

ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

Г. С. Шкабин*

ВРЕД В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ: ВИДЫ И ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

Аннотация. В статье вред рассматривается как одна из системообразующих категорий, находящаяся в центре основных понятий и институтов уголовного права. Сущность данного социально-правового явления далеко не всегда подвергается детальному анализу и воспринимается учеными как априорно понятное, не вызывающее критики положение. В большинстве случаев вред ассоциируется с преступлением. Однако в уголовном законе предусматривается и вред, не являющийся преступным. Предлагается общее понятие категории вреда в уголовном праве, дается его классификация. В зависимости от материального и формального критериев вред делится на преступный и не преступный. Анализируются формы преступного вреда. Делается вывод, что понятие «вред» является родовым и включает в себя несколько более узких по своему содержанию категорий, таких как ущерб, убытки и тяжкие последствия. Указывается на связующую роль вреда между деянием и объектом преступления. Разграничиваются преступные последствия как признак объективной стороны состава преступления и преступный вред правоохраняемым отношениям. С позиции причинения вреда рассматриваются формальные и усеченные составы преступлений, неоконченное преступное посягательство, действия соучастников. Особое внимание обращается на виды и значение вреда, не являющегося преступным. Последний, в свою очередь, в зависимости от материального критерия делится на общественно опасный, а также на общественно полезный или социально допустимый (правомерный) вред. Особое внимание обращается на ситуации правомерного причинения вреда, которые предусмотрены в оперативно-розыскном законодательстве. Приводится классификация норм о деяниях, причиняющих правомерный вред, закрепленных, помимо Уголовного кодекса РФ, еще в четырех группах нормативных актов. Проводится анализ правового регулирования общественно полезных (социально допустимых) деяний, которые причиняют вред объектам уголовной охраны, но правомерность которых не предусмотрена уголовным законодательством. Рассматривается возможность применения аналогии уголовного закона в подобных ситуациях. С учетом тенденций в законодательной практике предпринята попытка уголовно-правового прогнозирования о нормативном закреплении правомерного причинения вреда.

Ключевые слова: понятие вреда, классификация вреда, преступный вред, общественно опасный вред, общественно полезный, социально допустимый вред, правомерный вред, аналогия уголовного закона, оперативно-розыскная деятельность, уголовно-правовой прогноз.

DOI: 10.17803/1729-5920.2016.117.8.062-080

Термин «вред» имеет достаточно широкое распространение как в научном языке и в законодательной практике, так и на общественном бытовом уровне. Однако в зависимости от раз-

© Шкабин Г. С., 2016

* Шкабин Геннадий Сергеевич, кандидат юридических наук, доцент Рязанского филиала Московского университета МВД России имени В. Я. Кикотя

uprzn@ya.ru

390044, Россия, г. Рязань, ул. 1-я Красная, д. 18а

личных обстоятельств это слово может пониматься совершенно по-разному. Однозначно указать на отраслевую принадлежность рассматриваемой категории вряд ли возможно. Данное правовое установление употребляется если не во всех, то в довольно большом количестве нормативных правовых актов. Как отмечал Н. С. Малеин, вред — это прежде всего социальное понятие, неотъемлемый признак всякого правонарушения. «Последствия правонарушения могут иметь материальный и нематериальный, имущественный и неимущественный, измеримый и неизмеримый, возместимый и невозместимый характер. Совокупность отрицательных последствий правонарушения мы называем вредом»¹.

Этот термин употребляется в Конституции РФ²: согласно ст. 53 «каждый имеет право на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц»³.

Этот термин упоминается в КоАП РФ при характеристике крайней необходимости (ст. 2.7); целей и мер административного наказания (ст. 3.1, 3.4); возмещения морального вреда (ст. 4.7). Кроме того, в административном законодательстве часто употребляются однопорядковые понятия: вредные последствия (ст. 2.2, 4.2); ущерб (ст. 5.13, 7.17 и др.); убытки (ст. 3.5, 15.30, 15.21). В теории административного права достаточно распространенным является мнение, что административное правонарушение обладает таким признаком, как общественный вред. Эта категория нередко используется как синоним общественной опасности⁴.

В уголовно-процессуальном законодательстве также часто применяется данное понятие. Термин «вред» употребляется в ст. 5 УПК РФ («Основные понятия»), ст. 11 («Охрана прав и свобод человека и гражданина в уголовном

судопроизводстве»), ст. 20 («Виды уголовного преследования»), ст. 23 («Привлечение к уголовному преследованию по заявлению коммерческой или иной организации») и др. Слово «ущерб», которое используется в качестве синонима вреда, встречается в ст. 28.1 («Прекращение уголовного преследования по делам о преступлениях в сфере экономической деятельности»), ст. 45 («Представители потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя»), ст. 125 («Судебный порядок рассмотрения жалоб») и др. В части 1 ст. 42 («Потерпевший») законодатель классифицирует вред на физический, имущественный и моральный.

Наиболее широко категория вреда применяется в гражданском праве. Именно ГК РФ в самом общем виде указывает на вред и определяет его виды. Этот термин встречается во всех четырех частях ГК РФ. Часть II ГК РФ содержит отдельную главу, посвященную обязательствам вследствие причинения вреда. Помимо собственного обозначения, в гражданском законодательстве вред раскрывается через использование слов «убытки» и «ущерб». Таким образом, очевидно, что эти термины из одного логического и семантического ряда.

Категория «вред» для гражданского права имеет одно из базовых значений. Подобное положение обуславливает постоянный и повышенный интерес к сущности вреда в цивилистике⁵. Наиболее распространенным в гражданском праве является определение вреда, данное более 70 лет назад М. М. Агарковым. Ученый предлагал понимать под ним «всякое умаление того или иного личного или имущественного блага», а вред, нанесенный имуществу и выраженный в денежной сумме, называть убытком⁶. Подобное научное определение в общем виде сохраняет свою актуальность и в настоящее время. Так, в Обзоре законодательства и судебной практики Вер-

¹ Малеин Н. С. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. М., 1968. С. 89—90.

² Конституция Российской Федерации. Доктринальный комментарий (постатейный) / рук. авт. кол. Ю. А. Дмитриев, науч. ред. Ю. И. Скуратов. М., 2013.

³ Непосредственно слово «вред» применяется только однажды. Об ущербе как синониме вреда идет речь в ст. 36, 42 и 52 Конституции РФ.

⁴ Мелехин А. В. Административное право Российской Федерации : курс лекций. М., 2009.

⁵ См.: Белякова А. М. Гражданско-правовая ответственность за причинение вреда. Теория и практика. М., 1986 ; Шевченко А. С. Возмещение вреда, причиненного правомерными действиями. Владивосток, 1989 ; Романов В. С. Моральный вред как институт гражданского права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006.

⁶ Агарков М. М. Гражданское право. М., 1944. Т. 1. С. 328.

ховного Суда РФ за второй квартал 2002 г. при толковании ст. 1084—1094 ГК РФ говорится, что «под вредом понимается материальный ущерб, который выражается в уменьшении имущества и (или) умалении нематериального блага».

Категория «вред» не только упоминается непосредственно в уголовном законодательстве, но и лежит в основе многих уголовно-правовых понятий и определений, используемых в теории уголовного права. Более 250 лет назад Чезаре Беккариа писал, что «настоящим мерилом преступлений является вред, причиненный им обществу»⁷. Этот индикатор социальной опасности часто применяется в отечественном законодательстве и в современный период. На сегодняшний день в Общей и Особенной частях УК РФ данное слово используется более чем 130 раз в 93 статьях (39 раз в 21 статье Общей части и 94 раза в 72 статьях Особенной части).

Под вредом в уголовном праве, на наш взгляд, следует понимать такие изменения объективной действительности, возникшие вследствие совершения общественно опасного или полезного (социально допустимого) деяния, которые выражаются в прерывании (разрушении) или деформации общественных отношений, охраняемых уголовным законом. В целом рассматриваемую категорию нельзя однозначно отнести исключительно к негативным правовым явлениям. Содержание вреда, как мы уже отмечали, относительно, поскольку оно зависит от множества социальных факторов. В зависимости от материального и формального содержания вред в уголовном праве следует классифицировать на два основных, но противоположных вида: преступный и не преступный. В свою очередь, последний может быть как общественно опасным, так и социально полезным или допустимым (правомерный вред).

В науке уголовного права исследованием и анализом юридической сущности преступного вреда занимались многие авторы. Среди них следует отметить С. В. Землюкова. Выде-

ля существенные признаки, он под преступным вредом понимает:

- конструктивный элемент преступного деяния, свидетельствующий об окончании преступления — о достижении поставленной цели или реализации созданной действиями лица опасности;
- нарушенное состояние охраняемых законом общественных отношений, при котором существенно снижены либо утрачены их социально полезные свойства;
- объективный критерий тяжести совершенного деяния, подлежащий учету при привлечении к уголовной ответственности, квалификации преступлений и назначении наказания⁸.

Проблемы рассматриваемой категории были также исследованы И. В. Бондаренко, который под уголовно-правовым вредом понимает неблагоприятные, социально опасные последствия, которые наступают в результате преступного посягательства на конкретные общественные отношения, т.е. те, которые и выражаются (объективизируются) в форме социально вредных деформаций в структуре таких отношений⁹. Следовательно, понятие преступного вреда, как правило, используется, во-первых, при установлении юридических признаков преступления (общественная опасность и противоправность), и, во-вторых, при определении признаков состава преступления (объекта преступления и объективной стороны).

Способность преступного посягательства причинять вред охраняемым уголовным законом отношениям есть объективное свойство преступления. Выделение вреда в качестве признака преступления происходит опосредованно — через раскрытие содержания понятия общественной опасности. В науке уголовного права эту категорию (вред) традиционно определяют как материальный признак общественно опасного деяния, который раскрывает его социальную сущность. Причинение существенного вреда интересам личности, общества и государства, «по сути дела, есть синоним

⁷ Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях / пер. с итальянского Ю. М. Маринина, Г. В. Черданцева ; сост. М. Ю. Юмашев. М., 1995. С. 91.

⁸ Землюков С. В. Преступный вред: теория, законодательство, практика : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1994. С. 32.

⁹ Бондаренко И. В. Уголовно-правовое понятие вреда, причиненного преступлением, и проблемы его возмещения : дис. ... канд. юрид. наук. Рязань, 1995. С. 59.

признака общественной опасности деяния, его расшифровка»¹⁰, т.е. фактически уяснение его смысла и содержания.

Вред является не только признаком преступления, но и критерием, отграничивающим его как от малозначительного деяния, так и от административного правонарушения. Качественно-количественным индексом измерения вреда, характеризующим преступление, является его существенность, которая, в свою очередь, выступает относительно-оценочной категорией. Так, для признания тайного хищения преступным необходимо, чтобы, согласно примечанию к ст. 7.27 КоАП РФ, сумма похищенного превышала 1 000 рублей (количественный показатель) и/или использовался квалифицированный способ совершения деяния (качественный показатель), например кража, совершенная с незаконным проникновением в жилище (п. «а» ч. 3 ст. 158 УК РФ). Однако по значительному числу преступлений определение существенности вреда является достаточно сложным процессом и результатом, зависящим от множества обстоятельств. Наиболее наглядно это проявляется в преступных посягательствах против чести и достоинства (например, ст. 128.1 УК РФ), должностных преступлениях, повлекших за собой нарушение прав и свобод человека, интересов общества и государства (например, ст. 285, 286), и в других преступных деяниях с оценочными признаками.

В качестве объективного признака состава преступления в теории уголовного права вред упоминается при характеристике объекта преступления или объективной стороны состава преступления. Так, в специальной литературе получило распространение мнение, согласно которому объектом преступления является то благо, которому преступление причиняет вред либо создает угрозу причинения такого вреда¹¹. Н. Д. Дурманов в свое время отмечал, что под преступным результатом следует по-

нимать «те качественные изменения, которые причинены объекту посягательства действием или бездействием субъекта»¹².

Однако наиболее часто этот термин используется при характеристике объективной стороны состава преступления. В частности, понятие общественно опасных последствий в различных юридических источниках раскрывается через обобщенную категорию «вред»¹³.

Иногда понятие вреда фактически подменяет собой понятие последствий. Например, по мнению С. В. Краснопеева, к общественно опасным последствиям преступления относится реальный вред, причиняемый общественным отношениям, «выражающийся в совокупности причинно связанных с преступным поведением негативных изменений, которым подвергаются социальные, правовые, экономические, нравственные и иные ценности общества»¹⁴.

В таких случаях логично возникает вопрос о соотношении смежных понятий. Системный анализ норм УК РФ позволяет нам сделать вывод, что понятие «вред» является родовым и включает в себя несколько более узких по своему содержанию категорий¹⁵. Так, в УК РФ вред, помимо собственного значения, выражается в ущербе, убытках и тяжких последствиях. В некоторых случаях в уголовном законе используются более конкретные формы выражения вреда: причинение смерти человеку (ст. 105 УК РФ); прерывание беременности, или потеря зрения, или психическое расстройство и др. (ст. 111); заражение венерической болезнью, ВИЧ-инфекцией (ст. 121, 122, 131); отравление людей (ст. 236); массовая гибель животных (ст. 246); загрязнение, отравление или заражение окружающей среды (ст. 247); распространение эпидемий или эпизоотий (ст. 248) и т.д.

В уголовно-правовой литературе преступный вред, как правило, разделяется на материальный и нематериальный. В теории уголовного права предлагается и другая классификация. Так, Э. Э. Нагиева предлагает различать вред,

¹⁰ Наумов А. В. Российское уголовное право: курс лекций : в 3 т. М., 2007. Т. 1 : Общая часть. С. 275.

¹¹ См.: Уголовное право. Общая и Особенная части / под ред. Н. Г. Кадникова. М., 2006. С. 116.

¹² Дурманов Н. Д. Понятие преступления. М., 1948. С. 56—57.

¹³ См.: Степанов В. Г. Общественно опасные последствия в уголовном праве : дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2006. С. 7 ; Афанасьева О. Р. Теоретические основы криминологического исследования и минимизации социальных последствий насильственной преступности : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2014. С. 13—17.

¹⁴ Краснопеев С. В. Последствия преступления в уголовном праве России : дис. ... канд. юрид. наук. Кисловодск, 2003. С. 8.

¹⁵ См.: Бабаев М. М. Социальные последствия преступности. М., 1982. С. 11.

входящий в состав преступления, который влияет на квалификацию преступного деяния, и вред, причиненный преступлением, который подлежит возмещению¹⁶.

Говоря о материальном вреде, следует начать с того, что материальные субстанции лежали в основе формирования понятия состава преступления (*corpus delicti*) еще в германском уголовном праве в XVI—XVII столетиях. Как в свое время писал С. Н. Таганцев, без вещественных предметов (например, трупа) не могло быть и преступления¹⁷. В современном уголовном праве материальный вред — это прежде всего последствия имущественного характера, например уничтожение или повреждение имущества, приведение в негодность объектов жизнеобеспечения, разрушение транспортной инфраструктуры и т.д. К материальному относится и вред жизни или здоровью человека, например наступление смерти или причинение телесных повреждений. Такой вред принято называть физическим, и он всегда связан с негативными изменениями в организме человека (так называемый органический характер вреда).

Наиболее часто встречающейся в УК РФ формой материального вреда является ущерб. Эта последняя категория является составной частью вреда, то есть между ними существует соотношение как между целым и частью. Термин «ущерб» в уголовном законодательстве употребляется 105 раз (8 раз в 4 статьях Общей части и 97 раз в 49 статьях Особенной части). Во всех случаях это понятие применяется к последствиям, имеющим имущественный характер и исчисляемым в денежном выражении. Так, в статьях Особенной части УК РФ размер ущерба в значительном числе случаев регулируется примечаниями к уголовно-правовым нормам и, как правило, определяется в рублях. Например, значительный ущерб от совершения кражи не может составлять менее 2 500 рублей (примечание 2 к ст. 158 УК РФ), а крупным ущербом за ряд преступлений в сфере экономической деятельности считается ущерб в сумме, превышающей 1 500 000 рублей, особо крупным — 6 000 000 рублей (примечание

к ст. 169). Точное установление размера ущерба, разумеется, влияет на установление оснований уголовной ответственности, на квалификацию преступного посягательства, а также позволяет ограничивать преступление от малозначительного деяния.

В юридической литературе встречаются мнения о том, что понятия «вред», «ущерб», «убытки» являются синонимами¹⁸. На наш взгляд, это не соответствует не только гражданскому, но и уголовному законодательству. В УК РФ законодатель прямо предусматривает подчиненный характер ущерба по отношению к вреду. Это прослеживается в нормах, где встречаются оба термина. Так, в отдельных положениях уголовного законодательства об освобождении от уголовной ответственности или наказания в качестве условия указывается на то, что виновное лицо должно возместить причиненный ущерб или иным образом загладить вред, причиненный в результате преступления (ч. 1 ст. 75 УК РФ; ч. 4.1 ст. 79; ч. 4 ст. 80; примечание 3 к ст. 178). Из этого следует, что ущерб можно компенсировать, то есть предоставить эквивалент его стоимости. Вред же можно загладить и иным способом, так как он не всегда носит имущественный характер. В других случаях ущерб упоминается вместе с вредом здоровью (ч. 1 и 2 ст. 163, ч. 1 ст. 215.1, ч. 1 ст. 216 УК РФ), а также иными тяжкими или общественно опасными последствиями (ч. 1, п. «в» ч. 2 ст. 205, ч. 1 и ч. 2 ст. 207, п. «б» ч. 2 ст. 281).

При рассмотрении вопроса о вреде определенную сложность представляет его определение через понятие «убытки». В ГК РФ (п. 2 ст. 15) говорится об убытках прежде всего в связи с их возмещением. Для этого выделяют два элемента: реальный ущерб («положительный ущерб») и неполученные доходы (упущенная выгода)¹⁹.

Реальный ущерб — это прежде всего расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, а также прямая утрата или повреждение его имущества. Упущенная выгода — это неполученные доходы, которые лицо получило бы при обычных усло-

¹⁶ См.: *Нагиева Э. Э.* К вопросу о соотношении терминов «вред», «ущерб», «последствия», «результат» // *Рос. следователь.* 2009. № 18. С. 12—16.

¹⁷ *Таганцев Н. С.* Русское уголовное право : лекции : в 2 т. М., 1994. Т. 1 : Часть общая. С. 141.

¹⁸ *Юридическая энциклопедия* / под ред. М. Ю. Тихомирова М., 1997. С. 456, 473.

¹⁹ *Гражданское право* : в 3 т. / под ред. С. А. Степанова. М., Екатеринбург, 2010. Т. 1.

виях гражданского оборота, если бы его право не было бы нарушено. В Уголовном кодексе РФ упущенная выгода прямо не предусматривается в качестве разновидности вреда. Однако, исходя из логико-юридического анализа отдельных норм, следует сделать вывод, что об этом виде последствий речь все же может идти. Это касается прежде всего преступлений в сфере экономики: ст. 165, ч. 2 ст. 169, ст. 180, ч. 3 ст. 183 и др.

В уголовном законодательстве имеется исключение из приведенных установлений. Так, ст. 104.3 УК РФ называется «Возмещение причиненного ущерба». Однако в самой норме условия возмещения такого ущерба раскрываются через понятие вреда, то есть эти два термина употребляются как синонимы. Было бы логично такую норму называть «Возмещение причиненного вреда», поскольку эта категория имеет более широкое и обобщенное содержание.

Вторая форма преступного вреда — это та, которая не имеет материального содержания. Классификация такого вреда может быть достаточно широкой. Он может причиняться правам и законным интересам граждан, организаций, обществу или государству, нарушать порядок осуществления правосудия и иметь организационный характер. Такого рода вред характерен для преступлений против свободы, чести и достоинства личности (гл. 17 УК РФ), половой неприкосновенности и половой свободы личности (гл. 18 УК РФ), конституционных прав и свобод человека и гражданина (гл. 19 УК РФ), семьи и несовершеннолетних (гл. 20), общественной безопасности (гл. 24 УК РФ), здоровья населения и общественной нравственности (гл. 25 УК РФ) и др. К примеру, организационный вред может состоять в нарушении нормальной деятельности организаций либо при дезорганизации деятельности учреждений, обеспечивающих изоляцию от общества (ст. 321 УК РФ) и т.п. Нормальная деятельность в данном случае — это та, которая подчиняется установленному правопорядку и/или регулируется нормативными актами.

К нематериальному вреду также относится

и умаление личных благ и неимущественных прав конкретного человека. В данном случае речь идет о так называемом моральном вреде, под которым в соответствии со ст. 151 ГК РФ понимаются физические или нравственные страдания. Через аналогичные признаки раскрывает эту категорию и высшая судебная инстанция. В соответствии с постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 20 декабря 1994 г. № 10 «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда»²⁰ под таким вредом понимаются нравственные или физические страдания, причиненные действиями, посягающими на принадлежащие гражданину от рождения или в силу закона нематериальные блага (жизнь, здоровье, достоинство личности, деловую репутацию, неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну и т.п.) или нарушающими его личные неимущественные либо имущественные права.

Описание морального вреда через психологическую категорию «страдания» означает, что действия причинителя вреда обязательно должны найти отражение в сознании потерпевшего и вызывать негативную эмоционально-психическую реакцию. Это выражается в форме негативных ощущений (физические страдания) или чувственных, субъективных переживаний (нравственные страдания). Переживания, в свою очередь, могут быть в виде страха, стыда, унижения или иного неблагоприятного в психологическом аспекте состояния²¹. Примером может служить вред, причиняемый клеветой, которая порочит честь и достоинство гражданина либо подрывает его репутацию (ст. 128.1 УК РФ).

Анализируя нематериальный вред, следует отметить, что его виды достаточно многообразны. Формулируя такие последствия в уголовно-правовой норме, законодатель подчас описывает малореальные его варианты социально-психологического характера. Так, при описании признаков возбуждения ненависти либо вражды, а равно унижения человеческого достоинства говорится о возможности унижения достоинства группы лиц (ст. 282 УК РФ).

²⁰ СПС «КонсультантПлюс».

²¹ Эрделевский А. М. Компенсация морального вреда // СПС «КонсультантПлюс», 2013 ; Воробьев С. М. Социально-экономическая методика определения размера компенсации морального вреда потерпевшим от преступлений в России: постановка проблемы // Право и современные государства. 2013. № 4. С. 14—17.

Мы не можем согласиться с буквальным и сугубо формальным толкованием этого положения. На наш взгляд, заслуживают поддержки те авторы, которые считают, что достоинство присуще только отдельной личности. Группа лиц таким качеством обладать не может²².

По своему содержанию преступный вред нередко синонимизируется с результатом преступления. В данном случае мы согласны с мнением А. П. Козлова о том, что результат (последствие) и вред выступают в качестве двух сторон одного явления — «преступного изменения объективного мира: одна сторона обращена к действию как производителю изменений, а вторая — к общественному отношению как “жертве” изменения»²³. Из приведенного тезиса следует очевидный вывод, что общественно опасные последствия (и вред как их выражение) имеют значение только для конструирования объективной стороны состава преступления. В данном случае законодатель формализует вред только в тех пределах, которые, по его мнению, необходимы для признания деяния преступлением. Но это совсем не исключает существование вреда, направленного на прерывание или деформацию охраняемых уголовным законом общественных отношений. Таким образом, в рамках учения о составе преступления вред является связующим звеном между объективной стороной состава преступления и объектом преступления.

Однако в теории уголовного права имеет место неоднозначная позиция относительно вредоносности (наличия общественно опасных последствий) так называемых формальных и усеченных составов преступлений, а также неоконченных преступлений. При раскрытии собственной позиции по данному во-

просу сошлемся на мнение С. Н. Таганцева, который считал, что любое преступление повреждает правоохраняемый интерес. Другими словами, нельзя «себе представить какого-либо человеческого действия, которое бы не сопровождалось изменениями внешнего мира»²⁴. Аналогичных взглядов придерживаются и представители современной доктрины уголовного права, позицию которых мы разделяем. Так, Г. П. Новоселов считает, что преступные последствия в их действительном смысле представляют собой «факт порождаемых преступлением изменений окружающего мира»²⁵. Н. Ф. Кузнецова справедливо указывала на принципиальную невозможность существования безвредных преступлений²⁶. Правильно говорит Ю. Е. Пудовочкин, что «нет преступлений, которые не влекли бы за собой негативных изменений в объекте охраны»²⁷.

Итак, любое преступление является общественно вредным. Преступное посягательство дезорганизует урегулированные правом социальные отношения, вносит в общество негативные изменения уже тем, что нарушает установленный правовой порядок. Каждое преступное деяние совершается вразрез с нормами права, закрепляющими общественную дисциплину²⁸. Другими словами, если бы такие деяния были безвредными, то они не были бы общественно опасными и не признавались бы преступными. Социальный вред всегда влечет за собой неблагоприятные изменения в окружающей действительности и, соответственно, в объектах правовой охраны. Всегда есть негативные социальные последствия от совершения любого посягательства, независимо от того, является ли оно по своей конструкции материальным, формальным, усеченным или так называемым составом создания опасности²⁹.

²² Борисов С. В., Жеребченко А. В. Возбуждение ненависти, вражды, унижение человеческого достоинства: проблемы установления и реализации уголовной ответственности. М., 2015. С. 166.

²³ Козлов А. П. Понятие преступления. СПб., 2004. С. 274.

²⁴ Таганцев С. Н. Указ. соч. С. 277.

²⁵ Новоселов Г. П. Без преступных последствий нет преступления // Рос. юстиция. 2001. № 3. С. 56.

²⁶ Кузнецова Н. Ф. Проблемы квалификации преступлений / науч. ред. В. Н. Кудрявцев. М., 2007. С. 172.

²⁷ Пудовочкин Ю. Е. Учение о составе преступления. М., 2009. С. 95.

²⁸ См.: Лейст О. Э. Санкции в советском праве. М., 1962. С. 63—64.

²⁹ Состав создания опасности (состав поставления в опасность) — это такая конструкция, в которой окончание преступления связывается не с наступлением общественно опасных последствий и не с началом посягательства, а с моментом возникновения реальной возможности наступления общественно опасных последствий (см.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) : в 2 т. / под ред. А. В. Бриллиантова. М., 2015. Т. 1).

Последний достаточно редко упоминается в качестве самостоятельной классификационной единицы и, как правило, рассматривается как разновидность либо формального³⁰, либо материального³¹ составов преступлений. В качестве аргумента отнесения составов создания опасности к материальным некоторые авторы указывают на то, что факт создания опасности и является самим последствием преступления³² либо что такие последствия возможны в будущем³³. Позволим себе не согласиться с приведенными мнениями. Мы поддерживаем тех авторов, которые считают, что создание опасности является признаком общественно опасного деяния³⁴, последствия которого находятся за рамками формального закрепления в уголовно-правовой норме. Соответственно, в данном случае правильно говорить о подвиде формальных составов.

Как уже было указано выше, вред является обязательным признаком любого преступления. Однако следует отличать последствия как конструктивный признак состава преступления, получивший юридическое отражение в уголовно-правовой норме, и последствия, находящиеся за пределами формализованной конструкции. В тех случаях, когда вред от преступления нормативно не отражен в диспозиции уголовно-правовой нормы (формальные и усеченные составы преступлений), это не означает, что его не существует в общественной практике. Законодатель подчас использует конструкции таких составов преступлений, когда невозможно конкретно определить характер общественно опасных последствий либо когда существуют значительные трудности (в том числе процессуального характера) при их установлении. Нередко законодатель не включает вредные последствия в состав преступления, когда преступное деяние имеет высокую степень общественной опасности уже в момент совершения самого преступного посягательства (например, разбой, пиратство и др.).

В формальных и усеченных составах преступлений социально-негативные изменения (опасный для социума вред) не принимаются во внимание при установлении основания уголовной ответственности. Разумеется, такие неблагоприятные последствия могут иметь и другое уголовно-правовое значение: для назначения наказания, для определения его размера, при учете в качестве смягчающего или отягчающего обстоятельства и т.п. Соответственно, деление составов преступлений на материальные, формальные и усеченные связано только с содержанием объективной стороны, с определением лишь указанных в законе конкретных последствий и момента окончания преступного посягательства.

Для наглядности приведем пример с незаконной куплей-продажей наркотических средств. Предположим, что продавец совершает преступление, предусмотренное ч. 1 ст. 228.1 УК РФ (сбыт наркотиков), а покупатель — ч. 1 ст. 228 УК РФ (их приобретение). Оба состава являются формальными. По мнению законодателя, общественная опасность таких преступлений заключается уже в самом факте совершения деяния. Для установления преступности действий покупателя и продавца не имеет значения, с какой целью приобретались наркотики. Соответствующими статьями не предусматривается никаких последствий. Тем не менее это не исключает наличие социально опасного вреда, который находится за рамками объективной стороны. Вред в рассматриваемом случае причиняется объектам уголовно-правовой охраны: во-первых, общественной безопасности и общественному порядку (родовой объект); во-вторых, здоровью населения (видовой объект); в-третьих, общественным отношениям, складывающимся в связи с соблюдением законно установленного порядка оборота наркотических средств (непосредственный объект).

Как видим, в приведенном примере налицо прерывание социальных связей, сложившихся

³⁰ См.: Новосельцев С. П. Преступления с формальным составом в уголовном праве : дис. ... канд. юрид. наук. Красноярск, 1998. С. 49.

³¹ См.: Полупан Г. Ю. Уголовная ответственность за создание опасности : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. С. 9.

³² См.: Полупан Г. Ю. Указ. соч. С. 91—92.

³³ См.: Иванчин А. В. Концептуальные основы конструирования состава преступления : дис. ... д-ра юрид. наук. Ярославль, 2014. С. 229—230.

³⁴ См., например: Михлин А. С. Последствия преступления. М., 1969. С. 31—32 ; Современное уголовное право. Общая и Особенная части : учебник / под ред. А. В. Наумова. М., 2007. С. 773.

по поводу соблюдения порядка, который определяется рядом нормативных актов, в том числе Федеральным законом от 8 января 1998 г. № 3-ФЗ «О наркотических средствах и психотропных веществах»³⁵. Другими словами, реальный вред обществу, безусловно, причиняется, но он находится за рамками конструкции ст. 228 и 228.1 УК РФ.

Аналогичным образом рассматривается вред и в усеченных составах преступлений. При их совершении вред не имеет значения для квалификации. Однако это не исключает его объективного существования. Так, при совершении разбоя (ч. 1 ст. 162 УК РФ) вред в конечном счете выражается в прерывании общественных отношений, состоящих в недопущении действий, направленных на противоправное завладение чужим имуществом с применением насилия, опасного для жизни или здоровья.

Следует отметить, что аналогичным образом определяется вред неоконченного преступления и деяния соучастника преступления. Предположим, что лицо решило совершить убийство и для этого приискало исполнителя преступления. Однако виновные на данной стадии преступного деяния были задержаны. Вред в данном случае состоит в деформации социальных связей, сложившихся в обществе по поводу неприкосновенности жизни человека и недопустимости совершения приготовительных действий к убийству.

Вред может и не являться преступным. Под ним следует понимать такой вред, который имеет внешнее сходство с преступлением (преступным вредом), но не признается таковым в силу исключения противоправности и/или общественной опасности. Условно его можно назвать «непреступный вред» в широком смысле слова. В принципе, классификация форм преступного вреда идентична формам проявления результата преступного деяния (материальный и нематериальный вред и т. д.).

Юридическая природа рассматриваемого вреда имеет дуалистичный характер. Исходя из совокупности социального и формального критериев правильным, на наш взгляд, будет выделить два его вида: а) общественно опасный вред, б) общественно полезный или социально допустимый вред (правомерный).

Непреступный общественно опасный вред при совершении общественно опасного деяния по социальному значению близок к преступному. Условно можно назвать преступный вред в узком смысле слова. В целом для общества такой вред нежелателен. С формальной позиции он не является разрешенным. Однако законодатель не признает соответствующие деяния и преступлениями. В основе непреступности такого вреда находятся конкретные обстоятельства. Они, как правило, обусловлены следующими социально-психологическими факторами:

- 1) связаны с уровнем социально-психической зрелости личности — при совершении деяния лицом, не достигшим возраста уголовной ответственности (ст. 20 УК РФ);
- 2) обусловлены определенными интеллектуально-волевыми свойствами лица — состояние невменяемости (ст. 21 УК РФ);
- 3) ввиду отсутствия вины — при невиновном причинении вреда (ст. 28 УК РФ);
- 4) наличие в деянии небольшой общественной опасности — приготовление к преступлениям небольшой или средней тяжести (ч. 2 ст. 30 УК РФ);
- 5) стимулирование отказа от доведения преступления до конца и причинения более тяжких последствий — добровольный отказ от преступления (ст. 31 УК РФ). В случае причинения вреда при указанных обстоятельствах принято говорить об исключении уголовной ответственности³⁶.

Общественно полезный и социально допустимый вред, в отличие от общественно опасного, может иметь позитивное или нейтральное значение. С позиции социального

³⁵ СПС «КонсультантПлюс».

³⁶ В теории уголовного права выделяют и другие обстоятельства. См., например: *Ендольцева А.* Классификация обстоятельств, позволяющих не привлекать лицо к уголовной ответственности // *Уголовное право*. 2003. № 3. С. 24—25; *Дорогин Д. А.* Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность. М., 2013. С. 495—521; *Орешкина Т. Ю.* Система обстоятельств, исключающих преступность деяния // *Lex Russica*. 2015. № 3. С. 73—85.

³⁷ *Дмитренко А. П.* Институт обстоятельств, исключающих преступность деяния, в уголовном праве России: основы теории, законодательной регламентации и правоприменения : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2010. С. 12.

содержания его принято называть общественно полезным или социально допустимым³⁷. Исходя из этого критерия именно к правомерному вреду следует относить вред, причиняемый, например, при осуществлении оперативно-розыскной деятельности.

Исследуя уголовно-правовое значение правомерного вреда, мы сталкиваемся с парадоксальной ситуацией. В одном словосочетании находят свое выражение два противоположных понятия. С одной стороны, имеет место полезное или допустимое для общества (правомерное) деяние. С другой же, это деяние влечет за собой изменения в объективной действительности (вред) и имеет сходство с преступлением. На схожесть правомерного вреда с преступными деяниями неоднократно указывалось в специальной литературе³⁸. Подтверждением тому служит то, что каждая статья гл. 8 УК РФ начинается со слов «не является преступлением», то есть обращается внимание на отсутствие именно социально-негативного характера вреда. В связи с этим употребление в теории уголовного права формулировки «деяние, внешне схожее с преступлением»³⁹, вполне применимо, на наш взгляд, к правомерному вреду.

Несмотря на то что исследуемая категория является необходимым элементом института обстоятельств, исключающих преступность деяния, в теории отечественного уголовного права непосредственно проблеме правомерного вреда посвящено ограниченное количество научных работ. Наиболее полно, по нашему мнению, эти вопросы рассмотрены В. И. Михайловым, который исследует данный правовой феномен через призму так называемых уголовных правоотношений вреда⁴⁰.

Если говорить об отраслевой принадлежности юридической категории правомерного вреда, то следует отметить, что данный вопрос достаточно подробно исследовался в уголов-

ном праве⁴¹. С формальной точки зрения такой вред и условия его причинения должны быть предусмотрены уголовным законом. Как правило, речь идет об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, закрепленных в главе 8 УК РФ, либо о примечаниях к статьям Особенной части (например, в примечании к ст. 151 УК РФ).

Однако факт уголовно-правовой принадлежности не является совершенно очевидным. Существует достаточно большая масса нормативных актов, не относящихся к уголовному законодательству, в которых идет речь о возможности причинения правомерного вреда. Поэтому, говоря о юридическом закреплении рассматриваемой категории, следует различать еще четыре группы норм из различных отраслей права. Во-первых, это статьи, сочетающие в себе процессуальный и материальный характер. Во-вторых, нормы, конкретизирующие положения уголовного закона. В-третьих, нормы, фактически исключающие преступность деяния, но не содержащиеся в уголовном законе. В-четвертых, иные правовые установления о деяниях, при совершении которых причинение вреда имеет возможный характер.

Первую группу составляют нормы, в содержании которых детально описывается определенный порядок совершения представителями государства действий, фактически выражающихся в причинении вреда объектам уголовно-правовой охраны. К ним относятся, например, некоторые следственные действия и уголовно-процессуальные меры принуждения: обыск (ст. 182 УПК РФ), выемка (ст. 183), заключение под стражу (ст. 108), а также часть оперативно-розыскных мероприятий, проведение которых, как правило, влечет причинение вреда: прослушивание телефонных переговоров, снятие информации с технических каналов связи (п. 9, 10 ч. 1 ст. 6, ст. 9 Федерального закона от 12 авгу-

³⁸ Келина С. Г. Обстоятельства, исключающие преступность деяния // Уголовное право. 1999. № 3. С. 4 ; Орешкина Т. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 сентября 2012 г. № 19 «О применении судами законодательства о необходимой обороне и причинении вреда при задержании лица, совершившего преступление» // Уголовное право. 2013. № 2. С. 23—28 ; Блинников В. А. Обстоятельства, исключающие преступность деяния, в уголовном праве России. М., 2014. С. 21.

³⁹ Баулин Ю. В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния. Харьков, 1991. С. 19—27 ; Кадников Н. Г. Обстоятельства, исключающие преступность деяния. М., 1998. С. 4, 5 и др.

⁴⁰ Михайлов В. И. Правомерный вред в уголовном законодательстве и правовой доктрине. СПб., 2011.

⁴¹ Баулин Ю. В. Указ. соч. С. 31—113 ; Пикуров Н. И. Уголовное право в системе межотраслевых связей. Волгоград, 1998. С. 97 ; Пархоменко С. В. Деяния, преступность которых исключается в силу социальной полезности и необходимости. СПб., 2004. С. 98—119 ; Дорогин Д. А. Указ. соч. С. 312—357.

ста 1995 № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»⁴² (далее — ФЗ «Об ОРД»)) и др. Отличительной чертой таких действий является то, что они, как правило, достаточно подробно регламентируются в соответствующих законах и чаще всего должны сопровождаться санкцией (согласием или разрешением) либо суда, либо руководителя соответствующего органа или его подразделения.

По нашему мнению, такого рода нормы в своей основе фактически сочетают процессуальные и материальные начала, а значит, встает вопрос об их соотношении с уголовным правом. К сожалению, в отечественном уголовном праве вопросы уголовно-правовой природы процессуальных норм, предусматривающих возможность причинения вреда, не получили должного научного обоснования. По результатам проведенного нами экспертного опроса⁴³ был сделан вывод, что на практике такой проблемы также не существует. Подавляющее большинство респондентов (более 90 %) считает, что действия должностных лиц, выполняющих процессуальные действия, не вызывают сомнений в уголовно-правовой правомерности.

Вместе с тем этот аспект проблемы является предметом исследования в немецком уголовном праве. Так, по мнению У. Хелльманна, при расследовании уголовного дела правоохранительные органы, заключая обвиняемого под стражу или проникая в жилое помещение, нарушают правоохраняемые блага. В соответствии с уголовным законодательством Германии такие действия содержат признаки соответствующих составов преступлений. Однако

ввиду их закрепления в уголовно-процессуальном законодательстве они становятся дозволенными. Как пишет немецкий ученый, в таких случаях «уголовно-процессуальные нормы являются уголовно-правовыми основаниями, исключающими преступность деяния»⁴⁴. Основой допустимости таких мер будет их соразмерность с предотвращаемым вредом⁴⁵.

Вторая группа — это конкретизирующие нормы, которые представляют собой фактически дополнение уголовных правонарушений. Они более подробно описывают частные случаи уже существующих обстоятельств, исключающих преступность деяния⁴⁶. Как правильно, на наш взгляд, говорит С. В. Пархоменко, в других отраслях законодательства регламентируются не отдельные обстоятельства, исключающие преступность деяния, а «различные аспекты их проявления»⁴⁷. Ничего нового (в уголовно-правовом смысле), как правило, они не несут и не регулируют уголовно-правовых отношений. В случае противоречия со статьями гл. 8 УК РФ применению, в силу предмета правового регулирования, подлежат нормы уголовного законодательства⁴⁸. Их основная роль состоит в конкретизации и детализации действий специальных субъектов в определенной обстановке. К такого рода нормам относятся, например, большинство положений главы 5 Федерального закона от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ «О полиции»⁴⁹, раздела V Закона РФ от 11 марта 1992 г. № 2487-1 «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации»⁵⁰ — о применении физической силы, специальных средств и огнестрельного

⁴² СПС «КонсультантПлюс».

⁴³ По вопросам уголовно-правовой оценки причинения вреда при осуществлении оперативно-розыскной деятельности нами в 2009—2015 гг. был проведен экспертный опрос 327 сотрудников полиции, ФСКН, Следственного комитета, прокуратуры и судей в семи субъектах Российской Федерации (Московской, Рязанской, Смоленской, Тамбовской, Тульской, Тюменской областях и городе Москве).

⁴⁴ Хелльманн У. Уголовно-процессуальные полномочия как уголовно-правовые основания исключения противоправности // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы X Междунар. науч.-практ. конф. (24—25 января 2013 г.). М., 2013. С. 404—406.

⁴⁵ Hellmann. Strafprozessrecht. Springer-Lehrbuch, 2006. P. 73—75.

⁴⁶ Цуканов Н. Н. О соотношении норм Закона «О полиции» и УК РФ в регулировании права сотрудника полиции применять физическую силу, специальные средства и огнестрельное оружие // Административное право и процесс. 2012. № 3. С. 68—71.

⁴⁷ Пархоменко С. В. Указ. соч. С. 105.

⁴⁸ Шкабин Г. С. Правомерное причинение вреда сотрудниками полиции: законодательные и прикладные проблемы // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 3. С. 50—53.

⁴⁹ СПС «КонсультантПлюс».

⁵⁰ СПС «КонсультантПлюс».

оружия; ст. 22 Федерального закона от 6 марта 2006 г. № 35-ФЗ «О противодействии терроризму»⁵¹ — о правомерном причинении вреда при осуществлении мероприятий по борьбе с терроризмом и др.

Достаточно большое количество указанных законов привело к тому, что в теории высказываются мнения о несоответствии норм о правомерном вреде объектам уголовно-правовой охраны и предмета соответствующей отрасли. Как следствие, делаются предложения о выделении из числа уголовно-правовых категорий норм об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, и об отнесении их к другим отраслям законодательства. Так, В. Н. Козак в свое время считал, что институт крайней необходимости не относится к числу уголовно-правовых, а является частью государственного права⁵². Н. Д. Дурманов полагал, что обстоятельства, исключающие противоправность, «необязательно должны относиться к уголовному праву, так как последнее трактует о преступлениях и наказаниях, здесь же речь идет об одном из правомерных действий»⁵³. Отдельные ученые считают неправильным включение в гл. 8 УК РФ всех обстоятельств, исключающих преступность деяния, так как «в этом случае возникнет обременительная и неоправданная во всех отношениях необходимость процессуальной проверки каждой, даже самой заведомо правомерной ситуации, связанной с данными обстоятельствами»⁵⁴.

На наш взгляд, отраслевую принадлежность в данном случае следует определять исходя из объекта причинения вреда, а следовательно, и предмета правового регулирования. Если вред причиняется объектам уголовно-правовой охраны, то совершенно логично, что и исключение преступности таких деяний должно

определяться также Уголовным кодексом. Аналогичную позицию занимают и другие исследователи проблемы⁵⁵.

Третья группа норм из других отраслей законодательства фактически вторгается в сферу действия уголовного права путем его дополнения собственными установлениями о правомерном вреде. Таким образом, возникает конкуренция норм разных отраслей. К числу таких юридических определений можно отнести ч. 4 ст. 16 ФЗ «Об ОРД» — о правомерном вреде при осуществлении оперативно-розыскной деятельности; ч. 3 ст. 7 и ч. 2 ст. 8 Федерального закона «О противодействии терроризму» — о возможности уничтожения воздушного судна и плавательного средства при пресечении террористического акта; ч. 9 ст. 18 Федерального закона «О полиции» — о правомерности вреда, причиненного сотрудниками полиции в соответствии с законодательством, и др.

В соответствии с общепринятыми теоретическими и законодательными положениями об источниках уголовного права подобного рода коллизии должны решаться в пользу материального права. Заключение о приоритете уголовного законодательства в этом вопросе можно сделать при системном толковании постановления Конституционного Суда РФ от 29 июня 2004 г. № 13-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы»⁵⁶. В нем подтверждается конституционность приоритета норм Уголовно-процессуального кодекса над нормами конкурирующих с ним иных федеральных законов и подзаконных актов, что предусмотрено в ч. 1, 2 ст. 7 УПК РФ. В основу данного решения положен в том

⁵¹ СПС «КонсультантПлюс».

⁵² Козак В. Н. Вопросы теории и практики крайней необходимости. Саратов, 1981. С. 60—61.

⁵³ Дурманов Н. Д. Указ. соч. С. 206.

⁵⁴ Савинский А. В. О перечне обстоятельств, исключающих преступность деяния // Рос. юстиция. 2014. № 5. С. 57—59.

⁵⁵ См.: Ткаченко В. Принуждение к повиновению и выполнение профессиональной обязанности // Сов. юстиция. 1990, № 3. С. 28; Милуков С. Ф., Побегайло Э. Ф. Актуальные проблемы применения оружия сотрудниками правоохранительных органов // Законы России: опыт, анализ, практика. 2006. № 11. С. 39—54; Пархоменко С. В. Юридическая характеристика нормативной основы деяний, преступность которых исключается // Сибирские юридический вестник. 2013. № 1. С. 74—81; Михайлов В. И. Правовое регулирование причинения вреда при правомерном выполнении профессиональных (должностных) функций // Адвокат. 2015. № 5. С. 33—42.

⁵⁶ СПС «КонсультантПлюс».

числе и предмет правового регулирования, который является критерием построения российского законодательства (п. «о» ст. 71, ч. 1 ст. 76 Конституции РФ).

Предложенный вывод подтверждается и юридической практикой. Так, согласно ч. 4 ст. 16 ФЗ «Об ОРД» при защите жизни и здоровья граждан, их конституционных прав и законных интересов, а также для обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств допускается вынужденное причинение вреда правоохраняемым интересам. Подобные вредоносные действия возможны со стороны должностного лица органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, либо лица, оказывающего ему содействие, совершаемое при правомерном выполнении последним своего служебного или общественного долга. По своей юридической сути данная норма представляет собой обстоятельство, исключающее преступность деяния при осуществлении оперативно-розыскной деятельности, которое, однако, и до настоящего времени не нашло отражения в уголовном законе⁵⁷.

По результатам проведенного нами опроса более 80 % респондентов дали отрицательный ответ на вопрос о возможности использования ч. 4 ст. 16 ФЗ «Об ОРД» для правовой оценки действий лица, осуществляющего оперативное внедрение и умышленно причиняющего вред объекту уголовно-правовой охраны. Примерно такое же количество (около 80 %) практических работников фактически воспринимают эту норму как правовую декларацию, как формальность, то есть как законодательную дефиницию, не имеющую прагматического содержания.

Анализ правоприменительной практики также показал, что это правоположение почти не применяется. Нам удалось обнаружить лишь один случай использования этой нормы. В принципе, его можно было бы не упоминать и списать на допустимую погрешность при исследовании проблемы. Однако субъект, применивший ч. 4 ст. 16 ФЗ «Об ОРД», заставляет обратить внимание на этот факт.

23 августа 2011 г. Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ вынесла кассационное определение на приговор Челябинского областного суда, которым был осужден Л-в за получение взятки в крупном размере (п. «г» ч. 4 ст. 290 УК РФ). При выявлении данного преступления проводилось оперативно-розыскное мероприятие — оперативное внедрение. Внедренным лицом являлся сотрудник милиции Л., представлявший организацию, от которой Л-в пытался получить взятку. В ходе проведения оперативного внедрения Л., по поручению Л-ва, вносил ложные сведения в договоры, подписывал фиктивные заявки на участие в открытых конкурсах от имени компании. Позднее Л-в был признан виновным и осужден.

Однако в ходе судебного заседания представители защиты поставили перед судом вопрос о правовой оценке незаконных действий внедренного лица. На это Судебная коллегия в своем определении ответила, что «Л. при проведении оперативно-розыскного мероприятия выполнял указания и рекомендации Л-ва, в том числе по составлению необходимых документов задним числом. Данные действия допустимы частью 4 статьи 16 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности»»⁵⁸. Иными словами, была признана законность поведения внедренного лица, причинившего вред правоохраняемым интересам.

Де-факто здесь имеет место аналогия закона, формально недопустимая в уголовном праве. Суд при возникновении уголовно-правовых отношений, ввиду отсутствия в уголовном законодательстве соответствующей правовой конструкции, применил норму другой отрасли права. Однако возникает вопрос: насколько верно законодателем определена отраслевая принадлежность этой статьи? Ответ, на наш взгляд, таков: содержание ч. 4 ст. 16 ФЗ «Об ОРД», исходя из предмета регулирования, носит уголовно-правовой характер. Следовательно, имеет место своего рода коллизия: во-первых, отношения, связанные с причинением вреда объекту уголовно-правовой охраны, не урегулированы собственно уголовным законом, а во-вторых, существующая в другом

⁵⁷ Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» / отв. ред. А. Ю. Шумилов. М., 1997. С. 153; Вагин О. А., Исиченко А. П., Чечетин А. Е. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» (постатейный). М., 2009.

⁵⁸ Кассационное определение Верховного Суда РФ от 23.08.2011г. № 48-О11-81 // URL: http://www.vsrfr.ru/stor_pdf.php?id=457362 (дата обращения: 25 июля 2015 г.).

законе норма, фактически имеющая уголовно-правовой характер, не применяется по причине иной отраслевой принадлежности. Решение данной проблемы, на наш взгляд, видится в исключении из оперативно-розыскного законодательства рассматриваемых положений и в дополнении Уголовного кодекса РФ новой нормой. De lege ferenda предлагается ст. 39.1 «Причинение вреда при проведении оперативно-розыскного мероприятия» УК РФ⁵⁹.

К сожалению, случай с «обстоятельством, исключаящим преступность деяния в оперативно-розыскном законодательстве», далеко не единственный. Аналогичные по правовой природе положения содержатся и в других нормативных актах⁶⁰.

Сложившаяся в законодательстве ситуация по данному вопросу свидетельствует о возникновении негативной тенденции. Она связана с дестабилизацией системы построения отрасли уголовного права, что выражается в появлении норм, имеющих уголовно-правовой характер в других отраслях права.

Четвертая группа — это нормы о деяниях, при совершении которых причинение вреда является альтернативой: он либо причиняется, либо нет. В такого рода нормах не предусмотрены конкретные действия. Прямо в них не идет речь о допустимости вреда, но ввиду отсутствия детальной регламентации такая возможность существует в потенциале, т.е. вполне вероятна. Здесь прежде всего следует говорить об оперативно-розыскных мероприятиях, проведение которых при определенных условиях может состоять в причинении вреда объектам уголовно-правовой охраны. В таких ситуациях лица, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, совершают действия, имеющие внешнее сходство с преступлением. Например,

получение оружия при проверочной закупке (п. 4 ч. 1 ФЗ «Об ОРД») имеет внешние признаки его незаконного приобретения (ст. 222 УК РФ); разрешение перемещения наркотиков через Государственную границу РФ при контролируемой поставке (п. 13 ч. 1 ФЗ «Об ОРД») схоже с их контрабандой (ст. 229.1 УК РФ); передача денег взяточнику при оперативном эксперименте (п. 14 ч. 1 ФЗ «Об ОРД») близка по содержанию даче взятки (ст. 291 УК РФ); нахождение оперативного сотрудника в криминальной среде при оперативном внедрении (п. 12 ч. 1 ФЗ «Об ОРД») с объективной стороны тождественно участию в банде (ч. 2 ст. 209 УК РФ) и др.

Во всех приведенных и иных аналогичных случаях действия лиц, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, имеют для общества полезный либо допустимый характер. Однако мы точно так же уверены, что материальной основой данного поведения должны быть нормы уголовного законодательства. К сожалению, на сегодняшний день прямое уголовно-правовое регулирование описанных деяний отсутствует. Не является достаточно разработанным этот вопрос и в теории уголовного права.

Современное отечественное уголовное законодательство не содержит понятия обстоятельства, исключаящего преступность деяния, оно только использует его форму (название). Существование такой общей нормы позволило бы решить подобные ситуации, которые, несомненно, еще будут возникать в дальнейшем. Поэтому в ее отсутствие, на наш взгляд, логичным и практически необходимым выходом является применение по аналогии уголовно-правовой нормы об одном из закрепленных обстоятельств, исключаящих преступность деяния, имеющего наибольшее сходство. По этому поводу высказывают свое мнение многие ученые⁶¹.

⁵⁹ Шкабин Г. С. Уголовно-правовое регулирование оперативного внедрения в борьбе с организованной преступностью // Право и политика: теоретические и практические проблемы : сб. материалов II Международ. науч.-практ. конф., посвящ. 20-летию юрид. фак-та Ряз. гос. ун-та им. С. А. Есенина (4 ноября 2013 г.) / отв. ред. А. В. Малько. Рязань, 2013. Вып. 2. С. 419—421.

⁶⁰ Орешкина Т. Ю. Соотношение ряда положений Федерального закона «О противодействии терроризму» и некоторых других федеральных законов с нормами Уголовного кодекса об обстоятельствах, исключаящих преступность деяния // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы IV Международ. науч.-практ. конф. (25—26 января 2007 г.). М., 2007. С. 200—204.

⁶¹ Кругликов Л. Л. Аналогия в уголовном праве: миф или реальность? // Кругликов Л. Л. Проблемы теории уголовного права : избранные статьи, 2000—2009 гг. Ярославль, 2010. С. 176—186 ; Кауфман М. А. Аналогия в уголовном праве России: историко-правовой анализ // Рос. правосудие. 2012, № 12. С. 79—85 ; Бриллиантов А. В., Яни П. С. Применение норм о соучастии: аналогия или толкование? // Законность. 2013. № 6. С. 31—36.

Несмотря на существующий запрет применения аналогии в части 2 статьи 3 Уголовного кодекса Российской Федерации, такое решение проблемы является, по нашему мнению, меньшим злом по сравнению с полным отсутствием правового регулирования данного вопроса. Аналогия в нашем случае выступает в качестве механизма воспроизведения в последующем из института обстоятельств, исключающих преступность деяния, новых норм о правомерных деяниях и лежит в основе репродуктивной функции уголовного права⁶².

Положение о недопустимости применения закона по аналогии в науке уголовного права и в учебном процессе является в определенной мере табуированным, раз и навсегда установленным. Иными словами, это формально и однозначно запрещенный процесс и результат в виде нарушения принципа законности (ч. 2 ст. 3 УК РФ). На самом деле фактически все не так, по крайней мере по двум обстоятельствам общеправового порядка.

Первое. В социальной действительности достаточно часто возникают факторы, определяющие существование негативного явления и состоящие в причинении вреда. При этом правовое регулирование таких ситуаций отсутствует. Например, в Уголовном кодексе Российской Федерации предусмотрена ответственность только за один вид временного заимствования — угон (ст. 166). Остальные же случаи, порой не менее общественно опасные, уголовно-правовой оценке формально не подлежат⁶³.

Второе. Существует скрытое использование аналогии на правотворческом уровне. Такие правоустановления содержатся в нормах как Общей, так и Особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации. Это, например, уголовная ответственность за незаконный оборот «аналогов» наркотических средств и психотропных веществ (ст. 228, 228.1 УК РФ и др.) или фактическое применение аналогии при оценке физического или психического

принуждения по правилам о крайней необходимости (ч. 2 ст. 40 УК РФ).

И до введения в действие Уголовного кодекса Российской Федерации 1996 года применялась аналогия закона, хотя и тогда также постулировалось положение о ее недопустимости. Уголовный кодекс РСФСР 1960 года знал только два обстоятельства, исключающих преступность деяния, — необходимую оборону и крайнюю необходимость. Однако это не означало, что действия субъектов правоотношений по причинению вреда охраняемым законом интересам, носившие социально полезный характер, совершались только в рамках этих обстоятельств, исключающих преступность деяния.

В уголовном праве отсутствовали нормы, предусматривающие исключение ответственности за какие-либо общественно полезные поступки, связанные с причинением вреда и не являющиеся ни необходимой обороной, ни крайней необходимостью. Правоприменитель был поставлен в такое положение, когда необходимо было дать оценку юридическому факту, а правовых норм для такой оценки не существовало. Выход из этой ситуации был найден в применении аналогии законов в отношении норм о необходимой обороне и крайней необходимости.

Примеров аналогии обстоятельств, исключающих преступность деяния, в правоприменительной практике было множество. Так, очевидна фактическая аналогия закона в постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 16 августа 1984 г. № 14 «О применении судами законодательства, обеспечивающего право на необходимую оборону от общественно опасных посягательств», согласно которому причинение вреда преступнику при его задержании следует рассматривать как совершенное в состоянии необходимой обороны⁶⁴.

В теории уголовного права советского периода уже тогда сложилось мнение, что причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление, является самостоятельным

⁶² Суть репродуктивной функции уголовного права состоит в воспроизведении из уже существующих норм и институтов уголовного законодательства новых положений закона (см.: *Шкабин Г. С.* Уголовно-правовой институт крайней необходимости в деятельности органов внутренних дел : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 9, 43—62).

⁶³ *Гладилин В. В.* Временное позаимствование в уголовном праве: вопросы ответственности / под ред. Н. А. Лопашенко. М., 2006.

⁶⁴ СПС «КонсультантПлюс».

институтом уголовного права⁶⁵. Однако поскольку иное не было предусмотрено законодателем, подобные действия предлагалось рассматривать по правилам о необходимой обороне.

Таким образом, применение аналогии закона в отношении обстоятельств, исключающих преступность деяния, на наш взгляд, следует признать допустимым. Этот вывод влечет за собой и соответствующее предложение по изменению ч. 1 ст. 2 УК РФ. В редакции этой нормы, видимо, должен быть сделан упор на недопустимость применения аналогии только для оценки запрещенного поведения.

Подводя итоги, считаем возможным сделать уголовно-правовой прогноз⁶⁶ о нормативно-правовом регулировании правомерного причинения вреда. Нам видятся три варианта дальнейшего развития событий.

Первый вариант. Размывание основ кодифицированного построения отечественного уголовного права будет продолжаться и в дальнейшем. В законах иной отраслевой принадлежности будут и в последующем появляться «свои» обстоятельства, исключающие преступность деяния, по примеру Федерального закона «Об ОРД» или Федерального закона «О противодействии терроризму». В итоге это станет шагом к формированию отраслевого уголовного права, как это сложилось к настоящему времени в Германии. Так, уголовно-правовые нормы, помимо Уголовного кодекса, содержатся еще более чем в 400 законах⁶⁷. Однако следует отметить, что на сегодняшний день в этой стране идут совершенно противоположные (обратные) процессы, состоящие в трансформации уголовно-правовых положений из дополнительных законов в Уголовный кодекс⁶⁸.

Второй вариант. Не исключено существование симбиоза уголовно-правовых и специально-отраслевых видов правомерного причинения вреда. Например, в Уголовном кодексе могут быть закреплены их общие виды (например, исполнение закона или выполнение профессиональных функций), которые не будут иметь самостоятельного значения. Специальные же виды в зависимости от субъекта или сферы применения получают закрепление в иных нормативных актах.

Третий вариант. Принцип системности права будет соблюден, и все новые законы, предусматривающие возможность причинения правомерного вреда объектам уголовно-правовой охраны, согласно ч. 1 ст. 1 УК РФ, будут включены в Уголовный кодекс.

Вполне возможен каждый из вариантов. Однако последний сценарий, на наш взгляд, соответствует не только требованиям законодательства и традициям российского уголовного права, но и потребностям правоприменительной практики борьбы с преступностью. При этом вполне допускаем, что такое направление совершенствования уголовного закона в настоящий момент представляется некой социальной иллюзией (идеалом) и строится на позитивных ожиданиях.

Вместе с тем, отстаивая идею уголовно-правовой природы правомерного вреда охраняемым уголовным законом интересам, необходимо обратить внимание на то, что возникающие при его причинении отношения указывают на обособленность соответствующих норм. Данное обстоятельство позволяет прийти к логическому заключению в нашем уголовно-правовом прогнозе. Общность норм о правомерном причинении вреда, предус-

⁶⁵ Курляндский В. И. Уголовная ответственность и меры общественного воздействия. М., 1965. С. 5—55; Козак В. Н. О расширении уголовно-правовых гарантий участия граждан в укреплении правопорядка в свете новой Конституции СССР // Вопросы развития и защиты прав граждан и социалистических организаций. Калинин, 1978. С. 143—144.

⁶⁶ Уголовно-правовое прогнозирование — это научно обоснованный анализ перспектив развития уголовного права с целью получения информации о направлениях, путях и средствах его совершенствования (см.: Клейменов М. П. Уголовно-правовое прогнозирование : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 1992. С. 9).

⁶⁷ См.: Шулепова Л. Ф. Дополнительное уголовное право Федеративной Республики Германии: понятие, система, источники : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 11; Фристер Г. Уголовное право Германии. Общая часть = Strafrecht. Allgemeiner Teil : пер. с нем. 5-е изд. М., 2013. С. 13.

⁶⁸ Жалинский А. Э. Современное немецкое уголовное право. М., 2006. С. 348; Хелльманн У. Критический анализ современного уголовного законодательства ФРГ // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы VIII Междунар. науч.-практ. конф. (27—28 января 2011 г.). М., 2011. С. 573—579.

мотренных УК РФ и другими нормативными актами, способны образовывать собственные институты. Совокупность таких институтов со временем может трансформироваться в под-

отрасль уголовного права⁶⁹, выраженную в самостоятельном разделе Уголовного кодекса либо даже в федеральном законе о правомерном вреде.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Блинников В. А. Обстоятельства, исключающие преступность деяния, в уголовном праве России. — М., 2014.
2. Борисов С. В., Жеребченко А. В. Возбуждение ненависти, вражды, унижение человеческого достоинства: проблемы установления и реализации уголовной ответственности. — М., 2015.
3. Бриллиантов А. В., Яни П. С. Применение норм о соучастии: аналогия или толкование? // Законность. — 2013. — № 6.
4. Воробьев С. М. Социально-экономическая методика определения размера компенсации морального вреда потерпевшим от преступлений в России: постановка проблемы // Право и современные государства. — 2013. — № 4.
5. Гладили В. В. Временное позаимствование в уголовном праве: вопросы ответственности. — М., 2006.
6. Ендольцева А. Классификация обстоятельств, позволяющих не привлекать лицо к уголовной ответственности // Уголовное право. — 2003. — № 3.
7. Кауфман М. А. Аналогия в уголовном праве России: историко-правовой анализ // Рос. правосудие. — 2012. — № 12.
8. Келина С. Г. Обстоятельства, исключающие преступность деяния // Уголовное право. — 1999. — № 3.
9. Козлов А. П. Понятие преступления. — СПб., 2004.
10. Кругликов Л. Л. Проблемы теории уголовного права: избранные статьи, 2000—2009 гг. — Ярославль: ЯрГУ, 2010.
11. Кузнецова Н. Ф. Проблемы квалификации преступлений / науч. ред. В. Н. Кудрявцев. — М., 2007.
12. Милюков С. Ф., Побегайло Э. Ф. Актуальные проблемы применения оружия сотрудниками правоохранительных органов // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2006. — № 11.
13. Михайлов В. И. Правомерный вред в уголовном законодательстве и правовой доктрине. — СПб., 2011.
14. Нагиева Э. Э. К вопросу о соотношении терминов «вред», «ущерб», «последствия», «результат» // Рос. следователь. — 2009. — № 18.
15. Новоселов Г. П. Без преступных последствий нет преступления // Рос. юстиция. — 2001. — № 3.
16. Орешкина Т. Ю. Система обстоятельств, исключающих преступность деяния // Lex Russica. — 2015. — № 3.
17. Пархоменко С. В. Деяния, преступность которых исключается в силу социальной полезности и необходимости. — СПб., 2004.
18. Пикуров Н. И. Уголовное право в системе межотраслевых связей. — Волгоград, 1998.
19. Пудовочкин Ю. Е. Учение о составе преступления. — М., 2009.
20. Савинский А. В. О перечне обстоятельств, исключающих преступность деяния // Рос. юстиция. — 2014. — № 5.
21. Таганцев Н. С. Русское уголовное право : лекции : в 2 т. — М., 1994. — Т. 1 : Часть общая.

⁶⁹ Подотрасль уголовного права — это совокупность взаимосвязанных уголовно-правовых институтов, особым образом регулирующих обособленную внутри предмета отрасли группу общественных отношений и решающих специфические задачи, заданные в пределах уголовно-правового регулирования, которая, как правило, получает внешнее оформление в виде отдельной структурной единицы текста УК РФ или отдельного закона, действующего наряду с ним (см.: Жук М. С. Институт российского уголовного права: понятие, система и перспективы развития : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Краснодар, 2013. С. 19 ; Шаповалов А. А. Отрасль современного российского права: вопросы теории : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Белгород, 2011. С. 8).

22. Цуканов Н. Н. О соотношении норм Закона «О полиции» и УК РФ в регулировании права сотрудника полиции применять физическую силу, специальные средства и огнестрельное оружие // Административное право и процесс. — 2012. — № 3.

Материал поступил в редакцию 15 сентября 2015 г.

CAUSING HARM IN CRIMINAL LAW: TYPES AND LEGAL REGULATION

SHKABIN Gennadiy Sergeevich — PhD, Associate Professor of the Ryazan Branch of the Moscow University of the Ministry of Internal Affairs named after V.Y. Kikot'

uprzn@ya.ru

390044, Russia, Ryazan, ul. 1-ya Krasnaya, d. 18 "a".

Review. The article considers damage as one of central, systematically important categories that is located in the center of major concepts and institutions of criminal law. The essence of this social and legal phenomenon is not always subjected to detailed analysis and is perceived by scholars as a priori clear, not drawing any criticism provision. In the majority of cases damage is associated with a crime. However, the criminal law provides for damage that is not criminal. The author offers a general definition of the category of damage in criminal law and gives its classification. Depending on the material and formal criteria damage is divided into criminal and not criminal. The author analyzes the forms of criminal damage. The author concludes that the notion of "damage" is generic and includes a number of slightly more narrow in their content categories, such as injury, losses and grave consequences. The paper is indicative of the adhesive role of damage between the act and the object of a crime. The author distinguished criminal consequences as an indication of the objective side of a crime and criminal damage caused to protected relations. From the standpoint of inflicted damage the author considers formal and inchoate crimes, inchoate criminal trespass, acts of accomplices. Particular attention is drawn to the types and value of damage that is not criminal. The latter, in turn, depending on the material criterion is divided into socially dangerous harm, as well as socially useful or admissible (legitimate). Particular attention is drawn to the situations of causing legitimate harm that are set forth in investigative legislation. The paper contains the classification of rules regarding acts causing legitimate harm that are set forth in four more groups of regulatory acts in addition to the Criminal Code of the RF. The author carries out the analysis of legal regulation of socially useful (socially admissible) acts that cause harm to the objects of criminal protection, but their legitimacy is not provided for in criminal legislation. He also examines the possibility to apply criminal law analogy in such situations. Taking into account trends in legislative practice, the author attempts to predict within the frames of criminal law normative consolidation of causing legitimate harm.

Keywords: notion of harm, classification of harm, criminal harm, socially dangerous harm, socially useful harm, socially admissible harm, legitimate harm, analogy of the criminal law, investigative activity, criminal law prediction.

BIBLIOGRAPHY

1. Blinnikov, V. A. Circumstances precluding the criminality of an act in Criminal Law of Russia. — M., 2014.
2. Borisov, S. V., Zhrebchenko, A. V. Inciting hatred, hostility, humiliation of human dignity: Problems of determining and imposing criminal responsibility. — M., 2015.
3. Brilliantov, A. V., Yani, P. S. Application of complicity rules: Analogy or interpretation? // Zakonnost' — 2013. — № 6.
4. Vorobyov, S. M. Social and economic methodology for determining the amount of moral harm compensation to victims of crime in Russia: Problem statement // Law and Modern States. — 2013. — № 4.
5. Gladilin, V. V. Temporary appropriation in criminal law: Questions of liability. — M., 2006.
6. Endol'tseva, A. Classification of circumstances that permit not to impose criminal responsibility on a person // Criminal Law. — 2003. — № 3.
7. Kaufman, M. A. Analogy in Russian criminal law: Historical and legal analysis // Ros. Justice. — 2012, №12.
8. Kelina, S.G. Circumstances precluding the criminality // Criminal Law. — 1999. № 3.
9. Kozlov, A. P. The notion of a crime. — SPb., 2004.
10. Kruglikov, L. L. Problems of the theory of criminal law: Selected articles. 2000-2009, - Yaroslavl: YarSU, 2010.

11. *Kouzetsov, N. F.* The problem of crime qualification / Ed. by V. N. Kudryavtsev. — ММ., 2007.
12. *Milukov, S. F., Pobegaylo, E. F.* Current problems of use of firearms by law enforcement officials // *Laws of Russia: The experience, analysis, practice.* -2006. - № 11.
13. *Mikhailov, V. I.* Legitimate harm in criminal law and legal doctrine. — SPb., 2011.
14. *Nagiyeva, E. E.* To the question of the interaction between the terms "harm", "injury" and "consequences", "result"//*Ros. Investigator.* -2009. - №18.
15. *Novoselov, G. P.* Without criminal consequences there is no crime // *Ros. Justice.* — 2001. — № 3.
16. *Oreshkina, T. Y.* The system of circumstances precluding the criminality // *Lex Russica.* — 2015. — № 3.
17. *Parkhomenko, S. V.* Acts criminal character of which is excluded by virtue of social usefulness and necessity. — SPb., 2004.
18. *Pikurov, N. I.* Criminal law in the system of interbranch relations. — Volgograd, 1998.
19. *Pudovochkin, Y. E.* The doctrine of the elements of a crime. — М., 2009.
20. *Savinsky, A. V.* On the list of circumstances precluding the criminality of an act // *Ros. Justice.* — 2014. — № 5.
21. *Tagantsev, N.S.* Russian criminal law: Lectures. In 2 volumes. V. 1. — М., 1994. V.1 The General Part.
22. *Tsukanov, N. N.* On interrelation of the provisions of the law "On police" and the Criminal Code with regard to the regulation of the right of police officers to apply physical force, special means and firearms // *Administrative Law and Procedure.* 2012. № 3.