

УДК 343.01

*М.Э. Авдалян***ОСНОВАНИЕ КРИМИНАЛИЗАЦИИ**

Ввиду беспрецедентной практики частых и бессистемных изменений и дополнений УК РФ назрела необходимость в уяснении уголовно-политических и технико-юридических механизмов формулирования уголовно-правовых запретов (установления преступности и наказуемости деяния) – оснований, поводов и причин криминализации. В статье показана неоднозначность научных трактовок указанных понятий и обосновываются выводы о значении общественной опасности деяния как единственного основания его криминализации, а также о критериях оценки общественной опасности как системообразующего начала самого процесса криминализации.

Ключевые слова: теория уголовного права, установление преступности, деяние, криминализация, уголовно-правовой запрет, общественная опасность деяния.

Основание криминализации является той главной, сущностной чертой, которая делает её необходимой, это то, благодаря чему таковая существует. Причины криминализации появляются ранее его основания и не зависят от него, в то время как основание обуславливается их совокупностью. По обоснованному мнению В.Д. Филимонова, основанием можно считать явление, которое возникает в процессе детерминации явления другими явлениями и представляет собой единство некоторых их свойств, а также выступает как определяющее свойство явления, объясняющее, почему данное явление существует¹.

В философской литературе основанием считается такая предпосылка какого-либо явления (следствия), которая составляет необходимое условие его существования и служит его объяснением².

Следовательно, под основанием криминализации понимается совокупность причин криминализации, в концентрированном виде выражающих сущность криминализируемого поведенческого акта и делающих необходимым законодательное установление уголовно-правового запрета.

Представляется, что основание криминализации может быть только одно, поэтому неверно говорить о нем во множественном числе, как это иногда делается в научной литературе. Как правило, в этом случае основания криминализации увязываются с различными аспектами создания уголовно-правовых норм.

Чаще всего рассматриваемым понятием обозначают всю или почти всю массу процессов и явлений социальной действительности, так или иначе влияющих на криминализацию. Например, Г.А. Злобин определяет основания криминализации (используя термин «причины») как «процессы, происходящие в материальной и духовной жизни общества, развитие которых порождает объективную необходимость уголовно-правовой охраны тех или иных ценностей». Они создают «действительную общественную потребность в уголовно-правовой новелле, внутреннюю необходимость возникновения правовой нормы», «действительные предпосылки, социальные причины возникновения или изменения уголовно-правовой нормы». Основания декриминализации, по мнению Г.А. Злобина, – это «социальные причины утраты нормой способности адекватно воздействовать на регулируемые общественные отношения»³. Аналогичного мнения придерживаются Л.М. Прозументов и А.В. Шеслер⁴.

А.Д. Антонов предлагает считать основаниями криминализации обстоятельства, порождающие объективную необходимость уголовно-правовой охраны определенных ценностей⁵.

Определенный интерес, несмотря на крайне общий и абстрактный характер, представляет классификация оснований криминализации, предложенная А.В. Грошевым. Он распределяет их по группам в зависимости от того, на каком уровне механизма уголовного правотворчества они проявляются. К основаниям криминализации он причисляет все факторы, характеризующие социальную обуслов-

¹ См.: Филимонов В.Д. Криминологические основы уголовного права. Томск, 1981. С. 15.

² См.: Философский словарь / под ред. И.Т. Фролова. М., 1991. С. 363.

³ См.: Кудрявцев В.Н. Основания уголовно-правового запрета. Криминализация и декриминализация. М., 1982. С. 205.

⁴ См.: Прозументов Л.М., Шеслер А.В. Криминология. Общая часть. Красноярск, 1997. С. 246, 239.

⁵ См.: Антонов А.Д. Теоретические основы криминализации и декриминализации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 17-20.

ленность уголовно-правового запрета, то есть «различные социальные явления, относящиеся к общественному бытию и общественному сознанию»⁶.

В.И. Плохова, проведя анализ высказанных в теории уголовного права мнений относительно оснований криминализации, обоснованно указывает на то, что «в работах не проводится четкого разделения обстоятельств по степени их важности, не показывается зависимость детерминанта и детерминируемого явления»⁷.

На сегодняшний день отсутствует единая терминология и в рассматриваемой части вопроса. Основание криминализации именуют, например, «основанием уголовно-правового запрета», «основанием уголовно-правовой нормы». Аналогичного мнения придерживаются авторы, которые вместо термина «основания» применяют другие термины: «факторы, подлежащие учету при криминализации», «условия уголовной наказуемости деяний» и т.п. Так, В.Д. Филимонов предложил термин «социальные основания норм уголовного права». Ученый также подчеркивает необходимость выяснения той роли, которую каждый из факторов играет в решении вопроса о криминализации деяния: от определяющего до чисто технического⁸.

Как уже было сказано, основание представляет собой явление, обуславливающее другое явление (явления) или процесс (процессы). Различные причины криминализации, взятые в отдельности, сами по себе не способны обусловить ее, поскольку, например, ни новые виды поведения, ни обязательства государства в международных отношениях не вызывают с неизбежностью установления уголовно-правового запрета. Представляя собой умозрительную конструкцию, основание криминализации объединяет все реально существующие причины, концентрируя сущность социального явления, ставшего потенциальным предметом криминализации. Из этого следует, что основание криминализации может быть только одно, и им выступает общественная опасность конкретного поведенческого акта.

Некоторые исследователи согласны с такой трактовкой и говорят об основании криминализации в единственном числе, понимая под ним общественную опасность поведения. Например, П.С. Тоболкин полагает, что не существует иных оснований криминализации, кроме общественной опасности деяний⁹. По утверждению Г.Ю. Лесникова и Н.А. Лопашенко, единственным основанием для криминализации является существование общественно опасного поведения, требующего уголовно-правового запрета¹⁰. Таким образом, указанные ученые считают основанием криминализации общественную опасность поведенческого акта.

Вопрос о понятии общественной опасности деяния в теории уголовного права также относится к числу дискуссионных. В научной литературе указанное свойство поведения в основном рассматривается применительно к преступлению. Например, по мнению Н.Д. Дурманова, общественную опасность преступления определяют само деяние, значение объекта преступления, причиненный деянием вред, конкретные условия места, времени и обстановки совершения деяния, элементы субъективной стороны, свойства субъекта и способ совершения преступления¹¹.

С.И. Никулин и Б.В. Яценко считают, что «общественная опасность означает способность поступка человека, признаваемого преступлением, причинять существенный вред охраняемым уголовным законом ценностям»¹². По утверждению И.Г. Соломоненко, общественная опасность – это «свойство деяния причинить или создать реальную угрозу причинения вреда охраняемым уголовным законом отношениям и интересам»¹³.

⁶ См.: Грошев А.В. Правосознание в системе оснований криминализации общественно опасных деяний // Российский юридический журнал. 2003. № 5. С. 54-58.

⁷ См.: Плохова В.И. Ненасильственные преступления против собственности: криминологическая и правовая обоснованность. СПб., 2003. С. 19.

⁸ См.: Филимонов В.Д. Криминологические основы уголовного права. Томск, 1981. С. 62-63.

⁹ См.: Тоболкин П.С. Социальная обусловленность уголовно-правовых норм. Свердловск, 1983. С. 58.

¹⁰ См.: Лесников Г.Ю., Лопашенко Н.А. Энциклопедия уголовного права. СПб., 2005. Т. 1. С. 75.

¹¹ См.: Дурманов Н.Д. Понятие преступления. М., 1948.

¹² См.: Никулин С.И., Яценко Б.В. Уголовное право. Общая и Особенная части / под общ. ред. М.П. Журавлева, С.И. Никулина. М., 2007. С. 77.

¹³ См.: Соломоненко И.Г. Уголовное право Российской Федерации. Общая часть / под ред. Л.В. Иногамовой-Хегай. М., 2002. С. 35.

Ю.И. Ляпунов полагает, что «уголовно-правовая общественная опасность – это определенное объективное антисоциальное состояние преступления, обусловленное всей совокупностью его отрицательных свойств и признаков и заключающее в себе реальную возможность причинения вреда (ущерба)... общественным отношениям, поставленным под охрану закона»¹⁴.

Общественная опасность выступает неотъемлемым социальным свойством соответствующего вида поведения, то есть сознательно-волевых деяний, направленных на изменение общественных отношений. Именно общественно опасное поведение является единственным реальным основанием конструирования норм Особенной части УК РФ¹⁵.

Общественная опасность обуславливает необходимость (социально-политическую потребность) установления уголовно-правового запрета, она является тем важнейшим свойством преступления, которое отличает его от других правонарушений. «Издание уголовно-правовой нормы, содержащей признаки какого-либо преступления, – отмечает Ю.Е. Пермяков, – обнаруживает связь законодателя с теми или иными социальными интересами, отныне ставшими объектом уголовно-правовой охраны. На этом этапе уголовно-правового воздействия на общественные отношения государство в лице законодателя провозглашает себя защитником определенных прав, интересов и отношений, субъекты которых вправе рассматривать состав преступления как правовую гарантию их осуществления»¹⁶.

По мнению А.Э. Жалинского, необходимо отталкиваться от следующего набора требований, достаточных для признания общественной опасности поведения, подлежащего уголовно-правовому запрету:

а) причинение и возможность причинения деянием не поддающегося полному возмещению существенного вреда конституционным ценностям, то есть правовым благам, имеющим конституционный ранг;

б) распространение негативных последствий совершаемых деяний на общество в целом и большинство отдельных членов общества;

в) явная социально-психологическая и иная непереносимость обществом запрещаемых деяний, причиняемого вреда или его опасности, отраженная в достигнутом политическом или ином консенсусе о необходимости уголовного наказания;

г) доказанная непригодность иных правовых запретов для устранения возникшей опасности, возмещения причиненного и предупреждения потенциального вреда;

д) субъектно-субъективное противопоставление деяния существующим социальным запретам при наличии иного выбора¹⁷.

А.Э. Жалинский выделялся из многих известных российских ученых не только масштабностью и методологической значимостью тех проблем, которые он выделял, исследовал, но и особым, теоретико-инструментальным подходом к их решению. Каким бы абстрактным (непреходимо теоретическим) ни представлялся поставленный им вопрос, он всегда предлагал алгоритм его решения. В данном случае сформулированные им критерии оценки общественной опасности поведенческого акта (деликта) являются, по нашему мнению, той логической (и политической) формулой, которая служит едва ли ни единственным инструментом определения общественной опасности как признака преступления. Как ни странно, этот коренной для материального определения понятия преступления признак до сих пор остается в российской уголовной правовой науке «священным камнем», которому все поклоняются, но никто не знает, что он из себя представляет, артефактом современной уголовно-правовой доктрины.

В теории уголовного права для оценки общественной опасности поведения был предложен другой способ, суть которого заключается в необходимости каждый раз разрешать круг следующих вопросов: существует ли такая опасность; в чем именно она состоит; каким общественным отношениям причиняется вред и какой именно вред; какова динамика этой опасности, почему вчера во-

¹⁴ См.: Ляпунов Ю.И. Общественная опасность деяния как универсальная категория советского уголовного права. М., 1989. С. 45.

¹⁵ См.: Мальцев В.В. Категория «общественно опасное поведение» в уголовном праве. Волгоград, 1995. С. 76.

¹⁶ Пермяков Ю.Е. Категория «общественная опасность» в советском уголовном праве. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1989. С. 112.

¹⁷ См.: Жалинский А.Э. Оценка общественной опасности деяния в процессе уголовного правотворчества // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: материалы 6-й Международ. науч.-практ. конф., 29-30 января 2009 г. М., 2009. С. 48-52.

прос о ней не вставал, а сегодня стал актуальным; настолько ли она высока, чтобы ставить деяние в один ряд с уже включенными в уголовный закон и выделять из группы однородных деяний, не подвергаемых криминализации¹⁸.

Ю.А. Красикова понимает под общественной опасностью объективное свойство деяния вызывать негативные изменения в социальной действительности, нарушать упорядоченность системы общественных отношений¹⁹.

Исследуя общественную опасность в качестве основания криминализации, необходимо признать, что она, являясь внутренним свойством поведенческого акта, не может зависеть от воли законодателя. Общественная опасность становится признаком преступления только после его легального закрепления²⁰. Таким образом, когда говорят об общественной опасности, выступающей в качестве основания криминализации, то имеют в виду объективную реальность, которая оценивается как негативное социальное явление, определяемое как «общественная опасность» по воле законодателя, имеющее как социальную, так и политическую мотивацию.

Анализируя вопрос о криминализации поведенческих актов, необходимо понять не столько социальную обусловленность необходимости уголовно-правового запрета конкретной формы поведения (о ней уже достаточно много говорилось в теории уголовного права), сколько рассмотреть механизм ее осуществления.

Криминализация представляет собой процесс, в основе которого лежат правовые представления, господствующие в обществе. Законодатель с их помощью должен предельно адекватно отразить в норме общественно опасное деяние, но это происходит не всегда, и тогда принято говорить о дефекте норм, который может находить свое выражение в неполном отражении нужд общества в уголовно-правовом регулировании.

История развития уголовного права свидетельствует о том, что создание норм уголовного законодательства может быть не связано с необходимостью в защите тех или иных общественных отношений. В отдельных случаях вывод о целесообразности внесения изменений в уголовный закон делается на основе негативной оценки отдельных событий, носящих не закономерный, а случайный характер. Идя на поводу у общественного мнения, переоценивающего социально-регулятивные возможности уголовной репрессии, законодатель руководствуется при криминализации деяния не объективно существующей необходимостью, а субъективными оценками. В теории уголовного права в подобных случаях говорят о так называемом поводе для криминализации²¹.

Нормы уголовного закона должны быть обусловлены потребностями общества в соответствующем запрете. Решению вопроса о возможной криминализации деяния должно предшествовать осознание её социальной необходимости. В тех случаях, когда в основе криминализации лежит единичное, случайное событие, оно рассматривается в качестве «повода для криминализации». Однако было бы неверным утверждать, что такой повод во всех без исключения случаях не имеет значения для последующей криминализации. Нельзя игнорировать факты и события, которые, изначально выступая как поводы, позже в своей совокупности могут составить основание криминализации.

По мнению В.Н. Кудрявцева, «важнейшая задача теории криминализации, с точки зрения научного обеспечения уголовного нормотворчества, состоит в разработке теории и метода восхождения от поводов к основаниям криминализации, выражающим общественную необходимость уголовного закона»²².

Таким образом, обнаружение самого факта существования в обществе поведенческого акта, способного причинить вред охраняемым законом ценностям, – только начальный этап на пути констатации тех его свойств, которые позже приведут к криминализации.

¹⁸ См.: Кудрявцев В.Н. Основания уголовно-правового запрета. Криминализация и декриминализация. М., 1982. С. 217.

¹⁹ См.: Красиков Ю.А. Уголовное право России. Общая часть / под ред. А.И. Игнатова, Ю.А. Красикова. М., 2000. С. 71.

²⁰ См.: Рагулина А.В. Общественная опасность как признак деяния и как признак преступления // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: материалы XII Междунар. науч.-практ. конф., 29-30 января 2015 г.). М., 2015. С. 172.

²¹ См.: Кудрявцев В.Н. Основания уголовно-правового запрета. Криминализация и декриминализация. М., 1982. С. 207.

²² Кудрявцев В.Н. Указ. соч. С. 208.

Решая вопрос о возможной криминализации в первую очередь необходимо адекватно оценить социальные условия жизни общества, существующие в определенный промежуток времени. Затем следует изучить общественные отношения, которые объективно нуждаются в уголовно-правовой охране. Далее определяются особенности конкретного антиобщественного поведения, способного причинить вред социальным ценностям или создавать угрозу причинения им вреда.

Объективное свойство общественной опасности, прежде всего, выражается в причинении общественного вреда объектам уголовно-правовой охраны. Однако было бы опрометчиво утверждать, что общественная опасность поведенческого акта сводится только к причиненному ущербу. Она заключается в качественном и количественном воздействии деяния на общество. Качество находит свое выражение в виде общественных отношений, которые могут быть нарушены или разрушены деянием (наиболее важные общественные отношения), а количество – в том вреде, который причиняется или может быть причинен, в других характеристиках поведения.

Представляется, что общественную опасность поведенческого акта в контексте рассматриваемой темы следует анализировать в рамках его взаимодействия с общественными отношениями, в результате которого им причиняется вред или создается угроза причинения вреда. Структура общественных отношений имеет для криминализации деяний инструментальное значение. Как известно, общественные отношения представляют собой сложную связь между отдельными субъектами, поэтому необходимо выделить их структурные компоненты. Поскольку общественные отношения преступления неосозаемы, недоступны непосредственному воздействию, то вред им причиняется путем повреждения или уничтожения их элементов. Таким же способом осуществляется и их познание (как в науке, так и на практике). Применительно к уголовному праву принято выделять: субъектов отношений (государство, его органы, общественные организации, трудовые коллективы, личность); социальную связь (определенные права и обязанности субъектов, их взаимодействие); предмет отношений (социальные ценности, по поводу которых возникают общественные отношения).

Причинить вред общественным отношениям можно, повреждая каждый из их элементов. Так, на субъекта может оказываться либо физическое, либо психическое воздействие. Возможно разрушение социальной связи как «изнутри», так и «извне». В большинстве случаев вред причиняется при воздействии «извне». «Изнутри» общественные отношения терпят урон тогда, когда бездействует принадлежащий этой системе элемент, который должен был действовать. К способам воздействия «изнутри» относится невыполнение возложенной обязанности, а также неправомерное исключение себя из правоотношения. Нанести ущерб общественным отношениям можно, оказав влияние на их предмет.

По справедливому мнению М.И. Ковалева, а также А.Н. Козлова, сам объект охраны никакой общественной опасности не содержит, однако, наряду с объективными и субъективными признаками деяния, характеризует таковую²³.

Общественная опасность находит свое проявление не только во взаимодействии поведения и общественных отношений, но и в криминологических характеристиках первого (распространенности, динамике, особенностях субъекта и др.). Для криминализации необходим учет именно типовой общественной опасности. «Типовая степень общественной опасности, – пишет Т.А. Лесниевски-Костарева, – отличается тем, что она характеризует степень опасности в рамках определенной меры, вследствие чего она может быть типизирована, регламентирована в законе. ... В законе невозможно отразить индивидуальные черты содеянного и опасность конкретной личности. ... В отличие от типовой степени общественной опасности индивидуальная степень характеризует более мелкие перепады в степени общественной опасности в сравнении с типизированной степенью либо те из значительных перепадов, которые не являются обычными для данной категории дел и вследствие этого не могут быть типизированы в законе»²⁴.

Поведенческий акт, оцениваемый на предмет возможности криминализации, должен обладать общественной опасностью, которая, в свою очередь, выражается в качественном и количественном воздействии поведения на общество. Об общественной опасности поведенческого акта свидетельствуют ряд его характеристик, о которых было сказано ранее (распространенность, восприятие общественным сознанием и др.). Совокупность тех или иных причин поведения обосновывает необходи-

²³ См.: Ковалев М.И. Проблемы учения об объективной стороне состава преступления. Красноярск, 1991. С. 48; Козлов А.П. Понятие преступления. СПб., 2004. С. 716.

²⁴ Лесниевски-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности. М., 2000. С. 57.

мость его закрепления в уголовном законе. На основании изложенного можно сформулировать вывод, что единственным основанием криминализации поведенческого акта выступает его объективно существующая реализованная или потенциальная общественная опасность. Общественная опасность поведения представляет собой совокупность характеристик, выражающих его сущность и делающих необходимым законодательное установление уголовно-правового запрета.

Поступила в редакцию 15.04.15

M.E. Avdalyan

GROUNDS FOR CRIMINALIZATION

In view of the unprecedented practice of frequent and haphazard changes and amendments of the Russian Criminal Code there is a need for understanding criminal and political, technical and legal mechanisms of formulating the criminal prohibitions (the establishment of crime and punishability) - grounds, reasons and causes of criminalization. The article shows the ambiguity of scientific interpretations of these concepts and substantiates conclusions about the significance of the social danger of an act as the only basis of its criminalization. Also the article discusses the evaluation criteria of a social danger as a backbone start of the process of criminalization.

Keywords: theory of criminal law, establishment of a crime, act, criminalization, criminal law prohibition, socially dangerous act.

Авдалян Марина Эдуардовна

ФГБОУ ВПО «Московский государственный
юридический университет им. О.Е. Кутафина (МГЮА)»
123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9

Avdalyan M.E.

Moscow State Law University (MSLA)
123995, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya st., 9