

А. В. Иванчин

КОНСТРУИРОВАНИЕ СОСТАВА ПРЕСТУПЛЕНИЯ

ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА

монография

Ответственный редактор
доктор юридических наук, профессор,
заслуженный деятель науки РФ

Л. Л. Кругликов



Арте́м Ива́нчин

**Конструирование состава
преступления: теория и
практика. Монография**

«Проспект»

Иванчин А. В.

Конструирование состава преступления: теория и практика.
Монография / А. В. Иванчин — «Проспект»,

ISBN 978-5-39-217577-2

В настоящей работе впервые в отечественной доктрине на монографическом уровне представлена концепция конструирования состава преступления, в рамках которой рассматриваются базовые вопросы данной проблематики (понятие конструирования состава преступления, его место в структуре уголовного правотворчества и системе законодательной техники, взаимосвязь со смежными категориями, общие правила конструирования состава преступления), анализируются отдельные виды составов преступлений и проблемы их построения, а также исследуются вопросы языкового оформления признаков состава преступления и техники их размещения в Общей и Особенной частях УК РФ. Теоретические положения спроецированы в работе на действующий уголовный закон, на этой основе выявлено значительное число дефектов современного уголовно-правового регулирования и предложены пути их устранения. Монография рекомендуется научным работникам и преподавателям вузов, студентам, магистрам, бакалаврам, а также практическим сотрудникам, интересующимся проблемами уголовного правотворчества, применения и совершенствования уголовного законодательства. Работа подготовлена с использованием справочной правовой системы «КонсультантПлюс». Уголовный кодекс РФ и иные нормативные правовые акты приводятся по состоянию на 1 августа 2014 г.

ISBN 978-5-39-217577-2

© Иванчин А. В.

© Проспект

Содержание

Предисловие	6
Введение	8
ГЛАВА I	11
§ 1. Механизм уголовного правотворчества	11
§ 2. Понятие конструирования состава преступления и его соотношение с родственными категориями	18
§ 3. Акты уголовного правотворчества, закрепляющие признаки преступлений	32
ГЛАВА II	42
§ 1. Границы состава преступления в Особенной части УК РФ и их значение для его правильного конструирования	42
§ 2. Уяснение понятия состава преступления как предпосылка его конструирования	50
§ 3. Юридическая конструкция преступления как базовое техническое средство построения состава преступления и ее структура	62
ГЛАВА III	73
Конец ознакомительного фрагмента.	74

А. В. Иванчин
КОНСТРУИРОВАНИЕ
СОСТАВА ПРЕСТУПЛЕНИЯ:
ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА

Монография

Ответственный редактор
доктор юридических наук,
профессор, заслуженный деятель
науки РФ Л. Л. Кругликов

Предисловие

Общеизвестно изречение: сколько людей – столько мнений. Приложимое, пожалуй, к любому социуму с демократическими традициями, оно вряд ли пригодно к сфере права. Можно вспомнить хотя бы многострадальную судьбу действующего пока Уголовного кодекса Российской Федерации 1996 года. Принимала его Государственная Дума РФ в условиях чрезвычайной спешки (вопрос об утверждении Кодекса значился во втором десятке заключительного перед перерывом на каникулы дня), а из попыток задать вопросы по содержанию принимаемого нормативного акта (пресекаемых председательствующим на сессии лицом) следовало, что депутаты имели весьма смутное представление даже о структуре УК РФ. А ведь юристам-профессионалам затем было отведено полгода на усвоение содержания этого правового акта.

То, что последовало после введения в действие УК, можно определить одним словом: «вакханалия». Изменения и дополнения сыпались как из рога изобилия, о принципах уголовного права законодотворцы вовсе забыли, и ныне Кодекс представляет собой разношерстное лоскутное одеяло, слабо напоминающее систематизированный правовой документ. Достаточно сказать, что из 256 статей Особенной части Кодекса лишь чуть более 10 статей (*minimum minimum*) остались пока неизменными, преимущественно размещенные в главах 33 «Преступления против военной службы» и 34 «Преступления против мира и безопасности человечества». Если даже исключить нововведения в санкции статей Особенной части УК РФ, то и тогда количество изменений впечатляет.

Все это напоминает описанную в одном известном стихотворном произведении ситуацию: «Комбайнеры молодежки... косят бреющим полетом... А от зари и до зари мчат за ними косари». Даже юристы «высшего пилотажа» не успевают за депутатами-стахановцами в восприятии их нововведений в Уголовный кодекс; гандикап столь значителен, что не поддается уменьшению. Впечатление такое, что Федеральное Собрание и Президент страны набрали спринтерскую скорость на стайерской дистанции и уверены, что они этот темп выдержат, а что происходит позади, в жизни, их не столь уж и беспокоит.

Причины мы видим две. Во-первых, власти полагают, что необходимо догнать преступность, иначе эфемерны надежды на ее укрощение, сдерживание. А для этого следует оперативно реагировать на изменение криминологической ситуации в стране, структуры

преступности. Во-вторых, важно держать тонус не только в сфере законодательства, но и правоприменения, не допустить застоя и там, и там.

Возникает вопрос: а посильна ли задача, если методы ее осуществления и непоследовательны, и нередко ущербны (достаточно вспомнить судьбу состава клеветы в отношении судьи: состав исключили, а через полгода восстановили).

Есть ли выход из создавшейся ситуации? Конечно же: 1) надо следовать принципам уголовного права и 2) законотворцу усвоить азы конструирования уголовно-правовых норм и ни на йоту от них не отступать.

Должен ответственно заявить: представленный А. В. Иванчиным труд, явившийся закономерным итогом его глубоких и продолжительных по времени научных изысканий, преследует цель привнести в процесс уголовного законотворчества заметную лепту, помочь обеспечить качество и системность правотворческой деятельности. За сердцевину этого процесса в предлагаемой работе взята, пожалуй, центральная проблема законодательной деятельности в области уголовного права – проблема конструирования составов преступлений. После ознакомления с содержанием этой добротной и полемически написанной монографии не остается сомнений в том, что автор справился с поставленной перед собой задачей, предложив логически завершенную и продуманную концепцию конструирования состава преступления.

Пожелаем же автору успехов на его тернистом пути! Знаю, ему это по силам.

Ответственный редактор,

д. ю. н., профессор, заслуженный деятель науки РФ

Л. Л. Кругликов

Моим родителям

Владимиру Георгиевичу и Вере Петровне с любовью и пожеланием долголетия посвящается

Введение

Уголовное право можно сравнить со зданием, в фундамент которого встроен состав преступления, который на правах юридического основания уголовной ответственности выступает важнейшим инструментом правотворческой и правоприменительной деятельности в сфере борьбы с преступностью. Столь существенное значение состава общепризнано со времени выхода в свет серии работ А. Н. Трайнина^[1] и по сей день: «Учение о составе преступления – одна из самых важных составных частей уголовно-правовой теории... и имеет решающее значение в теории уголовного права в целом»^[2]. «Состав преступления (*corpus delicti*) – один из центральных категориальных, системообразующих институтов российского уголовного права. На его основе формируется Особенная часть Уголовного кодекса Российской Федерации^[3], устраняются законодателем выявившиеся пробелы уголовно-правового регулирования и охраны различных по аксиологическим (ценностным) оценкам общественных отношений, осуществляется правовая оценка, т. е. квалификация, преступлений, дифференцируется тяжесть уголовной ответственности в зависимости от того, содержатся ли в действиях виновного лица признаки состава того или иного вида преступления», – отмечал Ю. И. Ляпунов^[4]. С учетом многообразия функций, которые выполняет состав преступления в уголовном праве, его открытие в юриспруденции не без оснований сравнивается с созданием в химии таблицы Менделеева^[5]. Добавим также, что состав определяет «сердцевину» предмета доказывания по уголовному делу, а потому от его четкой и ясной обрисовки в законе напрямую зависят результаты практической деятельности в сфере борьбы с преступностью.

Отсюда понятно, насколько принципиально важно для эффективного решения задач, стоящих перед уголовным правом, качественно сконструировать состав преступления в уголовном законе. Однако анализ УК РФ как в первоначальной его редакции, так и после его масштабных изменений и дополнений, имевших место в 1997–2014 г. г., приводит к неутешительному выводу о том, что процесс конструирования состава преступления в нашей стране фактически не поставлен на «научные рельсы». Тому есть, разумеется, и объективные причины, поскольку, как справедливо отмечал еще П. И. Люблинский, искусство образования составов есть один из сложнейших вопросов юридической техники^[6]. Вместе с тем, и наука уголовного права до сих пор не разработала концептуальных основ конструирования состава преступления (которые бы определяли технические средства и приемы создания состава, общие и специальные правила его построения и т. д.).

Особенно остро потребность в разработке указанных теоретических основ ощущается сегодня, в период продолжающейся безудержной «инфляции» УК РФ, когда «в результате многочисленных изменений и дополнений, внесенных в разное время под влиянием меняющихся тенденций уголовной политики, нарушилось системное соответствие между статьями УК РФ» (из Резолюции III Российского Конгресса уголовного права 2008 г.^[7]), «уголовный закон превратился в противоречивый, несбалансированный, неряшливый нормативный правовой акт»^[8], а «законодательной уголовно-правовой скорострельности позавидовала бы даже легендарная Анка-пулеметчица»^[9]. Однако не только бессистемность и противоречивость, но также непоследовательность, неполнота и избыточность уголовно-правового регулирования, в том числе в сфере конструирования составов преступлений, стали «визитной карточкой» современного законодателя. На этом фоне все чаще приходится слышать предложения о необходимости разработки и принятия нового Кодекса либо изложения действующего УК РФ в существенно обновленной редакции^[10].

Вопрос о способе реформирования УК РФ, на наш взгляд, не столь принципиален. Важно другое, а именно то, что в сложившихся условиях уголовно-правовая наука должна активизировать внимание к теории уголовного правотворчества, к разработке различных его компонентов, форм и методов и, несомненно, к исследованию теоретических основ построения состава преступления. Многие из правотворческих компонентов (правовой язык, примечания, вопросы построения системы права и т. д.) достаточно глубоко и обстоятельно изучены и теорией права, и отраслевыми юридическими науками. В то же время в теории законодательной техники еще остались «белые пятна». К последним, вне сомнения, относится учение о конструировании состава преступления. Отсутствие систематизированных знаний в этой области негативно сказывается на качестве уголовного законодательства. Стоит отметить также, что отсутствие четкого представления об основах конструирования состава преступления объективно мешает и в ходе научных исследований делать продуктивные предложения, направленные на совершенствование уголовного законодательства.

В связи с этим изучение общих вопросов техники построения составов преступлений, определение особенностей конструирования различных видов составов и исследование других принципиальных вопросов инженерии составов представляется сегодня необходимым, полезным и актуальным направлением научного поиска.

На сегодняшний день в российской доктрине отсутствует цельное комплексное монографическое исследование, посвященное разработке основ конструирования состава преступления. Имеется ряд значимых работ, в которых исследуется состав преступления и отдельные аспекты его конструирования, а также проблемы законодательной техники, но в них многие общие и специальные вопросы построения состава преступления по понятным причинам освещены недостаточно полно. Есть также отдельные научные статьи на эту тему, фрагменты учебников и монографий, но специальных работ именно по данной теме нет. Таким образом, на монографическом уровне тема настоящей работы в науке уголовного права до сих пор востребована не была. С учетом этого теоретические и практические основы конструирования состава преступления можно без преувеличения назвать *terra incognita* современной уголовно-правовой науки.

Помимо вопросов инженерии состава преступления, не могут быть признаны окончательно разработанными в науке и общие вопросы состава преступления. Сегодня, как и прежде, выходят работы о составе преступления, но, в общем и целом, они повторяют основные положения, выдвинутые еще А. Н. Трайниным, а затем его последователями в 60–80 годах прошлого века. При этом в ряде изданий, посвященных составу преступления, учение собственно о составе (его понятии, соотношению с родственными категориями, структуре, видах и т. п.) уместается на 15–20 страницах, а затем следует характеристика элементов состава: объекта, объективной стороны, субъекта и субъективной стороны^[11]. Даже в Энциклопедии уголовного права львиная доля книги о составе преступления (том 4) представляет собой освещение элементов состава: его объекта, объективной стороны, субъекта и субъективной стороны^[12]. Вместе с тем, совершенно очевидно, что подробный анализ этих элементов выходит за рамки учения о составе и является уделом иных разделов уголовно-правовой доктрины. Появляются, правда, отдельные попытки «расшевелить» это догматичное и застывшее состояние, в котором оказалась разработка состава преступления^[13], но в целом картина не меняется.

В то же время наука уголовного права во многих иных своих областях давно шагнула вперед и отсталость учения о составе преступления становится хорошей мишенью для опытных критиков. Этим, среди прочего, объясняются упреки в адрес самого состава: «состав преступления – абсолютно неопределенная теоретически надуманная категория»^[14]; многие ученые пытаются придать ему «вселенское значение», а в действительности это «пустота», «условность»^[15]. Во избежание роста числа «составоскептиков» и в силу объективных причин тео-

рия уголовного права нуждается, на наш взгляд, не только в разработке на должном уровне основ конструирования состава преступления, но и в модернизации учения о самом составе с сохранением проверенных теорией и практикой истин. Полный же отказ от понятия состава не только неприемлем, но, как представляется, даже вреден для уголовного права и его прогрессивного развития.

Считаем своим долгом отметить, что проблемы законодательной техники (в их преломлении к уголовному праву), включая вопросы конструирования состава преступления, уже более пятнадцати лет являются темой научно-исследовательской работы кафедры уголовного права и криминологии Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова, возглавляемой профессором, д.ю.н., заслуженным деятелем науки РФ Л. Л. Кругликовым. Научная школа «Законодательная техника и дифференциация ответственности в отраслях криминального цикла» под руководством ярославского профессора признана одной из ведущих научных уголовно-правовых школ страны^[16]. Под воздействием идей и непрекращающихся дискуссий, развернувшихся в рамках данной школы, сформировались многие позиции, отстаиваемые автором на страницах настоящей работы.

Добавим также, что настоящая монография является обобщением научных исследований автора, начатых в 2007–2008 гг. в связи с получением гранта Президента РФ для поддержки молодых российских ученых-кандидатов наук (проект № МК-4902.2007.6 «Методика конструирования состава преступления»).

Автор выражает искреннюю признательность и слова благодарности своему Учителю, профессору **Кругликову Льву Леонидовичу**, выступившему ответственным редактором настоящей работы, **коллегам по кафедре уголовного права и криминологии Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова** за ценные советы и дружескую поддержку в процессе ее написания, профессору **Кленовой Татьяне Владимировне**, которая рецензировала научный труд с промежуточными итогами исследования, а также рецензентам данной монографии – профессору **Коняхину Владимиру Павловичу** и профессору **Лопашенко Наталье Александровне**.

ГЛАВА I

Уголовное правотворчество и конструирование состава преступления

§ 1. Механизм уголовного правотворчества

В уголовном правотворчестве состав преступления выступает объектом конструирования, т. е. одним из «продуктов» этого правотворчества, процесс изготовления которого весьма непрост. По этому поводу Ю. И. Ляпунов отмечал следующее: «Несомненно, наиболее важная и значимая функция состава преступления – его формирование законодательной властью в результате сложного познавательного, прогностического и оценочного процесса, который в итоге (через прохождение конституционно определенных обязательных процедур) создает Особенную часть УК РФ. Конструирование соответствующего состава преступления – основа и одновременно один из показателей профессионального уровня парламента страны»^[17].

Правотворчество является предпосылкой правового регулирования. Традиционно правовое регулирование рассматривают как систему, включающую четыре базовых звена: правовые нормы, правоотношения, акты реализации права (обязательные элементы) и индивидуальные предписания применения права (факультативный элемент)^[18]. Правотворчество направлено на создание первого из данных звеньев – правовых норм. Формой выражения правовых норм являются нормативные акты. Поэтому правотворчество принято определять как процесс познания и оценки правовых потребностей общества и государства, формирования и принятия нормативных актов уполномоченными субъектами в рамках соответствующих процедур^[19]. Результатом правотворчества может быть как создание новых правовых предписаний, так и отмена или изменение существующих^[20].

Деятельность по выработке нормативных актов также весьма многогранна и сложна. С *содержательной точки зрения* она предполагает познание и оценку социальной действительности на предмет ее правового регулирования, выработку существа правового решения, его проработку и воплощение в правовой норме. С *формальной точки зрения* эта деятельность определенным образом организована, проходит ряд обязательных процедур (например, создание закона включает стадии законодательной инициативы, обсуждения проекта нормативного акта, его принятия и опубликования^[21]).

В сфере уголовного права задачей правотворчества является создание уголовно-правовых норм и иных – нестандартных – нормативно-правовых предписаний^[22]. Большая часть уголовно-правовых предписаний посвящена преступлениям и наказаниям за их совершение. Поэтому основной задачей законодателя является признание преступными деяний, опасных для личности, общества или государства, и установление наказаний и иных мер уголовно-правового характера за совершение этих деяний (ч. 2 ст. 2 УК РФ). В доктрине уголовного права процессы признания деяний преступными и определения их наказуемости получили, соответственно, название криминализации и пенализации. Противоположные процессы именуются декриминализацией и депенализацией. Следовательно, с *содержательной точки зрения* важнейшими направлениями уголовного правотворчества являются именно процессы криминализации (декриминализации) и пенализации (депенализации).

Отсюда для формирования наглядного представления об уголовном правотворчестве целесообразно рассмотреть одно из важнейших его проявлений – криминализацию. В 1982 г.

вышел в свет коллективный фундаментальный труд, посвященный криминализации и декриминализации^[23]. «Криминализация, – писал В. Н. Кудрявцев на страницах данной работы, – общее понятие, охватывающее как процесс, так и результат признания определенных видов деяний преступными и уголовно наказуемыми»^[24]. А. И. Коробеев определяет криминализацию как «процесс выявления общественно опасных форм индивидуального поведения, признания допустимости, возможности и целесообразности уголовно-правовой борьбы с ними и фиксации их в законе в качестве преступных и уголовно наказуемых»^[25].

Большинство исследователей криминализации сходятся во мнении о том, что узловым вопросом данной темы являются основания криминализации или, как их еще называют, основания уголовно-правового запрета. Г. А. Злобин определял основания криминализации как «действительные предпосылки, социальные причины возникновения или изменения уголовно-правовой нормы» и относил к ним, среди прочего, неблагоприятную динамику определенного вида общественно опасных деяний, возникновение или существенное развитие новой группы общественных отношений, происходящее на базе экономического или технического прогресса, обнаружение вредных последствий хозяйственной или иной деятельности людей, существенное и внезапное изменение социальной, экономической или политической обстановки в результате войны, стихийного бедствия, неурожая и других событий, необходимость выполнения обязательств по международным соглашениям^[26].

А. И. Коробеев все факторы, служащие основаниями установления уголовно-правового запрета, в зависимости от их содержания сводит в три относительно самостоятельные группы: юридико-криминологические, социально-экономические и социально-психологические. Юридико-криминологическую группу образуют, по его мнению, следующие основания: 1) степень общественной опасности деяний; 2) относительная распространенность деяний и их типичность; 3) динамика деяний с учетом причин и условий, их порождающих; 4) возможность воздействия на эти деяния уголовно-правовыми средствами при отсутствии возможности успешной борьбы менее репрессивными средствами; 5) возможности системы уголовной юстиции. К социально-экономическим основаниям он относит: 1) причиняемый деяниями материальный и моральный ущерб; 2) отсутствие возможных побочных последствий уголовно-правового запрета; 3) наличие материальных ресурсов для реализации уголовно-правового запрета. Наконец, социально-психологическими основаниями являются: 1) определенный уровень общественного правосознания и психологии; 2) исторические традиции^[27].

По мнению названного ученого, анализом и оценкой оснований криминализации завершаются те стадии процесса криминализации, на которых решается *главный, центральный вопрос – о допустимости, возможности и целесообразности установления уголовно-правового запрета*. На следующем этапе – стадии формулирования уголовно-правовой нормы – возникает необходимость учета еще целого ряда факторов, которые он именует критериями криминализации. Под этими критериями им понимаются обстоятельства, характеризующие объективные и субъективные свойства криминализируемых деяний и подлежащие учету в процессе законотворческой деятельности с целью создания оптимальных моделей уголовно-правовых норм. Они относятся к деянию, последствиям, ситуации, субъекту преступления, субъективной стороне, потерпевшему^[28].

Несколько иначе трактует процесс криминализации Н. А. Лопашенко. Она доказывает, что существует только одно основание криминализации – общественно опасное поведение, требующее уголовно-правового запрета.

Основными причинами криминализации, по ее мнению, являются: 1) возникновение новых, не существовавших ранее видов общественно опасной деятельности людей (что обусловило появление в УК РФ 1996 г. составов лжепредпринимательства, легализации денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем, неправомерных действий

при банкротстве, компьютерных преступлений и т. д.); 2) неблагоприятная динамика отдельных видов человеческого поведения, ранее регламентированных в административном законодательстве (в связи с этим в УК РФ 1996 г. включены, например, новые составы экологических преступлений, в частности, порча земли); 3) научно-технический прогресс, развивающий потенциально опасные для человека сферы науки и техники (это послужило причиной выделения в УК 1996 г. целой главы о транспортных преступлениях); 4) необходимость усиления охраны конституционных прав и свобод личности (из-за этого появились многие запреты гл. 19 УК РФ); 5) ошибки в проведенной ранее декриминализации преступного деяния.

К принципам криминализации Н. А. Лопашенко причисляет принципы достаточной общественной опасности криминализируемых деяний, их относительной распространенности, возможности позитивного воздействия уголовно-правовой нормы на общественно опасное поведение, преобладания позитивных последствий криминализации, избыточности уголовно-правового запрета, своевременности криминализации^[29].

Г. А. Злобин под принципами криминализации понимал «научно обоснованные и сознательно применяемые общие правила и критерии оценки допустимости и целесообразности уголовно-правовой новеллы, устанавливающей или изменяющей ответственность за конкретный вид деяний», «систему правил и критериев установления уголовной ответственности»^[30]. Он выделял две основные группы принципов криминализации – социальные и социально-психологические принципы (общественная опасность, относительная распространенность деяний, соразмерность положительных и отрицательных последствий криминализации, уголовно-политическая адекватность криминализации) и системно-правовые принципы (общеправовые принципы конституционной адекватности, системно-правовой непротиворечивости, международно-правовой необходимости и допустимости, процессуальной осуществимости преследования; уголовно-правовые принципы беспробельности закона и избыточности запрета, определенности и единства терминологии, полноты состава, соразмерности санкции и экономии репрессии)^[31].

Г. А. Злобин подчеркивал, что «лишь то деяние может быть правомерно криминализовано, общественная опасность которого достаточно (с точки зрения уголовного права) высока»^[32]. Он считал это положение исходным принципом, отправной точкой при криминализации, «главным условием криминализации», что, кстати, роднит его позицию с подходом Н. А. Лопашенко, которая, как уже отмечалось, считает общественно опасное поведение единственным *основанием* криминализации.

А. Д. Антонов в развитие существующих позиций предложил принципы криминализации классифицировать на выражающие объективную необходимость и политическую целесообразность установления уголовной ответственности (данным принципам корреспондируют, по его мнению, основания криминализации) и определяемые требованием внутренней логической непротиворечивости норм права (системно-правовые принципы). Первые (и корреспондирующие им основания соответственно) он разделил на юридико-криминологические, социально-экономические и социально-психологические. Вторые же подразделены им на общеправовые системные принципы криминализации, связанные с требованием непротиворечивости системы норм уголовного и других отраслей права, и уголовно-правовые, определяемые внутренними закономерностями системы действующего уголовного законодательства^[33].

Анализ приведенных точек зрения показывает, что учение о криминализации объединяет самые различные подходы. И если само понятие криминализации в общем и целом не вызывает принципиальных споров, то составляющие криминализации (их наименование и круг) – предмет оживленной дискуссии в науке. Однако, оставляя в стороне разницу в терминологии, нетрудно видеть, что все исследователи теории криминализации единодушно указывают на множественность факторов, учитываемых при создании состава преступления. То

есть при установлении уголовно-правового запрета принимаются во внимание самые разнообразные факторы (правотворческие факторы). Деятельность по оценке этих факторов и составляет содержательную сторону уголовного правотворчества.

Отметим также, что перечень правотворческих факторов не исчерпывается приведенными выше. Например, Ю. А. Тихомиров не без оснований пишет о субъективном факторе в правотворчестве: «Это – деятельность всех субъектов законодательной инициативы, мнение граждан и их «правовые ожидания», лоббизм, действия политических партий, фракций, участие консультантов, экспертов и т. д. ...»^[34]. Достаточно вспомнить ситуацию, сложившуюся в сфере борьбы с незаконным игорным бизнесом. До определенного момента незаконная организация азартных игр оценивалась по ст. 171 УК как деятельность, осуществляемая без лицензии или разрешения. Однако в рамках либерализации уголовного законодательства в экономической сфере в апреле 2010 г. из ст. 171 УК «под шумок» было исключено указание на осуществление деятельности без специального разрешения. В итоге в период с апреля 2010 г. по июль 2011 г. (до введения в УК РФ ст. 171²) незаконные организация и проведение азартных игр были декриминализированы и фактически на год нелегальный игорный бизнес выпал из сферы уголовно-правового реагирования. О целенаправленном создании данного уголовно-правового пробела говорили со знанием дела лица, близкие к парламентским кругам. Закономерно, что после этого были прекращены многочисленные уголовные дела, возбужденные до 2010 г. в отношении организаторов нелегальных игорных заведений. И все это произошло в самый «разгар» расследования уголовного дела, вызвавшего значительный общественный резонанс (называемого «игорным делом»), в отношении Н., который в 2008–2010 гг. в 15 городах Подмосковья при поддержке сотрудников прокуратуры организовал сеть подпольных казино, ежегодный доход от деятельности которых превышал 700 млн руб., обвинение которому и было предъявлено по ч. 2 ст. 171 УК^[35].

И еще одно наблюдение 30-летней давности, но уж очень характерное для современного правотворчества: «...Как показывает предшествующая история развития уголовного права, создание законодательной новеллы далеко не всегда основывается на адекватном и глубоком осознании общественной необходимости. Нередко вывод о целесообразности изменить уголовный закон основывается на восприятии и оценке отдельных событий, носящих случайный характер. Получившие широкую огласку и возбудившие общественное негодование факты единичных преступных или аморальных деяний иногда приводят к интенсивному воздействию граждан на законодателя, выражающемуся в потоке требований изменить или усилить за соответствующие действия уголовное наказание»^[36]. В итоге появляется норма, отражающая не столько объективную общественную необходимость, сколько предрассудки, состоящие в переоценке социально-регулятивных возможностей уголовной репрессии (в этой связи достаточно вспомнить хотя бы «антипедофильский» пакет поправок 2012 г. в ст. 131–135 УК РФ).

Вернемся, однако, от сущего к должному. *Обращает на себя внимание неоднородность правотворческих факторов. Одни из них определяют формирование законодательной воли* (сущность правового решения), т. е. выступают основными побудительными причинами отнесения деяния к кругу преступных (например, трансформация политического курса, изменение экономических условий в стране, научно-технический прогресс). При этом сущность проектируемого решения проверяется путем оценки ряда важнейших криминологических показателей: социальной вредности деяния, его относительной распространенности и типичности, а также динамики деяния с учетом причин и условий, его порождающих. Учет этих криминологических данных подкрепляет и корректирует законодательную волю.

В дальнейшем на первый план в правотворческом процессе выходят иные факторы. Например, упомянутые Г. А. Злобиным принципы системно-правовой непротиворечивости запрета, беспробельности закона и избыточности запрета, определенности и единства тер-

минологии, полноты состава. То есть после принятия решения по существу – об установлении уголовно-правового запрета – начинается стадия технической проработки содержания данного запрета (обеспечивается полнота состава и т. д.) и вырабатывается оптимальная его форма (для чего, например, используется соответствующая терминология). Если вернуться к позиции А. И. Коробеева, то процесс технической проработки содержания и формы уголовно-правового запрета он именует «стадией формулирования уголовно-правовой нормы»^[37]. Вместе с тем, и при формулировании нормы продолжают учитываться (хотя и в меньшей степени) ключевые правотворческие факторы (криминологические показатели и т. д.), поскольку их игнорирование способно привести к искажению законодательной воли.

А. Д. Антонов отмечает, что после установления оснований криминализации в процессе осуществления последней принимаются во внимание «системные принципы криминализации, которые задаются действующей системой права и обеспечивают включение в уголовный закон или исключение из него нормы с тем, чтобы не нарушались логическая стройность и системное соответствие норм законодательства. В связи с этим для выявления системно-правовых принципов криминализации диссертант рассматривает требования законодательной техники, главным из которых является требование внутренней согласованности. Одним из проявлений несогласованного характера норм является пробельность в регулировании. Из этого следует один из важнейших уголовно-правовых системных принципов криминализации: принцип беспробельности закона и избыточности запрета, ставящий вопрос о влиянии того или иного состава на полноту уголовного закона: не создает ли в нем новелла пробела или избыточности... Конструирование оптимальной нормы предполагает выполнение правил законодательной техники, а именно: стройность уголовно-правовой нормы, единообразие использования технических приемов ее построения, выдержанность атрибутики, максимальная компактность изложения, строгость стиля, ясность языка»^[38].

Изложенное показывает, что всевозможные обстоятельства, учитываемые при криминализации (да и в целом в правотворческом процессе), касаются различных пластов правообразования. Одни затрагивают его глубинный уровень (сущностный, т. е. процесс формирования законодательной воли), другие имеют выход на содержание права, третьи же влияют на его оформление. Здесь же упомянем особо, что форма права делится на внутреннюю (структуру права) и внешнюю (язык, строение нормативного акта и т. д.). Зачастую, правда, сущность проектируемого решения и содержание права смешивают. Так, нередко, когда речь заходит о языке закона (основном компоненте внешнего оформления права), подчеркивается, что он должен адекватно передать *содержание правовых норм* или, что как будто одно и то же, адекватно отразить *волю законодателя*.

Зададимся, однако, вопросом, *тождественны ли понятия воли законодателя и правового содержания?* В ответе на него и содержится, как нам кажется, ключ к познанию механизма правотворчества и уголовного в том числе. Нам представляется, что воля законодателя (как еще иногда пишут, «воля нормоустановителя»^[39]) и содержание права – разные явления. Законодательная воля определяет существо правового решения, представляет собой замысел творца права, который он хочет воплотить в содержании права (например, идея введения уголовно-правового запрета). И воплощение этого замысла в содержании также может быть мысленно обособлено, как и процесс внешнего оформления права, осуществляемого, прежде всего, посредством языка. Законодательная воля должна быть непротиворечиво выражена не только в форме права, но и в его содержании (так, в УК должны быть внутренне согласованы признаки основного и квалифицированного составов). Социальная (в том числе, криминологическая) обоснованность установления уголовно-правового запрета – вопрос в первую очередь существа дела, а вот системное построение состава и согласование его признаков между собой – это хотя и содержательный процесс, но уже не касающийся сущности.

Иными словами, *при более внимательном рассмотрении механизма правотворчества в нем просматриваются операции по формированию законодательной воли, операции по переводу ее в содержание и структуру права и деятельность по внешнему оформлению содержания*. Подчеркнем, что все эти операции выделяются искусственно (путем *анализа*), в действительности они тесно переплетены, а формирование содержания и внешней формы уголовного права и вовсе происходит одновременно.

В итоге правовое содержание выступает формой законодательной воли, а последняя соответственно – содержанием правового содержания. Мысль о том, что одно и то же явление способно выступать одновременно и содержанием, и формой по отношению к другим явлениям, не нова и составляет общее место философского знания^[40]. Получается следующая логическая цепочка: сначала происходит выработка решения по существу (формируется законодательная воля); затем это решение воплощается в праве. Так как право имеет содержание и форму^[41], то данное решение выражается не только в его форме (внутренней и внешней), но и в содержании. Сформировав свою волю, законодатель пытается адекватно отразить ее в содержании права. В итоге воля трансформируется в ядро правового содержания, становится его сущностью. Д. А. Керимов, как представляется, прав в том, что «содержанием законодательных актов выступает не просто государственная воля, а государственная воля, опосредованная в соответствующих, вполне определенных, конкретных правовых нормах»^[42]. В более ранней своей работе он писал, что государственная воля получает строгую и четкую определенность в конкретных правилах поведения^[43]. Эту же мысль находим и у другого видного теоретика права Т. Н. Радько: «Сущностью права является выраженная в нем государственная воля»^[44]. Упомянутое Д. А. Керимовым опосредование, т. е. трансформация воли в содержание права и состоит, как представляется, в «перевод» мысли законодателя в юридические формулы: ее последовательном воплощении в правилах поведения, согласовании между собой взаимосвязанных правовых норм и т. д.

Выше отмечалось, что криминализация является, безусловно, основным видом правотворческих работ в уголовно-правовой сфере, но отнюдь не единственным. Уже упоминались декриминализация, пенализация, депенализация, особо следует отметить и такой вид правотворческих работ, как дифференциация ответственности (сначала межотраслевая, а затем в рамках самого уголовного права – отраслевая). Однако и это не все виды уголовного правотворчества. Уголовное право – конечный продукт анализируемого процесса – нормами о преступлениях и наказаниях не исчерпывается. Правотворец создает также нормы об обстоятельствах, исключающих преступность деяния (о необходимой обороне, задержании преступника и т. д.), освобождении от ответственности и наказания, об иных мерах уголовно-правового характера и другие. И в основе создания каждого вида норм лежат свои правотворческие факторы (политические, криминологические, социальные, экономические, исторические и т. д.). Одни из них принимаются во внимание при выработке законодательной воли, другие – при ее преобразовании в содержание и текст закона.

Заголовок настоящего параграфа не случайно назван «*Механизм уголовного правотворчества*». Слово «механизм» в одном из своих значений – это совокупность состояний и процессов, из которых складывается какое-либо явление^[45]. Уголовное правотворчество *с содержательной стороны* как раз и представляет собой, по нашему мнению, совокупность трех процессов: 1) формирование законодательной воли; 2) перевод законодательной воли в содержание и структуру уголовного права; 3) перевод законодательной воли во внешнюю форму уголовного права. Таким образом, на наш взгляд, данные компоненты и образуют механизм уголовного правотворчества.

Этот вывод крайне важен для вычленения в многогранном и сложном понятии правотворчества компонента, являющегося предметом настоящего исследования – конструирования

состава преступления и более широкой категории – понятия законодательной техники. Иной подход, когда исследователи не используют прием анализа (мысленного расчленения целого – правотворчества – на части), объективно не позволяет обособить законодательную технику в общей теории правотворчества и, по сути дела, сводит эту технику ко всему правотворчеству, а конструирование состава преступления при таком подходе уравнивается с его созданием, т. е. в целом с установлением уголовно-правового запрета.

Необходимо заметить, что в зависимости от целей и задач исследования и соответствующего им угла зрения на проблему возможны и иные подходы к механизму правотворчества, и в частности уголовного. Например, с процедурной точки зрения уголовное правотворчество «осуществляется на определенной организационно-ресурсной основе, в правовых формах»^[46], в связи с чем можно выделить стадии создания нормативных актов, содержащих уголовно-правовые предписания (законодательная инициатива, обсуждение проекта нормативного акта и т. д.). Эти стадии в своем неразрывном единстве также могут быть представлены как механизм.

Действительно, деятельность по созданию любых нормативных актов характеризуется определенной цикличностью (стадийностью) и включает определенные процедуры. Так, Ю. А. Тихомиров выделяет следующие стадии правотворческого процесса: «а) изучение, анализ общественных явлений и процессов, установление потребности правовой регламентации; б) определение вида органов, субъектов, правомочных принять правовые решения, и вида правового акта; в) принятие решения о подготовке правового акта; г) разработка концепции, идеи будущего акта; д) подготовка проекта правового акта разработчиком, рабочей группой, органом; е) предварительное рассмотрение проекта акта; ж) общественное обсуждение проекта; з) официальное рассмотрение проекта акта соответствующим органом с соблюдением необходимых процедур; и) принятие правового акта, его оформление, подписание, опубликование, вступление в законную силу»^[47]. Процедура создания закона именуется нередко законодательным процессом (представляется, правда, более точно называть ее законотворческим процессом).

Как отмечает И. Н. Сенякин, «законодательный процесс выступает составной частью правотворческого процесса и включает в себя четыре основные стадии: 1) законодательную инициативу; 2) обсуждение законопроекта; 3) принятие закона; 4) обнародование закона»^[48]. Думается, что и в таком, процедурном, ключе возможно рассмотрение механизма уголовного правотворчества.

Д. А. Ковачев – автор специального исследования о механизме правотворчества – пошел и вовсе по иному пути. Он рассмотрел деятельность по созданию правовых предписаний через призму субъектов, ею занимающихся. Соответственно, по его мнению, «механизм правотворчества – это система субъектов, осуществляющих правотворческую деятельность»^[49].

Специфику же избранного нами подхода предопределила цель настоящего исследования. Для вычленения процесса конструирования состава преступления представляется важным проанализировать именно содержательную сторону уголовного правотворчества. Поэтому мы сначала определили основные его компоненты, а затем синтезировали их в понятие механизма.

Подведем итог. *Уголовное правотворчество представляет собой деятельность по созданию, изменению и отмене нормативных актов, содержащих уголовно-правовые предписания, которая имеет строго регламентированную процедуру и основана на познании и учете целой группы факторов (криминологических, политических, экономических, исторических и т. д.). В содержательном аспекте уголовное правотворчество состоит из трех условно выделяемых компонентов, образующих его механизм: 1) формирование законодательной воли; 2) перевод законодательной воли в содержание и структуру (внутреннюю форму) уголовного права; 3) перевод законодательной воли во внешнюю форму уголовного права.*

§ 2. Понятие конструирования состава преступления и его соотношение с родственными категориями

Для решения поставленных задач необходимо исследовать еще одно важное понятие, а именно законодательную технику, которая, на наш взгляд, охватывает понятие конструирования^[50] состава преступления. Сразу же оговоримся, что «охват» подразумевается в *динамическом аспекте* (в *статике* они не сопоставимы, ибо техника – система технических компонентов, а процесс конструирования – деятельность по их применению). Полагаем, что установление механизма уголовного правотворчества и определение сущности законодательной техники позволит, во-первых, установить место в указанном механизме конструирования состава преступления, во-вторых, определить понятие этого процесса, а, в-третьих, соотнести данное понятие с родственными категориями (криминализацией и др.).

Пионером в области теории законодательной техники, первым, кто осуществил ее разработку в целом, а не отдельных аспектов, по праву считается Иеремия Бентам. В период с 1811 по 1831 гг. им был написан труд под названием «Номография», опубликованный уже после смерти ученого в 1843 г. В этом сочинении Бентам рассмотрел преимущественно вопросы, касающиеся внешнего оформления нормативных актов (их структуры, языка и т. д.), а также классифицировал «формальные» недостатки законодательства (двусмысленность, громоздкость, беспорядочность и др.)^[51]. Продолжили дело Бентама в России М. А. Унковский, П. И. Люблинский, М. М. Гродзинский; в Германии – Иеринг, Вах; в Великобритании – Илльберт; в Швейцарии – Штосс; во Франции – Жени. В результате усилий данных и многих других исследователей учение о законодательной технике окончательно оформилось в самостоятельную отрасль знаний.

История свидетельствует, что интерес науки к вопросам законодательной техники пробуждается в период масштабного обновления законодательства, однако достигает своего пика, как ни странно, в первое время после завершения правотворческих работ. Как верно заметил по этому поводу М. М. Гродзинский, в период кипучей работы по созданию нового права все внимание сосредоточивается на его сущности, в связи с чем требования законодательной техники отходят на второй план^[52]. И лишь позднее ученые начинают надлежащим образом заниматься этими вопросами. Не стали исключением в этом плане и законодательно-технические аспекты современного отечественного законодательства. По окончании основного этапа кодификационных работ, когда стали выявляться дефекты «второго плана», российская наука внесла проблемы законодательной техники в «повестку дня». Итогом явилось опубликование крупных трудов (в том числе коллективных) по рассматриваемой теме^[53].

Вместе с тем, анализ данных работ показывает, что до сих пор отсутствует единство во взглядах на законодательную технику. В первую очередь обращает на себя внимание сложившееся в науке понимание законодательной техники в узком и широком смысле (так называемый дуализм в ее трактовке). Сторонники широкого подхода пытаются объять понятием анализируемой техники, наряду с техническими операциями по созданию нормативных предписаний, иные правотворческие компоненты, чаще всего – организационно-процедурные правила законоподготовительной деятельности. Так, Д. А. Керимов, Л. С. Явич и их соавторы отмечают, что правила законодательной техники регулируют, среди прочего, «вопросы организации законоподготовительной деятельности: составление и редактирование законопроектов, согласование их с заинтересованными ведомствами, получение необходимых виз и заключений, предварительное обсуждение проектов, в том числе и всенародный референдум»^[54]. В содержание законодательной техники включают в этом случае также нормы, закрепляющие основную правотворческую процедуру (законодательную инициативу, порядок внесения

и рассмотрения проектов и др.)^[55], правила и приемы опубликования законов^[56], организационно-методические правила перевода актов с одного языка на другой^[57]. Рамки законодательной техники расширяют также путем отнесения к ее содержанию требований того, чтобы нормативные акты содержали указание на дату и место их принятия, а также подпись должностного лица^[58].

Показательна позиция одного из самых известных сторонников широкого подхода в теории права Ю. А. Тихомирова: «Элементом законодательной техники является соблюдение процедурных правил подготовки законопроекта. Кратко отметим в данной связи основные моменты и последовательность соблюдения подготовительных процедур: а) подготовка первоначального текста; б) обсуждение и согласование текста; в) получение заключений; г) подготовка требуемых документов – пояснительной записки, финансово – экономического обоснования, заключения Правительства РФ (ч. 3 ст. 104 Конституции РФ), перечня изменяемых и отменяемых актов федерального законодательства и др. (ст. 105 Регламента Государственной Думы); д) внесение законопроекта в установленном порядке; е) учет иных требований регламентов»^[59].

Широкий подход имеет сторонников и среди «отраслевиков». Так, А. И. Ситникова понимает под законодательной техникой *«организационно-процедурные правила и операции технического порядка по структурированию, внешнему оформлению законопроекта, проведению экспертизы, обсуждению, опубликованию и вступлению в силу законов»*^[60] (курсив наш – А.И.). Надлежащая организация работы по подготовке проектов нормативных актов, процедура их принятия и подписания играют, безусловно, важную роль в правотворчестве, но *непосредственного отношения к выработке нормативных предписаний не имеют*. Процедурно-организационные правила лишь регулируют специфические социальные связи, которые возникают при решении собственно *технических* вопросов – определении стиля, языка, логики и структуры нормативных актов^[61]. Л. Л. Кругликов верно подметил, что при столь широкой трактовке законодательная техника «смыкается с понятием правотворчества, нормообразования, с технологией подготовки, обсуждения, принятия и опубликования правовых актов...»^[62]. Его мнение разделяет и Ю. В. Грачева^[63], а Е. В. Ильюк полагает даже, что законодательная техника, рассматриваемая в широком смысле слова, тождественна теории правотворчества^[64]. Вряд ли можно вести речь о тождестве (поскольку теория правотворчества не исчерпывается процедурными и техническими вопросами), но тенденция включения в содержание данной техники практически всех правотворческих компонентов, свойственная широкому подходу, обозначена верно.

Уязвимость такого воззрения на законодательную технику осознают и его приверженцы. Например, Ю. А. Тихомиров признает, что он и другие сторонники широкого понимания техники «сближают ее с элементами законодательного процесса»^[65]. Упомянутое «сближение», заметим, выразилось в том, что коллективный труд о законодательной технике, редактором которого является Ю. А. Тихомиров, равным счетом ничего не оставил на долю теории законотворчества (в этой работе проанализированы не только организационно-процедурные вопросы, но и сущностные аспекты правотворчества – познание объективных закономерностей и т. п. вопросы). Однако, поясняет далее ученый, «авторы считают такое «расширенное наполнение» оправданным, поскольку оно способствует более строгой связи содержательных и формально-юридических средств подготовки законов»^[66].

Однако вряд ли сегодня найдутся ученые, которые попытаются оспорить строгую связь познавательных, содержательных, формальных и организационно-процедурных элементов правотворчества. Более того, эти процессы в своем единстве образуют настоящий «сплав». В то же время тесная взаимосвязь указанных компонентов отнюдь не приводит к утрате ими

относительной автономности. И задача правовой науки как раз и видится в том, чтобы, изучая правовое явление в комплексе (в данном случае правотворчество), вычленив его составляющие и подвергнуть их отдельному анализу (думается, что именно такой подход создает благоприятные условия для приумножения научного знания). Отсюда *следует признать несостоятельной широкую трактовку законодательной техники, по сути дела «растворяющую» ее в понятии правотворчества.*

При узком подходе под законодательной техникой подразумевают совокупность средств, приемов, методов, операций и т. п. компонентов, задействуемых в процессе выработки нормативных актов с целью обеспечения их совершенства. Техника связывается здесь со стадией «собственно технического построения норм с присущими ей техническими средствами и приемами...»^[67]. Предвестником этого подхода явилось учение Иеремии Бентама, который, как уже упоминалось, исследовал проблемы внешнего оформления права. У Бентама нашлись многочисленные последователи, отождествившие законодательную технику с его «номографией», т. е. с вопросами языкового оформления правовых норм и структуризацией нормативных актов^[68]. Исключительно к форме права «привязал» законодательную технику и современный ее исследователь Я. И. Семенов: «Законодательная техника – это система исторически сложившихся, основанных на достижениях теории права и проверенных практикой нормотворчества правил, приемов и средств, применяемых государственными органами в процессе построения кодексов, отдельных законов, статей и их элементов, в целях дальнейшего совершенствования их формы»^[69].

Вместе с тем, некоторые ученые решили не ограничивать законодательную технику рамками внешнего оформления права и добавили к названным также вопросы выработки структуры права (например, А. А. Ушаков^[70], Д. А. Ковачев^[71], С. С. Алексеев^[72]). Эта позиция представляется правильной, но и она, на наш взгляд, нуждается в развитии и дополнении. Сторонники узкого понимания законодательной техники отмечают, что она не относится к содержанию права. Еще Р. Иеринг подчеркивал, что вопрос о материальной пригодности права не принадлежит к технике права^[73]. А. В. Наумов полагает даже, что исключение содержательно-правового аспекта вообще является главным в подходе к определению законодательной техники^[74].

Нам эти высказывания представляются верными в том смысле, что законодательная техника не участвует в выработке *существа* правовой нормы, т. е. в формировании законодательной воли. А что касается содержания права, то к нему упомянутая техника, как представляется, имеет самое прямое отношение. Как уже отмечалось, механизм правотворчества включает, на наш взгляд, три базовых компонента: 1) формирование законодательной воли; 2) перевод законодательной воли в содержание и структуру уголовного права; 3) перевод законодательной воли во внешнюю форму уголовного права.

Законодательная воля определяет существо правового решения, представляет собой замысел творца права, который он хочет воплотить в содержании права. И воплощение этого замысла так же не лишено технического субстрата, как и процесс внешнего оформления права. Так, при формировании идеи запретить под страхом наказания какое-либо деяние учитывается множество факторов, в том числе идеологические, политические, экономические, социальные, исторические. Запрещаемое уголовным законом деяние должно быть общественно опасным, достаточно типичным, не слишком распространенным (но и не единичным), и т. д.

В дальнейшем проект уголовно-правового запрета следует четко проработать с позиции содержания и формы. Вот эта проработка, стадия технического воплощения воли законодателя в праве, и относится к «компетенции» законодательной техники. На этом этапе создаваемый запрет обретает форму состава преступления, законодатель использует определенный вид его конструкции, типизирует его признаки, согласует их между собой, логически корректно

определяет границы основного и квалифицированного состава и т. д. Эти технические приемы значительно корректируют содержание уголовно-правового запрета, но его сущность они не видоизменяют. Однако данные *технические операции по переводу законодательной воли в правовое содержание* традиционно упускаются из виду сторонниками узкого подхода к законодательной технике^[75].

Сущностные же аспекты правотворчества, к которым законодательная техника, действительно, не имеет никакого отношения, присущи процессу формирования законодательной воли. В связи с этим мы полностью солидарны с Ф. Жени, который противопоставил законодательную технику «основным, субстанциальным элементам юриспруденции – элементам моральной и социологической природы»^[76]. К сущностным аспектам правотворчества относятся, к примеру, решения о необходимости криминализации и декриминализации деяний, пенализации и депенализации. Решения на этой стадии носят абстрактный характер – это еще неоформленные идеи.

Эффективность применения правовой нормы, конечно же, зависит от законодательной техники, от того, насколько искусно отработаны содержание и форма данной нормы. Однако крайне принципиальное значение имеет, как представляется, и правильное определение сущности правовой нормы, достижение соответствия законодательной воли объективным реалиям. Уголовно-правовые предписания, не обусловленные социально, являются «мертво-рожденными» (видимо, прав был Герберт Спенсер, рекомендуя законодателю «прежде чем вмешиваться в социальные процессы, тщательно их изучить»^[77]). Следовательно, вполне мыслимо создание совершенного с точки зрения законодательной техники права, но не работающего на практике. Так, многие предписания УК РФ (например, в сфере экономической деятельности) можно до бесконечности «шлифовать», повышая уровень технического совершенства их содержания и формы, однако от этого эффективно работать они не начнут. В этом плане убедительны слова А. Э. Жалинского: «Формулировка уголовной противоправности – дело преимущественно законодательной техники. Сложнее ответить на вопросы: почему, какие деяния, для чего их нужно запретить, что, какие социальные блага нужно охранять? Если на эти вопросы получены правильные ответы, уголовный закон соответствует общему благу, если – нет, он вреден, и очень сильно»^[78].

Поэтому, представляется, что *мыслимо создание технически совершенного законодательства, но не соответствующего идеальным понятиям о добре и справедливости, например, дозволяющего убийства и грабежи, работоторговлю*. К этим – сущностным – аспектам законодательная техника безразлична. С позиции законодательной техники важно, чтобы *содержание* даже такого «аморального» законодательства было, среди прочего, логичным, системным, внутренне непротиворечивым, а также характеризовалось оптимальными дефинициями, классификациями, законодательными конструкциями и т. д.

Исходя из изложенного, мы считаем необоснованным включение в законодательную технику сущностных аспектов уголовного правотворчества. Например, М. И. Ковалев к законодательно-техническим компонентам причислял принцип экономии репрессии, а также принципы стабильности и динамичности уголовного законодательства^[79]. Д. А. Керимов также пишет, что «стабильность закона – одно из важных требований законодательной техники»^[80]. По нашему мнению, указанные компоненты выходят за рамки законодательной техники. Они определяют существо уголовно-правовых предписаний и задействуются на стадии формирования законодательной воли. Правотворец объявляет преступлениями только те деяния, с которыми иными правовыми (неуголовными) средствами бороться невозможно. При установлении уголовно-правового запрета он рассчитывает, что запрещаемые им деяния длительный период времени будут представлять общественную опасность. Однако собственно к объективизации воли правотворца в уголовно-правовых предписаниях названные соображения отно-

шения не имеют. Мыслимо создание совершенного с точки зрения законодательной техники права, но излишне репрессивного и нестабильного. Поэтому более правильную, как представляется, позицию занимает Н. А. Лопашенко, рассматривающая стабильность кодифицированного акта в качестве принципа кодификации – одной из форм правотворчества^[81].

Итак, существо законодательного решения формируется без помощи законодательной техники, потому что делает это законодатель, опираясь на политические, социологические и другие правотворческие факторы, а не на технические средства и приемы. Техника подключается тогда, когда законодатель в принципе собрался с мыслями, решил, что он хочет «сотворить», и только затем взялся выразить свою волю в праве. Например, решил запретить разбои. В жизни эти деяния в завершённом виде предполагают не только нападение, но изъятие и последующее обращение имущества в пользу виновного. Однако *технически* законодатель предпочел перенести момент окончания разбоя на более раннюю стадию, т. е. *сконструировал* состав разбоя по типу усеченного. Здесь хорошо видно, что в процессе конструирования не происходит выбор запрещаемого деяния – это сущностный процесс. В процессе конструирования состава преступления задействуется законодательно-технический инструментарий, т. е. арсенал средств и приемов для оптимальной выработки содержания правового решения. Верно ли решение о запрете данной формы поведения – вопрос существа дела и не затрагивает законодательную технику.

Но содержание лишь мысленно можно отделить от формы. В реальности они не существуют друг без друга. «Форма содержательна, содержание оформлено», – гласит известный философский постулат. В конкретных предметах, конкретизирует его Ж. Т. Туленов, содержание и форма существуют в непрерывном единстве^[82]. Это в полной мере относится и к праву. «Создание права, – правильно писал А. А. Ушаков, – происходит одновременно, в единстве содержания и формы»^[83]. Форма имеет большое значение (как сказали бы философы, она активна). Вообще, для любого творца, по справедливому замечанию Гегеля, «служит плохим оправданием, если говорят, что по своему содержанию его произведения хороши (или даже превосходны), но им недостает надлежащей формы»^[84].

Форма права подразделяется на внутреннюю и внешнюю. При создании *внутренней формы* выделяются отрасли, подотрасли, институты и, наконец, «кирпичики» – нормы и нестандартные нормативно-правовые предписания. Таким образом, создается скелет права, его *структура*. *Внешняя форма* права, прежде всего, представлена в его языковой оболочке и структуре нормативного акта (если право выражено в такого рода источнике). Отсюда в правообразовании явно просматривается процесс внешнего оформления права, в ходе которого также используются специфические средства и приемы (термины, примечания, перечневый и ссылочный приемы и т. д.).

Изложенное выше приводит к выводу о том, что *понятие законодательной техники имеет отношение лишь к двум компонентам уголовного правотворчества и объемлет выработку как внешней формы, так структуры и содержания права, за исключением его сущности*. В дальнейшем мы не будем оговаривать, что сущность права определяется законодательной волей (политикой, экономикой, национальными и географическими особенностями страны и другими правотворческими факторами), а потому, хотя и входит в содержание права, к законодательной технике отношения не имеет. Для обозначения процесса внешнего оформления права считаем целесообразным оперировать термином «*внешняя законодательная техника*»^[85]. Механизм же образования содержания и структуры права обозначим термином «*внутренняя законодательная техника*».

С указанных позиций небесспорно определение законодательной техники, предложенное Н. Ф. Кузнецовой. По ее мнению, указанная техника в уголовном праве означает «систему инкорпорации, кодификации и конструирования уголовно-правовых институтов и норм, обес-

печивающую эффективность УК»^[86]. Эта дефиниция представляется слишком широкой, поскольку, например, кодифицированное уголовное правотворчество состоит в выработке и сущности, и содержания, и формы уголовного права. Законодательная же техника охватывает, как уже отмечалось, не все эти процессы. Кроме того, приведенная дефиниция представляется нелогичной, поскольку понятие конструирования институтов и норм логически пересекается с понятием кодификации. Наконец, эффективность уголовного закона зависит не только от законодательной техники, но и от сущности уголовного права (определяемой криминологическими, политическими и массой иных факторов). Указанной технике отводится, так сказать, служебная (хотя и значимая) роль – оптимальное выражение воли правотворца в уголовном законе.

Трудно согласиться и с подходом К. К. Панько. По его мнению, «законодательная техника – это обусловленная закономерностями развития правовой системы совокупность определенных средств, приемов, правил, используемых в законотворческой деятельности с целью обеспечения высокого качества ее результатов»^[87]. На наш взгляд, и в данном определении дается крайне широкая трактовка искомому понятию, поскольку на качество результатов законотворчества оказывает влияние не только законодательная техника, но и сущность правового решения.

Настоящий калейдоскоп мнений наблюдается в науке по вопросу о компонентах законодательной техники. В своих определениях последней И. Л. Брауде, Д. А. Ковачев говорят о правилах^[88]; И. К. Ильин, Н. В. Миронов – о приемах и методах^[89]; А. С. Пиголкин – о правилах и приемах^[90]; Б. А. Миренский – о правилах, средствах, приемах и методах^[91]; С. С. Алексеев, В. М. Галкин – о средствах и приемах^[92] и т. д. Некоторые ученые, по всей видимости, не считают данный вопрос принципиальным. В частности, Д. А. Керимов в одной работе определяет законодательную технику как совокупность правил^[93], в другой – как систему требований, оперируя, кроме того, понятиями технических средств и приемов^[94]. Не решает, как представляется, рассматриваемой проблемы и Ю. А. Тихомиров, именующий любую составляющую законодательной техники термином «элемент»^[95].

В то же время выяснение статуса составляющих законодательной техники немаловажно. Во-первых, пока это не сделано, понятие исследуемой техники и, как следствие, понятие конструирования состава преступления, будет иметь неопределенное содержание. Во-вторых, разные компоненты законодательной техники имеют различную природу, подчиняются самостоятельным законам. В частности, из-за того, что одни ученые рассматривают юридическую конструкцию как технический прием, а другие – как техническое средство, в теории наблюдаются существенные противоречия в вопросах о ее понятии и механизме работы.

Проанализировав все многообразие проявлений интересующей нас техники, мы пришли к выводу, что *ее первичными компонентами являются средства, приемы и правила*. Средство в узком смысле трактуется как «орудие (предмет, совокупность приспособлений) для осуществления какой-либо деятельности»^[96]. Поэтому под средствами законодательной техники должны пониматься не явления или методы (способы), а *sui generis* нематериальные инструменты законодателя, например юридические конструкции (конструкции преступления, освобождения от уголовной ответственности и др.), термины (отнесение к указанным средствам материальных предметов – текстов законов, журналов, компьютеров и т. д.^[97] труднообъяснимо). В отличие от средств приемы – это способы в осуществлении чего-нибудь^[98]. Следовательно, приемы исследуемой техники суть способы построения нормативных предписаний и нормативных актов в целом, в том числе соединенные с использованием определенного средства. В качестве их примера можно назвать приемы построения формальных, материальных и формально-материальных составов преступлений, примечания, дефиниции и т. д.

Подчеркнем, что приемом является и использование технического средства^[99]. Так, в настоящее время детально исследовано использование языковых средств в праве – законодательный стиль. Говорится о монологическом и т. п. приемах. С. С. Алексеев систему таких приемов именовал законодательной стилистикой^[100]. В данном случае языковые единицы (к примеру, термины и обычные слова) – это средства, а их употребление – прием законодательной техники. Однако не все приемы сводятся к использованию технических средств. Таковы, например, ссылочный и перечневый приемы.

Правила законодательной техники регулируют применение ее средств и приемов. Скажем, обширный их блок посвящен использованию языковых средств. Имеются в виду правила о ясности и точности языка, недопущении экспрессивности, языковой стандартизованности, композиционности, унифицированности стиля и др. Немало правил регламентирует использование такого технического приема, как дефиниция. Суть этого приема состоит в определении какого-либо понятия, встречающегося в нормативном акте. Правила требуют при этом фиксировать в определении существенные, имеющие правовое значение признаки, избегать «порочного круга» в дефиниции и т. д.

Нетрудно видеть, что правила носят зависимый от средств и приемов характер, они как бы привязаны к ним, поэтому вряд ли правильно ставить данные компоненты в один ряд. Думаем в связи с этим, что технические *средства и приемы* следует считать *основными* первичными компонентами в содержании законодательной техники, а *правила* – *производными*. Средства, приемы и правила мы не случайно называем *первичными* компонентами техники. *Отдельные из них, будучи связанными между собой, могут образовывать, на наш взгляд, и более крупные единицы в содержании законодательной техники.* В данном смысле можно говорить, например, о *методиках* построения санкции и языкового оформления нормативных предписаний. Здесь возможна аналогия с содержанием права, элементарными единицами, «кирпичиками» («клетками») которого являются нормативные предписания – стандартные (правовые нормы) и нестандартные (например, правовые предписания о принципах и целях). Однако в содержании права можно вычленил и более весомые компоненты – «нормативно-правовые общности» (правовые институты, субинституты и другие блоки однородных предписаний). Роль клеточек в содержании законодательной техники как раз и играют ее средства, приемы и правила, а роль «общностей» – методики.

Указанные компоненты законодательной техники тесно взаимодействуют, образуя единый механизм оформления воли правотворца. При этом их совокупность обладает, по нашему мнению, всеми признаками *системного образования*. Данная система включает две подсистемы – *внутреннюю и внешнюю законодательную технику*. Названные подсистемы в свою очередь состоят из элементарных единиц (средств, приемов и правил) и их блоков (методик).

Но какова задача *законодательной техники в уголовном правотворчестве*? Указанная техника решает, на наш взгляд, задачи разного уровня. Настолько разного, насколько неоднородны компоненты самой техники. Например, язык права призван *максимально точно и ясно передать содержание уголовного права*, логические приемы и правила – *обеспечить последовательность и внутреннюю непротиворечивость выражения воли законодателя*, прием обобщения – *компактно разместить уголовно-правовые предписания*. И так далее. Думается, что для обозначения этих и всех иных задач, стоящих перед законодательной техникой, вполне пригоден термин «оптимум» (лат. optimum – наилучшее). «Оптимально» означает «наилучший вариант решения какой-либо задачи или достижения какой-либо цели»^[101]. Отсюда задачей искомой техники выступает оптимальное выражение воли правотворца в уголовном законодательстве.

Итак, *законодательная техника в уголовном правотворчестве представляет собой систему средств, приемов и правил, используемых для оптимального выражения воли право-*

творца в уголовном законодательстве. Данная система включает две подсистемы – внутреннюю и внешнюю законодательную технику. Названные подсистемы в свою очередь состоят из элементарных единиц (средств, приемов и правил) и их блоков (методик). Законодательная техника объемлет выработку как внешней формы, так структуры и содержания права, за исключением его сущности. Сущность же уголовного права определяется законодательной волей, формируемой на основе познания и учета целой группы факторов (политических, экономических, криминологических, исторических и т. д.).

После изложенного становится понятной наша позиция по вопросу о сущности конструирования состава преступления. Рассматривая построение состава как один из видов законодательно-технической работы, мы оставляем за рамками данного процесса формирование законодательной воли, т. е. идеи установления уголовно-правового запрета. Предвидим, что у ряда исследователей, вопреки нашей позиции, появится соблазн широко истолковать данное понятие, отождествив его с понятием создания состава преступления. Вместе с тем, нельзя не видеть, что процесс образования состава, равно как и правотворчество в целом, многогранен и охватывает различные по содержанию операции. И среди этих операций можно обособить и условно выделить ряд содержательных компонентов, что и было показано в первом параграфе. При этом наличие различных «пластов» в правотворчестве признает большинство специалистов в теории права и «отраслевиков». Так, уже упоминалось, что при описании процесса криминализации нередко указывается на его стадийность: сначала имеет место этап анализа и оценки оснований криминализации, на котором решается главный, центральный вопрос – о допустимости, возможности и целесообразности установления уголовно-правового запрета, а на следующем этапе осуществляется формулирование уголовно-правовой нормы^[102]. Это самое формулирование применительно к составу и выражается в его конструировании, которое с научной точки зрения нуждается в изолированном рассмотрении от глубинных процессов криминализации.

Заметим также, что понятие конструирования состава охватывается более общим понятием законодательной техники. Сегодня большинство научных школ страны рассматривает процесс юридического конструирования в качестве составляющей законодательной техники. Из этого традиционно исходит и ярославская научная школа, возглавляемая Л. Л. Кругликовым, представителем которой является автор этих строк. Таким образом, мы солидарны с позицией о том, что «проблема конструирования составов преступлений упирается в более общую проблематику, связанную с законодательной техникой»^[103]. А последняя, как уже отмечалось, не имеет отношения к формированию законодательной воли. После принятия решения о необходимости криминализации (в широком смысле) начинается этап собственно конструирования состава преступления с присущими этому процессу особыми средствами и приемами, применение которых подчиняется определенным правилам. Разумеется, в реальной действительности формирование идеи введения уголовно-правового запрета зачастую происходит одновременно с разработкой самой нормативной конструкции состава и содержания его признаков, но путем анализа как логического приема «стадия конструирования» вполне может быть обособлена и подвергнута автономному научному исследованию.

Развиваемый взгляд на процесс конструирования состава преступления, как представляется, согласуется и со здравым смыслом. Например, решение человека построить дом принимается с учетом целой группы важных факторов (наличие потребности в жилище или в улучшении жилищных условий, обладание необходимыми денежными средствами, согласие родных и близких, наличие земельного участка или возможность его приобретения, и пр., и пр.). Когда же идея «дома» вызреет и человек примет окончательное решение, тогда начинается процесс построения дома, включая разработку его проекта, использование разнообразных архитектурных решений и т. д. Сходные процессы, как мы могли убедиться, наблюдаются и

при установлении уголовно-правового запрета, когда после возникновения идеи его введения собственно и начинается конструирование состава преступления.

Думается, поэтому, что вполне закономерным результатом являются результаты проведенного нами анкетирования ученых. На вопрос «Правильно ли рассматривать конструирование состава преступления в рамках учения о законодательной технике?» 84 % респондентов ответили утвердительно^[104].

Выше отмечалось, что понятие законодательной техники охватывает процесс конструирования состава преступления в *динамическом аспекте*, ибо в *статике* они не сопоставимы (техника – система технических компонентов, а процесс конструирования – деятельность по их применению). В связи с этим отметим, что в содержании законодательной техники конструирование состава преступления образует, на наш взгляд, самостоятельную методику как систему средств, приемов и правил конструирования искомого состава. Дело в том, что совокупность технических компонентов, задействуемых законодателем в процессе образования состава преступления, не является разрозненной и отвечает всем признакам системы.

Отсюда, *методика конструирования состава преступления есть составная часть законодательной техники в уголовном правотворчестве*. При этом данная методика является *комплексной* и вбирает в себя компоненты как внутренней, так и внешней техники, ибо конструирование состава выражается не только в определении комбинации его признаков и их содержания, но и языковом оформлении данного содержания. Посредством языка состав преступления обретает заверченный вид. Разумеется, не все компоненты внутренней и внешней техники участвуют в конструировании состава, ибо объектом законодательной техники является все уголовное право, а объектом построения состава – лишь последний. Поэтому, например, технические средства построения структуры права как компоненты внутренней техники (построение по типу правовой нормы, разработка институтов уголовного права и т. д.) не входят в методику конструирования состава преступления. В последнюю включаются также не все элементы внешней техники. Так, правовой язык используется в конструировании состава, ибо лексические единицы в обрисовке состава сродни кирпичам, используемым в строительстве здания. Однако, например, вопросы структурирования нормативного акта и размещения нормативного материала (а это компетенция внешней техники) находятся за рамками конструирования состава, ибо они вторичны по отношению к этому процессу. Признаки состава можно дислоцировать в различных местах нормативного акта (Общей и Особенной частях; статьях, примечаниях и т. д.), однако эти вопросы прямого отношения к конструированию состава не имеют.

Базовым средством внутренней техники, входящим в методику конструирования состава, является юридическая конструкция преступления. К инструментам внешней техники, участвующим в образовании составов преступлений, относятся, прежде всего, языковые средства (терминология, грамматические обороты и т. д.). Приемы конструирования состава носят разнообразный характер. Во-первых, это различные способы применения конструкции преступления как базового средства, например, приемы построения формальных, материальных и формально-материальных составов; приемы образования простых и сложных составов. Во-вторых, это приемы, не связанные с определением комбинации признаков состава, а решающие содержательные вопросы, например, о моменте окончания преступления или о дифференциации ответственности. Соответственно, можно выделить такие, в частности, приемы, как построение: усеченных составов и составов создания опасности и др.; основных, квалифицированных и привилегированных составов. В-третьих, в процессе построения составов преступлений задействуются и общие приемы законодательной техники (например, фикции и презумпции). В-четвертых, целый блок приемов построения составов связан с использованием языковых средств.

После изложенного представляется возможным сформулировать определение как самого процесса конструирования состава преступления, так и методики, обсуждающей этот процесс.

Конструирование состава преступления – это процесс реализации идеи запрета общественно опасного поведения, формируемой на основе правотворческих факторов (криминологических, политических, экономических, исторических и др.), путем разработки и закрепления в уголовном законодательстве определенной комбинации признаков данного поведения и определения их содержания^[105].

Соответственно, *методика конструирования состава преступления – это составная часть законодательной техники, охватывающая систему средств, приемов и правил, призванных оптимизировать процесс разработки и закрепления в уголовном законодательстве определенной комбинации признаков общественно опасного поведения и определения их содержания*.

Обратим внимание, что последняя дефиниция основывается на определении законодательной техники в уголовном правотворчестве, поскольку методика конструирования состава преступления является ее составной частью. Поэтому в дефиниции в качестве составляющих методики названы средства, приемы и правила, в качестве цели – оптимизация процесса конструирования состава преступления. Действительно, названная методика имеет своей целью, как и в целом законодательная техника, отыскание наилучшего (оптимального) варианта построения состава преступления в уголовном законодательстве.

Необходимо отметить, что в науке уголовного права предложена иная трактовка понятия конструирования состава преступления. Так, по мнению Д. В. Решетниковой, «под конструированием составов преступлений понимается особая юридическая деятельность, в результате которой на базе научно обоснованных правил определяются и разрабатываются внешние формы и структура внутренне логичного, функционально оправданного и встроенного в систему действующего уголовного законодательства «corpus delicti», включая взаимное расположение его составных частей и внутреннее строение каждого компонента»^[106].

Отдавая должное данной дефиниции, следует указать и на спорные ее положения. Во-первых, как это ни печально, результат конструирования составов преступлений в настоящее время нередко далек от «внутренне логичного, функционально оправданного и встроенного в систему действующего уголовного законодательства». Возможно, это цель конструирования, но в таком случае в искомом определении данный результат и следовало указывать в качестве цели. Во-вторых, и это самое главное, данная дефиниция неоправданно сужает определяемый предмет, поскольку конструирование состава сводится к разработке «внешней формы и структуры состава, включая взаимное расположение его составных частей и внутреннее строение каждого компонента». Если внешняя форма – это языковая оболочка состава, а структура – строение состава, включая строение каждого из элементов, то «за бортом» конструирования оказывается техническая проработка *содержания* признаков состава. В частности, определение законодателем момента окончания определенного преступления относится к содержанию признаков состава, хотя, вне сомнения, этот принципиальный вопрос находится в сфере конструирования того или иного состава. Справедливости ради заметим, что, несмотря на неполную (по нашему мнению) дефиницию, ее автор в своей работе понятием конструирования охватил как определение момента окончания преступления, так и многие иные «содержательные» вопросы образования составов.

До сих пор мы сознательно не касались этимологии слова «конструировать», поскольку такой подход в юриспруденции не всегда приводит к «установлению истины по делу». В данном случае с филологической точки зрения допустима как узкая трактовка термина «конструирование», развиваемая нами, так и широкое его понимание. Конструировать – значит, «создавать

конструкцию чего-нибудь, *строить*» либо «вообще *создавать* что-нибудь»^[107] (курсив наш. – А.И.). Таким образом, в узком смысле слова построение, конструирование состава – это понятие более узкое, нежели понятие его создания. Так же, как создание права (правотворчество), более широкое понятие в сравнении с законодательной техникой, не затрагивающей существо законодательного решения.

Теперь соотнесем понятие конструирования состава преступления с понятиями криминализации и дифференциации уголовной ответственности. Криминализация и дифференциация ответственности посредством создания составов преступлений – это правоворческие процессы, т. е. охватывающие как сущность законодательного решения, так и воплощение последнего в уголовном законодательстве. Криминализация, рассматриваемая *в широком смысле*, как процесс формирования идеи уголовно-правового запрета и ее реализации в уголовном законодательстве, поглощает и дифференциацию уголовной ответственности. В узком же смысле криминализация – это создание нового основного или автономного состава преступления (за исключением специального), начиная с этапа формирования идеи его введения и заканчивая ее оформлением в уголовном законе. Дифференциация уголовной ответственности – это градация ответственности за преступление посредством образования квалифицированных или привилегированных, а также специальных составов. В процессе дифференциации также можно условно выделить как стадию формирования законодательной воли, так и стадию ее воплощения в уголовном законе. Конструирование же состава преступления – это процесс технической проработки воли законодателя при формулировании уголовно-правового запрета. Построение состава преступления начинается после принятия решения о необходимости криминализации какого-либо деяния и состоит в технической проработке содержания его признаков (обеспечении полноты и непротиворечивости состава, выработке оптимальной законодательной конструкции, внешнем его оформлении).

Таким образом, понятие конструирования состава охватывается понятиями криминализации и дифференциации, взятыми в единстве, поскольку они затрагивают как сущностную, так и техническую сторону уголовного правотворчества. Для существа дела не столь важно, как именно мы запретим, например, убийство сотрудника правоохранительного органа: путем создания формального (по иной классификации – усеченного) состава или же материального. Важно, что это общественно опасное поведение будет запрещено. Для конструирования же состава – это вопрос принципиальный.

Рассматривая указанные понятия, следует обратить внимание на один немаловажный факт. Если конструирование состава оформляет идею запрета того или иного поведения, то основание криминализации или основание дифференциации уголовной ответственности в будущем найдет свое отражение в признаках состава преступления. Ввиду этого требуется рассмотреть вопрос об основании криминализации и основании дифференциации уголовной ответственности.

Г. А. Злобин отмечал, что «лишь то деяние может быть правомерно криминализировано, общественная опасность которого достаточно (с точки зрения уголовного права) высока», и указывал, что это исходный принцип, отправная точка при криминализации, «главное условие криминализации»^[108]. Как уже отмечалось, это дало веский повод ряду ученых признать общественную опасность акта человеческого поведения единственным основанием криминализации^[109]. В свою очередь, в гармонии с этой позицией находится, на наш взгляд, и господствующее мнение об основании дифференциации уголовной ответственности как резком перепаде в характере и типовой степени общественной опасности поведения^[110]. Отсюда понятно, что при формировании идеи уголовно-правового запрета и последующем воплощении данной идеи в законе посредством конструирования состава преступления многое зависит от понимания общественной опасности. И речь здесь не о старом споре, только ли преступления харак-

теризуются искомой опасностью^[111], а о том, какие признаки человеческого поведения обуславливают данную опасность.

По нашему мнению, общественная опасность, служащая основанием криминализации и перепад которой выступает основанием дифференциации ответственности, складывается из общественной опасности деяния и общественной опасности личности его субъекта. Уголовная политика нашего государства в разные исторические периоды впадала в крайности в этом вопросе, преувеличивая то опасность деяния, то опасность личности (в последнем случае доходя даже до внедрения реакционной теории опасного состояния личности как самодостаточного основания криминализации)^[112]. Думается, что в вопросах криминализации (равно как и дифференциации ответственности, и во многих иных) истина находится посередине (*est in media verum*). Здесь «золотая середина» видится в том, чтобы криминализация и дифференциация (а за ними и конструирование состава) опирались на учет как объективных свойств общественной опасности человеческого поведения, так и опасности личности преступника. Если в основание уголовной ответственности всегда без исключения закладывать только деяние, то это приведет к «уравниловке», а если только личность, то неизбежен произвол^[113]. Прав, как представляется

В. Н. Кудрявцев, писавший, что в криминализации каждая крайняя позиция чревата определенными опасностями^[114].

С указанным мнением согласны не все. Так, в 2012 г. увидел свет проект Концепции уголовно-правовой политики РФ, разработанный по инициативе Общественной палаты РФ (авторы – М. М. Бабаев, Ю. Е. Пудовочкин и др.)^[115]. Принятие этого документа, по задумке его разработчиков, призвано в значительной степени остановить тот хаос, который царит сегодня в сфере российского уголовного правотворчества. Согласно же п. 10 проекта, одним из безусловных приоритетов нормотворческой деятельности должен выступать следующий императив: «Равенство граждан перед законом не исключает возможности и целесообразности дифференциации уголовной ответственности с учетом данных о личности виновного, *при этом признаки, характеризующие личность виновного, не могут входить в систему признаков, определяющих основание уголовной ответственности*». То есть признаки личности преступника не могут включаться в основной состав преступления (служить средством криминализации), но могут и должны дифференцировать ответственность, т. е. выступать квалифицирующими признаками.

Оставляя в стороне вопрос о крайне широкой формулировке приведенного положения проекта (его редакция означает невозможность учета в основных составах преступлений признаков, характеризующих служебное положение лица, его социальный статус и т. д., что противоречит теории и сложившейся практике криминализации), обратимся к сути проблемы. В п. 10 проекта имеются ввиду признаки субъекта преступления, прямо не связанные с самим преступлением, в частности, признак административной преюдиции.

В этой связи вспоминается выступление в качестве эксперта Десятой (Юбилейной) сессии Саратовской летней школы уголовного права (Саратов, 2012 г.) А. И. Долговой, которая перед слушателями Школы высказала мысль о том, что российский уголовный закон сегодня «обезличен». Солидаризируясь с этим тезисом, добавим, что сохранение в итоговом варианте Концепции и последующая реализация указанного выше императива продолжат курс на окончательное «обезличивание УК РФ». Полагаем, что противники учета свойств личности в процессе конструирования основных составов преступлений исходят из узкой трактовки общественной опасности как существенной вредоносности деяния или опасности причинения им существенного вреда^[116]. Очевидно, что именно такое – узкое – понимание общественной опасности послужило причиной изложения одним из судей Конституционного Суда РФ особого мнения по резонансному делу. «Единственным мерилom преступлений служит вред, причиняемый ими обществу», – писал он^[117].

Однако такая трактовка общественной опасности представляется, как минимум, небесспорной. Согласимся, что вредоносность не зависит от свойств субъекта преступления (в том числе, предшествующего привлечения его к юридической ответственности). Но полагаем, что общественная опасность поведения субъекта определяется не только лишь реальным или потенциальным вредом, а набором всех присущих этому поведению признаков, включая и характер самого действия (бездействия), и вред, и форму вины, и мотив или цель, и признаки субъекта, и т. д.

Здравый смысл и анализ уголовного закона, по нашему мнению, подтверждают правильность именно такого подхода. Так, при прочих равных условиях и *совпадающую вредоносность* умышленное причинение смерти (убийство) наказывается по УК строже, нежели причинение смерти по неосторожности. Поэтому общепризнано, что общественная опасность убийства выше, нежели опасность неосторожного причинения смерти. В равной мере ни у кого из специалистов не вызывает сомнений тот факт, что при прочих равных условиях уровень общественной опасности убийства, совершенного преступной группой (п. «ж» ч. 2 ст. 105 УК), выше, нежели уровень опасности убийства, совершенного одним субъектом (ч. 1 ст. 105 УК). Отсюда и ощутимая разница в грозящих наказаниях по ч. 1 и ч. 2 ст. 105 УК. Однако *вредоносность* этих двух видов убийства (простого и квалифицированного) идентична, поскольку выражается в смерти человека. Значит, общественная опасность не сводима к вреду или угрозе его наступления, она определяется более широким спектром признаков, в приведенных примерах – формой вины или групповым способом совершения преступления. И в ряде случаев она напрямую зависит от опасности субъекта преступления. Поэтому нам импонирует мнение о том, что «необходимая широта криминализации может быть правильно определена лишь с учетом всех признаков состава преступления: объекта, субъекта, объективной и субъективной сторон»^[118] и о том, что «недопустимо выводить из факторов, образующих общественную опасность, личность виновного»^[119].

В случае, например, с административной преюдицией, конечно же, вредоносность второго или третьего нарушения не повышается, но опасность личности субъекта возрастает, а, следовательно, в целом возрастает общественная опасность такого поведения. Это и позволяет учитывать данный фактор при криминализации (а затем при построении *основных или недифференцированных*^[120] *составов* преступлений). Подчеркнем, однако, что речь не идет о необходимости учета опасных свойств личности преступника в *каждом случае*. Понятно, например, что опасность убийства достаточна для криминализации с «запасом» и без учета прошлого убийцы. Более того, *по общему правилу, опасные свойства личности должны использоваться, на наш взгляд, не как инструмент криминализации, а как средство дифференциации уголовной ответственности или индивидуализации наказания (в рамках характеристики личности виновного)*. Однако если опасность субъекта применительно к *отдельному виду преступления* свидетельствует о целесообразности ее отражения в основном составе на правах обязательного или альтернативного условия привлечения к уголовной ответственности (что подтверждается экспертными оценками, данными криминологии и правоприменительной практики), то есть все основания для этого. В частности, перспективным представляется обсуждение вопроса о более широком использовании признака административной преюдиции в составах ряда экономических, экологических и транспортных преступлений.

Если в процессе криминализации правомерен учет опасных свойств личности, поскольку они в ряде случаев влияют на типовую степень общественной опасности акта поведения, то логично этот учет производить и в сфере дифференциации уголовной ответственности. Основанием дифференциации, как уже отмечалось, выступает резкий перепад в характере и типовой степени общественной опасности, а потому при существенном увеличении опасности личности (например, в случае специального рецидива) применительно к отдельному виду пре-

ступления (с учетом данных криминологии и пр., и пр.) есть все основания конструировать квалифицированный состав преступления. Кстати, в исследованиях по вопросам дифференциации уголовной ответственности, как правило, прямо указывается на типовую общественную опасность личности виновного как основание дифференциации^[121].

Не секрет, однако, что законодателя в этом вопросе «лихорадит»: после масштабного исключения из УК РФ в 2003 г. специального рецидива как квалифицирующего признака, в 2012 г. в рамках «антипедофильского» пакета поправок в ряде составов специальный рецидив был восстановлен (ч. 5 ст. 131, 132 и др.). По вышеизложенным причинам полагаем, что «реанимация» специального рецидива вполне оправдана и, более того, напрашивается системное насыщение уголовного закона соответствующими квалифицирующими признаками. Отказ законодателя от использования данного дифференцирующего средства в 2003 г., по нашему мнению, не был оправдан и с учетом современных криминологических реалий: доминирующей криминологической тенденцией в России признается рост рецидивной преступности^[122], из числа же лиц, совершивших преступления и выявленных, ранее совершали преступления 47,5 %^[123]. Сказанное касается и множества преступлений, совершение которых нередко становится специализацией профессиональных преступников (особенно в сфере экономики).

Таким образом, криминализация и дифференциация ответственности, а вслед за ними и конструирование состава преступления, должны, на наш взгляд, опираться на учет опасных свойств как деяния, так и деятеля. Подчеркнем, однако, что отражение в УК опасных свойств личности, прямо не связанных с преступлением, как одного из условий криминализации должно быть скорее исключением из правила, целесообразность которого должна подтверждаться данными криминологии, правоприменительной практики, статистики и иными значимыми факторами.

§ 3. Акты уголовного правотворчества, закрепляющие признаки преступлений

Поскольку состав преступления конструируется не в реальной действительности, а в уголовном законодательстве, важно иметь ясное представление о последнем. Казалось бы, здесь нет проблем, поскольку, согласно ч. 1 ст. 1 УК РФ, уголовное законодательство РФ состоит из УК РФ; новые же законы, предусматривающие уголовную ответственность, подлежат включению в него. Таким образом, в указанной статье поставлен знак равенства между уголовным законодательством и УК РФ^[124]. Непосредственно после принятия Кодекса и по сей день ряд специалистов отмечает бесспорность данного законоположения. Указывается, в частности: «Единственным нормативным актом, составляющим уголовное законодательство, является Уголовный кодекс»^[125]; «уголовный кодекс представляет в целом уголовное законодательство РФ и содержит все действующие в стране уголовно-правовые нормы»^[126].

Но все-таки сегодня в науке уголовного права преобладает критика ч. 1 ст. 1 УК с признанием множественности источников уголовного права^[127]. Обратим особое внимание на то, что авторы указанной критики активно оперируют термином «источник уголовного права». Полагая, однако, что в рассматриваемую полемику следует внести терминологическую ясность, разграничив понятия *трех источников: уголовного права, уголовного законодательства и регулирования в уголовно-правовой сфере*. Акты уголовного правотворчества – это его результаты, т. е. нормативные акты, содержащие уголовно-правовые предписания. Их еще именуют *источниками уголовного права* (в формальном смысле). Повторим, что вопрос об источниках уголовного права важен для целей настоящего исследования, поскольку процесс конструирования состава преступления как вид уголовного правотворчества находит свое объективированное выражение в соответствующих актах, в которых закрепляется данный состав или отдельные его признаки.

Исходя из специализации различных отраслей законодательства, источниками уголовного права должны выступать нормативные акты, образующие *уголовное законодательство*. Однако фактически источник уголовного права может как входить, так и не входить в уголовное законодательство. Дело в том, что право и законодательство соотносятся как содержание и форма. Известно, однако, что форма не всегда адекватна содержанию. Например, УИК РФ, образующий «ядро» *уголовно-исполнительного законодательства*, выступает источником уголовного права, поскольку содержит ряд уголовно-правовых предписаний (о сокращенных сроках отпуска для осужденных к исправительным работам; об основаниях замены принудительных работ новым наказанием; и т. д.). Это как раз пример несоответствия форме нормативного акта фрагментов его содержания, которые необходимо было – в силу отраслевой специализации – закрепить в УК. В силу же профиля различных отраслей законодательства, источниками уголовного права должны выступать акты *уголовного законодательства*. Соответственно *источник уголовного законодательства* – это нормативный акт, содержащий уголовно-правовые предписания и входящий именно в уголовное законодательство (т. е. по форме обозначенный как принадлежащий к сфере уголовно-правового регулирования).

Источник регулирования в уголовно-правовой сфере – это нормативный акт, регулирующий отношения, входящие в предмет уголовного права. Разумеется, *любой источник уголовного права и уголовного законодательства одновременно является и источником регулирования в названной сфере*. Но выделение понятия «источник регулирования» объективно необходимо. Например, в России есть нормативный акт, который не содержит уголовно-правовых предписаний, но отношения в уголовно-правовой сфере может регулировать – это, по нашему мнению, Конституция РФ. Кроме того, данные отношения могут регулироваться отме-

ненным уголовным законодательством (в силу правил о действии УК РФ во времени сегодня фактически могут применяться более ста двадцати его редакций), международными и иными актами, перечень которых будет приведен далее и которые не являются, по нашему мнению, источниками российского уголовного права.

Теперь уточним рассматриваемые понятия. Во-первых, речь идет о так называемых формальных источниках права, т. е. формах внешнего выражения правовых норм и иных нормативных предписаний^[128]. Во-вторых, определим пространственные параметры понятий «источник уголовного права» и «источник уголовного законодательства». Рассматриваемые понятия, если они употребляются в контексте анализа ч. 1 ст. 1 УК, должны обозначать не любой источник, а источник *российского (национального)* уголовного права (законодательства). Так, В. П. Коняхин не без оснований оперирует терминами «источник российского уголовного права» и «источник уголовного права» как синонимами^[129]. Это и понятно, ведь названный ученый вопрос об источниках поднимает в связи с рассмотрением ч. 1 ст. 1 УК РФ, а в ней прямо говорится об уголовном законодательстве *России*. В-третьих, обозначим временные параметры источника уголовного права и законодательства. Под рассматриваемыми источниками должны пониматься лишь *действующие акты*. Например, Соборное уложение 1649 г. или Артикул Воинский Петра Первого – также источники отечественного уголовного права, но *своего времени*. Источниками регулирования, действительно, могут выступать и редакции УК РФ, утратившие силу, но их нельзя считать источниками уголовного права в смысле ч. 1 ст. 1 УК.

Итак, если обобщить суждения ученых, отстаивающих тезис о множественности источников уголовного права^[130], то, помимо УК, к этим источникам предлагается относить следующие акты: а) Конституцию РФ; б) международные договоры РФ; в) УК РСФСР 1960 г. и устаревшие редакции УК 1996 г.; г) неотмененные нормативные акты СССР; д) нормативные акты РФ (в том числе кодексы криминального цикла); е) нормативные акты РФ, к которым отсылают бланкетные диспозиции УК; ж) законодательство военного времени; з) акты об амнистии; и) решения Конституционного Суда РФ; к) постановления Пленума Верховного Суда РФ; л) судебные прецеденты; м) решения Европейского Суда по правам человека; н) решения, принятые на референдуме. Разумеется, к источникам уголовного права причисляют только те акты из приведенного перечня, которые содержат уголовно-правовые предписания.

С учетом высказанных выше соображений (о разграничении понятий разных источников, их пространственных и временных границах) к числу *источников российского уголовного законодательства* сегодня, помимо УК РФ, следует, на наш взгляд, относить: 1) неотмененные нормативные акты СССР, содержащие уголовно-правовые предписания, 2) периодически принимаемые постановления об амнистии и 3) решения Конституционного Суда РФ уголовно-правового характера. Потенциально мыслимо появление уголовного законодательства военного времени (ч. 3 ст. 331 УК РФ), которое не принято и, будем надеяться, не увидит свет в будущем. И опять-таки гипотетически (и сугубо теоретически) не исключена возможность принятия уголовно-правового решения на референдуме.

Из реально же существующих и названных выше трех (кроме УК РФ) составляющих уголовного законодательства *в сфере конструирования составов преступлений* актуальным является лишь один – *решения Конституционного Суда РФ уголовно-правового характера* (ибо неотмененных актов СССР с признаками составов преступлений сегодня не существует, а постановления об амнистии, которые по ряду причин могут быть расценены в качестве нормативных актов, к указанной сфере отношения не имеют). В. П. Коняхин справедливо пишет о том, что решения Конституционного Суда РФ могут фактически отменять уголовно-правовые предписания, т. е. они являются формой негативного правотворчества^[131], а О. Н. Бибик резонно подметил, что «Конституционный Суд РФ обладает и позитивными правотворче-

скими полномочиями», поскольку «ни суды общей юрисдикции, разрешающие уголовные дела, ни органы, исполняющие наказание, реализуя свои полномочия, не вправе придавать соответствующему нормативному положению какое-либо иное значение, расходящееся с его конституционно-правовым смыслом, выявленным Конституционным Судом РФ»^[132].

Один из ярких примеров вторжения Конституционного Суда РФ в сферу построения составов преступлений – постановление № 8-П 1 от 27 мая 2008 г., которым была признана не соответствующей Конституции РФ ч. 1 ст. 188 УК в ее взаимосвязи с примечанием к ст. 169 УК и соответствующим образом скорректированы границы ныне декриминализированной товарной контрабанды^[133]. Особо отметим, что ч. 1 ст. 188 УК в указанной части, согласно решению Конституционного Суда РФ, *утратила силу*, а основанные на ее применении решения судов и иных органов были пересмотрены в соответствии с ч. 2 ст. 54 Конституции РФ. Таким образом, в данном случае имеет место прямое вмешательство в сферу уголовно-правового регулирования. При этом если сама Конституция РФ закрепляет правовые нормы общего характера (конституционные), то Конституционный Суд РФ в этом и иных своих решениях со ссылками на Основной закон творит предписания сугубо уголовно-правового характера.

Что же касается иных источников, выделяемых в литературе, то к составляющим уголовного законодательства РФ они отнесены быть не могут по тем или иным причинам. Обратим внимание, однако, на ряд принципиальных, по нашему мнению, моментов.

1. Конституция РФ не входит в число источников уголовного законодательства, ибо не содержит уголовно-правовых норм^[134]. Правда, в ней есть ряд важных указаний универсального плана (например, о том, что смертная казнь устанавливается только за особо тяжкие преступления против жизни – в ч. 2 ст. 20). Однако, как правильно отмечал А. А. Мишин, «конституционное (государственное) право, будучи основной отраслью системы права, определяет основы других ее отраслей – административного, финансового, уголовного, гражданского и т. д...»^[135]. Думается, что приведенное предписание регулирует вопрос именно конституционного, а не уголовно-правового уровня. В предмет конституционного права входит закрепление основных прав человека, что предполагает решение вопроса о возможности применения смертной казни (т. е. лишения человека права на жизнь). Именно поэтому «содержащаяся в Конституции РФ основа общеправового режима предопределяет содержание всего правового массива, действующего в Российском государстве»^[136].

Естественно, Конституция РФ может быть непосредственно применена при разрешении уголовного дела, если ей противоречит УК (такие случаи известны практике применения УК РСФСР). Однако применяться она будет как источник *конституционного*, а не уголовного права. То есть как нормативный акт, обладающий большей юридической силой, нежели УК РФ, и имеющий прямое действие на всей территории страны. Иными словами, она не является источником уголовного права. Она – *источник регулирования в уголовно-правовой сфере* в силу положения, которое занимает в иерархии отечественной правовой системы. Соответственно и к уголовному законодательству РФ Конституция РФ никакого отношения не имеет, будучи частью конституционного законодательства. Поэтому прав, на наш взгляд, российский законодатель, указав, что УК РФ лишь основывается на Конституции РФ (ч. 2 ст. 1 Кодекса).

2. Международные договоры РФ – это источник не национального, а *международного* уголовного права. Из ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, на которую обычно ссылаются, отнюдь не следует вывод, что национальные и международные акты смешаны. Напротив, они различаются, поэтому и установлен приоритет вторых над первыми. Отсюда, как обоснованно отмечает З. А. Незнамова, «даже ратифицированные Российской Федерацией международные договоры и конвенции, содержащие нормы уголовно-правового характера, не могут быть составной частью российского уголовного законодательства...»^[137]. Прав, на наш взгляд, и Е. В. Благов, отмечающий, что данные международные акты могут стать уголовным законодательством РФ лишь

посредством их включения в УК РФ^[138]. Таким образом, международные договоры являются источниками международного уголовного права и законодательства. Корректировать российский УК РФ они могут, *не теряя при этом своего международного статуса*. Они также выступают источником регулирования в уголовно-правовой сфере, но не источником российского уголовного права и законодательства.

Вместе с тем, с учетом приоритета названных актов перед УК РФ при конструировании состава преступления законодатель обязан соотносить его признаки как с нормами Конституции РФ, так и с положениями международных договоров РФ.

Сказанное в полной мере касается и решений (прецедентов) Европейского суда по правам человека, которые в силу международных обязательств нашей страны должны соблюдаться Россией. Следовательно, эти решения – источник регулирования в уголовно-правовой сфере России. Но указанные решения не есть источник национального уголовного права и законодательства. Они – составляющая *международного* уголовного права, которое обладает приоритетом перед российским.

Впрочем, если отвлечься от статуса международных договоров, а обратиться к сути проблемы, то следует признать, что в части из них, ратифицированных РФ, закрепляется ряд составов преступлений. Другое дело, что в этих договорах отсутствуют соответствующие санкции, без чего применение таких составов невозможно. Таким образом, воплощение в жизнь подобных договоров должно происходить путем конструирования в УК РФ соответствующего состава преступления с установлением наказания за него.

3. Причисление к источникам *уголовного права* нормативных актов РФ, содержащих уголовно-правовые предписания, представляется обоснованным. Примерами таких актов являются УИК РФ, УПК^[139] РФ, КоАП РФ. Уголовно-исполнительное право должно определять порядок исполнения наказаний, но не их содержание^[140], хотя на деле ряд предписаний УИК касается именно содержания наказаний, т. е. образующих наказание правоограничений (например, о сокращенных сроках отпусков для осужденных к исправительным работам и лишению свободы). Значит, данные предписания – фрагмент уголовного права^[141].

Источником уголовного права в сфере конструирования составов является, например, КоАП РФ, поскольку в нем формулируются разграничительные признаки некоторых административных правонарушений и преступлений. В частности, как верно отмечает Р. Д. Шарапов, «граница основания уголовной ответственности за хищение чужого имущества очерчивается при помощи административно-правовой нормы о мелком хищении»^[142] (7.27 КоАП). *Однако в данном случае законодатель в силу специализации отраслей права и законодательства обязан был разместить соответствующие предписания и в УК РФ*. «В наше время, наверное, ни у кого не вызывает сомнения, что предмет регулирования каждого кодекса определяется по отраслевому признаку», – совершенно обоснованно замечает Р. Кабриак^[143]. Очевидно, что приведенные выше нормативные акты относятся не к уголовному законодательству, а к иным отраслям законодательства: уголовно-исполнительному, административному и т. д. Следовательно, эти акты не являются источниками уголовного законодательства, хотя несомненен их статус как источника уголовного права и регулирования в уголовно-правовой сфере.

Поэтому в ситуации, когда отдельные признаки состава закрепляются в иных нормативных актах, нежели УК РФ, имеет место правотворческая ошибка, подлежащая устранению. Так, в ст. 158–160 УК давно пора определить разграничительные признаки уголовно наказуемого и мелкого хищений.

4. Говоря о конструировании состава и актах, объективирующих результаты данного процесса, мы не можем обойти стороной вопрос о статусе нормативных актов РФ, к которым отсылают бланкетные диспозиции УК РФ. Если признать, что источником уголовно-правовой нормы выступают нормативные акты других отраслей права, как утверждает ряд ученых^[144],

то логически обоснованным будет и их причисление к источникам уголовного права в сфере конструирования составов. «...Источником бланкетной уголовно-правовой нормы кроме уголовного закона являются и нормативные акты других отраслей права», – пишет, в частности, Т. В. Кленова^[145]. Н. И. Пикуров пришел к более общему выводу: «Уголовно-правовая норма представляет собой динамичную систему, включающую как собственные уголовно-правовые предписания, так и нормативные предписания иных отраслей права»^[146].

Эта посылка приводит к выводу о том, что уголовно-правовые нормы не одинаковы в разных регионах и организациях, а это уже противоречит Конституции РФ. В результате подобных рассуждений, подкрепленных ссылками на ч. 2 ст. 1 и ст. 8 УК, утверждается даже, что «наличие бланкетных норм в УК РФ и их применение незаконно»^[147].

Эти парадоксальные выводы и лежащая в их основе посылка нам представляются весьма спорными по следующим основаниям. Базовым критерием разграничения отраслей права служит предмет регулирования. Этот критерий обуславливает разделение труда между нормами различных отраслей права (специализацию отраслей). Поэтому открытость бланка как раз и означает, на наш взгляд, факт того, что уголовный законодатель не вмешивается в сферу уголовно-правового регулирования. Так, ст. 143 УК отсылает к трудовому праву; ст. 169 УК – к гражданскому; ст. 198 и 199^[148] УК – к налоговому и т. д. Иной подход ведет к разрушению системы права, смешивая различные его отрасли (при этом правовые нормы теряют свое «отраслевое лицо» или, пользуясь образным выражением С. С. Алексеева, свой «цвет»). *Бланкетной, по нашему мнению, является именно уголовно-правовая норма, а статья уголовного закона лишь дублирует данный бланк, «послушно» оформляя содержание.* Не случайно в определении Конституционного Суда РФ от 16 января 2001 г. говорится, в частности, что поскольку минимальный размер оплаты труда устанавливается не УК, а законом «иной отраслевой принадлежности», постольку «его изменение не влечет изменение нормы уголовного закона...»^[149].

Поэтому и выводы, основанные на критикуемом положении, небесспорны. Иногда утверждается, например, что предметом налоговых преступлений не могут являться региональные и местные налоги (а только, якобы, федеральные). Если занять иную позицию, то будто бы следует вывод о том, что в разных регионах установлены различные по содержанию уголовно-правовые нормы. Исходя из этого, в частности, Б. В. Волженкин утверждал, что нормативные акты, к которым отсылают бланкетные диспозиции УК, «могут быть установлены только на федеральном уровне, а отнюдь не региональными и локальными нормативными актами»^[150]. Действительно, набор местных и региональных налогов специфичен для каждого субъекта РФ, в связи с чем фактические границы уголовно наказуемого уклонения от их уплаты не совпадают в разных регионах. Однако данное обстоятельство не должно смущать, поскольку оно ни в коей мере не означает существование различных уголовно-правовых норм о налоговых преступлениях. Эти нормы едины для всех регионов и закреплены в ст. 198–199² УК РФ. Просто они содержат незаполненный бланк в части предмета регулирования налогового права.

Такое положение вещей согласуется и со здравым смыслом. Общественная опасность тех же налоговых преступлений заключается в непоступлении в бюджетную систему налоговых сумм, в результате чего причиняется соответствующий ущерб^[151]. При этом, разумеется, не имеет значения, результатом неуплаты какого вида налога вызван данный ущерб. Поэтому представляется не только формально обоснованным, но и теоретически состоятельным мнение о том, что предметом налоговых преступлений выступает «налог любого уровня – федеральный, региональный или местный»^[152]. Очевидно, что бланк, сознательно оставленный пустым, обеспечивает стабильность уголовного закона и автоматически исключает ненужное дублиро-

вание. Но эти достоинства лишь следствие процесса специализации в праве и производны от него.

Поэтому, конструируя состав преступления и размещая его в уголовном законе с использованием бланкетной диспозиции, законодатель фиксирует все его признаки именно в УК РФ, а не в актах иной отраслевой принадлежности. Другое дело, что бланкетные признаки состава должны быть согласованы с иноотраслевым законодательством, но это уже вопрос иного плана (о нем пойдет речь в третьей главе работы). И в силу отмеченной особенности в случае фиксации в УК РФ состава с бланкетными признаками уголовный закон должен применяться в системном единстве с иноотраслевыми нормативными актами.

5. Постановления Пленума Верховного Суда РФ не являются, на наш взгляд, источниками законодательства и права. До недавних пор они выступали источниками уголовного права и уголовно-правового регулирования, поскольку в силу ст. 56 Закона РСФСР «О судостроительстве» были обязательны для судов, других органов и должностных лиц, применяющих закон, по которому дано разъяснение^[153]. Однако данный закон утратил силу в связи с принятием Федерального конституционного закона от 07.02.2011 г. № 1-ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации». Согласно ст. 14 этого закона Пленум Верховного Суда РФ «дает судам общей юрисдикции разъяснения по вопросам применения законодательства РФ в целях обеспечения единства судебной практики». Таким образом, архаичная норма заменена новой, в полной мере соответствующей ст. 126 Конституции РФ, которая предоставляет Верховному Суду РФ лишь право разъяснения УК РФ, т. е. его *толкования*. Получается, что Пленум Верховного Суда РФ в принципе не должен заниматься уголовным правотворчеством, его разъяснения сегодня не могут признаваться источниками права и законодательства, но, безусловно, являются так называемыми (в зарубежной теории права^[154]) «косвенными» или «авторитетными» источниками.

Однако, как мы знаем, периодически Пленум под видом толкования изобретает новые «правила», указывая на *выявленный смысл* уголовного закона. Иными словами, Пленум Верховного Суда РФ в своих постановлениях порой нарушает приведенные нормативные акты и создает по существу новую норму, в том числе и новый признак состава преступления. Например, в п. 4 постановления от 27 декабря 2002 г. № 29 «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое» Пленум указал («разъяснил»), что «если присутствующее при незаконном изъятии чужого имущества лицо является близким родственником виновного, который рассматривает в связи с этим на то, что в ходе изъятия имущества он не встретит противодействия со стороны указанного лица, содеянное следует квалифицировать как кражу чужого имущества»^[155]. С позиции УК РФ это открытое, а не тайное, хищение имущества, т. е. грабеж (ст. 161). По «духу» Кодекса Пленум, наверное, прав, ведь общественная опасность хищения в присутствии лиц, не мешающих виновному (родственников, друзей и т. д.), что заранее очевидно для него, сопоставима с опасностью тайного хищения.

Но «нет ничего опаснее, – писал еще в XVIII веке Чезаре Беккариа, – общепринятой аксиомы, что следует руководствоваться духом закона. Это все равно, что уничтожить плотину, сдерживающую бурный поток произвольных мнений»^[156]. Поэтому Пленум, отступив от «буквы» уголовного закона (ст. 161 УК), вышел за пределы своей компетенции и издал незаконный в указанной части акт. Это не толкование, это в сущности новая уголовно-правовая норма, обязательная для правоприменителя. Корректировка же содержания уголовного права – прерогатива законодателя. Видимо, этим объясняется давняя неприязнь законодателя к толкователям (известно, например, что Наполеон, увидев первый комментарий к ГК Франции 1804 г., вскричал «Погиб мой Кодекс!»^[157]). В рассматриваемой ситуации происходит подмена законодательной власти судебной, не учитывается, что «только законодателю должно принадлежать право строить и закреплять в уголовно-правовой норме законодательную модель

преступления, т. е. конструировать состав преступления», а «малейшее отступление от этого принципиального положения неизбежно ведет к произволу»^[158]. Но по форме постановления Пленума облечены в акт толкования, в связи с чем не входят и, в принципе, не могут входить в уголовное законодательство.

Понятно, что такая порочная практика должна быть ликвидирована (напомним, что у Верховного Суда РФ есть право законодательной инициативы), поскольку, несмотря на формальную необязательность разъяснений, *фактически* для рядового правоприменителя они имеют силу закона^[159]. Постановления Пленума публикуются в Бюллетене Верховного Суда РФ, выписываемого каждым судом нашей страны, и размещаются на официальном интернет-сайте Верховного Суда РФ (www.supcourt.ru или www.vsrfl.ru), а потому повсеместно применяются.

Отсюда следуют два мини-вывода: а) такого рода постановления не являются источниками уголовного права (законодательства и регулирования); б) существование разъяснений Пленума с «новыми признаками состава преступления» и иными фрагментами права *незаконно* (все такие фрагменты при условии их обоснованности подлежат закреплению в УК РФ путем реконструкции существующих составов преступлений);

Поэтому одной из насущных и приоритетных задач отечественного законодателя с точки зрения совершенствования процесса построения составов преступлений является «перенос» всех заслуживающих одобрения новых («изобретенных» Пленумом) признаков преступлений из текста постановлений Пленумов Верховного Суда РФ в УК РФ и, соответственно, ликвидация тех положений, которые заслуживают критической оценки.

6. Отнесение к источникам уголовного права судебного прецедента^[160] вызывает возражение. Под судебным прецедентом понимаются решения российского суда по *конкретному делу* и в первую очередь опубликованные решения Верховного Суда РФ. Судебные прецеденты не могут быть отнесены к источникам права, прежде всего, ввиду отсутствия у них свойств общеобязательности и нормативности. Не секрет, конечно, что любой российский суд и тем более Верховный Суд РФ может постановить решение, не основанное на нормах УК РФ. Это трудно оправдать в случае прямого противоречия судебного решения уголовному закону, но в случае пробела в последнем вполне объяснимо. Известно и то, что в случае публикации данного решения в Бюллетене Верховного Суда РФ оно приобретет едва ли не силу закона. Но, тем не менее, даже фактически оно общеобязательным и нормативным не станет. Огромный авторитет какого-либо акта и отнесение акта к числу источников права – разные вещи. Безусловный авторитет, наверное, есть и в «телефонном праве», и еще во многих иных формах влияния на выносимое по делу судебное решение, но источниками права эти «способы давления» не являются, равно как и позиция суда, пусть даже высшего в стране, высказанная по какому-либо конкретному делу. Не случаен поэтому тот факт, что среди размещенных в Бюллетене Верховного Суда РФ решений встречаются прямо противоположные друг другу.

7. Законодательство РФ военного времени (предусмотренное ч. 3 ст. 331 УК) может стать частью уголовного законодательства РФ, что справедливо подмечено рядом криминалистов^[161], но *сегодня такого источника не существует*.

8. Актам об амнистии присущи, на наш взгляд, все признаки нормативного акта^[162], однако нельзя не видеть и их специфики – разовости (временности) и направленности в прошлое, а не будущее, что отличает их от обычных источников права. В настоящее время акты об объявлении амнистии облекаются в форму постановлений Государственной Думы РФ, что вряд ли приемлемо ввиду значимости решаемых в них вопросов. Поэтому следует поддержать Т. В. Кленову в том, что «возникающие в связи с амнистией уголовно-правовые отношения должны регламентироваться, как и все уголовно-правовые отношения, в форме закона»^[163]. Итак, с рядом оговорок постановления об амнистии необходимо причислить к

источникам уголовного права и уголовного законодательства (соответственно и регулирования в уголовно-правовой сфере), но, как уже отмечалось, в этих актах не фиксируются признаки составов преступлений.

9. Решения, принятые на референдуме. Согласно ст. 83 Федерального Конституционного закона от 28 июня 2004 г. № 5-ФКЗ «О референдуме Российской Федерации» решение, принятое на референдуме, вступает в силу со дня официального опубликования Центральной избирательной комиссией РФ результатов референдума, является общеобязательным, не нуждается в дополнительном утверждении и действует на всей территории РФ^[164]. Анализ данного закона не оставляет сомнений, что на референдум может быть вынесен и вопрос уголовно-правового характера, в том числе, о введении какого-либо состава преступления. Разумеется, такая возможность ничтожно мала, но *при ее реализации* «родится» новый источник уголовного права (законодательства) и регулирования. Отметим, что *в данный момент времени такого источника не существует*.

Обобщая изложенное, отметим еще раз, что только три источника, кроме УК РФ, могут, по нашему мнению, считаться составляющими уголовного законодательства РФ. Стоит ли из-за них править категорическое предписание ч. 1 ст. 1 УК? Представляется, что нет. Уголовно-правовые предписания союзных актов должны быть включены в УК РФ (их сегодняшнее отсутствие в Кодексе – погрешность законодателя). Акты об амнистии носят *исключительный* характер, что подчеркивают все исследователи^[165]. Решения Конституционного Суда – также экстраординарный способ уголовно-правового регулирования, носящий *исключительный* характер. То же самое можно сказать и о возможных в будущем законодательстве военного времени и решениях, принятых на референдуме. Следовательно, указанные акты выступают вполне допустимым *исключением* из правила о том, что один только УК образует уголовное законодательство РФ (ч. 1 ст. 1 УК).

Завершая обзор актов уголовного правотворчества, в которых, среди прочего, могут фиксироваться и признаки составов преступлений, заметим, что их спектр не является и не может являться постоянным. Это вопрос факта и конкретного временного периода, т. е. нужно оценивать взятый в определенный момент времени нормативный акт. Так, сегодня «фрагменты» уголовного права без правовых оснований оказались закрепленными в некоторых пунктах постановлений Пленума Верховного Суда РФ. Завтра Верховный Суд РФ и законодатель могут исправиться и, изъяв их оттуда, поместить в УК. Тогда то или иное постановление автоматически утратит статус источника уголовного права. Также и с КоАП, и с иными источниками уголовного права и (или) законодательства.

Отметим, что в США, Англии, Нидерландах, Швеции, Франции и множестве других стран уголовное законодательство рассредоточено в значительном числе законодательных актов. В Германии, вообще, нормы об уголовной ответственности содержатся, помимо УК, еще более чем в четырехстах законах – так называемом дополнительном уголовном праве (*Nebenstrafrecht*)^[166]. Однако отечественный законодатель обоснованно не воспринял такую практику, поскольку концентрация уголовно-правовых предписаний в едином акте имеет массу достоинств (и в правоприменении, и в законотворчестве, и с точки зрения превентивной задачи). Свою нацеленность на полную кодифицированность уголовно-правовых предписаний законодатель и выразил в ч. 1 ст. 1 УК, что заслуживает всемерной поддержки. Как пишет известный французский теоретик права К. Атиас, «мечта сменилась мифом, когда современники Гражданского кодекса Франции поверили в то, что он тождественен гражданскому праву и включает его целиком»^[167]. Тем более важно максимально содействовать тому, чтобы составы преступлений, выступающие основанием применения к лицам самых суровых мер принуждения, известных праву, были зафиксированы в одном нормативном акте – УК РФ.

Благодаря ч. 1 ст. 1 УК РФ в России обеспечена «непрерывная кодификация» путем внесения в один Кодекс *всех* принимаемых поправок.

Это означает, что *должна быть подвергнута серьезной критике законодательная практика, при которой признаки составов преступлений включаются в акты неуголовной отрасли законодательства (в частности, в КоАП РФ.) либо, вообще, не в нормативные акты. Их необходимо либо переместить в УК РФ, либо исключить из указанных актов.*

Кстати, с учетом уже не раз упоминавшейся отраслевой специализации укажем на *недопустимость (нецелесообразность – само собой) в процессе конструирования состава преступления размещения в УК предписаний другой отраслевой (не уголовно-правовой) принадлежности*. Например, в примечании к ст. 189 УК с 2002 г. по 2013 г. определялись признаки специального субъекта преступления, а именно лица, наделенного правом осуществлять внешнеэкономическую деятельность. Очевидно, что определение этого понятия – удел законодательства о внешнеторговой деятельности, поэтому его исключение, давно напрашиваемое, следует оценить, на наш взгляд, положительно. Техническое правило о недопустимости смешения в одном акте разноотраслевых предписаний было зафиксировано еще в Наказе Екатерины II^[168]. Как видим, это прогрессивное наставление законодательно-технического плана и по сей день не утратило своей актуальности.

Подведем итог. Источниками действующего российского уголовного права, помимо УК РФ, в настоящее время являются: 1) неотмененные нормативные акты СССР, содержащие уголовно-правовые предписания; 2) постановления об амнистии; 3) решения Конституционного Суда РФ уголовно-правового характера; 4) нормативные акты РФ, включающие уголовно-правовые предписания (в том числе, КоАП РФ); 5) постановления Пленума Верховного Суда РФ, содержащие новые, в сравнении с УК РФ, положения. Первые три из них должны быть признаны также источниками уголовного законодательства РФ. С позиции уголовного правотворчества акты, указанные под номерами 1, 4 и 5, не должны входить в круг источников уголовного права. Уголовно-правовые предписания союзных (1) и российских актов (4) должны быть перемещены в УК РФ. Предписания Пленума Верховного Суда РФ, не являющиеся толкованием УК (5), незаконны, а потому подлежат исключению из соответствующих постановлений. В случае правильности их по существу (их целесообразности) они подлежат отражению в УК в рамках установленной процедуры уголовного правотворчества (в силу ч. 1 ст. 104 Конституции РФ Верховный Суд РФ обладает правом законодательной инициативы).

Спектр же источников регулирования отношений, входящих в предмет российского уголовного права, еще шире, поскольку он включает все пять источников уголовного права, указанные выше, и дополнительно: Конституцию РФ (конституционно-правовые нормы которой действуют непосредственно), международные акты (международные договоры РФ и решения Европейского Суда по правам человека, имеющие приоритет перед национальным уголовным правом), УК РСФСР 1960 г. и отмененные редакции УК РФ 1996 г., которые применяются к преступлениям, совершенным в период их действия (если УК РФ не улучшает положение лиц, их совершивших), иноотраслевые акты, которые в силу бланкетности УК применяются в связке с ним, а также источники уголовного права зарубежных стран (которые применяются к гражданам этих стран, совершивших преступления в России, и в ряде иных случаев).

Правильное и системное представление законодателя о реальном круге источников уголовного права и регулирования в уголовно-правовой сфере России важно для конструирования составов преступлений и обеспечения должного качества его результатов, а также проведения в жизнь принципа законности (*nullum crimen sine lege*), закрепленного в ст. 3 УК РФ. Исходя из изложенного выше, законодатель обязан: 1) разрабатывая уголовный закон или совершенствуя его, соотносить создаваемые нормы с Конституцией РФ, решениями Конституционного Суда РФ, международными договорами РФ и решениями Европейского суда по правам человека; 2) конструировать новый состав преступления или реконструировать суще-

ствующий только путем внесения поправок в УК РФ; 3) в ближайшей перспективе закрепить в УК РФ уголовно-правовые предписания российских нормативных актов, а также отдельные положения постановлений Пленума Верховного Суда РФ, в которых описываются отдельные признаки составов преступлений.

ГЛАВА II

Состав преступления и юридическая конструкция преступления

§ 1. Границы состава преступления в Особенной части УК РФ и их значение для его правильного конструирования

Говоря о построении состава преступления, крайне важно иметь ясное представление об «объекте строительства», т. е. о самом составе. И один из ключевых вопросов, возникающих при решении данной задачи, это вопрос о рамках состава в Особенной части УК. Чтобы показать, чем обусловлена значимость данного вопроса, необходимо упомянуть о том, как сформировалась традиционная дефиниция состава преступления.

По свидетельству В. Спасовича, термин «состав преступления» («*corpus delicti*») в понятийный аппарат уголовного права ввел известный итальянский криминалист Farinacius (Фаринаций) в своем сочинении «*Variae quaestiones et communes opiniones*» (1591 г.)^[169]. Первоначально он имел чисто процессуальное значение и обозначал совокупность вещественных улик преступления и лишь в конце XVIII в., в связи с созданием уголовных кодексов, был перенесен в материальное уголовное право^[170]. В уголовном праве он стал обозначать совокупность существенных признаков преступления. Концептуального развития в дореволюционной отечественной науке уголовного права учение собственно о составе преступления не получило^[171], хотя термин, обозначающий данное понятие, встречался в работах А. Ф. Кистяковского, С. В. Познышева, П. П. Пусторослева, Н. Д. Сергеевского, Н. С. Таганцева и других видных криминалистов того времени.

Советскую науку, видимо, не удовлетворило такое положение вещей, поскольку уже в первой половине 20-х годов началась активная разработка проблем состава преступления. Завершилась эта работа острой научной дискуссией 1954–1955 гг., в результате которой большинство ученых пришло к выводу, что состав преступления – это совокупность установленных уголовным законом признаков, характеризующих определенное общественно опасное деяние в качестве преступления^[172]. Достигнутое единодушие в определении понятия состава преступления нашло отражение в работах А. Н. Трайнина, В. Н. Кудрявцева, А. А. Пионтковского и многих других криминалистов, исследовавших упомянутую проблему^[173]. Я. М. Брайнин также отмечал, что «большинство определений состава преступления, даваемых отдельными авторами в советской науке уголовного права, характеризуют его как совокупность установленных советскими законами объективных и субъективных признаков, определяющих общественно опасное деяние как преступное»^[174]. Под данную формулировку подходят и современные определения состава преступления^[175]. Так, по мнению В. С. Комисарова «состав преступления представляет собой совокупность объективных и субъективных признаков, предусмотренных уголовным законом и характеризующих общественно опасное деяние как преступление»^[176].

На наш взгляд, эта классическая дефиниция не способна, как того требует формальная логика, раскрыть содержание искомого понятия^[177], «выделить данный предмет, отличить его от других предметов»^[178] (поскольку не ясно, в качестве *какого именно* преступления состав

характеризует деяние). Значит, указанное определение недостаточно удовлетворительно в научном отношении.

Кроме того, оно пригодно лишь применительно к основному составу преступления, совокупность признаков которого достаточна для отнесения соответствующего деяния к преступлениям. И в данном смысле следует согласиться с распространенным утверждением о *необходимости и достаточности* признаков состава для характеристики деяния как преступного^[179]. В то же время, очевидно, что квалифицирующие и привилегирующие признаки состава не являются *необходимыми* для отнесения деяния к кругу преступных (равно как и специальные признаки – обуславливающие образование специальных составов преступлений). Для этого достаточно и признаков основного состава, так называемых конструктивных. Например, признак проникновения в помещение или иное хранилище (п. «б» ч. 2 ст. 158 УК) не обязателен для признания содеянного преступлением – кражей. Для этого требуются лишь признаки, указанные в ч. 1 ст. 158 УК. Квалифицирующие и привилегирующие признаки (равно как и специальные) не обязательны для этого, они выступают средством дифференциации ответственности, что выражается в новых пределах наказуемости квалифицированного, привилегированного или специального вида преступления. «И без квалифицирующего обстоятельства дела имеется совокупность обстоятельств, необходимая и достаточная для квалификации деяния по основному составу определенного преступления», – справедливо отмечала Т. А. Костарева^[180]. Это дало повод ряду ученых соответствующим образом уточнить классическое определение состава преступления. Например, Е. В. Благов с учетом природы квалифицирующих признаков состава пришел к выводу о том, что «состав преступления – это совокупность признаков, предусмотренных Уголовным кодексом и определяющих преступность соответствующего деяния или дифференцирующих его наказуемость»^[181].

Однако и этот подход не дает ответа на вопрос, в качестве *какого именно* преступления состав характеризует деяние. Функциональное назначение признаков состава – определение круга преступного и дифференциация уголовной ответственности – лишь следствие обособления того или иного состава. Все это наводит на мысль, что совокупность признаков состава позволяет оценить деяние не как преступное вообще или преступное с повышенной (пониженной) ответственностью, а как *определенное* преступление. Так, квалифицированный состав убийства (ч. 2 ст. 105 УК) включает признаки, позволяющие охарактеризовать деяние именно как квалифицированное убийство, основной состав кражи (ч. 1 ст. 158 УК) – именно как такую (простую) кражу, т. е. как специфическое преступление.

А запутывает суть дела, как обычно, проблема терминологического свойства: в доктрине отечественного уголовного права под *составом преступления* традиционно понимается *состав определенного преступления*. «Каждый состав преступления. есть юридическое понятие об определенном рода преступлении»^[182], – отмечал А. А. Пионтковский. Говорим «состав преступления», а подразумеваем состав какого-либо отдельного преступления (простого или квалифицированного убийства и т. д.). И в этом плане становится понятной ценность суждения А. Н. Трайнина о конкретности каждого состава преступления. «Представляя собой совокупность элементов конкретного преступления, – писал он, – состав не может ни в одном своем «роде» или «виде» быть общим. Состав преступления. всегда конкретен»^[183] (в данном контексте под конкретностью состава А. Н. Трайнин понимал законодательное понятие о каком-либо «конкретном» преступлении).

С позиции же логики такой подход, конечно, сомнителен, поскольку состав преступления есть уголовно-правовая категория, т. е. предельно широкое понятие в данной области знаний, над которым не может быть никаких еще более общих понятий. «Термин «состав преступления», – писал В. Е. Жеребкин, – выражает общее понятие, подобно тому, как осуществляют эту функцию термины «человек», «государство» и др...»^[184]. Поэтому более правильно, по

мнению этого ученого, составом преступления именовать ту совокупность признаков, которая присуща всем без исключения преступлениям. Названную совокупность в науке уголовного права принято называть общим составом преступления. Еще Н. С. Таганцев писал, что так как «всякое преступное деяние может быть рассматриваемо или в его родовом, или в его видовом понятии, то сообразно с этим различают общий и особенный, или видовой, состав преступного деяния: сумма признаков, при наличии которых известное деяние признается преступным и наказуемым, будет общим составом; сумма признаков, при наличии которых преступное деяние признается убийством, воровством или, еще специальное, воровством в обитаемом помещении, убийством по согласию и т. д., будет особым составом»^[185].

Однако так называемый общий состав преступления собственно составом преступления не является, поскольку не существует «общего преступления». Отсюда наименование этого предмета, например, общим понятием состава преступления (как это делал, в частности, А. Н. Трайнин), представляется более точным. Думается, однако, что отказ от общепринятой терминологии (прочно вошедшей и в законодательный оборот – ст. 8, 29 УК РФ и т. д.) – большее зло, нежели условность, вкладываемая в термин «состав преступления». Просто данную условность нужно иметь в виду, оперируя термином «состав преступления» для обозначения состава определенного преступления.

Итак, состав преступления есть система признаков определенного преступления. Но что значит «определенное»? Какова мера этой определенности? Поскольку состав преступления описан в законе, является законодательным понятием об определенном преступлении (т. е. имеет нормативную природу), меру этой определенности резонно, на наш взгляд, искать в самом законе, в его структурных подразделениях, в том числе в диспозициях статей, которые, по образному выражению А. Н. Трайнина, выступают «жилплощадью» состава преступления^[186].

Но, даже отталкиваясь от этой посылки, возможны самые различные трактовки границ состава преступления в Особенной части УК, что в полной мере подтвердили результаты анкетирования. На вопрос «Сколько, на Ваш взгляд, составов преступления указано в ст. 105 УК РФ?» ответы респондентов – *ученых и практических работников* распределились, *соответственно*, следующим образом: «один» – 3 % и 6 %; «два, основной (ч. 1) и квалифицированный (ч. 2)» – 36 % и 41 %; «основной (ч. 1) и ряд квалифицированных – по числу пунктов в ч. 2» – 42 % и 40 %; «другой вариант» – 19 % и 13 %^[187]. Приведенные цифры лишней раз доказывают, что в науке и практике имеется значительный разброс мнений о составе преступления и его рамках, чем и вызваны несовпадения в ответах. Среди специалистов, выбравших «другой вариант», многие пояснили, что в ч. 2 ст. 105 УК столько квалифицированных составов, сколько отдельных квалифицирующих признаков, а не пунктов.

В свою очередь в ходе исследования мы пришли к выводу о том, что под определенным преступлением должно пониматься преступление, предусмотренное частью статьи или статьей Особенной части УК, если она не делится на части. Так, составом определенного преступления будет, на наш взгляд, как основной (ч. 1 ст. 105) и квалифицированный составы убийства (ч. 2 ст. 105 УК), так и состав доведения до самоубийства (ст. 110 УК). Если в части статьи выделены пункты, то они закрепляют альтернативные признаки одного и того же состава преступления. Например, убийство в составе преступной группы (п. «ж») и из корыстных побуждений (п. «з») – это альтернативные признаки одного и того же состава преступления, а именно квалифицированного состава убийства.

В пользу такого понимания рамок состава преступления говорит, в частности, тот факт, что именно данные структурные единицы УК (неделимые статьи или части статей Кодекса) содержат самостоятельную санкцию. Санкция же строится (или должна строиться) в зависимости от того, запрет совершения *какого именно* преступления она подкрепляет. Кроме того,

наказуемость как признак преступления находит свое предметное выражение, прежде всего, в санкции статьи Особенной части. Понятно, что эта санкция дополняется положениями Общей части УК, но «ядро» наказуемости определяется санкцией статьи. Наказуемость же является признаком преступления, а потому ее «дозировка» в отдельном структурном элементе УК одновременно означает и то, что этот элемент содержит описание самостоятельного, отдельного преступления.

Наконец, в пользу нашего вывода свидетельствует и общепризнанное в доктрине деление составов на основные, квалифицированные и привилегированные. В рамках данной классификации самостоятельное значение придается как составу, обрисованному в ч. 1 статьи Особенной части УК (ч. 1 ст. 105, ч. 1 ст. 111, ч. 1 ст. 126 и т. д.), так и составу, предусмотренному частями вторыми статей (ч. 2 ст. 105, ч. 2 ст. 111, ч. 2 ст. 126 и т. д.).

С учетом сказанного трудно согласиться, в частности, с позицией В. С. Прохорова по рассматриваемому вопросу. Он писал, что «ст. 102 УК РСФСР содержит тринадцать различных составов квалифицированного убийства»^[188]. Статье 102 УК РСФСР в действующем УК РФ соответствует ч. 2 ст. 105, также включающая множество альтернативных признаков. Еще более наглядно иллюстрирует позицию названного ученого следующее его высказывание: «Всякий раз, когда в диспозиции описан ряд действий (или других признаков, характеризующих преступление) и установления любого из них достаточно для признания в действиях лица состава преступления, по существу речь должна идти об альтернативной диспозиции, содержащей несколько различных составов преступлений. Так, например, если ст. 195 УК РСФСР говорит о похищении, уничтожении, повреждении или сокрытии документов, штампов и т. п., то это не значит, что в ней содержится описание одного, хотя бы и альтернативного, состава, а лишь особым образом формулируются четыре разных состава, каждый из которых обрисован совокупностью совершенно определенных признаков»^[189].

Несколько иной взгляд на рассматриваемую проблему был высказан академиком В. Н. Кудрявцевым. Он полагал, что «следует говорить о наличии нескольких составов в трех следующих случаях:

а) две разновидности преступного поведения предусмотрены разными статьями УК. С этой точки зрения ст. ст. 105 и 106 УК предусматривают два различных состава убийства;

б) разновидности преступных деяний предусмотрены в одной статье УК, но различаются между собой по непосредственному объекту, субъекту и форме виновности (а тем более по нескольким из этих признаков одновременно). С этой позиции имеется два состава в ст. 249 УК (нарушение ветеринарных правил и правил, установленных для борьбы с болезнями растений);

в) две разновидности преступления предусмотрены в одной статье, различаются только признаками объективной стороны или (и) предмета преступления, однако различия эти существенны (например, различные способы действия, последствия и т. д.). Так, в ст. 211 УК имеются, видимо, два состава: угон судна и его захват»^[190].

Однако ни с В. С. Прохоровым, ни с В. Н. Кудрявцевым согласиться, на наш взгляд, нельзя. *Состав таков, каково его описание в законе*, что справедливо отмечал и сам В. С. Прохоров^[191]. Поэтому законодатель, конструируя состав, может создавать самые различные комбинации признаков, помещая их в один состав преступления или распределяя по разным составам. Состав – искусственное построение. Понятно, что в жизни уничтожение и сокрытие документов, угон и захват судна и т. д. – разные поведенческие акты, но по ряду причин (ввиду однородности актов поведения, идентичного либо близкого уровня опасности и т. д.) законодатель решил объединить их в один состав преступления.

В свете сказанного представляется спорным и мнение А. Н. Попова о количестве составов в ст. 106 УК. Как известно, ст. 106 УК предусматривает пониженную ответственность за убийство матерью новорожденного ребенка в случае, если такое убийство совершено: 1) во

время или сразу же после родов либо 2) в условиях психотравмирующей ситуации, либо 3) в состоянии психического расстройства, не исключающего вменяемости. А. Н. Попов считает, что в данном случае «речь идет о трех самостоятельных составах преступления», в основу выделения которых положены различные критерии (соответственно, время совершения убийства, психическое состояние матери и обстановка, в которой оно совершается). Нахождение же этих разных составов в одной статье, по мнению данного автора, является неудачным^[192].

Однако справедливой представляется критика данного мнения: «Состав преступления – научная абстракция, выделение путем анализа отдельных свойств единого явления. Все элементы состава находятся в зависимости друг от друга, отражаются друг в друге. Например, п. «б» ч. 2 ст. 105 УК предполагает не только специального потерпевшего (признак объекта), но и специфические мотив и цель. Убийство общественно опасным способом автоматически нарушает дополнительный объект: общественную безопасность. Подобных примеров масса. Рассуждая с этих методологических позиций, можно заметить, что психотравмирующая ситуация является привилегировавшим обстоятельством не сама по себе, а как фактор, оказывающий негативное воздействие на психику матери. Период родов и следующий за ним временной отрезок также предполагает, что психическое состояние женщины предопределяется болезненными процессами, протекающими или только что протекавшими в ее организме, остаточными. Таким образом, можно утверждать, что законодатель придерживается одного критерия, выраженного через три альтернативных признака состава преступления.

Использование же подобных признаков является одним из распространенных приемов законодательной техники конструирования *одного состава* (курсив наш. – А.И.), как основного (ст. 111, 171, 222, 228 УК и др.), так и квалифицированного (ч. 2 ст. 105 УК и др.)»^[193].

Нормативная природа состава преступления, которая находит выражение и в структуре уголовного закона, дает нам четкий критерий выделения отдельного состава. В. Н. Кудрявцев не случайно в первом пункте (п. а) процитированной выше позиции, утверждает, что разные статьи – это критерий выделения разных составов. Части статьи должно придаваться, по нашему мнению, такое же значение. Тем более с учетом установления за преступление, описанное в части статьи, самостоятельной санкции. Да и теория квалификации подтверждает, как представляется, развиваемый нами взгляд. Так, при единстве умысла содеянное оценивается в рамках *одной части статьи* УК, невзирая даже на «существенные различия» в признаках, т. е. как единое преступление. При пересечении квалифицирующих признаков из разных частей одной статьи возникает вопрос о конкуренции этих *частей* статьи УК – вопрос об *основании уголовной ответственности*, т. е. о составе преступления, который решается в пользу «части, отражающей особо квалифицированный состав»^[194].

В ситуации же, когда две разновидности преступления имеют существенные различия в объективной стороне (ст. 211 УК и т. п.), вопросы возникают к конструктору (законодателю), который, невзирая на существенные различия в признаках преступлений, объединил их в рамках одного состава преступления. В развитие своей позиции В. Н. Кудрявцев писал: «...Если преступные посягательства направлены против различных общественных отношений (неодинаковые непосредственные объекты) или степень общественной опасности лица существенно различны (статья предусматривает не единые субъект или форму виновности), есть основания усматривать два разных состава»^[195]. Совершенно очевидно, что объединять в одной статье или части статьи столь разные по опасности и характеру деяния неправильно. Но если это сделано, то остается признать наличие единого состава, при установлении которого у суда появятся все законные основания в единых пределах оценивать разные по опасности и характеру акты поведения. Насколько обосновано такое законодательное решение – вопрос теории конструирования состава преступления и совершенства уголовного закона (об этом пойдет

речь в главе пятой настоящей работы при рассмотрении вопросов построения сложных составов).

Сделаем еще одну принципиальную ремарку. Определяя границы состава преступления в рамках отдельной статьи (неделимой на части) или части статьи *Особенной части УК*, мы не утверждаем, что в этом подразделении уголовного закона содержатся *все признаки* данного состава. Разумеется, нет, в статье или части статьи УК содержится лишь часть этих признаков. Другая их часть из соображений законодательной техники размещена в *Общей части УК* и – в порядке исключения – в примечаниях к статьям *Особенной части*. Примеры последних исключений – признаки должностного лица как субъекта должностных преступлений в примечании 1 к ст. 285 УК; негативные признаки объективной стороны основного и квалифицированных составов вовлечения несовершеннолетнего в совершение антиобщественных действий, отраженные в примечании к ст. 151 УК; негативные признаки субъекта в составе отказа свидетеля или потерпевшего от дачи показаний – в примечании к ст. 308 УК.

Большинство же общих признаков определенных преступлений выражено в *Общей части УК РФ*. Это, например, признаки субъекта (ст. 19–21), умысла (ст. 25), неосторожности (ст. 26), признаки обстоятельств, исключающих преступность деяния, как негативные признаки преступления (ст. 37–42), и др. Особо следует упомянуть о признаках соучастия в преступлении и неоконченного преступления. Например, состав пособничества в краже, предусмотренной ч. 2 ст. 158 УК, обрисован в ч. 2 ст. 158 УК и ч. 5 ст. 33 УК, а также в иных статьях *Общей части* с общими признаками всех преступлений (в частности, в ст. 1921, ч. 2 ст. 25, ст. 39 УК). Состав приготовления к совершению кражи, предусмотренной ч. 3 ст. 158, содержится в ч. 3 ст. 158 УК, ч. 1 ст. 30 УК и ряде иных положений *Общей части*.

Отсюда становится понятной наша позиция по двум спорным вопросам учения о составе преступления – наличии состава преступления при соучастии и в неоконченном преступлении; соотношении состава с диспозицией статьи (части статьи) УК. Мы разделяем мнение о том, что состав преступления содержится не только в оконченном преступлении, совершенном исполнителем (такое поведение прямо обрисовано в статьях *Особенной части УК РФ*), но и в поведении соучастников преступления, а также при совершении preparatory действий и покушения на преступление^[196]. В последних случаях признаки состава преступления дополняются из *Общей части УК* (ст. 33, 30). В принципе их можно было бы изложить и в *Особенной части УК*, применительно к каждой разновидности преступления. Но такой вариант неприемлем по законодательно-техническим соображениям. Поэтому признаки соучастия и неоконченной деятельности законодателем «вынесены за скобки» и изложены в *Общей части УК*.

Что касается соотношения состава с диспозицией статьи или части статьи *Особенной части УК*, то после сказанного понятно, что ни один состав преступления полностью не может быть выражен в этих структурных единицах УК. Ряд признаков любого состава преступления обрисован за рамками диспозиций статей. Это сделано в *Общей части УК*, а иногда и в примечаниях к статьям *Особенной части УК*.

Только с учетом этих важных оговорок нужно понимать наши высказывания о том, что состав преступления предусмотрен либо неделимой на части статьей Особенной части УК, либо частью статьи Особенной части УК. В полном объеме, т. е. в единстве всех своих признаков, состав преступления регламентирован не только в этих подразделениях закона. Важно, что сделанный вывод о «привязке» состава преступления к данным единицам уголовного закона позволяет конкретизировать преступление, в качестве которого состав преступления характеризует содеянное. То есть позволяет, как нам представляется, уточнить классическую дефиницию состава преступления.

Еще раз подчеркнем, что один состав преступления не может быть предусмотрен статьей *Особенной части УК*, если она делится на части. Например, не существует состава убийства как самостоятельного состава преступления. Есть основной состав убийства (ч. 1 ст. 105 УК),

квалифицированный состав убийства (ч. 2 ст. 105 УК), состав убийства при превышении пределов необходимой обороны (ч. 1 ст. 108 УК), состав убийства при превышении мер, необходимых для задержания преступника (ч. 2 ст. 105 УК) и т. д. (обратим внимание, что привилегированных составов убийства несколько, а не один). В равной мере не существует отдельного состава преступления, который был бы предусмотрен пунктом части статьи Особенной части УК. Так, признаки группового убийства, обрисованные в п. «ж» ч. 2 ст. 105 УК, входят в квалифицированный состав убийства на правах альтернативного признака данного состава.

Понятно, что некоторые такие альтернативные признаки могут даже взаимно исключать друг друга (например, корыстный мотив убийства исключает хулиганский мотив), но следует понимать, что состав преступления – это генетически, по определению искусственное законодательное построение, законодательная модель определенного преступления. И как *модель* состав преступления отражает свойства не отдельно взятого из жизни преступления, а *множества таких преступлений*, признаки которых могут не только не сочетаться, но, напротив, взаимно исключать друг друга. Так и «рождаются» в УК составы с альтернативными признаками, иные сложные составы. Например, в основном составе умышленного уничтожения или повреждения имущества (ч. 1 ст. 167 УК) уживаются деяния в виде уничтожения имущества и его повреждения, хотя они взаимоисключающие. Но единая природа этих деяний позволила законодателю объединить их в один состав преступления на правах альтернативных его признаков.

С рассмотренным связан еще один вопрос – о соотношении состава преступления с нормой уголовного права. Диспозиция статьи УК или диспозиция ее части – это форма (внешняя) уголовного права, а норма и ее структурные элементы – это содержание уголовного права^[197]. «Если статья является конструктивным элементом закона, – справедливо замечает и Н. А. Лопашенко, – то норма – конструктивный элемент уголовного права, содержащий в себе обязательное правило поведения. Соотношение статьи уголовного закона и уголовно-правовой нормы можно определить как соотношение содержания и формы»^[198]. Поскольку содержание скрыто от нашего взора и доступно нам через призму внешней оболочки в виде текста уголовного закона, постольку в доктрине наблюдается колоссальный разнобой в понимании не только нормы, но и ее строения, видов норм и т. д.

Со статьями УК и их структурой вроде бы все понятно, поскольку мы непосредственно наблюдаем их при ознакомлении с текстом Кодекса. Например, статьи Особенной части УК состоят из диспозиции и санкции. Поэтому с технической точки зрения ясно, что законодатель должен выделить два элемента в статье, чтобы придать ей заверченный вид. Этот момент зачастую упускается из вида, когда речь идет о строении нормы, а акцент делается на строении статей уголовных кодексов. Правовые нормы – это правила поведения, а статьи закона – лишь форма их выражения. И из соображений законодательной техники фактически ни одна статья Особенной части УК не содержит в себе всей правовой нормы. Многие положения уголовно-правовой нормы, как уже отмечалось, «вынесены за скобки» в Общую часть (о признаках субъекта преступления, вине и др.), многие изложены ссылочным способом и т. д.

С содержанием же уголовного права, представленном нормами и нестандартными предписаниями, не все так просто, ибо, еще раз подчеркнем, оно скрыто от нашего взора. Поэтому в общей теории права и науке уголовного права развернулись масштабные дискуссии о структуре правовой нормы, содержании каждого из ее элементов, видах норм. В частности, известны позиции о трехэлементности^[199] и двухэлементности^[200] нормы права, в том числе уголовного (высказаны и иные суждения^[201]).

Поскольку подробное изложение наших представлений по спорным вопросам теории правовых норм выходит за рамки настоящего исследования, для его целей отметим лишь пунктиром, что мы исходим из факта существования в уголовном праве двухэлементных регулятивных, охранительных и исключительных норм^[202]. Регулятивные нормы, запрещающие совер-

шение преступлений, из соображений законодательной техники прямо не выражены в тексте УК. В Особенной части законодатель *описывает* преступления, которые в силу указания в ч. 1 ст. 14 УК на признак запрещенности фактически *запрещаются* УК РФ. В итоге, на наш взгляд, появляются на свет регулятивные и корреспондирующие им охранительные нормы. И в каждом из этих видов норм есть место признакам состава. В отличие от диспозиций статей УК, нормы уголовного права полностью охватывают состав преступления, ибо являют собой неразрывное единство предписаний Общей и Особенной частей УК (как писал Н. Д. Дурманов, «предполагают сочетание конкретного юридического положения Особенной части и множества нормативных положений Общей части»^[203]).

При создании охранительной нормы законодатель должен иметь ясное представление о том, в какой ее элемент помещать конструируемый состав преступления. «Законодательная техника предполагает четкое представление законодателя о правовой норме, – справедливо отмечает Д. А. Керимов. – Такое представление позволяет целесообразно расположить законодательный материал в логической последовательности его нормативно-правового содержания»^[204]. Не этим ли значением нормы права объясняется тот факт, что две докторские диссертации об уголовно-правовом «строительстве» защищены учеными (Т. В. Кленовой^[205] и В. П. Коняхиным^[206]), первые серьезные изыскания которых были посвящены именно уголовно-правовым нормам^[207]? Разумеется, что отсутствие единого мнения о правовой норме затрудняет решение этого вопроса. Впрочем, неопределенность присутствует в основном в учениях приверженцев концепции трехчленной нормы: рождаются теории о гипотезе нормы, слитой с диспозицией^[208], Общей части как гипотезе для норм Особенной части^[209] и т. п. Поскольку мы разделяем взгляд о двухэлементности нормы уголовного права, то полагаем, что в охранительной норме состав преступления содержится в ее гипотезе, а не в диспозиции нормы^[210], или, по «другой версии», в гипотезе с диспозицией^[211]).

Преступление является юридическим фактом, а «юридический факт – это всякое обстоятельство, *предусматриваемое гипотезой юридической нормы* (курсив наш. – А. И.) и влекущее за собою, как следствие, возникновение, равно изменение и прекращение юридического отношения»^[212], – обоснованно отмечал еще Ф. В. Тарановский. Известный теоретик Я. М. Магазинер, выступающий за двухэлементное строение нормы, прямо указывал на то, что преступление предусмотрено первой частью нормы, т. е. гипотезой^[213]. Да и сегодня мнение о гипотезе нормы как месте «дислокации» юридического факта разделяет большинство ученых^[214]. Следовательно, по нашему мнению, состав преступления описывается в гипотезе охранительной уголовно-правовой нормы.

В ходе формирования уголовного законодательства, запрещая совершение определенных деяний и подкрепляя запреты наказаниями, правотворец *прямо* выражает в уголовном законе лишь охранительную уголовно-правовую норму (гипотезу и санкцию). В гипотезу он и помещает информацию о составе преступления, а в санкцию – о видах и размерах наказаний (о типовом наказании). Этого вполне достаточно для понимания адресатом того факта, что уголовный закон не только наказывает за совершение преступлений, но и запрещает их.

§ 2. Уяснение понятия состава преступления как предпосылка его конструирования

Определившись с границами состава в Особенной части УК РФ, считаем возможным рассмотреть еще ряд принципиальных вопросов, необходимых для определения понятия состава преступления как объекта конструирования. Без этого невозможно, по нашему мнению, правильно решить многие специальные вопросы инженерии состава.

В теории уголовного права не наблюдается согласия в наименовании структурных единиц состава преступления. Деяние, последствия, вина и т. п. первичные компоненты состава именуются признаками или элементами. Более крупные компоненты – объект, субъект, объективная и субъективная стороны – обозначаются терминами «элементы», «группы признаков», «стороны состава», «подсистемы состава». Наиболее распространенным является наименование последних компонентов элементами, а их слагаемых – признаками^[215]. Состав преступления – это конструкция, строение, а потому более точно называть его первичные составляющие, например, терминами «элемент», а вторичные (объективную сторону и т. д.) – «часть». Но, заметим, что это не принципиальный в сущностном отношении вопрос. Надо признать, что есть устоявшаяся терминология (признак – первичный компонент состава; элемент – вторичный компонент), которая вполне пригодна для обозначения компонентов состава преступления, а потому мы будем ее придерживаться (данная оговорка, надеемся, минимизирует объем возможной критики в наш адрес по этому поводу).

В определении состава традиционно упоминается его функция – он *характеризует* деяние. Для чего? Ответ очевиден: для квалификации содеянного. «...Состав служит юридическим основанием привлечения лица, совершившего преступление, к уголовной ответственности. Если каждый признак конкретного преступления входит в обобщенный признак состава, соответствует ему так же, как единичный предмет относится к определенному классу предметов, мы говорим, что в действиях этого лица имеется состав преступления»^[216]. До революции функциональную роль состава не фиксировали в определении его понятия^[217]. Думается, однако, что отражение функциональной роли состава в классической дефиниции состава преступления – достоинство последней, от которого нецелесообразно отказываться. Определение состава преступления должно отражать главную его функцию, иначе трудно понять, в чем основное назначение этой уголовно-правовой категории.

Не совсем верно, на наш взгляд, в дефиниции состава преступления указывать на совокупность признаков. Права Н. Ф. Кузнецова, отмечая, что состав – это «не механический набор, случайная сумма элементов, а строгая их система»^[218]. Необходимо отметить также, что состав преступления – это не явление объективной действительности, а явление законодательное, нормативное. Поэтому в предыдущем параграфе мы и упомянули, что состав преступления имеет *нормативную природу*. Он существует не в жизни, а в уголовном законе. В жизни все преступления причиняют какие-либо последствия, характеризуются пространственными и временными рамками и т. д., но конструктор (законодатель) нередко оставляет их за рамками состава, обрисовывая соответствующее преступление в законе. Значит, *признаки и элементы преступления, входящие в состав, устанавливаются, «задаются», уголовным законом, описываются в нем, предусмотрены им*.

Нормативная природа состава преступления представляется очень важной характеристикой в его понимании. Только такой подход позволяет осуществить полную классификацию составов преступлений и понять многие явления, с ним связанные^[219]. Не случайно, эта черта возводится иногда в ранг самой существенной в понятии состава. Так, И. Я. Гонтарь, проводя специальное исследование, пришел в его результате к выводу, что «под составом преступления

в теории уголовного права следует понимать содержащееся в уголовном законе *описание* (курсив наш – А.И.) признаков общественно опасного деяния»^[220]. По нашему мнению, с позиции логики «законодательное описание» не может выступать родовым признаком состава. И задачи УК, и его принципы, и вина, и соучастие, и наказание, и абсолютное большинство всего остального, из чего складывается уголовное право, *описано* в уголовном законе. И все это в принципе существует в таком виде, в каком оно описано в уголовном законе. Но из данного факта отнюдь не вытекает, что «описание в уголовном законе» есть родовой признак того или иного феномена. Важно, что и как обрисовывается (описывается) в уголовном законе. И определение понятия как логический прием призвано ответить на этот главный вопрос, т. е. призвано вскрыть суть понятия.

Однако то обстоятельство, что состав таков, каково его описание в законе, И. Я. Гонтарь, подметил, на наш взгляд, верно. Так же, как верно подметил это свойство в составе преступления ряд других ученых (А. А. Пионтковский, В. С. Прохоров и др.), которых Н. Ф. Кузнецова назвала сторонниками «нормативистского понимания состава» или «нормативистами»^[221]. К такому же выводу пришел и Ю. Е. Пудовочкин: «Нормативистское учение о составе преступления наиболее точно отражает суть данного феномена»^[222]. Вслед за названными учеными мы также подчеркиваем, что состав преступления имеет нормативную или законодательную природу (к позиции же критиков нормативистов – А. Н. Трайнина, Н. Ф. Кузнецовой и др. – мы еще вернемся). Например, в реальной действительности (жизни) бандитизм, как правило, выражается в совершении вооруженной организованной группой различных корыстно-насильственных преступлений. Законодателем же его состав в ч. 2 ст. 209 УК «урезан» и образуется уже самим фактом участия субъекта в такой группе (законодательная характеристика бандитизма). В этом и заключена сущность состава: *преступления и их составы таковы, как они определены, выражены в уголовном законе*. Кстати, и упоминавшийся выше А. Н. Трайнин прямо указывал, что «состав преступления таков, каким он описан в законе»^[223].

Для окончательной расстановки всех акцентов относительно понятия состава преступления необходимо провести его сравнение с понятием преступления и малозначительного деяния. Споры на эту архиважную тему не утихают в теории уголовного права и по сей день^[224]. Понятно, что решение данных вопросов напрямую зависит от трактовки исследователем соотносимых категорий. Много путаницы вызывают попытки соотносить несоотносимые понятия. М. П. Карпушин и В. И. Курляндский правильно, как представляется, отмечают, что «правоммерно проводить сравнение в одной плоскости», например, состав преступления сопоставлять с преступлением, состав определенного преступления – с определенным преступлением^[225]. 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»^[226]; «понятием преступления характеризуется реальное явление, а состав преступления выступает как юридическое понятие об этом явлении»^[227], «понятие преступления шире понятия состава преступления в силу того, что первое представляет собой социально-правовое явление, последнее – правовую категорию»^[228]. Понятие какого-либо преступления – это явно не реальное жизненное явление, а понятие о нем, в котором преступление отражено, также как и в составе, в своих типичных и существенных признаках. Поэтому трудно согласиться и с Н. А. Лопашенко, которая указывает, что преступление и

его состав различаются, среди прочего, по природе: «состав – законодательная конструкция, преступление – реальность, находящаяся в социальной жизни общества, хотя и несущее на себе отпечаток воли законодателя, признающего преступление преступлением»^[229]. На этой же позиции стоит и С. Н. Павлов, который, рассмотрев соотношение *corpus delicti* и преступления, пришел к выводу о том, что: преступление есть явление социальной действительности и олицетворяет собой феномен содержания, а состав преступления – ассоциируется с формой; состав преступления по своему объему уже преступления, поскольку включает минимальное количество типичных, существенных и необходимых для криминализации деяний и привлечения лица к уголовной ответственности признаков^[230]. Предложенный критерий разграничения дает «сбой» при попытке соотносить искомые объекты на понятийном уровне – например, понятие простого убийства (ч. 1 ст. 105 УК) и понятие состава этого же убийства. На этом уровне выясняется, что понятие простого убийства, равно как и его состав, также включает минимальное количество типичных, существенных и необходимых его признаков. Где же принципиальное отличие?

Наметив указанную отправную точку, перейдем на уровень соотнесения признаков искомых понятий (т. е. проведем сравнение на понятийном уровне). В. Н. Кудрявцев, позиция которого поддержана многими отечественными криминалистами, следующим образом решает поставленный вопрос: «Признаки, характеризующие какой-либо состав преступления, в равной мере входят и в понятие об этом преступлении... В составе преступления признаки перечислены в некоторой жесткой последовательности, они сгруппированы, привязаны к определенным элементам преступления, а для понятия преступления это отнюдь не характерно. Иными словами, состав и понятие преступления различаются по их внутренней структуре, по степени упорядоченности одних и тех же признаков»^[231].

Однако структурированность признаков (с позиции логики, действительно, присущая составу преступления, но не характерная для понятия этого же преступления) – как представляется, не главный отличительный признак соотносимых понятий. 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 соотношение состава с этими признаками образует, на наш взгляд, центральный пункт рассматриваемой проблемы.

Господствующий до сих пор взгляд на соотношение состава преступления и общественной опасности был сформулирован еще А. Н. Трайниным. Приведем ряд характерных цитат из его фундаментального труда «Общее учение о составе преступления»: «...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»^[232]. Иными словами, общественная опасность, как считал А. Н. Трайнин, содержится в составе преступления, рассредоточена по его элементам. Аналогичную позицию занимали В. Н. Кудрявцев («Общественная опасность. является неотъемлемой чертой состава»^[233]) и М. И. Ковалев («Общественно опасными являются действия, содержащие все признаки состава преступления»^[234]). Н. Ф. Кузнецова также указывала, что общественная опасность охватывается составом преступления, хотя и – конкретизирует она – его объективной стороной^[235]. «В структуре каждого конкретного

состава преступления отражаются такие признаки преступления, закрепленные в ст. 14 УК РФ, как общественная опасность и противоправность»^[236], – отмечается и О. Ф. Шишовым.

Аналогичное мнение по существу высказывают В. С. Прохоров и Н. И. Мацнев: «Понятие преступления, содержащееся в ч. 1 ст. 14 УК, и конкретный состав преступления, предусмотренный нормой Особенной части, соотносятся между собой как общее и частное»^[237]. Если сравнение проводить на одном уровне, т. е. уровне определенного преступления, 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 опасностью^[238]. Еще в «Ленинградском курсе» верно отмечалось, что «опасно преступление, а не его состав», правда с оговоркой относительно того, что состав должен выражать общественную опасность^[239]. 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*. Сегодня этот признак в ч. 1 ст. 14 УК РФ сформулирован как «запрещенность» деяния уголовным законом. Мы согласны с такой его лексической «оболочкой», поскольку преступления не только предусматриваются, но и запрещаются уголовным законом. Запрет (активного и пассивного поведения; последний суть юридическая обязанность – например, в ст. 125 УК) хотя прямо и не выражен в тексте Особенной части УК, но подразумевается в ней и прямо закреплен как признак преступления в его определении.

Однако отсутствие прямого указания на запрет в Особенной части УК дает повод современным последователям немецкого ученого К. Биндинга утверждать, что УК не запрещает совершение преступлений^[240]. Вместе с тем, позиция сторонников запрета в уголовном праве сегодня значительно укреплена в силу указания на запрещенность в самом тексте УК – ч. 1 ст. 14 УК. Но, к сожалению, законодатель не в полной мере последователен. Указав в ст. 14, что преступление – это запрещенное деяние, он должен был этот самый запрет выразить в иных предписаниях УК. Смысла делать это в Особенной части нет, так как приведет к лексической избыточности текста закона, его перегрузке. Тем более что запрет в Особенной части УК подразумевается^[241]. Поэтому логично, на наш взгляд, было поместить указание на запрет в статью о задачах УК (ст. 2), отметив, что для осуществления стоящих перед ним задач Кодекс не только определяет круг преступлений, но и *запрещает их совершение*.

Таким образом, сегодня в Особенной части УК преступления предусмотрены (описаны, описаны), что означает запрет их совершения уголовным законом. Отметим, что выражения «*предусмотрено уголовным законом в качестве преступления*» и «*запрещено уголовным законом*» мы исключительно в целях настоящего исследования употребляем как синонимичные. Поэтому за фразой «запрещается», в сущности, понимается предусмотренность преступления уголовным законом, его описание в этом законе в качестве преступления.

Итак, установление признаков состава преступления означает лишь тот факт, что деяние запрещено уголовным законом, но еще ничего не говорит об опасности деяния. Соотнесение деяния с составом и установление в результате соответствия между ними является лишь основанием для предположения об общественной опасности деяния. Однако это предположение в конкретном случае может быть опровергнуто, что явствует из содержания ч. 2 ст. 14 УК (нормы о малозначительности). Следовательно, для констатации преступления необходимо сначала установить, что деяние соответствует признакам состава преступления (запрещено законом), а затем – что оно общественно опасно (т. е. проверить, не является ли

оно малозначительным). В этом смысле представляется верным суждение А. Э. Жалинского о том, что «противоправность описывается с помощью конструкции состава преступления»^[242].

Особо отметим, что деяние, совершенное при обстоятельствах, исключающих его преступность (глава 8 УК РФ), также как, например, добровольный отказ от преступления, свидетельствуют, по нашему мнению, об отсутствии в содеянном признака запрещенности, поскольку в таких деяниях отсутствует состав преступления. Выше отмечалось, что состав включает в себя признаки преступлений, указанные, в том числе, и в Общей части УК. Обстоятельства, влекущие непреступность деяния, выступают негативным, исключительным признаком состава, ограничивая действие признаков, указанных в диспозиции статьи Особенной части УК.

Малозначительность же (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 главе 8 УК. Во-вторых, в ч. 2 ст. 14 прямо указывается, что деяние содержит признаки, предусмотренные УК, т. е. это деяние запрещено УК. Мыслимо возражение, что закон запрещает лишь преступления. Но с таким возможным возражением трудно согласиться, так как в ч. 1 ст. 14 УК общественная опасность и запрещенность выделены как два самостоятельных признака в понятии преступления. С позиции логики это означает, что некоторые деяния могут запрещаться, но не обладать общественной опасностью, а потому не являться преступлениями. Первый (если не единственный) претендент на отнесение к кругу запрещенных, но не опасных актов поведения – это, вне всякого сомнения, малозначительное деяние.

Добавим также, что включение малозначительности в состав преступления как негативного признака преступления приведет нас к парадоксальным выводам: например, о том, что большинство составов преступлений сконструировано по типу материальных составов или составов создания опасности. Ведь малозначительность означает отсутствие общественной опасности, а последняя концентрируется, как правило, в признаках существенного вреда либо создания опасности его причинения. Поэтому если деяние не является малозначительным, оно, как правило, либо причиняет вред, либо создает угрозу его причинения. Поэтому через норму о малозначительности, которая якобы входит в состав преступления, мы вынуждены будем отказаться от выделения множества формальных, в том числе усеченных, составов, с чем, обоснованно не согласится абсолютное большинство ученых, включая автора этих строк.

Вернемся, однако, к тезису о том, что состав есть воплощение признака запрещенности (противоправности). 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. Если так, то в состав должны входить и все признаки преступления, в том числе общественная опасность, названная в ч. 1 ст. 14 УК. Но, представляется, что этимология термина «состав преступления» не должна запутывать суть дела. Термин «состав преступления», как и многие другие, условен. Мы помним, что в момент своего появления он выступал процессуальной категорией, затем стал обозначать признаки преступления (по существу слившись воедино с понятием преступления)^[243], но с тех пор его смысл претерпел дальнейшую эволюцию. Сегодня имеются основания утверждать, что под составом преступления должен пониматься набор признаков, соответствие которым содеянного свидетельствует о его предусмотренности уголовным законом, но не обязательно об опасности содеянного.

Основное функциональное назначение состава преступления – это обоснование уголовной ответственности, в частности, применение состава преступления как базового инструмента в процессе квалификации деяния, ее «эталона»^[244]. 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.

Таким образом, состав преступления соответствует уголовной противоправности как признаку преступления. В этом и состоит, по нашему мнению, главный разграничительный признак понятия преступления и понятия состава преступления – нахождение за рамками последнего признака общественной опасности и его «привязка» к предусмотренности уголовным законом (запрещенности). Таким образом, понятие состава преступления обозначает иную реальность (иной предмет), нежели понятие этого преступления. Состав преступления воплощает набор признаков, характеризующих деяние как запрещенное, предусмотренное законом в качестве определенного преступления. И обнаружение соответствия между признаками состава и признаками конкретного деяния позволяет лишь утверждать, например, применительно к квалифицированной групповой краже: «Да, это деяние *предусмотрено* уголовным законом – пунктом «а» ч. 2 ст. 158 УК». Утверждается только, что деяние *подпадает* под ч. 2 ст. 158 УК (п. «а»), и не более. Для признания этой кражи преступлением необходимо выявить ее общественную опасность (после обнаружения состава она презюмируется, но при возникновении сомнений в ее наличии – 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. К аналогичному выводу пришел и А. И. Плотников: «Общественная опасность выражает сущность преступления, а последняя не является элементом преступления и состава, а скрыта во взаимосвязях его отдельных сторон. В существующей редакции ст. 8 УК РФ акцент сделан на формальных основаниях ответственности, что противоречит ч. 2 ст. 14 УК РФ»^[245].

Кроме того, выскажем еще одну претензию к ст. 8 УК: в ней говорится, что деяние должно содержать *все* признаки состава преступления. Такое законодательное решение нельзя признать верным, поскольку не все признаки состава преступления необходимы для привлечения лица к ответственности за преступление с этим составом. Многие из этих признаков являются не обязательными, а факультативными (в том числе альтернативными). Например, основной состав незаконного использования товарного знака (ч. 1 ст. 180 УК) включает такие альтернативные признаки как «неоднократность действий» и «крупный ущерб». Оба этих признака входят в указанный состав, но для наличия состава требуется установить один из них. Следовательно, не все признаки состава преступления обосновывают уголовную ответственность. Важно установить, что деяние соответствует составу преступления, а этот вывод будет правомерен при установлении в содеянном всех обязательных признаков и, например, одного из альтернативных.

Отсюда небесспорным представляется следующий, ставший фактически догмой (особенно в учебной литературе), тезис: «Классификация признаков на обязательные или факультативные осуществляется только в связи с общим учением о составе преступления, в аспекте же квалификации по конкретной норме Особенной части уголовного права все признаки, указанные в диспозиции статей, являются обязательными»^[246].

Наконец, еще одно принципиальное замечание к редакции ст. 8 УК. Вслед за законодателем мы говорим: «состав содержится в деянии» (ст. 8 УК), т. е. в содеянном. Но ведь 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. 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. и выше» – *признак состава шире признака конкретного преступления*. Признак конкретного преступления соотносится с признаком состава как единичный предмет с классом предметов^[247]. Признак состава, как более общий, всегда шире по содержанию. Поэтому точнее говорить о *соответствии признака конкретного преступления (содеянного) признаку состава, составу преступления*.

Фактически мы становимся на позицию В. Н. Кудрявцева относительно задачи, решаемой в ходе квалификации преступления – это «установление и юридическое закрепление точного *соответствия* (курсив наш. – А.И.) между признаками совершенного деяния и признаками состава преступления, предусмотренного уголовно-правовой нормой»^[248]. 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. Гонтарь^[249]. Правда, разработчиками учения о квалификации предлагаются и иные варианты решения данного вопроса. Так, Е. В. Благов не согласен с формулой «соответствие деяния составу» и результатом квалификации считает решение «о предусмотренности (или непредусмотренности) выявленного деяния составу определенного преступления»^[250]. «Признаки состава преступления, – отмечает он в другой работе, – могут исключительно предусматривать (отражать, определять, описывать) соответствующее деяние»^[251]. И все-таки вариант В. Н. Кудрявцева представляется более удачным. Конкретное преступление предусмотрено не составом, а уголовным законом, этот состав со всеми его признаками описывающим. К тому же автор приведенной позиции сам неоднократно использует формулировку «деяние соответствует составу преступления»^[252], фактически признавая ее право на существование.

Можно, конечно, воспринимать отмеченный недостаток ст. 8 УК как условность, «штамп» и не обращать на него внимания. В уголовном законе, вообще, достаточно условных выражений. Но, думается, это не тот случай. Статья 8 УК относится к фундаментальным положениям уголовного закона, входит в главу об уголовно-правовых принципах и на этом основании по праву причисляется к системообразующим нормативным предписаниям Общей части УК^[253]. Здесь вдвойне, втройне и т. д. (в сравнении с иными фрагментами закона) важна точность формулировок. Фраза же «деяния, содержащего все признаки состава» в ст. 8 УК дает повод для всевозможных спекуляций о составе преступления: будто бы «состав содержится в реальной действительности, а не в уголовном законе», и т. п.

Все это приводит к выводу о необходимости изложения ст. 8 УК в новой редакции: «*Основанием уголовной ответственности является совершение общественно опасного деяния, признаки которого соответствуют составу преступления, предусмотренному настоящим Кодексом*». Данное видоизменение ст. 8 предполагает соответствующую модификацию ряда иных предписаний УК, в которых упоминается состав преступления (ч. 1 ст. 29, ч. 3 ст. 31 и др.).

Кстати, иногда ст. 8 УК критикуют по другой причине – якобы она не дает ответа на вопрос, что же выступает основанием ответственности соучастников преступления (кроме исполнителя) и основанием ответственности за неоконченное преступление. Авторы критики полагают, что все признаки состава преступления имеются лишь в оконченном деянии, совершенном исполнителем. «Масла в огонь подливает» и сам законодатель, определяя оконченное

преступление как деяние, содержащее все признаки состава преступления (ч. 1 ст. 29 УК). Однако выше уже отмечалось, что и неоконченное преступление, и соучастие в преступлении соответствуют составу (а, значит, и его признакам). Только в этих случаях признаки состава по законодательно-техническим соображениям закрепляются, среди прочего, в ст. 30, 33 УК РФ. Поэтому упомянутую критику следует признать, на наш взгляд, необоснованной.

В плане квалификации и уголовного процесса следует еще раз подчеркнуть, что установление соответствия между содеянным и составом преступления является основанием для презюмирования общественной опасности содеянного. Бремя доказывания общественной опасности деяния, которое предусмотрено УК, лежит, естественно, на стороне обвинения. Но нами не случайно упомянут *прием презюмирования*. Презумпции позволяют правильно распределить бремя доказывания. Если содеянное соответствует признакам состава преступления, то, не снимая с себя бремени доказывания, сторона обвинения имеет право, на наш взгляд, предположить ее наличие (также как, например, вменяемость обвиняемого). Лишь появление в конкретном уголовном деле доказательств возможного отсутствия общественной опасности либо сомнений в ее наличии (отсутствие вредных последствий, «благие намерения» субъекта и т. д.) должно служить достаточным основанием для полноценной работы органа предварительного расследования, прокурора или суда над проверкой ее наличия.

Со сказанным тесно взаимосвязан другой правоприменительный вопрос: о составе преступления и его понимании в уголовно-процессуальном праве, а также практике его применения. В силу п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ уголовное дело не может быть возбуждено, а возбужденное уголовное дело подлежит прекращению по следующему основанию: отсутствие в деянии состава преступления. В силу ст. 302 УПК при отсутствии в деянии подсудимого состава преступления постановляется оправдательный приговор.

Требование законодательной техники о том, что один термин должен иметь одинаковое значение во всем законодательстве, к сожалению, трудновыполнимо. Однако в комплексе смежных отраслей желательно все-таки обеспечивать жесткое соблюдение данного правила.

Уголовное право и уголовно-процессуальное право, наряду с уголовно-исполнительным, образуют блок правовых отраслей «криминального» цикла. В этой связи термин «состав преступления» в данном законодательном массиве должен иметь одно значение.

Именно по этой причине свою позицию относительно ст. 8 УК, которая является следствием нашей трактовки состава преступления и изложена выше, мы считаем важным и необходимым экстраполировать на УПК РФ. Судя по сложившейся практике применения п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ состав преступления не усматривается в малозначительных деяниях, описанных в ч. 2 ст. 14 УК. Согласно развиваемому нами взгляду, такие деяния соответствуют составу преступления, т. е. описаны в уголовном законе в качестве преступлений, запрещены. Следовательно, в таких ситуациях, на наш взгляд, следует отказывать в возбуждении уголовного дела либо прекращать дело (преследование) по иному основанию, нежели «отсутствие состава преступления». По этой причине нам представляется разумным введение в ст. 24 УПК РФ дополнительного основания прекращения дел и отказа в их возбуждении – «малозначительность деяния» (отсутствие в деянии общественной опасности).

Отдельно заметим, что такой шаг при условии введения статистического учета по этому основанию позволит определить реальную распространенность в практике неопасных, хотя формально и предусмотренных УК деяний. Сегодня не известна частота применения ч. 2 ст. 14 УК, а ведь это злободневная проблема. Органы предварительного расследования боятся брать на себя ответственность и оценивать содеянное как малозначительное деяние ввиду оценочного характера последнего понятия. Усмотрев все признаки состава, указанные в уголовном законе, они направляют дело прокурору. После этого редкий прокурор, а затем и судья решаются применить ч. 2 ст. 14 УК, поскольку принятие такого решения означает, что преследование лица (действия и решения следователя, прокурора и т. д.) было незаконным. В

итоге лиц, деяния которых не представляют общественной опасности, осуждают. Случаи применения нормы о малозначительном деянии единичны в каждом регионе России, что хорошо известно каждому практикующему юристу. Введение статистического учета наглядно бы подтвердило этот факт и, возможно, послужило бы толчком к изменению сложившейся ситуации, когда решающее значение придается лишь одному «формальному» признаку преступления.

Кроме того, последовательно развивая наш взгляд на состав преступления, считаем необходимым уточнение п. 2 ч. 1 ст. 24 и ст. 302 УПК. Основанием отказа в возбуждении дела, прекращения возбужденного и вынесения оправдательного приговора должно быть признано несоответствие признаков совершенного деяния составу преступления.

После изложенного ясно, каким нам видится соотношение понятий состава преступления и малозначительности. В большинстве источников данный вопрос рассматривается исходя из традиционного представления о соотношении преступления и его состава: считается, что в силу отсутствия общественной опасности малозначительное деяние не содержит состав преступления^[254]. Думается, что это неверное представление. Малозначительное деяние соответствует составу преступления, такое деяние запрещено уголовным законом. Норма о малозначительности сформулирована в ч. 2 ст. 14 УК: «Не является преступлением действие (бездействие), хотя формально и содержащее признаки какого-либо деяния, предусмотренного настоящим Кодексом, но в силу малозначительности не представляющее общественной опасности». Нетрудно видеть, что эта норма углубляет дефиницию преступления, рельефно отображая самостоятельное значение общественной опасности для признания деяния преступным. По этой причине неприемлемой представляется попытка обосновать отказ от малозначительности в уголовном праве^[255]. *Законодатель, конструируя состав преступления, в силу объективных факторов (не говоря уже о субъективных) порой не в состоянии учесть все многообразие жизненных ситуаций и успеть за изменением политической, социальной и экономической ситуации в стране.* Поэтому в практике возникали, возникают и будут возникать ситуации, когда констатация соответствия между содеянным и составом преступления, описанным в уголовном законе, будет недостаточна для оценки деяния как преступного ввиду отсутствия в нем общественной опасности.

Итак, в ч. 2 ст. 14 законодатель оперирует всеми теми же категориями – общественной опасностью и противоправностью. Первую он отрицает в малозначительном деянии, вторую – усматривает (хотя и в виде предусмотренности уголовным законом). Поскольку со второй связано наличие состава преступления, постольку, на наш взгляд, *малозначительное деяние (в строгом значении этого термина, определенном в ч. 2 ст. 14 УК) соответствует составу преступления.* Остается лишь солидаризироваться с Г. П. Новоселовым, который, оценивая ч. 2 ст. 14 УК РФ, пришел к выводу о том, что «наличие признаков деяния, предусмотренного уголовным законом, как раз и есть не что иное, как наличие в деянии всех признаков состава преступления»^[256].

Выше отмечалось, что общественная опасность лежит за рамками состава преступления. Поэтому, установив, что содеянное отвечает признакам состава, названным в законе, правоприменитель должен проверить содеянное на предмет наличия в нем общественной опасности (на предмет отсутствия в нем признаков малозначительности – ч. 2 ст. 14 УК). Это всегда вопрос факта. Если состав преступления – это, условно говоря, «вопрос закона», то общественная опасность – вопрос факта. Важно подчеркнуть, что обязательным условием применения ч. 2 ст. 14 УК является установление признаков состава преступления. К сожалению, в практике (весьма скромной) применения нормы о малозначительности наблюдаются ошибки, вызванные игнорированием отмеченного условия. Печально, что такого рода ошибки присущи и практике высшей судебной инстанции страны.

Так, Определением Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 30.01.2006. № 20-д05-15 было прекращено производство по делу о самоуправстве, а приговор нижестоящего суда в отношении Г., осужденной по ч. 1 ст. 330 УК РФ, отменен, поскольку «действия осужденной Г. в силу малозначительности не представляют общественной опасности, так как ими не причинен существенный вред потерпевшей»^[257]. Уязвимость данного судебного акта очевидна. Отсутствие существенного вреда означает отсутствие состава преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 330 УК, поскольку последствие в виде существенного вреда является его признаком. «Если же конкретное деяние даже формально не соответствует указанным признакам (признакам преступления. – А. И.), вопрос о применении правила ч. 2 ст. 14 УК не возникает, ибо такое деяние, какой бы опасностью оно ни обладало, вообще не может быть отнесено к числу преступлений», – правильно отмечал Э. С. Тенчов^[258]. Следовательно, в рассмотренном случае нет оснований для утверждения о малозначительности содеянного и об отсутствии общественной опасности. Если содеянное не запрещено уголовным законом, т. е. не наблюдается соответствия между ним и составом преступления, то вопрос об общественной опасности не должен возникать. По крайней мере, у правоприменителя (законодатель, разумеется, вправе криминализировать такое деяние). Нет запрещенности, т. е. состава преступления, значит, нет и преступления.

С учетом изложенного критически, на наш взгляд, следует оценивать и порой встречающиеся в доктрине рекомендации подобного, например, плана: «В том случае, если размер наркотического средства или психотропного вещества или их аналогов не будет достигать установленного законом, деяние в силу малозначительности нельзя признавать преступным»^[259]. Ясно, что в таких случаях, когда содеянное не соответствует составу преступления, оно будет непроступным именно по этой причине, а не из-за малозначительности.

Обратим внимание на еще два недостатка ч. 2 ст. 14 УК. Во-первых, малозначительное деяние предусмотрено УК *не формально*. Предусмотренность – это и есть «формальный» признак. В этой связи, а также в целях обеспечения системного единства ч. 1 и ч. 2 ст. 14 УК, логично было бы, как представляется, прямо указать, что малозначительное деяние, хотя и *запрещается* законом, но непроступно в виду отсутствия общественной опасности. Во-вторых, неточно выражение «действие (бездействие)». Оценке подлежит не только действие (бездействие) лица как признак объективной стороны, но деяние в широком смысле слова, в каком оно употреблено в определении преступления (т. е. и его последствия, и способ, и т. д.). Кстати, на практике из-за указания в ч. 2 ст. 14 УК на действие (бездействие) отказываются усматривать малозначительность в деяниях, повлекших определенные последствия, и содержащих материальный состав преступления. Однако еще А. А. Пионтковский справедливо отмечал, что «возможны случаи, когда совершенное действие вызывает те или иные вредные последствия, но они не могут быть признаны с точки зрения уголовного права общественно опасными»^[260]. Вместе с тем, хотя буквальное толкование ч. 2 ст. 14 и противоречит духу уголовного закона, изменить данный подход может лишь модификация этой нормы. Возможный для обсуждения вариант ч. 2 ст. 14 УК: «Не является преступлением деяние, хотя и запрещенное настоящим Кодексом, но в силу малозначительности не представляющее общественной опасности».

После сказанного становится ясно, по каким причинам мы не можем согласиться с учеными, которые, по существу, отождествляют преступление и его состав^[261]. Это разные понятия, вовсе не случайно обозначенные двумя разными терминами. Заметим, что данная позиция подвергнута справедливой, обширной и аргументированной, на наш взгляд, критике в большинстве современных изданий, посвященных составу преступления^[262], а потому, наверное, на сегодняшний день в значительной степени утратила свою актуальность.

Суммируя изложенное выше, сформулируем дефиницию состава преступления. *Состав преступления – это система признаков, характеризующих деяние как предусмотренное в каче-*

стве определенного преступления частью статьи или неделимой статьей Особенной части УК РФ. Мы стремились подчеркнуть в указанной дефиниции нормативную природу и «формальную» сущность состава (он – воплощение уголовной противоправности, поэтому и характеризует деяние как *предусмотренное законом*), а также его рамки в Особенной части УК РФ.

В завершение настоящего параграфа хотелось бы вернуться к упомянутому во введении мнению о том, что «состав преступления – абсолютно неопределенная теоретически надуманная категория»^[263], «лишняя категория», «существование которой фиктивно, условно и в целом неприемлемо, поскольку засоряет теорию и практику, использующих непонятную научную абстракцию» и что многие ученые пытаются придать составу «вселенское значение», а в действительности это «пустота», «условность», а потому следует отказаться от использования понятия состава преступления^[264]. Что, однако, предлагается, взамен?

Анализ самого преступления с двух позиций – сущности (его понятия и признаков) и структуры преступления (его объективной и субъективной сторон); на последней и предлагается базировать квалификацию преступления; «не на составе преступления как чем-то эфемерном, а именно на конкретной структуре вида преступления, как она отражена в диспозиции закона», «при квалификации будет вполне достаточно диспозиции без какого-либо обращения к эфемерному составу»^[265].

Из аргументов автора следует только одно: и без понятия состава возможна квалификация, поскольку есть уголовный закон со структурными элементами, в которых закреплены все признаки преступления. Но тогда, не понятно, зачем отказываться от категории, в которой фиксируется нормативная природа преступления (установленность его признаков законом), признак запрещенности преступления и в единое целое синтезируются признаки, относящиеся к разным сторонам преступления, а порой и не относящиеся к нему (но обосновывающие ответственность)? Чтобы заменить ее категорией «структура преступления»? Чтобы предмет, который мыслится с помощью понятия состава преступления, назвать иначе? Можно назвать его иным образом, например, «система преступления». Но стоит ли ради такой «лексической рокировки» ликвидировать категорию, которая с таким изяществом разработана в трудах А. Н. Трайнина, А. А. Пионтковского, В. Н. Кудрявцева, Н. Ф. Кузнецовой и многих-многих других видных ученых, внедрена в УК РФ и УПК РФ и буквально вцементирована в фундамент уголовного права как науки и отрасли?

Теоретически можно, конечно, перечеркнуть все это и заново построить фундамент уголовного права, сведя квалификацию к диспозиции закона, основание уголовной ответственности – просто к преступлению и т. д. Реальность не изменится, изменится лишь терминология. Но речь идет о терминах или о существе вопроса? Если о существе, то надо признать, что понятие преступления и понятие состава этого преступления не совпадают: критерии их различия изложены выше. Под составом преступления в процессе эволюции стало мыслиться понятие, весьма близкое гипотезе охранительной уголовно-правовой нормы. Но в УК РФ какого-либо одного структурного компонента, соответствующего названному элементу нормы, в котором состав был бы изложен с исчерпывающей полнотой, попросту не существует. Сам А. П. Козлов неоднократно подчеркивает, что состав обрисован и в Общей, и в Особенной частях УК. Значит, при исключении из законодательного оборота понятия состава преступления все равно остро будет стоять вопрос о том, из каких признаков складывается определенное преступление, обрисованное в законе. Если сказать, что из признаков, относящихся к гипотезе *нормы* уголовного права – значит, одну спорную категорию заменить другой (ведь та же «гипотеза уголовно-правовой нормы – наиболее трудноопределимая категория в теории уголовного права»^[266]).

Если же ориентировать правоприменителя только на закон (форму уголовного права), все равно останется открытым вопрос о том, какое понятие с точки зрения содержания уго-

ловного права объединяет в одно целое все признаки определенного преступления, за исключением его общественной опасности. Сегодня такое понятие есть – «состав преступления», и для замены его другим понятием с реформированием основ и устоев современного уголовного права, как представляется, не имеется веских оснований.

Кстати, в рассматриваемом плане показательно американское уголовное право, в котором нет единого понятия, объединяющего все необходимые формальные условия уголовной ответственности, структура же состава преступления в отличие от семей континентального права является двухэлементной и предусматривает лишь преступное действие (*actus reus*) и виновное отношение (*mens rea*). В итоге такой подход вызывает массу критики. В частности, Е. Ю. Полянский с многочисленными ссылками на труды современных американских криминалистов пишет: «Концепция *corpus delicti* является неполной, устаревшее деление на *actus reus* и *mens rea* не позволяет включить в структуру ряд важных элементов, на первом месте из которых бесспорно находится субъект преступления. Имеются все основания полагать, что теория состава преступления в уголовном праве США в настоящее время переживает не лучшие времена. В результате отсутствуют единые стандарты правоприменения, что приводит к весьма свободной интерпретации законодательства судами»^[267].

Антикритика А. П. Козлова в наш адрес в ответ на соображения, изложенные выше, занимает несколько страниц убоистого текста в его очередной и, как всегда, познавательной монографии^[268]. Подробный ответ на все его доводы здесь вряд ли уместен, ибо неизбежны повторения. Впрочем, многие оценки нашего решения проблемы соотношения преступления с составом не касаются его существа, а сводятся к тому, что оно является «любопытным и заковыристым» и им «заложена основа еще для 200-летней дискуссии о соотношении фиктивного состава преступления с преступлением...». По существу же автор по-прежнему ругает состав преступления за общеизвестную фиктивность: «О том, что состав преступления представляет собой фикцию, условность знают все криминалисты, в том числе и сам А. В. Иванчин»^[269]. В итоге предлагается опять-таки изучать структуру преступления, уголовную ответственность обосновывать диспозицией нормы, которая охватывает все необходимые для ее наступления признаки, а состав преступления – исключить из уголовного закона, судебной практики и теории^[270]. Нетрудно видеть, что автор верен своей позиции и продолжает отстаивать необходимость широкого внедрения во все ипостаси уголовного права категорий, заменяющих понятие состава. Только польза от такой замены, в отличие от вреда, остается по-прежнему неочевидной.

§ 3. Юридическая конструкция преступления как базовое техническое средство построения состава преступления и ее структура

Состав преступления строится на основе юридической (уголовно-правовой) конструкции преступления. Следует отметить, что в теории права имеет место большой разброс мнений относительно понятия юридической конструкции. С одной стороны, подробный анализ всех позиций выходит за рамки настоящего исследования, а с другой стороны, без решения ряда принципиальных вопросов общетеоретического характера окажется методологически уязвимым анализ собственно конструкции преступления.

Изложение нашего представления о юридических конструкциях следует предварить анализом учения Р. Иеринга, который первым обратил пристальное внимание на юридические конструкции. Именно их, наряду с юридическим анализом и логической концентрацией, он причислил к *основным приемам* юридической техники. Под юридической конструкцией ученый понимал «*обработку правового материала в смысле естественно-исторического метода*»^[271]. Чтобы уяснить смысл этого метода, нужно упомянуть о различии Р. Иерингом низшей и высшей юриспруденции. Деятельность низшей состоит в толковании – извлечении наружу полного содержания законодательной воли. Чтобы конструировать, юриспруденция, по мнению названного ученого, должна сначала интерпретировать. Но юриспруденция не должна останавливаться на этой низшей ступени. Высшей ступенью является естественно-историческое понимание права. «Естественноисторический метод знаменует собою *возвышение правового материала в состояние высшего агрегата*. Это возвышение материала есть в то же время и возвышение самой юриспруденции»^[272].

«Юридическая конструкция, таким образом, является пластическим искусством юриспруденции, – писал выдающийся немецкий правовед, – предмет и цель ее – юридическое тело. Каждая работа, касающаяся его, поскольку она работа созидаящая, подходит под понятие юридической конструкции – независимо от того, имеет ли она своим объектом тело, в его целом виде, вызывая его к жизни, или является только со свойством вспомогательным, объясняя отдельные происшествя в жизни тела, устраняя кажущиеся противоречия частных с основным понятием – словом, какова бы такая работа ни была, лишь бы она имела своим предметом *строение тела*»^[273] (курсив наш. – А. И.).

Правовыми телами Р. Иеринг именовал правовые институты и понятия (в числе последних и права в субъективном смысле). Заострим внимание, наконец, на ключевом слове в приведенной выше дефиниции – *строение* (тела). За примерами строения правовых тел Р. Иеринг обращался к субъективным правам, называя среди их «анатомических моментов» (как бы мы сказали, элементов) субъекта, объект, содержание, действие, иск. В установлении такого рода конститутивных элементов какой-либо правовой субстанции (вида договора, законодательного понятия и т. д.) Р. Иерингу, по сути дела, и виделась сущность юридической конструкции.

Р. Иеринг осветил также вопрос о том, как юридическая конструкция относится к главной задаче техники – «облегчению субъективного овладения правом». В результате обработки права конструкцией оно, на взгляд Р. Иеринга, возводится в систему – самую выгодную форму позитивного материала^[274]. Это означает, что, анализируя правовое тело путем установления его конститутивных элементов, исследователь собирает разрозненные законодательные постановления в одно целое, в систему. Данные элементы служат своего рода вопросами, которые он задает позитивным правоположениям. «Пусть они и будут только *вопросы*, которые мы предлагаем материалу, но вопрос представляет собой шаг к познанию, он нередко есть и самое

познание»^[275], – не без оснований отмечалось ученым. Немецкий ученый в данном случае вел речь исключительно о *научном познании, понимании права* и вовсе не касается законодательной техники. И второй момент примечателен в силу своей глубины: это понимание носит *системный* характер.

Изложенное свидетельствует, что Р. Иеринг довольно широко понимал юридическую конструкцию. Особенно заметен данный факт на примерах, которыми он иллюстрирует ее законы. Здесь конструкциями называются и понятия, и теории, и законодательные положения, и тому подобные далеко не конструктивные явления. В то же время *Р. Иерингом была высказана генеральная, на наш взгляд, идея о познании права путем анализа строения правовых тел или их системы*. Ее-то все более поздние исследователи и стремились довести до логического завершения.

Среди отечественных дореволюционных ученых обстоятельному анализу юридическую конструкцию подверг Н. М. Коркунов, также относивший ее к приемам, но уже не технико-юридическим, как Р. Иеринг, а к общим приемам научного исследования. Свое видение юридической конструкции Н. М. Коркунов изложил в параграфе, посвященном *научной обработке* права, следующим за параграфом о толковании. Такая схема изложения материала была избрана им не случайно. «Одно толкование не может дать полного понимания права. Прежде всего, толкование как объяснение смысла только данной нормы слишком непосредственно связано с правом данной страны, данного времени. Как только нам приходится иметь дело с применением иностранного закона или хотя бы и нашего, туземного, но вновь изданного, толкование, выработанное нами для объяснения нашего или старого закона, оказывается ни к чему не пригодным»^[276], – писал Н. М. Коркунов (опять, заметим, речь идет не о законодательной технике, а о *научной обработке права*).

Поэтому видный русский правовед предложил сфокусировать внимание не на законах, а на постоянных или, по крайней мере, более устойчивых элементах, не меняющихся с каждой переменной законодательных определений – юридических отношениях. Тогда, по его мнению, можно получить более прочные и устойчивые выводы. «Только изучение юридических отношений, а не толкование отдельных законодательных постановлений дает обобщенное и систематическое знание права, знание научное»^[277]. Н. М. Коркунов выделял три приема такого научного изучения права – анализ, конструкцию и классификацию.

«Основной прием юридической конструкции, – указывал профессор Н. М. Коркунов, – заключается в том, что отношения юридические, существующие между людьми, объективируются, рассматриваются как самостоятельные существа, возникающие, изменяющиеся в течение своего существования и, наконец, прекращающиеся. Затем в организации, в структуре этих отношений различают их субъектов, т. е. тех лиц, между которыми происходят отношения, и их объекты, т. е. те силы, пользование которыми служит поводом установления отношений. Наконец, в содержании отношений различают всегда два элемента: право и соответствующую праву обязанность»^[278]. «Подобно тому, – пояснял Н. М. Коркунов, – как определением числа, соотносительной длины и положения осей определяются все свойства кристалла, так и определение всех свойств различных юридических отношений сводится к определению их субъекта и объекта, содержания и условий установления и прекращения. Конструкция юридических отношений выполняет совершенно ту же функцию, как и конструкция кристаллографических схем. Это есть приуроченное для целей юридического исследования идеальное построение»^[279].

Таким образом, Н. М. Коркунову удалось развить взгляды Р. Иеринга: его суждения о юридической конструкции отличались заметно большей определенностью. Он более внятно сформулировал и центральную идею Р. Иеринга – о познании правовых явлений посредством

последовательного анализа их структурных частей. Эта мысль, заметим, содержит что-то близкое платоновскому учению об идеях.

Платон, как мы знаем, обнаружил общие структуры, формы, находящиеся в истоке чувственных вещей как их замыслы, идеи (по-гречески «эйдосы»), противопоставив им сами вещи – дома, деревья и т. д. Для него всеобщие формы и классы, виды неорганической природы и живых существ имели свои идеальные прообразы. Во всех них Аристотелю усматривал некую норму, структуру, именуя ее идеей^[280]. *Юридическая конструкция как раз и предстает перед нами своего рода структурной идеей определенного вида правовых явлений. Именно в находке и развитии указанной идеи применительно к праву и состоит, как нам кажется, главная заслуга Р. Иеринга и Н. М. Коркунова.*

Уже в советское время теорию юридических конструкций развил А. Ф. Черданцев, причислив их к *моделям*, что в настоящее время является общепризнанным в отечественной доктрине^[281]. Действительно, им присущи все свойства моделей, поскольку любая юридическая конструкция: 1) служит формой отражения действительности; 2) создается в результате абстракции; 3) находится с отражаемым объектом в отношениях соответствия, аналогии (а не тождества); 4) является средством отвлечения и выражения внутренней структуры сложного явления; 5) выступает заменителем объекта, дает о нем информацию^[282]. При этом А. Ф. Черданцев признал юридическую конструкцию *средством юридической техники*: «Важная роль моделям, в особенности юридическим конструкциям, принадлежит в процессе нормотворчества. В этом процессе юридические конструкции выступают в качестве средства построения нормативного материала, средства юридической техники»^[283]. Тем самым *идея существования общей структуры однородных правовых явлений была перенесена в законодательно-техническую плоскость.*

Подчеркнем, что А. Ф. Черданцев на первый план выдвигал познавательную функцию юридических конструкций: «Во-первых, конструкция выступает в качестве метода познания права и правовых отношений, в качестве гносеологического инструмента правовой науки; во-вторых, в качестве средства юридической техники, средства построения нормативного материала...»^[284]. Здесь хорошо заметно влияние на позицию А. Ф. Черданцева учений Р. Иеринга и Н. М. Коркунова.

С. С. Алексеев юридическим конструкциям отвел место в главе своего учебника, посвященной юридической технике, причислив их к средствам данной техники (юридической техникой он именовал, прежде всего, технику законодательную^[285]). «Юридические конструкции представляют собой *специфическое построение нормативного материала*, соответствующее определенному типу или виду сложившихся правоотношений, юридических фактов, их связи между собой. Юридические конструкции представляют собой как бы готовые типовые «образцы», «схемы», в которые облекается нормативный материал. Их использование облегчает формулирование юридических норм, придает нормативной регламентации общественных отношений четкость и определенность, обеспечивает, следовательно, необходимую формальную определенность права»^[286]. Тем самым С. С. Алексеев четко определил место юридических конструкций в правоведении, признав за ними статус средств законодательной техники, не делая никаких оговорок об их гносеологической роли (хотя вообще отрицать последнюю было бы, по нашему мнению, неверным). Представляется, что такая – законодательно-техническая – трактовка юридических конструкций заслуживает поддержки и нуждается в дальнейшем развитии.

На наш взгляд, правильным является причисление юридических конструкций к *средствам*, а не приемам законодательной техники. Такое понимание соответствует этимологии слова «конструкция» – это строение, устройство, взаимное расположение частей какого-либо

предмета, сооружения и т. п., определяющееся его назначением^[287]. Юридическую конструкцию, как и другие средства законодательной техники, можно представить в виде устойчивой субстанции, мысленно «пощупать». С приемами же, как известно, проведение таких мысленных экспериментов невозможно. Поэтому логично утверждать, что юридическая конструкция является не приемом законодательной техники (и тем более приемом научной обработки права, общим приемом научного исследования, как считали дореволюционные юристы), а законодательно-техническим средством. Отрадно, что это мнение получает все большее признание в правовой теории^[288].

Однако следует отметить, что *применение* какого-либо технического средства выступает способом построения нормативного материала. Отсюда *использование* юридической конструкции должно «квалифицироваться», на наш взгляд, как законодательно-технический прием. Так, использование уголовно-правовой конструкции преступления возможно, среди прочего, путем конструирования в уголовном законе составов: материальных, формальных либо формально-материальных; простых и сложных (это и есть технические приемы).

Результатом использования юридических конструкций являются всевозможные законодательные конструкции. Например, на базе конструкции преступления создаются составы преступлений, на основе конструкции наказания – законодательные конструкции наказаний и т. д. Последние также имеют конструктивную природу, поскольку состоят из взаимосвязанных элементов. Следовательно, юридические конструкции служат прообразами, на основе которых «тиражируются» единичные законодательные конструкции. Вот здесь-то и возникает чисто лингвистическая проблема – полисемия (многозначность) термина «конструкция». Этот термин приемлем в равной мере для наименования и средства законодательной техники, и результата его работы. Чтобы избежать подобной двусмысленности, термин «юридическая конструкция» желательно употреблять только в одном значении – в смысле средства законодательной техники. Для наименования результатов применения этого средства вполне допустимы, по нашему мнению, выражения «законодательная конструкция», «нормативная конструкция», «законодательное построение» и т. п.

Поэтому под юридической (уголовно-правовой) конструкцией преступления должны пониматься, на наш взгляд, не составы тех или иных преступлений, а общая их модель, обобщенная их структура (в дальнейшем мы будем именовать ее конструкцией преступления). Она объединяет элементы, традиционно изучаемые в общем учении о составе преступления. Термин «состав преступления» имеет свое основное значение, которое было раскрыто в предыдущих параграфах настоящей главы. Однако «слово в процессе своего исторического развития кроме основного значения может приобретать новое, производное значение»^[289]. Такая эволюция произошла и с термином «состав преступления», поскольку, например, А. Ф. Черданцев, рассматривает состав преступления уже не как законодательное строение определенного преступления, а как юридическую конструкцию.

И в этом значении – значении юридической конструкции, средства законодательной техники – термин «состав преступления» обозначает совсем иного плана правовой феномен, а именно обобщенную структурно-системную модель различных преступлений. Состав преступления, понимаемый в таком ракурсе, не бывает общим или специальным, материальным или формальным и т. д., потому что, как правильно отмечается в доктрине, «деление составов на виды с точки зрения этой общей их структуры не имеет под собой основы»^[290]. Чтобы не создавать терминологической путаницы, состав преступления в значении средства законодательной техники (инженерного средства) мы и именуем юридической (уголовно-правовой) конструкцией преступления (или просто конструкцией преступления).

Данная конструкция состоит из четырех частей (объект, объективная сторона, субъект и субъективная сторона), подразделяемых на элементы, изучаемые в общем учении о составе

преступления. Объективная сторона, например, включает элементы «деяние», «последствия», «причинная связь», «способ», «средства», «орудия», «обстановка», «место» и «время»; субъективная сторона состоит из элементов «вина», «мотив», «цель» и «эмоции» и т. д. Названные элементы конструкции преступления пусты, поскольку не включают в себя никакого информационного заряда (они играют роль ярлыков). Набор и наполнение данных элементов и определяют полноту регламентации соответствующего состава. Кстати, конструирование основания уголовной ответственности по праву называют наиболее известной сферой применения юридических конструкций в уголовном праве^[291].

Обратим внимание, что при характеристике состава преступления мы использовали классическую терминологию, именуя первичные его компоненты признаками, а их группы – элементами. Первичные же компоненты конструкции преступления мы обозначаем термином «элемент», а их объединения – термином «часть» во избежание неточностей в понимании составляющих юридической конструкции и их функции. Дело в том, что при построении соответствующего состава преступления законодатель отбирает необходимые ему элементы конструкции преступления, а после наполняет их юридически значимой информацией (превращая в признаки). Ясно, что признак – это уже содержательное свойство предмета, а в конструкции преступления элементы бессодержательны. Так, при обрисовке нарушения требований охраны труда, повлекшего причинение тяжкого вреда здоровью человека (ч. 1 ст. 143 УК), законодатель задействовал, среди прочих, такие элементы, как «деяние», «причинная связь», «последствия», «вина», «специальный субъект». А затем наполнил их правовым содержанием: в диспозиции ч. 1 ст. 143 говорится соответственно о нарушении требований охраны труда, повлекшем причинение тяжкого вреда здоровью человека, совершенном по неосторожности лицом, обязанным соблюдать эти правила.

Конструкция преступления, следовательно, выступает своего рода каркасом, состоящим из элементов, который в ходе правотворческого процесса обрывает юридически значимой информацией. Как и любая юридическая конструкция, это – «некая универсальная модель, элементы которой подлежат законодательному определению»^[292]. Она может включать и такие компоненты, которые вообще не присущи определенной разновидности моделируемых явлений. Например, неосторожные преступления, совершаемые без определенной цели, строятся на базе конструкции преступления, включающей элемент «цель». Получается, что юридическая конструкция является отражением структуры не отдельно взятого явления, а их множества. При этом данные явления характеризуются однородностью, общностью структурных частей (хотя не обязательно и всех). Данный факт не случаен, ведь юридическая конструкция – не просто модель, а модель, «отданная на службу» законодательной технике. Отсюда смысл в создании такой модели есть лишь тогда, когда регламентируется целая *группа жизненных явлений*. При их описании в УК конструкция и выступает в роли трафарета, каркаса, элементы которого (все или, что чаще всего, комбинацию) остается заполнить информацией. Юридическая конструкция в итоге выступает формой отражения однотипных (однородных), сложных структурных явлений, подлежащих регламентации в законодательстве, представляет собой обобщенную структурно-системную их модель.

Поскольку юридическая конструкция является *моделью*, постольку ее структура может выглядеть искусственно. Так, в числе элементов конструкции преступления названы, к примеру, его субъект и объект. Последние, казалось бы, не должны входить в структуру, пусть и общую, самого преступления. Но перед нами лишь кажущееся противоречие, поскольку юридическая конструкция – это модель. Модель в свою очередь есть абстрактное искусственное образование, соединяющее в одно целое явления, в жизни существующие порой раздельно. Поэтому в структуре конструкции преступления представлены и субъект преступления, и объект преступления, в реальности, конечно же, не являющиеся частью одного целого. Такое моделирование удобно и в научном, и в практическом отношении.

Обобщение изложенного позволяет сформулировать дефиницию рассматриваемого феномена. *Конструкция преступления есть средство законодательной техники, представляющее собой обобщенную структурную модель всех преступлений, определенную комбинацию элементов которой законодатель наполняет юридически значимой информацией, регламентируя тем самым в законодательстве соответствующий состав преступления*^[293].

Какова польза конструкции преступления в уголовном правотворчестве? Юридические конструкции, представляя собой как бы «готовые типовые образцы, схемы, в которые облекается нормативный материал»^[294], вне сомнений, облегчают формулирование предписаний нормативных актов. Без них построение законодательства носило бы весьма хаотичный, бессистемный характер, что можно видеть на примере ранних памятников права. С помощью юридических конструкций достигается логическая стройность предписаний нормативного акта, их последовательность и взаимосвязь. «Специфической функцией юридических конструкций является именно введение в комплекс правовых норм элемента логической связанности...»^[295], – справедливо указывала А. Нашиц. Творец закона должен непременно рассмотреть каждый из элементов юридической конструкции на предмет включения его в соответствующее законодательное построение. Таким образом, они, по верному замечанию А. Ф. Черданцева, «способствуют полному, беспробельному, четкому урегулированию тех или иных общественных отношений или их элементов»^[296] (добавим, что лишь при условии их умелого использования). С учетом этого трудно не согласиться со следующим выводом Н. Н. Тарасова: «Юридические конструкции, генетически «впечатанные» в ткань действующего права и доведенные до уровня «инженерных изобретений», оправданно рассматривать как его «первооснову», своеобразный «скелет», а их систему – как «несущую конструкцию» позитивного права»^[297].

Конструкция преступления, выступая формой, бессодержательным «остовом» запрещаемого общественно опасного поведения, активно вмешивается в процесс выработки содержания уголовного закона. Ее элементы вынуждают правотворца волей-неволей задуматься об их использовании при регламентации какого-либо состава преступления и здесь нелишне следовать поговорке «семь раз отмерь – один раз отрежь». Тем самым подтверждается истинность философского положения об активности формы, ее способности оказывать значительное воздействие на содержание. Кстати, о предельной внимательности как требованию, выдвигаемому к законодателю, метко написал А. Ф. Кони: «Законодательная деятельность в своей вдумчивой и медлительной по самому своему существу работе уподобляется старости, о которой поэт сказал, что она ходит «осторожно и подозрительно глядит»^[298].

Из изложенного выше следует, что процесс использования конструкции преступления включает, по нашему мнению, два этапа (выделяемых условно, ведь по времени они совпадают): на первом законодатель отбирает интересующие его элементы, а на втором – наполняет их содержанием. При этом ошибки, свидетельствующие об издержках конструирования, могут быть допущены как на первом, так и на втором этапе. Результатом ошибок на первом этапе являются «переборы» и «недоборы» признаков в создаваемых нормативных построениях, о чем пойдет речь в следующей главе работы.

Акцентируем внимание на том, что, играя в правотворчестве роль средства законодательной техники, конструкция преступления напрямую не определяет сущность уголовно-правового запрета. Поэтому, если ошибки допущены на стадии формирования законодательной воли, «конструкцией преступления» ситуацию не исправить. Так, многие статьи УК, называемые «мертвыми», редко применяются или не применяются вообще зачастую именно в силу сущностных просчетов законодателя, в частности, из-за социальной необусловленности уголовно-правовых норм. Например, можно продолжать совершенствовать многие уголовно-пра-

вовые запреты в сфере экономической деятельности, а практического эффекта по их применению не добиться^[299].

Еще раз заострим внимание на том, что сами объекты конструирования, т. е. составы преступлений, юридическими конструкциями не являются. Они, естественно, могут быть рассмотрены как юридические конструкции, исходя из этимологии этого слова, поскольку каждый состав имеет определенное устройство, состоит из элементов (и если термин «юридическая конструкция» употреблять в бытовом, а не специально-юридическом смысле). Но поскольку они представляют собой *результаты правотворчества*, его конечный продукт (фрагменты «готового» права), постольку средствами законодательной техники, а, следовательно, и юридическими конструкциями, они не являются^[300]. Именовать их, на что уже обращалось внимание, можно, например, такими терминами, как «законодательная конструкция» или же «нормативная конструкция». Заметим, что употребление словосочетания «законодательная конструкция» в этом, приемлемом, на наш взгляд, значении довольно распространено^[301]. Т. А. Костарева, в частности, пишет о законодательных конструкциях основного и квалифицированного составов преступления, законодательных конструкциях типов квалифицированных составов^[302].

С учетом изложенного выше мы не можем поддержать К. К. Панько в том, что «с помощью юридических конструкций законодатель образует типизированные законодательные модели: нормативные правовые акты, примечания, презумпции, фикции, которые соответствуют своеобразной разновидности общественных отношений»^[303]. Употребление термина «юридическая конструкция» для наименования либо законодательных построений, либо – зачастую – и вовсе неконструктивных правовых феноменов характерно для специалистов в области различных отраслей права^[304], но такое словоупотребление не может считаться приемлемым. При таком подходе, когда конструкциями именуют относительно простые по структуре либо вовсе неконструктивные правовые образования (например, презумпции и фикции), стирается грань между правовым понятием и конструкцией. Конечно, и понятие презумпции можно попытаться «замоделировать», но в итоге получится весьма неестественная субстанция.

Конструкция преступления, главенствующая среди уголовно-правовых конструкций, не единственный вид конструкций, задействованных в сфере уголовно-правового «строительства». Законодателем используются конструкции наказания^[305], деяния, совершенного при обстоятельствах, исключающих его преступность, и др. Это деление уголовно-правовых можно назвать «горизонтальным».

Вместе с тем А. Ф. Черданцевым была предпринята попытка классификации юридических конструкций, условно говоря, «по вертикали». Так, наряду с юридической конструкцией состава правонарушения, он счел возможным выделить конструкции материальных и формальных составов правонарушений, конструкцию сложной вины^[306], т. е. более мелкие конструкции. Думается, что отнесение такого рода конструкций к *юридическим* небесспорно. Все дробные конструкции являются комбинацией элементов общей конструкции, производны от нее. Поэтому при обрисовке, например, определенного вида преступления законодатель обращается к конструкции преступления как общей модели. С другой стороны, «мелкие» конструкции, образуясь на основе какой-либо юридической конструкции, нередко представляют собой *типичные* виды *законодательных конструкций* (например, формальные, материальные и формально-материальные виды составов). В этой связи построение состава преступления с использованием элементов конструкции преступления по определенному типу мы считаем логичным оценивать в качестве приема законодательной техники (например, конструирование интегрированных, альтернативных составов или иных сложных составов).

Следует отметить, что при построении состава преступления конструкция преступления тесно взаимодействует не только со специальными приемами строительства составов (в том числе названными выше), но и с общими приемами законодательной техники, в частности, приемами юридической типизации^[307], унификации^[308] и нормативной конкретизации^[309], аксиомами^[310], символами^[311]. Особого упоминания заслуживают, на наш взгляд, презумпции и фикции^[312]. Ю. Г. Зуев под уголовно-правовой презумпцией понимает «закрепленное в уголовном законодательстве предположение о наличии (отсутствии) юридически значимого факта, обстоятельства, основанное на закономерности связи между сходными предполагаемому и наличному фактами, обстоятельствами, подтвержденное правоприменительной практикой и влекущее уголовно-правовые последствия»^[313]. Как средство законодательной техники, – отмечает названный автор в другой работе, – правовые презумпции применяются при непосредственной регламентации в УК преступлений, степени их общественной опасности, наказуемости и условий аннулирования юридических последствий^[314]. Указанный прием полезен, например, при конструировании квалифицированных составов родственных преступлений – здесь действует презумпция существенного увеличения степени общественной опасности деяния при наличии одноименных квалифицирующих признаков. Хорошо известна теории также и «презумпция резкого повышения степени опасности содеянного при наличии квалифицирующих признаков»^[315].

«Фикция придает правовое значение заведомо несуществующему, или маловероятному, или тому, вероятность чего неизвестна, а презумпция формулирует правило, проверенное предшествующим опытом и потому верно отражающее подавляющее большинство ситуаций, на которые рассчитано, предоставляя в то же время возможность учесть специфику остальных ситуаций путем опровержения презумпции»^[316]. «Фикция выделяется из общего ряда средств законодательной техники тем, что она «передергивает», «подтасовывает», подменяет действительность»^[317]. И этот прием порой задействуется в инженерии составов. Так, К. К. Панько пишет об использовании при конструировании формальных составов фикции, которая состоит в том, что «преступное деяние законодателем описано, а противоправные последствия – нет, они вне закона»^[318], Л. Л. Кругликов – о применении этого приема законодательной техники в определениях преступной группы^[319].

Выше мы уже коснулись вопроса о структуре конструкции преступления, отметив, что ее искусственность предопределена генетически. Господствующий взгляд на структуру конструкции преступления хорошо известен из общего учения о составе преступления: она включает четыре части (объект, объективная сторона, субъект, субъективная сторона), которые в свою очередь состоят из ряда элементов. До революции, однако, господствовал несколько иной подход к структуре состава. Состав преступления делился на три части: 1) «лицо действующее – виновник преступного деяния, 2) то, на что направляется действие виновного, – объект или предмет преступного посягательства и 3) самое преступное посягательство, рассматриваемое с внутренней и внешней его стороны»^[320]. Данный подход имеет свою логику. В отличие от принятого сейчас, преступление мысленно расчленялось сначала на три части *одного порядка*: субъекта, объект и собственно преступное деяние. И лишь затем вычленялись более дробные элементы в одной из частей. На наш взгляд, принципиальных отличий между старым и новым подходами нет, так как в конечном счете выделяются одни и те же составляющие («скачок» в расчленении целого на части логикой, как известно, не противопоказан). В выигрыше же остается принятая сейчас схема, укладывающая эти составляющие в два, а не три, уровня. Такой подход упрощает конструкцию преступления, делает ее более удобной для восприятия и применения.

Четырехэлементная формула состава иногда подвергается критике уже по иной причине, а именно в силу того, что она объединяет под «эгидой» состава преступления не только само преступление, но и другие явления. «Поскольку объект преступления – то, на что оно направлено, субъект – тот, кто его осуществляет, место, время и обстановка совершения преступления – то, в каких условиях оно происходит, вина – психическое отношение к преступлению, цель – представление о результате преступления, мотив – побуждение к совершению преступления, эмоции – психическое состояние в момент совершения преступления, все это в понятие состава преступления входить не может»^[321]. Это мнение не получило широкой поддержки среди криминалистов и, думается, заслуженно. Без вины, объекта и т. д. деяние не может быть названо преступлением, а потому синтез компонентов, позволяющих это сделать, в одно целое вполне оправдан. Мы уже отмечали, что состав – искусственное образование, в котором посредством моделирования отображены весьма разнородные стороны реальной действительности. Моделирование есть не только прием познания сущего, но и способ создания нового, пусть и искусственного образования, нацеленного на решение той или иной задачи.

Данная интеграция разнородных жизненных компонентов в рамках конструкции преступления (и, как следствие, составов преступлений) – несомненное достижение уголовно-правовой науки. Благодаря ей удалось достичь единодушия (относительного, правда) в вопросах об основании уголовной ответственности, алгоритме квалификации преступления, сделался возможным системный анализ всех преступлений и т. д. Выведение за рамки состава преступления вышеуказанных компонентов лишь безосновательно актуализирует вопрос об основании уголовной ответственности и многие другие. Выше уже упоминалось, что в законодательстве США в отличие от семей континентального права структура состава преступления является двухэлементной и предусматривает лишь преступное действие (*actus reus*) и виновное отношение (*mens rea*), которые не достаточны для обоснования уголовной ответственности^[322], в результате чего: «Традиционная для континентального уголовного права четырехэлементная конструкция безусловно признается более совершенной именно с учетом четкой структуризации признаков и их полноты. Она лишена проблемы удвоения признаков (например, виновности действия) между *actus reus* и *mens rea*, а также учитывает другие факторы, которые являются релевантными к конкретному поведению и имеют значение для решения вопроса об ответственности»^[323].

Итак, конструкция преступления включает четыре части: объект, объективную сторону, субъекта и субъективную сторону. В свою очередь данные части состоят из элементов. Согласно *традиционным представлениям*, объект преступления охватывает такие элементы как основной объект, дополнительный объект, предмет преступления, потерпевший; объективная сторона преступления – деяние, последствия, причинная связь, способ, средства, орудия, обстановка, место и время совершения преступления; субъект преступления – физическое лицо, возраст, вменяемость, специальный субъект; субъективная сторона – вина, мотив, цель и эмоции. К объективной стороне мы относим также десятый элемент «поведение иного лица», о котором будет сказано далее.

При конструировании состава преступления ряд элементов конструкции преступления используется всегда. Как известно, признаки, входящие во все без исключения составы преступлений, именуются обязательными признаками. В конструкции преступления этим признакам составов соответствуют следующие элементы: основной объект, деяние, вина и общий субъект преступления (физическое лицо, возраст, вменяемость). Остальные элементы конструкции преступления являются факультативными, поскольку они включаются в состав преступления не всегда.

Стоит отметить, что в науке не наблюдается полного единодушия по вопросу о круге признаков того или иного элемента состава. Этот разноречивый автоматически проецируется и на трактовку структуры юридической конструкции преступления.

Так, иногда потерпевшего рассматривают в качестве предмета преступления, понятием обстановки охватывают место и время совершения преступления, понятием средств – орудия совершения преступления. Деяние как признак объективной стороны порой представляет собой деятельность. Признак причинной связи, пожалуй, давно пора переименовать в признак связи^[324]. Более того, анализ уголовного закона – места «дислокации» состава – «высвечивает» некоторые *иные* признаки, которые могут включаться в состав преступления. К примеру, *поведение иного лица* (чаще всего потерпевшего) – признак составов, закрепленных в ч. 1 и 2 ст. 107 УК. Интересный признак закреплен в ст. 337 УК – «продолжительность совершения преступления» (его отличие от признака «время совершения преступления» очевидно).

Е. В. Благов предлагает определиться с такими признаками преступлений как заведомость в ст. 105 УК РФ (и др.), осознание в ст. 205¹, возможность повлечь соответствующие последствия в ст. 215 УК (и др.), оспариваемость определенных действий организацией или гражданином в ст. 330. «Если первые два признака, – пишет он, – по своей природе очевидно тяготеют к субъективной стороне преступления, то последние два не способны охватываться составом преступления»^[325]. Следует согласиться с отнесением первых двух свойств к субъективной стороне, поскольку они отражают познавательные процессы в психике субъекта преступления. Два же последних признака относятся, на наш взгляд, к объективной стороне преступления. Возможность повлечь соответствующие последствия – это объективное явление, вызванное совершением деяния (это также его последствие, пусть и не столь осязаемое как реально причиненный вред).

Оспариваемость определенных действий организацией или гражданином в ст. 330 УК – также признак объективной стороны состава, но обычно упускаемый из вида. В конструкции преступления этот элемент можно поименовать как «поведение иного лица». Тот факт, что этот признак лежит за рамками деяния субъекта преступления, не имеет определяющего значения. В состав преступления включаются самые разнообразные признаки, в своем единстве обосновывающие уголовную ответственность. Напомним также, что состав преступления имеет нормативную природу – это система признаков, *установленных законом*. Поэтому если законодатель, описывая преступление, называет те или иные признаки, даже прямо не относящиеся к деянию субъекта, они автоматически включаются в состав этого преступления. Таковы, например, основной и дополнительный объекты, место, время и обстановка совершения преступления. Эти признаки тоже не есть свойства самого деяния субъекта, но они традиционно и по праву включаются в состав, ибо используются законодателем при обрисовке преступлений.

Ряд элементов, входящих в конструкцию преступления, может быть расчленен на более дробные единицы (элементы *второго порядка*). Эти компоненты выделяются как альтернативные формы существования элементов первого порядка. Так, деяние включает элементы действия, бездействия и действия-бездействия, вина – элементы умысла, неосторожности и умысла-неосторожности, связь – элементы причинно-следственной и обуславливающей связи, и т. д. Возможно выделение и элементов третьего порядка, например, прямой и косвенный умысел.

Элементы и первого, и второго, и третьего порядка не всегда прямо выражены в уголовном законе. Думается, что это – одна из причин споров, возникающих среди ученых и практиков по поводу понимания характера того или иного состава преступления (например, налоговых преступлений). Поэтому для разрешения таких споров есть смысл выделять, условно говоря, *явные* и *«скрытые»* (невидимые) признаки состава преступления. Скрытые признаки –

это признаки, помещенные в состав преступления, но прямо в законе не выраженные (например, прямой умысел в хищениях и налоговых преступлениях).

ГЛАВА III

Общие правила конструирования состава преступления

В теории уголовного права отсутствуют комплексные разработки правил конструирования состава преступления. Известно, однако, что в области уголовно-законодательной техники имеются исследования по вопросам построения диспозиций. Так, одним из первых попытался вычленить правила построения диспозиций М. И. Ковалев^[326]. До логического завершения данное начинание довел его ученик И. А. Семенов, четко указавший на построение диспозиций статей уголовного закона как на самостоятельные элементы законодательной техники^[327]. Позднее постаралась разработать построение диспозиции Е. В. Илюк^[328]. Заметим, что уральские криминалисты (М. И. Ковалев, И. А. Семенов, Е. В. Илюк и др.), сосредоточив основное свое внимание на внешней форме права, рассмотрели в основном правила и иные вопросы языкового выражения диспозиций (лишь попутно упоминая о разновидностях конструкций составов преступлений и тому подобных вопросах). Между тем языковое изложение диспозиций статей затрагивает лишь малую часть технических аспектов построения составов преступлений.

На уровне содержания уголовного права диспозициям статей Особенной части УК соответствуют основные признаки конструируемого состава преступления. И законодатель «строит» не просто диспозицию, а именно состав преступления. Поэтому в теории законодательной техники логичнее выделять не построение диспозиции, а именно конструирование состава преступления. Обслуживать этот процесс, как уже отмечалось, призвана методика, объединяющая соответствующий технический инструментарий. Эта методика является комплексной, образуемой из компонентов внутренней и внешней законодательной техники, поскольку с ее помощью прорабатывается содержание уголовно-правового запрета и осуществляется его внешнее выражение в тексте УК. К числу компонентов данной методики принадлежат и правила законодательной техники, которыми должна регулироваться деятельность по конструированию состава преступления («СНиПами» для уголовного законодателя).

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.