

