

DOI: 10.17803/1729-5920.2024.215.10.059-076

Д. В. МирошниченкоРоссийский университет адвокатуры
и нотариата имени Г.Б. Мирзоева
г. Москва, Российская Федерация

Теоретико-методологическое обоснование общественной опасности деяния в уголовном праве

Резюме. Общественная опасность является фундаментальной категорией уголовного права, определяющей его сущность и социальное предназначение. Вместе с тем в науке до сих пор не выработан единый взгляд на природу общественной опасности, ее место и роль в структуре уголовно-правового знания и правоприменения. Нерешенными остаются, в частности, вопросы о правовых границах общественной опасности, о соотношении принципа законности с социальными основаниями уголовной ответственности, о соотношении понятия вреда с общественной опасностью, о возможности ее объективного познания, о влиянии на оценку общественной опасности деяний социальных ценностей и личности, об определении качества преступления. В статье анализируется феноменология социального восприятия общественной опасности в аспекте оценок правоприменителем реального вреда. С этой целью используется диалектика в категориях действительности и возможности. Вред рассматривается как категория действительности, а общественная опасность как категория возможности. При этом автором вред и общественная опасность понимаются не в универсальном, а в правовом значении. Сущность вреда состоит в посягательстве на социальные ценности и ответной реакции на него со стороны общества и государства — моральном упреке деяния, возводящем его в степень социальной угрозы (опасности). Общественная опасность преступления конструируется законодателем, поэтому данное свойство (общественная опасность) связано с действительностью вреда и является важным и необходимым уголовно-правовым конструктом, наполненным реальным социальным смыслом. Современной проблемой, актуализированной парадигмой безопасности, является определение моральных критериев действительности общественно опасного вреда.

Ключевые слова: общественная опасность деяния; преступление; вред; состав преступления; парадигма ответственности; парадигма безопасности; предупреждение преступлений; угрозы; общественная безопасность; уголовно-правовой запрет; восприятие общественной опасности

Для цитирования: Мирошниченко Д. В. Теоретико-методологическое обоснование общественной опасности деяния в уголовном праве. *Lex russica*. 2024. Т. 77. № 10. С. 59–76. DOI: 10.17803/1729-5920.2024.215.10.059-076

Theoretical and Methodological Justification of the Public Danger of an Act in Criminal Law

Daniil V. MiroshnichenkoRussian University of Advocacy and the Notary named after G.B. Mirzoev
Moscow, Russian Federation

Abstract. Public danger is a fundamental category of criminal law that defines its essence and social purpose. At the same time, science has not yet developed a unified view on the nature of public danger, its place and role in the structure of criminal law knowledge and law enforcement. In particular, the following questions remain unresolved: the legal boundaries of public danger, the correlation of the principle of legality with the social foundations of criminal liability, the correlation of the concept of harm with public danger, the possibility of

© Мирошниченко Д. В., 2024

its objective cognition, the impact on the assessment of public danger of acts of social values and personality, determining the quality of a crime. The paper analyzes the phenomenology of social perception of public danger in the aspect of law enforcement assessments of real harm. For this purpose, dialectics is used in the categories of reality and possibility. Harm is considered as a category of reality, and public danger as a category of opportunity. At the same time, the author understands harm and public danger not in a universal, but in a legal sense. The essence of harm means an encroachment on social values and a response to it from society and the state — a moral rebuke of the act, elevating it to the degree of social threat (danger). The public danger of a crime is constructed by the legislator, therefore this property (public danger) is associated with the reality of harm and is an important and necessary criminal law construct filled with real social meaning. The modern problem, actualized by the security paradigm, is the definition of moral criteria for the validity of socially dangerous harm.

Keywords: public danger of an act; crime; harm; corpus delicti; responsibility paradigm; security paradigm; crime prevention; threats; public safety; criminal law prohibition; perception of public danger

Cite as: Miroshnichenko DV. Theoretical and Methodological Justification of the Public Danger of an Act in Criminal Law. *Lex russica*. 2024;77(10):59-76. (In Russ.). DOI: 10.17803/1729-5920.2024.215.10.059-076

Введение

Одной из краеугольных проблем в уголовном праве была и остается проблема понимания общественной опасности (деяния), ее социальной и правовой природы, соотношения с понятием вреда, связи с юридическим и социальным способами оценки общественной опасности деяния и его преступности, малозначительности деяния, соотношения понятий «общественная опасность деяния» и «общественная опасность преступления» и многих других вопросов, которые возникают в процессе исследования преступления.

Категория общественной опасности обычно находится во власти инструментального подхода, который призван обозначить нормативные и легитимные пределы уголовно-правового воздействия, позволяет связать формальные уголовные запреты с их социальным смыслом. Вместе с тем общественная опасность как социальная основа правового (в первую очередь — уголовно-правового) запрета в настоящее время не приобрела внятной теоретической основы. Чтобы вести речь об общественной опасности в научном дискурсе, необходимо обозначить границы этого понятия и связанных с ним явлений. Для этого следует ответить на вопрос: что представляет собой общественная опасность, каковы социальные и правовые основания этого понятия и в чем кроются логические основания для его закрепления в статусе уголовно-правовой категории?

Общественная опасность в контекстуальном значении

Известно, что общественная опасность деяния — это особое свойство преступления, которым оно отличается от других деяний (проступков, гражданских деликтов и пр.). Даже отрицание некоторыми авторами исключительности общественной опасности для уголовного права не позволяет им не признать того факта, что общественная опасность для преступлений все-таки «своя»: по степени, характеру, существенности, социальной значимости причиняемого общественным отношениям вреда. Это означает, что вред в уголовно-правовом масштабе значительно превосходит другие «отраслевые» виды вреда.

Однако следует иметь в виду, что вред в уголовном праве, достигающий степени общественной опасности, при всем интуитивном понимании его как значительного или существенного, не имеет строгих эмпирических критериев, эталона, в соответствии с которыми общественную опасность деяния можно было строго определить. Социальные действия не имеют заранее установленных параметров вредности, присущих им по природе опасных свойств. Но современная теория говорит об обратном: общественная опасность объективно, словно вещь, отражается в воспринимающем ее сознании. Простота теории отражения в известном смысле подкупает: сознание воспринимает реальность такой, какова она есть. Если деяние общественно опасно, то эту истину разум способен распознать. Так, А. А. Пионтковский считал, что общественная опасность признается категорией объективной, не поддаю-

щейся чувственному восприятию, но познается рассудком путем уяснения вредного значения деяния¹.

Когда речь идет об уяснении значения деяния, человек полагается на определенный запас опыта, позволяющий ему выносить суждения о том, какие поступки в данное время и в данном месте являются общественно опасными. Поэтому позицию А. А. Пионтковского позволим себе скорректировать: не деяния обладают некой объективной опасностью, а социальный опыт и знание придают объективный смысл общественной опасности. Принимая этот тезис за исходный, полагаем, что нет такого действия, которое являлось бы по сути и по содержанию вредным и опасным. Опасными действия становятся в процессе социального общения, когда наделяются этим смыслом. Таким образом, методологически необходимо исключить натурализацию человеческого поведения, что означает исключение гносеологии предзаданного и самодовлеющего качества действия, начиная с простых (плохое или хорошее) и заканчивая более сложными действиями (преступление или проступок).

Качество деянию социально привносится путем интерпретации как вредного или опасного. Без интерпретации деяния не могут обладать каким-то качеством: ни моральным, ни юридическим. Так, причинение смерти другому человеку может быть убийством, актом необходимой обороны, причинением смерти по неосторожности, исполнением палачом служебной обязанности. Когда деяние обладает каким-то качеством, оно становится объектом восприятия в конкретной социальной ситуации, в условиях конкретных обстоятельств.

Интерпретация есть нахождение смысла действия, в результате которого оно воспринимается и понимается в контексте обстоятельств его совершения. Следовательно, важную роль для определения опасности в значении уголовного права играет контекст восприятия деяния. В результате контекстуальной интерпретации деяние становится (или не становится) опасным.

Индивидуальное и социальное восприятие вреда

Опасность деяния воспринимается посредством очевидного вреда. Восприятие вреда означает непосредственную его данность в испытывающем страдание сознании по причине утраты ценностей, имеющих личное значение. Страдание — это первичный элемент социального восприятия вреда. Ценности, в свою очередь, формируются из личных притязаний на объекты социальной (материальной или духовной) природы. При этом восприятие вреда может иметь различные оценочные модусы. Например, в результате землетрясения страдают люди, имущество, здоровье. Однако вред по причине природного характера не такой же, как вред по виновной причине. Следует отличать вред, причиненный невиновно (объективно) и виновно (субъективно). Виновный вред специфичен именно правовым содержанием, в силу участия в его образовании сознания (виновного). В результате действий виновного возникает ответная реакция — наказание. Исторически протореакцией на вред выступает месть; современная реакция имеет правовое содержание и состоит в публичной форме порицания от имени государства с целью восстановления социальной справедливости.

Разумеется, вред может быть разной величины и способен вызывать страдания у потерпевшего с разной степенью интенсивности. В уголовном праве вред оценивается только в такой степени, в которой становится возможным исключительно уголовно-правовая ответственность как крайняя форма публичной реакции на совершенное преступление. Реакция зависит от характера ценности, ее значимости как для жизни отдельного человека, так и всего социума. Ценность (ценности) — это своего рода материальный субстрат общественных отношений, который лежит в основе их стабильности и развития². При этом очевидна связь социальных ценностей для отдельной личности (частного интереса) и для общества (публичного интереса). Вред личным ценностям (вред первого порядка) одновременно образует вред социальным ценностям (вред второго порядка). На социальном уровне общезначимые ценно-

¹ Пионтковский А. А. Курс советского уголовного права : в 6 т. М. : Наука, 1970. Т. 2 : Преступление. С. 132.

² См.: Разгильдиев Б. Т. Сущностные различия охраняемых уголовным и административным законодательством России объектов, их межотраслевое значение (на примере экологических составов) // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2019. № 4 (129). С. 164–165.

сти представляют собой объекты, охраняемые уголовным правом³.

Общественная опасность как реальный конструкт

Помимо социальной функции, категория общественной опасности, используемая законодателем в определении преступления (ч. 1 ст. 14 УК РФ), выполняет также нормативную функцию: все преступления, указанные в уголовном законе, являются общественно опасными, виновными, противоправными и наказуемыми деяниями. Поэтому, будучи законодательной конструкцией, «общественная опасность» является конструктом, указывающим на социальную причину признания отдельных деяний преступлениями. Но этот конструкт не является формальным, используемым законодателем как инструмент создания простой видимости легитимного нормотворчества⁴. Общественная опасность проявляет себя как реальный конструкт, имеющий социальное происхождение. Мы узнаем и воспринимаем как общественно опасные деяния только тогда, когда они являются преступлениями. Другого универсального способа познания общественной опасности нет, поскольку нет другого такого субъекта, правомочного интерпретировать социальные действия как общественно опасные. В этом случае опасность есть не что иное, как уголовно-правовое значение деяния, которое ему придает законодатель, одновременно

легитимируя уголовно-правовые меры воздействия.

Следует допустить, что в обществе могут быть деяния, которые, являясь вредными, не криминализованы или, не будучи вредными, не декриминализованы. Однако сама по себе эта возможность не наделяет правом кого бы то ни было отменять или, напротив, вводить новые уголовные запреты. Вне прерогативы законодателя существуют лишь частные мнения о «правомерности», «оправданности» того или иного уголовно-правового запрета. Поскольку, как уже отмечалось, единый способ измерения общественной опасности отсутствует, ее восприятие обусловлено законодательными решениями, поднимающими отдельные вредные действия до уровня уголовной ответственности путем построения нормативных типизаций (преступлений).

Можно, конечно, не соглашаться с решением законодателя о признании какого-либо деяния общественно опасным и не считать его таковым, но это субъективное непризнание не исключает факта логического признания действующей нормы права⁵. Иначе говоря, тот или иной запрет психологически можно не признавать, но непризнание его в качестве нормативного факта есть противоречие здравому смыслу. Уголовный запрет может быть оспорен только потому, что он законодательно установлен. До тех пор пока исполняется Конституция РФ и поведение должностных лиц (правоприменителя) подчиняется нормативным требованиям

³ О первом и втором порядках действительности социальных ценностей и общественной опасности см.: *Мирошниченко Д. В.* Критика уголовно-правовой онтологии. М. : Юрлитинформ, 2023. С. 174–195.

⁴ Противоположного мнения придерживается В. В. Хилjuta: «Общественная опасность... не представляет собой объективного признака преступного деяния, она довольно-таки условна и характеризуется во многом конъюнктурными соображениями, которые находятся за гранями уголовного права. Все постулаты об общественной опасности не более чем ширма, которой удобно в нужный момент прикрыться и которую при необходимости легко отодвинуть в сторону» (*Хилjuta В. В.* Онтологические аспекты понимания общественной опасности как признака преступления // *Lex russica*. 2024. № 2. С. 65).

⁵ Г. А. Нанейшвили, в частности, пишет: «...в акте психического признания или непризнания и в воле нарушения норма все равно остается логически признанной. Действительно, если бы норма не была бы признана логически, тогда, конечно, не имело бы места психическое ее признание или непризнание и не возникла бы воля ее нарушения... При психическом признании мы всецело растворяемся в логически признанной норме и поэтому не замечаем конфликта между требованием нормы и волей субъекта. Во втором случае мы психически отдалены от логически признанной нормы, ощущаем дистанцию и поэтому веление нормы воспринимаем как чисто механическое давление. Несомненно, что в последнем случае мы с особенной очевидностью воспринимаем как несоответствие содержания права воле и желанию субъекта, так и наличность объективной нормы. В существующем между нормой и объектом конфликте мы наиболее отчетливо и определенно переживаем содержащуюся в норме необходимость, что, со своей стороны, возможно лишь в условиях логического признания нормы» (*Нанейшвили Г. А.* Действительность права и опыт обоснования нормативных фактов. Тбилиси, 1987. С. 21–22).

действующего законодательства, в рамках легитимной правовой системы деяние будет рассматриваться как общественно опасное. Если ранее деяние не признавалось общественно опасным, то это только по причине отсутствия соответствующего законодательного решения.

В то же время неправильно было бы думать, что признание деяний общественно опасными происходит произвольно и не согласуется с реальностью. Общественно опасными деяния признаются в силу причинения ими вреда именно в реальности. Но при отсутствии единой меры общественно опасного вреда его уголовно-правовое означивание является прерогативой законодателя, реагирующего на случаи реального причинения вреда социальным ценностям. Эти случаи, в свою очередь, известны по социальным реакциям (возмущению). Социальная реакция не знает юридических мер и величин вредности и потому в основном связана не с формальной противоправностью деяний, а с социальными представлениями о них как значимых явлениях, характеризующихся массовостью, распространенностью и устойчивостью. Так, например, ущерб от хищения, хотя и может оцениваться потерпевшим как преступный, но юридически установленный размер хищения, не превышающий 2 500 руб., свидетельствует об обратном. Для правоприменения необходимо установление размера ущерба, но обществу важен сам факт посягательства на чужую собственность.

Иначе говоря, не величина хищения, а факт посягательства на собственность другого лица определяет общественную реакцию и требование обеспечить социальную безопасность от хищений как явления. Какой его размер будет определен законодателем для цели уголовной ответственности, не имеет принципиального значения на фоне восприятия опасности посягательств на чужую собственность. Если сравнить деяния по тонким числовым границам минимального размера хищения, то в этом легко будет убедиться. Почему деяние, причинившее имущественный ущерб меньше 2 500 руб. хотя бы на один рубль, не является общественно опасным? Ответ таков: поскольку так определил законодатель, а не потому, что хищение на

сумму свыше 2 500 руб. объективно является общественно опасным.

Вместе с тем ограничение дискреционных полномочий законодателя в ряде своих решений формулирует Конституционный Суд РФ, указывая на то, что «недопустимо избыточное государственное принуждение, не адекватное тому вреду, который причинен в результате правонарушения, и нарушающее баланс основных прав индивида и общего интереса, состоящего в защите личности, общества и государства от противоправных посягательств»⁶. Конечно, «адекватность вреда» является оценочным понятием, но только таким оценочным способом возможно сформировать представление о некоем существенном вреде, причиняемом деянием, требующем уголовно-правовых средств воздействия на виновного.

В связи с изложенным можно утверждать, что общественная опасность деяний является нормативным конструктом, который в контексте уголовного закона легитимирует уголовную ответственность в случаях причинения реального вреда социальным ценностям. Действительность (реальность) есть практическая сфера, в которой законодателем установлена общественная опасность посредством восприятия вредоносных свойств деяния в условиях конкретной правоприменительной ситуации становится действительной и вызывающей необходимость применения к виновному мер уголовно-правового воздействия.

Без вреда деяния не могут признаваться общественно опасными из-за отсутствия в них социального смысла. В отсутствие этого смысла пропадает и необходимость уголовно-правового запрета. Проще говоря, общественная опасность деяния невозможна без причинения реального вреда. Если нет социального основания для уголовно-правового запрета в виде вреда, то нет и основания для морального упрека и оценки деяния как общественно опасного. В связи с этим Р. Алекси справедливо полагает, что в своей деятельности законодатель всегда ориентирован на правильность, на некое улучшение положения дел, а значит, не может не апеллировать к реальности. В этом стремлении к правильности нормы законо-

⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 27.02.2020 № 10-П «По делу о проверке конституционности статьи 324 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки Н. М. Деменьшиной» (здесь и далее в статье, если не указано иное, материалы судебной практики приводятся по СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 04.06.2024)).

дательства морально признаются, легитимируются, исполняются⁷. Кому нужны правила, если они не соблюдаются и не могут соблюдаться? Действительно, каждый уголовный закон, которым вводится уголовно-правовой запрет, объясняется социальной пользой. Без этого объяснения принятие правовой нормы теоретически возможно, но практически лишено социальной основы.

Таким образом, законодательная практика не может противоречить главному условию действительности нормы права — ее способности воздействовать на поведение людей («воздействующая сила»), которая не может быть не согласована с социальной реальностью. Поскольку выносятся моральные суждения и деяния признаются преступлениями, постольку общественно опасные деяния объективно являются вредными. И поскольку эти вредные деяния законодателем объявляются общественно опасными, постольку они становятся основой для признания их преступлениями при наличии всех признаков состава. Когда нет реальности вреда, то нет и моральной основы для признания упречности поведения и преступности деяния.

Вред как моральный упрек

Важно отметить, что законодатель признает общественно опасными не конкретные события, а деяния с типичным набором юридических признаков, указывающих на отдельные социальные действия — преступления, поименованные как «убийство», «кража», «грабеж», «разбой» и т.д. Каждое конкретное событие, подпадающее под признаки состава преступления отдельного вида, соответствует своему типизированному ряду (краж, грабежей, разбоев и т.д.). Например, все реально произошедшие кражи как отдельные события являются кражами как преступления. При совершении тайного хищения чужого имущества выполняется нормативное условие, которого в логическом объеме достаточно, чтобы значение действия совпало с наименованием преступления. Процесс логической идентификации по нормативному основанию, как известно, является процессом квалификации.

На первый взгляд понятие преступления с логической необходимостью выводится из установленных признаков совершенного деяния. Но в этот ровно протекающий алгоритм квалификации вмешивается внелогическое основание — моральная оценка деяния со стороны правоприменителя. Возможность этой оценки подтверждена положениями о малозначительности деяния (ч. 2 ст. 14 УК РФ) и свободе оценки доказательств (ст. 17 УПК РФ). Представляется верным, что моральная оценка деяния выражает упрек, который обязателен для установления действительности причиненного вреда.

Правовой смысл вреда обусловлен моральной претензией (упреком), предъявляемой виновному лицу, которое, осознавая значение социальных ценностей, посягает на них. Жизнь, здоровье, собственность — не более чем символы ценностей, указывающие на принадлежность или возможность самих ценностей принадлежать в виде благ каждому человеку. Например, некто вправе иметь в собственности вещь, понимая при этом, что это же право собственности принадлежит и другим лицам. Принципы справедливости и равенства в реализации права собственности придают ценности «собственность» универсальную социальную значимость. Поэтому каждый, кто причиняет вред праву собственности других лиц, становится ответственным не только перед потерпевшим, но и перед обществом, за что следует публичное осуждение виновного.

Поскольку социальные ценности являются предметной основой для социальной коммуникации и наполняют последнюю правовым содержанием, постольку причиненный вред морально обусловлен. Данный вывод предполагает включение в объективный характер причиненных последствий (например, причинение реального ущерба от преступления) определенного коммуникативного акта в виде суждения о моральном значении данного действия для личности, общества и государства — того, что принято называть *о-суждением*. Иначе говоря, вред без морально ответственного источника в праве невозможен, как невозможен он и без морально оценочной коммуникации в обществе.

⁷ См.: Алекс Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). М.: Инфотропик Медиа, 2011. С. 43.

Еще раньше известный немецкий социолог и философ М. Вебер созвучно с Р. Алекс писал о притязаниях власти на легитимность. См.: Вебер М. Хозяйство и общество: очерки понимающей социологии:

В научной литературе часто выражается мнение, что общественная опасность как объективная категория не является продуктом права. Эта категория охватывает все природные и социальные угрозы. Законодатель не создает опасность того или иного вида человеческих поступков, а только вводит уже объективно существующую опасность определенных действий людей в сферу правового регулирования, тем самым придавая им исключительно важное юридическое значение⁸.

Методологическая предпосылка такого рода суждений находится в материалистическом учении, подчиняющем сознание объективной реальности, которая описывается естественными законами. Если социальные явления не зависят от сознания, то они представляют собой не более чем естественные явления.

Однако не следует смешивать природные и социальные явления, поскольку под общим знаменателем объективности не различаются естественная и моральная («свободная») причинность явлений. Общественные отношения, конечно, подчиняются естественным причинам, но взаимодействие между людьми выстраивается на моральной основе понимания личностных интересов и потребностей, а также равного и справедливого шанса их удовлетворения. Например, физиологическая смерть человека есть естественный процесс, но в силу моральной причины (вины) смерть рассматривается как вред, а действие по его причинению — как преступление. Иными словами, если явления возникают без вины, они не приобретают уголовно-правового значения. Люди погибают в силу разных причин, в том числе различных природных катаклизмов, болезней и т.д. Смерть при этом можно рассматривать как объективный вред в отсутствие сознания человека, направленного на его причинение, но для уголовного права значения не имеющего. В отсутствие

морального суждения о вреде, обращенного к виновному, отсутствует вред в правовом значении. Следовательно, вывод о противоправности поступка еще не означает объективного познания его общественной опасности. Необходимо совершить еще одно действие — моральное суждение о виновности, реально причиненном вреде и уголовной ответственности.

Общественная опасность как возможность и вред как действительность

Если вред в правовом значении содержит моральный упрек, значит он же присущ совершенному виновным общественно опасному деянию (преступлению). Когда уголовный закон содержит указание на то, какие деяния общественно опасны, возникает впечатление, что моральная оценка им уже дана и вновь давать ее не имеет смысла, поскольку все и так очевидно. Более того, переоценка судом заложенного законодателем смысла уголовно-правовой нормы означала бы нарушение конституционного баланса законодательной и судебной ветвей власти.

Однако уголовно-правовая норма только символически указывает на вред, когда происходит описание признаков состава преступления. В символическом смысле деяния, описанные законодателем, номинально общественно опасны⁹. Это означает, что только в структуре деяния (состава преступления) этот вред может иметь правовое значение как явление действительности. Действительным вред становится только в оценке фактических обстоятельств конкретного события, которые наполняют номинальный вред конкретным содержанием.

В связи с изложенным представляется целесообразным разделить вред на формальный вред (символический) и реальный (действительный). Вред в символическом смысле

в 4 т. : пер. с нем. / сост., общ. ред. и предисл. Л. Г. Ионина. М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2016. Т. 1 : Социология. С. 252.

⁸ Ляпунов Ю. И. Общественная опасность деяния как универсальная категория советского уголовного права : учеб. пособие. М. : Изд-во ВЮЗШ МВД СССР, 1989. С. 26.

См. также: Марцев А. И. Общественная вредность и общественная опасность преступления // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2001. № 4 (237). С. 149.

⁹ Как пишет А. Э. Жалинский, «уголовное право по природе вещей имеет символическое содержание, а поэтому воспринимается гражданами — своими адресатами — как некий символ... как то, что несет определенное послание о намерениях государства, его политике, защищаемых ценностях и в то же время выступает как реальное явление, имеющее рациональные основания и следствия» (Жалинский А. Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. М. : Проспект, 2009. С. 44–45).

необходим для типизации деяний в уголовном законе; вред в реальном смысле требуется для вывода об общественной опасности деяния. Это разделение образует взаимосвязь между реальным вредом, основой для осознания которого является эмпирический опыт, и типизированным преступлением, положенным в основу уголовного закона. Так, любое типизированное преступление (например, кража) может иметь место только в том случае, если в действительности происходят вредные деяния, признаки которых укладываются в отвлеченную от конкретики типизацию (состав преступления)¹⁰, возникающую не из «пустого» произвола законодателя, не из идеи преступления и не из объективного свойства общественной опасности деяний, а из обобщения действительных фактов причинения вреда конкретными действиями. Обобщение фактов путем описания их существенных (типичных) признаков позволяет сформулировать то или иное деяние в уголовном законе, тем самым формально интерпретируя его как общественно опасное и преступное. Таким образом, общественная опасность деяний вытекает из их юридического бытия и фактической способности причинять реальный вред социальным ценностям.

Итогом правотворчества является творение социальных феноменов — преступлений (краж, грабежей, разбоев и т.д.). Как писал А. Шюц, социальный опыт — это набор типизаций, «несущий открытый горизонт ожидаемого сходного опыта. Внешний мир воспринимается в опыте не как нагромождение отдельных неповторимых объектов, рассеянных в пространстве и времени, но как “горы”, “деревья”, “животные”, “люди”»¹¹.

Когда возникает вопрос о том, чем является конкретный объект, его решение предполагает выбор той или иной типизации, отличной от других объектов, но родственной познаваемому объекту. Реальное восприятие объекта апперцептивно передается любому другому сходному по признакам объекту, воспринимаемому как тип. Так, если Уголовный кодекс РФ устанавливает преступления, то «преступление» — это тип всех общественно опасных

деяний, запрещенных Уголовным кодексом РФ, которому свойственны признаки, указанные в ч. 1 ст. 14 УК РФ. Но преступления делятся на подтипы (кражи, грабежи, разбои и пр.), которые воспринимаются опытным путем, только когда признаки конкретного деяния логически соответствуют признакам состава преступления. При этом, например, вывод о совершении в конкретном случае кражи как преступления может быть произведен лишь тогда, когда будет установлено причинение реального вреда.

Уголовно-правовые запреты на определенные акты действий (бездействия) являются продуктами накопленного социального опыта, который выразился в законодательных конструкциях составов преступлений. Это опыт обобщения и одновременно объективации преступлений (кражи, грабежа, разбоя и т.д.). Типизированное преступление, являясь обобщенным продуктом социального опыта, не содержит в себе конкретное преступление, поскольку социальный опыт образуется из восприятий реального вреда, подведенного под определенный тип преступления. Таким образом, типизированное преступление, не причиняющее само по себе действительного вреда, может быть осознано только посредством причинения действительного вреда конкретными деяниями.

Общественная опасность типизированного преступления образуется за счет социального восприятия однотипных деяний как некой совокупности, причиняющей реальный вред, — явления, признанного законодателем общественно опасным и поддающегося социологическому и статистическому анализу и расчету. Таким образом, опасность — это свойство преступления как типа, несущего негативный моральный оттенок в связи с тем, что деяния, подпадающие под этот тип, причиняют реальный вред. Тип преступления не может причинять вред, его причиняют только конкретные деяния, но он, будучи негативным социальным явлением, образует представление об опасности — постоянного перманентного состояния посредством существования вредных деяний. Это сродни болезни. Болезнь узнается по заболевшим, но сама она не причиняет вреда, но

¹⁰ В этом смысле следует поддержать мнение А. И. Марцева, который, в частности, выделял первичные и вторичные последствия преступного поведения. Первичным является вред, причиненный общественным отношениям; вторичные последствия состоят в угрозе причинения вреда, когда преступное поведение создает угрозу повторения в будущем (Марцев А. И. Общественная вредность и общественная опасность // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2001. № 4 (237). С. 148–149).

¹¹ Шюц А. Мир, светящийся смыслом. М.: Росспэн, 2004. С. 11.

как явление обладает опасностью его причинения, поскольку от этого заболевания реально страдают или могут пострадать люди.

Таким образом, к типизированному преступлению как социальному явлению применяется категория возможности, тогда как к вреду — категория действительности. Деяние, причинившее реальный вред, является общественно опасным — преступлением. Общественная опасность — это категория возможности, складывающейся из статистической закономерности, состоящей в распространенности и повторяемости типично сходных, конкретно совершенных вредных деяний¹².

Формальный и моральный аспекты общественной опасности деяния

Поскольку объекты социального опыта не тождественны их законодательным обобщениям, постольку эти обобщения не тождественны индивидуальным признакам этих объектов. Так, например, некое дерево относится к классу деревьев потому, что имеет форму, структуру и строение, которое свойственно всем деревьям. При этом очевидно, что, если бы каждое дерево определялось *по-своему* (индивидуально), обобщение в класс «деревья» было бы невозможным. Индивидуальные особенности в силу их многообразия нельзя обобщить, найдется все равно какой-то индивидуальный признак, выходящий за рамки всякого обобщения. Поэтому используемые языковые средства описания преступлений (составы) создают абстрактно-нормативную основу идентификации социальных действий как общественно опасных. Тем самым как бы создается иллюзия, что каждое конкретное деяние, содержащее признаки состава преступления, является общественно

опасным. Например, из общественно опасного деяния «кража» на основании установленных признаков его состава логически выводится конкретная кража как общественно опасное деяние. Так, А. Н. Трайнин отмечал, что признаки, возводимые законодателем в элементы состава в своей совокупности, должны непременно представлять общественно опасное деяние¹³. Того же мнения придерживались Ю. И. Ляпунов¹⁴ и А. И. Марцев¹⁵. Но эта опасность остается формальной и учитывается не в реальном, а лишь инструментальном, юридико-техническом аспекте.

Природа социального действия зависит от его значения для взаимодействующих субъектов. Если какое-то действие означает преступление, то способом выражения данного действия является социальная реакция (*scandalum*¹⁶). В противном случае без социального смысла действию суждено остаться голым фактом, который нельзя определить ни в качестве преступления, ни в ином значении¹⁷. Социальная реакция указывает на преступление, когда причиняется вред общественным интересам. Так, все, что можно сказать о краже, так это то, что она является тайным хищением чужого имущества, причиняющим установленный законом ущерб. Но из описания состава кражи вовсе не следует представление о действительности вреда, причиненного этим деянием. Этические оценки и социальная реакция следуют не из структуры предметов и действий в их типичных признаках, а из эмпирического опыта, полученного в конкретной ситуации. Так, из описания злого человека следует лишь описание человека, так же как из описания злого действия может следовать только описание физического (объективного) действия. Вещи наделяются социальным значением, сами по себе не являясь его (значения) необходимой причиной.

¹² Уместно в связи с этим вспомнить, что академик РАН В. Н. Кудрявцев, основываясь на категориях возможности и действительности, называл опасность категорией возможности, тогда как случившийся вред — категорией действительности (см.: Кудрявцев В. Н. Объективная сторона преступления. М. : Госюридиздат, 1960. С. 99).

¹³ Трайнин А. Н. Общее учение о составе преступления // Избранные труды / сост., вступ. статья докт. юрид. наук, проф. Н. Ф. Кузнецовой. СПб. : Юридический центр-Пресс, 2004. С. 30.

¹⁴ Ляпунов Ю. И. Указ. соч. С. 33.

¹⁵ Марцев А. И. Диалектика и вопросы теории уголовного права. Красноярск : Изд-во Краснояр. ун-та, 1990. С. 31.

¹⁶ *Scandalum* — от лат. «возмущение», «оскорбление», «моральное падение» (Дворецкий И. Х. Латинско-русский словарь : около 50 000 слов. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1976. С. 904).

¹⁷ См. более подробно: Сорокин П. А. Преступление и кара : Социологический этюд об основных формах общественного поведения и морали. Сыктывкар : Анбур, 2015. С. 102–103.

Законодатель типизирует преступление как общественно опасное деяние и указывает составы преступлений как законодательную основу идентификации конкретных деяний как вредных. Но определение вредности возможно только в пределах восприятия конкретного события. Поэтому, помимо юридического суждения о наличии в деянии признаков состава преступления, суд выносит моральное суждение о вреде. Признаков состава преступления для вывода о вреде недостаточно, поскольку общественная опасность возникает только на основе установления действительности причиненного вреда посредством изучения фактических обстоятельств, а не наоборот. Из того, что какое-то деяние признается общественно опасным, не следует вывод о реальной вредности деяния, признаки которого содержат состав преступления.

Возникает некая гносеологическая двойственность, когда опасность, с одной стороны, выступает формальным свойством типизированных преступлений, с другой стороны, общественная опасность воспринимается только потому, что в действительности существуют вредные деяния. Но поскольку вредность от деяний познается только эмпирическим путем из конкретных событий, вывод об общественной опасности составляет социальную оценку событий, обусловленную юридическим основанием (составом преступления). Составы преступлений не содержат и не могут содержать фактические обстоятельства совершенных деяний, тогда как именно они (обстоятельства) оказывают влияние на уголовно-правовую оценку деяния как вредного. Происходит так, что хотя с формальной точки зрения общественная опасность логически и выводится из признаков состава преступления, но с социальной точки зрения (в конкретной ситуации оценки деяния) такой «формальный» подход невозможен.

Оба взгляда — формальный и социальный — на общественную опасность в принципе не противоречат друг другу, но только при условии, что конкретное деяние, содержащее признаки состава преступления, является не основанием, а законодательной предпосылкой для решения вопроса об общественной опасности деяния и его преступности. Иначе говоря, кража (деяние, содержащее признаки состава)

становится кражей (преступлением) только тогда, когда в конкретном деянии установлены все признаки состава кражи и оно оценено правоприменителем как общественно опасное. Так происходит закономерный переход из категории действительности (вреда) в категорию возможности (общественной опасности): конкретное деяние, оцененное как вредное в контексте уголовного права, становится общественно опасным деянием (преступлением).

Общественно опасное деяние и общественно опасное поведение

Деяние, оцененное как общественно опасное, признается преступлением, тем самым оно как отдельная типизация включается в систему других типизированных преступлений, установленных в Особенной части УК РФ. В данной системе общественная опасность различных видов преступлений не одинакова, что зависит в первую очередь от ценностной иерархии охраняемых уголовным законом объектов. Чем выше социальная значимость ценности, на которую было направлено деяние, тем опаснее по своему характеру преступление.

Вместе с тем оценка деяния как общественно опасного означает необходимость учета такой категории, как «действительный вред». Действительность вреда определяется фактическими обстоятельствами, установление которых необходимо для вывода об общественной опасности содеянного, его преступности и наказуемости, и предполагает несомненность легитимности правоприменительных решений о признании содеянного преступлением и применении к виновному мер уголовно-правового воздействия¹⁸.

Деяние опасно не потому, что оно характеризуется определенной величиной (степенью общественной опасности), а потому, что это деяние в силу фактических обстоятельств вызывает адекватную содеянному моральную реакцию, сопоставимую с репрессивным характером уголовно-правового воздействия и, таким образом, действительность причиненного вреда от деяния позволяет его воспринимать как действительно общественно опасное, т.е. как преступление.

¹⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 16.07.2013 № 1162-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Филимонова Дмитрия Ивановича на нарушение его конституционных прав частью второй статьи 14 Уголовного кодекса Российской Федерации».

Параметр «степень общественной опасности преступления», следуя современным разъяснениям Пленума Верховного Суда РФ¹⁹, зависит от конкретных фактических обстоятельств, а именно: характера и размера наступивших последствий, способа совершения преступления, роли подсудимого в преступлении, совершенном в соучастии, от вида умысла либо неосторожности, смягчающих или отягчающих обстоятельств. Таким образом, при оценке общественной опасности судами во внимание принимаются как поведение лица, предшествующие деянию, характерное для времени его совершения, так и постпреступное поведение. В познавательном смысле конкретные обстоятельства служат цели формирования контекста ситуативного восприятия действительности причиненного вреда, достигающего уровня общественной опасности. Так мы узнаем о целях и мотивах преступления, роли виновного в соучастии, степени интенсивности совершаемых действий, их направленности на достижение преступного результата, способах их выполнения, характере наступивших последствий и постпреступном поведении, указывающем на психоэмоциональное отношение лица к наступившим последствиям.

Таким образом, деяние, содержащее признаки состава преступления в контексте моральной оценки деяния, расширяется до степени общественной опасности поведения личности. При этом квалификация деяния производится на основании признаков состава преступления, а его (деяния) моральная оценка — на основании вывода об общественной опасности поведения. Но следует особо подчеркнуть, что оценка общественной опасности деяния производится только в условиях наличия в содеянном всех признаков состава

преступления, а это означает, что моральное суждение о вреде/безвредности деяния не отменяет уголовно-правовую норму, а лишь придает ее действию легитимную социальную основу²⁰.

Таким образом, легитимация уголовного принуждения происходит только тогда, когда исследовано поведение лица и ему дана соответствующая оценка на предмет его опасности, что в целом становится основанием для вывода о наличии в содеянном преступления. Включение поведения лица до, во время и после совершения деяния в оценку его (деяния) общественной опасности позволяет говорить о ситуационном подходе к оценке преступления. Взгляд с конкретного физического действия (бездействия) как бы смещается в сторону виновного и его поведения в целях контекстуального анализа деяния на предмет его общественной опасности. Если деяние признается общественно опасным, то только потому, что поведение лица в конкретной ситуации воспринимается как причинившее реальный вред социальным ценностям. Следовательно, степень общественной опасности преступления на самом деле является степенью общественной опасности поведения лица в конкретной ситуации. Взаимосвязь оценки общественно опасного поведения личности и дифференциации ее уголовной ответственности обуславливает «перенос» представлений о степени общественной опасности поведения на характер совершенного деяния.

Если в конкретном деянии установлена общественная опасность и оно признано преступлением, степень общественной опасности поведения лица предполагает применение тех или иных институтов уголовного права, как усиливающих, так и смягчающих уголовную ответ-

¹⁹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22.12.2015 № 58 (ред. от 18.12.2018) «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания».

Пленум Верховного Суда РФ использует категорию «степень общественной опасности преступления», а не деяния, потому что ее содержание разъясняется для целей назначения наказания. Наказание назначается за преступление, а не за деяние, содержащее его признаки.

²⁰ Как неоднократно указывал в своих решениях Конституционный Суд РФ, «учет формальных признаков деяния, запрещенного в Особенной части УК Российской Федерации... непреложны для суда, обязанного руководствоваться ими при квалификации любого инкриминируемого лицу преступления. Тем не менее выявление формальных признаков состава преступления в совершенном деянии не всегда предопределяет признание его преступным, поскольку содеянное в силу поведения самого виновного может и не достигать того уровня опасности, который легитимизирует уголовное преследование» (см.: определение Конституционного Суда РФ от 30.11.2023 № 3272-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Сандровской Евгении Михайловны на нарушение ее конституционных прав частью второй статьи 14 Уголовного кодекса Российской Федерации»).

ственность, и, как итог, назначение справедливого наказания и иных мер уголовно-правового характера.

Отсутствие морального упрека деяния означает исключение его вредоносности (в уголовно-правовом значении — общественной опасности), выводимое из анализа поведения виновного, что, в свою очередь, позволяет применить положение ч. 2 ст. 14 УК РФ о малозначительности деяния.

Следовательно, деяние может признаваться малозначительным только тогда, когда оно формально содержит признаки состава преступления, но не представляет общественной опасности и одновременно опасность не представляет собой поведение виновного (отсутствует вред, причиняемый охраняемым уголовным законом социальным ценностям).

Таким образом, мотивировочный нарратив правоприменительных решений о признании деяния малозначительным в обязательном порядке должен включать выводы, связанные с поведением конкретного лица до, во время и после его совершения, а также данные о самом лице, если они взаимосвязаны с обстоятельствами содеянного и в известной степени их обуславливают. Например, если лицо совершило деяние с признаком малозначительности по размеру ущерба (например, грабеж на сумму 300 руб.), но ранее уже допускало совершение уголовно наказуемых хищений, его поведение свидетельствует об общественной опасности содеянного и отсутствии морального оправдания. Также не может быть признано малозначительным деяние и при наличии данных, лишь положительно характеризующих личность виновного или свидетельствующих о том, что преступление совершено впервые, возмещен причиненный вред, а у потерпевшего отсутствуют претензии к обвиняемому (подсудимому) и т.д.

Вывод о малозначительности деяния вытекает из противопоставления формального аргумента о наличии в деянии признаков состава преступления моральному аргументу об отсутствии вреда от деяния. Как представляется, для данного морального вывода правоприменителю в решении необходимо создать специальный «извиняющий» нарратив. Например, Б. была осуждена за совершение преступления, предусмотренного частью 3 ст. 30, ч. 1

ст. 158 УК РФ (покушение на кражу в размере 3 642 руб. 15 коп.). Судебной коллегией по уголовным делам Верховного Суда РФ уголовное дело в отношении Б. прекращено на основании п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ ввиду малозначительности деяния.

Мотивируя принятое решение, Верховный Суд РФ отметил, что нижестоящие суды оставили без внимания такие обстоятельства, как: отнесение содеянного к категории небольшой тяжести, степень реализации умысла на хищение, размер потенциального ущерба со стороны пенсионера на сумму 3 642 руб. гипермаркету с соответствующим товарооборотом и прибылью, отсутствие материального ущерба ввиду возврата товара, отсутствие каких-либо негативных последствий для гипермаркета. Кроме того, не были в полной мере учтены данные о личности Б.: ранее к уголовной ответственности не привлекалась, на учетах у врачей психиатра и нарколога не состоит, имеет ряд серьезных заболеваний, является пенсионером и ветераном труда Российской Федерации, на момент совершения преступления ей исполнилось 70 лет и из данных суду показаний Б. следует, что она, получив пенсию, пришла в магазин с целью купить продукты на свой предстоящий день рождения. В совокупности установленные фактические обстоятельства по делу позволили Верховному Суду РФ сделать вывод об отсутствии в содеянном Б. той степени общественной опасности, которая определяла бы его как преступление²¹.

Указанных обстоятельств достаточно, чтобы понять, что Верховный Суд РФ включил данные о личности, мотивы, цели и последующее поведение в анализ ситуации с целью произвести моральное суждение о виновности Б. Отталкиваясь от конкретных жизненных аспектов, суд исключил формализм, введя в суждение о преступлении моральное содержание, в контексте которого виновность осужденной в преступлении была исключена.

Вместе с тем вывод о малозначительности путем произвольного исключения каких-либо признаков из состава деяния без надлежащей моральной мотивировки являлся бы прямым нарушением законности. Например, указание на то, что хищением причинен незначительный ущерб (хотя он превышает 2 500 руб.), и

²¹ Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 17.08.2023 № 41-УД23-11-К4 // URL: https://vsrf.ru/stor_pdf.php?id=2277144&ysclid=lmuiiu9qrpj_936244924 (дата обращения: 20.02.2024).

при этом какой-либо вред для потерпевшего и общества отсутствует, не служит моральным оправданием и правовым основанием применения ч. 2 ст. 14 УК РФ. А такие необоснованные решения встречаются в правоприменительной практике и связаны они в основном с переоценкой судами законодательных решений²². Нельзя оправдать деяние, когда в нем имеются все признаки состава без ситуационной оценки личности. Поведение становится предметом критического морального суждения, которым формируется представление о вреде виновно совершенного поступка. Таким образом, только в конкретной ситуации одновременно решается вопрос о наличии в содеянном вреда и его общественной опасности.

Однако здесь возникает проблема, которая состоит в том, что при решении вопроса об общественной опасности содеянного в конкретной ситуации, поскольку законодатель определил одной из задач уголовного права и целей наказания предупреждение преступлений, правоприменитель так или иначе включает в анализ актуальное прогнозирование общественно опасного поведения²³. Общественная опасность преступления происходит из оценки общественной опасности личности виновного как его способности совершить повторное преступление. В связи с этим деяние становится опасным не потому, что причиняет действительный

вред, а потому, что лицо демонстрирует общественно опасное поведение с возможностью его дальнейшего продолжения²⁴. В этом случае наблюдается обратная зависимость: не деяние определяет общественную опасность личности, а личность и ее поведение определяют общественную опасность деяния.

Если поведение лица признается общественно опасным по признаку возможности причинения им вреда, значит, неизбежно изменение стратегии правотворчества и уголовной политики, когда составы преступлений формулируются по превентивной модели. Отсюда берут начало составы с административной или уголовной преюдицией, составы реальной опасности и иные превентивные составы и т.д. И именно поэтому общественно опасное поведение оказывает влияние на криминализацию соответствующих деяний, тогда как действительный вред от них может быть не вполне достаточным²⁵. Поскольку закон формализует общественно опасное поведение в соответствующих конструкциях составов, постольку не остается места для морального суждения в отношении конкретной ситуации: действительность вреда от деяния заменяется его возможностью совершения в будущем, т.е. опасностью личности. В связи с этим для превентивных составов, как представляется, малозначительность деяния невозможна.

²² См.: постановление Президиума Московского городского суда от 03.04.2018 по делу № 44у-75/2018 ; постановление Гурьевского районного суда Калининградской области от 21.08.2019 по делу № 1-94/2019 // URL: <https://sudact.ru/regular/doc/FTQ7Ny4FnyYN/?ysclid=lmug5adt2s607828145> (дата обращения: 03.02.2024).

²³ Конституционный Суд РФ прямо высказывается о том, что «предназначение государственного принуждения... заключается главным образом в превентивном действии присущих ему юридических средств для защиты прав и свобод, иных конституционно признаваемых ценностей гражданского общества и правового государства» (постановление Конституционного Суда РФ от 24.05.2021 № 21-П «По делу о проверке конституционности части первой статьи 293 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина Р. В. Величенко»).

²⁴ О. С. Гузеева отмечает существенность в определении общественной опасности деяния его субъектную направленность против социальных ценностей: «Источником угрозы выступает сознательно-волевое, неправомерное поведение субъекта... Только когда причиненный вред является желаемым или потенциально допустимым, только когда, осуществляя ту или иную деятельность, лицо неправильно расставляет ценностные приоритеты и неправильно осуществляет балансировку ценностей, можно говорить о том, что поведение выражает отношение субъекта к охраняемым правом благам и в целом направлено на причинение им вреда» (Гузеева О. С. Общественная опасность преступления: конституционно-правовой и уголовно-правовой анализ // Lex russica. 2021. Т. 74. № 3 (172). С. 100).

²⁵ В одном из постановлений Конституционный Суд РФ указывает, что деяние становится более общественно опасным в случае его повторения, чем, в частности, оправдывает преюдициальное значение административных побоев для ст. 116.1 УК РФ (см.: абз. 3 п. 4 постановления Конституционного Суда РФ от 08.04.2021 № 11-П «По делу о проверке конституционности статьи 116.1 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки Л. Ф. Саковой»).

**Изменение вектора уголовной политики
с ответственности на безопасность**

В одной из ранее опубликованных работ нами обосновывалось выделение двух эпистемологических парадигм, определяющих уголовно-правовое мышление об основании уголовной ответственности: ответственности и безопасности²⁶. Парадигма ответственности основана на представлении о свободе воли, понятиях добра и зла, граница которых определяется в том числе уголовным законом. Ответственность проявляется тогда, когда лицо осознанно не выполняет легитимные требования законодателя, авторизованные трансцендентными и трансцендентальными началами (бог, разум, природа, человек).

Для парадигмы безопасности основой выступают не столько юридические факты в виде соответствий деяний нормам законодательства, а общественно опасное поведение индивида как социальный факт, которое легитимирует уголовно-правовое принуждение. Парадигма безопасности исключает абсолютизацию воли законодателя, выраженную в формальных предписаниях, и акцентирует внимание на прагматике социальной защиты. Защита общества предполагает возможность обнаружения психофизиологических, статистических и даже юридических закономерностей девиантного поведения. Можно сказать, что в парадигме безопасности наказание вытекает не из деяния, а из особенностей личностного поведения, его вредоносных акцентуаций, анализ которого позволяет избрать соответствующую меру уголовной ответственности в зависимости от степени выраженности общественной опасности виновного («злонамеренности»).

Таким образом, в парадигме безопасности в оценку вредности деяния включается *знание о личности*, которое позволяет осуществить актуарный прогноз совершения нового преступления на основе оценок мотивационной и эмоциональной устойчивости, склонности к агрессии, антисоциальному образу жизни и т.п. Знания о личности и характер совершенного им деяния вместе делают возможным вывод о легитимности/нелегитимности применения в конкретной ситуации мер уголовно-правового воз-

действия. Чем выразительнее и интенсивнее личность проявляет антисоциальное поведение, тем больше уверенность во вредоносности деяния и общественной опасности виновного. Негативные личностные проявления могут убедить правоприменителя в необходимости использования адекватных средств уголовно-правового воздействия для предупреждения преступности. Например, к лицу не применяют ч. 2 ст. 14, ч. 6 ст. 15, ст. 73, 64 УК РФ и т.д.

Как правильно заметил М. Фуко, в условиях безопасности необходимость и неизбежность наказания, его градация в зависимости от степени тяжести содеянного, эффективное применение уголовного закона имеют смысл только тогда, когда наказываются не действия (поскольку нет никакого смысла наказывать действия), а преступный индивид (*homo criminalis*). Речь идет о том, чтобы наказывать, исправлять и, в общем смысле, предупреждать совершение преступлений. То есть происходит не что иное, как расхождение между формой закона, определяющей деяние, и эффектом закона, который нацелен на индивида. В этом расхождении «обозначилась внутренняя линия *соскальзывания* всей системы... ко всё более и более индивидуалистической модуляции применения закона, а следовательно, к психологической, социологической, антропологической проблематизации того, к чему применяется закон»²⁷. Такое соскальзывание могло произойти только тогда, когда место морального основания индивидуальной ответственности стала занимать социальная ответственность.

Если в парадигме ответственности моральная оценка деяния дается с учетом оценки деяния по признакам состава преступления (объема вины), то в парадигме безопасности — с учетом оценки личности и ее поведения (степени вины). И в том и в другом случае ответственность несет личность. Только в классическом варианте вина лица имеет моральное содержание (виновен, поскольку совершил вредное деяние) и им же ограничивается; с позиции безопасности вина является предпосылкой социальной оценки виновности лица в ее опасности для общества. В результате заметно, что вред от деяния как будто оттеняется и становится производным от поведения

²⁶ См.: Мирошниченко Д. В. Социокультурные основания уголовно-правовой парадигмы // Lex russica. 2023. № 7 (200). С. 60–75.

²⁷ Фуко М. Рождение биополитики : курс лекций, прочитанных в Коллеж де Франс в 1978/1979 учебном году. СПб. : Наука, 2010. С. 313.

виновного. Моральный упрек в парадигме безопасности обращен к опасности поведения, которое само приобретает качество вреда. Эти два момента, когда вред грозит наступлением и когда он наступает, становятся едва различимыми, если вообще можно говорить об их различии. Если моральный упрек обращен в сферу действительности, то действительность вреда смещается в сторону его возможности, значит, сам онтологический вред для парадигмы безопасности не является принципиальным, что позволяет трактовать его значение в символах опасности. Например, опасная езда — символ причинения тяжкого вреда здоровью. Значит, общественной опасностью может обладать опасная езда. С этим, в частности, связана проблема размывания границ административного и уголовного права.

Важной задачей остается разрешение проблемы возвращения к действительности вреда, с тем чтобы блокировать распространение парадигмы безопасности. Для этого следует ответить на вопрос: какой вред определяет моральную оценку и легитимирует признание деяния общественно опасным и преступным? Частично ответ на него был предложен: только тот вред, реакция на который адекватна использованию мер уголовно-правового воздействия, но более подробный анализ и ответ на заданный вопрос остается за рамками цели настоящей статьи.

Заключение

1. Общественная опасность в уголовном праве представляет собой не имеющий эмпирических критериев социальный конструкт, посредством которого описывается объективно воспринимаемая угроза реального причинения вреда социальным ценностям от определенных деяний, в силу чего эти деяния признаются запрещенными уголовным законом и наказуемыми. Именно наделенное смыслом опасности деяние в контексте уголовного права воспринимается и становится опасным. Такая связь общественной опасности и преступного деяния позволяет рассматривать опасность, с одной стороны, как нормативно-оценочную категорию, которая отражает общественную мораль и социально-правовые представления о вреде человеческих поступков, их противоправности и наказуемости. А с другой стороны, как реальную категорию, участвующую в упорядочивании общественных отношений и поддержании необходимого

правопорядка путем придания нормативного (уголовно-правового) значения социальному поведению.

2. Важной субъективной характеристикой вреда в уголовном праве является моральный упрек, обращенный к лицу, виновному в совершении деяния, содержащего признаки состава преступления и вызывающего ответную (уголовно-правовую) реакцию в виде наказания. В связи с этим следует отличать виновный вред от невиновного вреда. В силу невозможности моральной упречности деяния, причиняющего невиновный вред, последний не вызывает публичную реакцию в виде наказания и не образует основания для уголовной ответственности. Только виновный вред является основой для признания содеянного общественно опасным в уголовно-правовом значении, что открывает возможность для признания его преступлением.

3. Вред является первоосновой для признания деяния общественно опасным. Вредоносность деяния при этом осмысливается в модусе действительности (вред есть). Общественная опасность осмысливается в модусе возможности (вред может быть) и свойственна для типизированных преступлений как социальных явлений. Преступления общественно опасны потому, что в действительности деяния, запрещенные уголовным законом, причиняют вред социальным ценностям. Взаимосвязь вреда как категории действительности с общественной опасностью как категории возможности способствует оценке правоприменителем деяния как представляющего общественную опасность (преступления).

4. Законодатель и правоприменитель признают общественно опасным лишь то вредоносное деяние, которое оправдывает применение именно уголовного, а не любого иного наказания или порицания. Решение законодателя о криминализации официально подтверждает моральное осуждение деяния, которое обладает определенным набором признаков (составом преступления), а смысл криминализации состоит в легитимации возможности в конкретной ситуации признания правоприменителем такого деяния (соответствующего определенным признакам состава преступления) общественно опасным. При этом суждение законодателя и правоприменителя об общественной опасности деяния является отраженным в правовых документах оценочным моральным суждением, результатом контекстуальной интерпретации деяния как вредоносного.

5. Оценка общественной опасности конкретного запрещенного уголовным законом деяния не нуждается в категории «степень» общественной опасности, поскольку деяние либо опасно, либо не опасно, что равнозначно признанию деяния вредным или неврежденным в уголовно-правовом смысле. Признание деяния общественно опасным одновременно предполагает признание его преступлением, когда установлена виновная направленность на охраняемые уголовным законом социальные ценности. Параметр степени общественной опасности в его современном понимании следует рассматривать в качестве указания на контекст, в котором устанавливается характер общественной опасности деяния — его наличие или отсутствие. Установление характера общественной опасности и признание деяния преступлением является достаточным основанием уголовной ответственности, что позволяет утверждать о возможности корректировки положения ст. 8 УК РФ, которое следует сформулировать следующим образом: *основанием уголовной ответственности является преступление*.

6. Оценка характера общественной опасности деяния в совокупности со степенью вины лица формирует представление о степени общественной опасности поведения. Степень общественной опасности поведения влияет на выбор средств и мер уголовно-правового воздействия в отношении конкретного лица, деяние которого является преступлением. Оценка общественной опасности поведения для цели предупреждения совершения новых преступлений определяет юридическую возможность как смягчения ответственности (например, за счет институтов освобождения от уголовной ответственности и наказания), так и ее усиления (например, за счет институтов преюдиции или рецидива). Такая взаимосвязь оценки общественно опасного поведения личности и дифференциации ее уголовной ответственности обуславливает «перенос» представлений о степени общественной опасности поведения на характер совершенного деяния. В действительности же вывод об общественной опасности деяния является оценкой общественной опасности поведения личности в конкретной ситуации до, во время и после совершенного деяния.

7. Признание деяния общественно опасным должно основываться на оценке индивидуального поведения личности в контексте существующего правопорядка с учетом исследования

конкретных обстоятельств совершенного деяния, содержащего признаки состава преступления, поведения виновного до, во время и после его совершения, поскольку моральное суждение о деянии как преступлении невозможно отдельно от личности, виновной в его совершении. Вывод об общественной опасности, как и вывод о малозначительности содеянного, осуществляется в контексте решения вопросов: причинен ли реальный (действительный) вред деянием и представляет ли опасность личность виновного. При признании деяния общественно опасным ответ на оба вопроса должен быть положительным; при признании деяния малозначительным ответ на оба вопроса должен быть отрицательным.

8. Уголовно-правовая оценка общественной опасности деяния производится в двух парадигмах: ответственности (классическая парадигма) и безопасности (неклассическая парадигма). Обе парадигмы представляют собой социокультурный взгляд на границы свободы личности. В классической парадигме ответственности эта граница определяется объективной природой общественных отношений (общее благо, идея разума, законы природы, заповеди бога), в связи с чем моральная оценка деяния как преступления здесь имеет естественное происхождение и как естественные воспринимаются уголовно-правовые запреты. В парадигме безопасности граница свободы определяется коллективными интересами, а главное значение в моральной оценке придается деяниям, объективно нарушающим общественную безопасность. При этом уголовно-правовые запреты воспринимаются как продукты государственной политики по защите общества от социальных угроз.

9. В современном обществе под влиянием парадигмы безопасности оценка общественной опасности деяния переходит от действительности вреда в сферу его возможности — угроз. Это влечет за собой разрушение онтологии деяния с одновременным усилением социального контроля за поведением лица, представляющего общественную опасность. В этих условиях общественно опасное деяние более не представляет собой самостоятельное основание уголовной ответственности, а служит сигналом общественно опасного поведения: опасность причинения вреда становится самим вредом. В результате моральный упрек от конкретного деяния переходит к личности виновного, что влечет нарушение принципа справедливости, отрыв наказания от цели исправления и макси-

мальное сближение с целью предупреждения новых преступлений. Посредством законодательных средств описания общественно опасного деяния происходит описание общественно опасного поведения и личности. В результате образуются проблемы, с которыми ассоциируется так называемый кризис уголовного права: избыточная криминализация за счет появления массы превентивных составов преступлений, расширение сферы применения положений, регулирующих вопросы уголовной ответственности и наказания, размывание отраслевых границ уголовного и административно-деликтного законодательства вследствие появления административной преюдиции.

10. Необходимо разработать критерии для оценки действительного вреда, достигающего общественной опасности, на основании

синтеза двух парадигматических подходов: ответственности и безопасности. С позиции ответственности деяние вызывает ассоциированную с уголовным правом реакцию; парадигма безопасности включает в оценку деяния личность и ее поведение до, во время и после его совершения, что, с одной стороны, позволяет наказанию не скатиться к возмездию; с другой стороны, парадигма ответственности позволяет рассматривать деяния сквозь призму поведения лица, но не поведение сквозь призму деяний. Тем самым парадигма ответственности способствует минимизации чрезмерного распространения парадигмы безопасности в уголовном праве. В то же время парадигма безопасности позволяет учитывать особенности личности при формировании оценки общественной опасности деяния.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

- Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем.: А. Лаптев, Ф. Кальшойер. М. : Интропик Медиа, 2011. 192 с.
- Вебер М. Хозяйство и общество: очерки понимающей социологии : в 4 т. : пер. с нем. / сост., общ. ред. и предисл. Л. Г. Ионина. Т. 1 : Социология. М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2016. 445 с.
- Гузеева О. С. Общественная опасность преступления: конституционно-правовой и уголовно-правовой анализ // *Lex russica*. 2021. Т. 74. № 3 (172). С. 95–106.
- Жалинский А. Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. М. : Проспект, 2009. 400 с.
- Кудрявцев В. Н. Объективная сторона преступления. М. : Госюридиздат, 1960. 244 с.
- Ляпунов Ю. И. Общественная опасность деяния как универсальная категория советского уголовного права : учеб. пособие. М. : Изд-во ВЮЗШ МВД СССР, 1989. 119 с.
- Марцев А. И. Диалектика и вопросы теории уголовного права. Красноярск : Изд-во Краснояр. ун-та, 1990. 128 с.
- Марцев А. И. Общественная вредность и общественная опасность // *Известия высших учебных заведений. Правоведение*. 2001. № 4 (237). С. 148–155.
- Мирошниченко Д. В. Критика уголовно-правовой онтологии. М. : Юрлитинформ, 2023. 400 с.
- Мирошниченко Д. В. Социокультурные основания уголовно-правовой парадигмы // *Lex russica*. 2023. № 7 (200). С. 60–75.
- Пионтковский А. А. Курс советского уголовного права : в 6 т. Т. 2 : Преступление. М. : Наука, 1970. 516 с.
- Разгильдиев Б. Т. Сущностные различия охраняемых уголовным и административным законодательством России объектов, их межотраслевое значение на примере экологических составов // *Вестник Саратовской государственной юридической академии*. 2019. № 4 (129). С. 160–172.
- Сорокин П. А. Преступление и кара : Социологический этюд об основных формах общественного поведения и морали. Сыктывкар : Анбур, 2015. 496 с.
- Трайнин А. Н. Общее учение о составе преступления // *Избранные труды* / сост., вступ. статья д-ра юрид. наук, проф. Н. Ф. Кузнецовой. СПб. : Юридический центр-Пресс, 2004. 898 с.
- Фуко М. Рождение биополитики : курс лекций, прочитанных в Коллеж де Франс в 1978/1979 учебном году. СПб. : Наука, 2010. 448 с.
- Хилjuta В. В. Онтологические аспекты понимания общественной опасности как признака преступления // *Lex russica*. 2024. № 2. С. 60–69.
- Шюц А. Мир, светящийся смыслом. М. : Росспэн, 2004. 1056 с.

REFERENCES

- Alexy R. The Concept and Validity of Law (A Response to Legal Positivism). Trans. from German by A. Laptev, F. Kalscheuer. Moscow: Intropic Media Publ.: 2011. (In Russ.).
- Veber M. Economy and Society: Essays on Understanding Sociology. In 4 volumes. Translated from German. In: Ionina LG. (ed.). Volume 1: Sociology. Moscow: Publishing House of the Higher School of Economics; 2016. (In Russ.).
- Guzeva OS. Social Danger of Crime: Constitutional-Legal and Criminal-Legal Analysis. *Lex russica*. 2021;74(3) (172):95-106. (In Russ.).
- Zhalinsky AE. Criminal Law in Expectation of Changes: Theoretical and Instrumental Analysis. Moscow: Prospect Publ.; 2009. (In Russ.).
- Kudryavtsev VN. The Objective Side of the Crime. Moscow: Gosjuridizdat, 1960. (In Russ.).
- Lyapunov Yul. Social Danger of an Act as a Universal Category of Soviet Criminal Law. Moscow: Publishing House of the Higher School of the Ministry of Internal Affairs of the USSR; 1989. (In Russ.).
- Martsev AI. Dialectics and Issues of the Theory of Criminal Law. Krasnoyarsk: Publishing House of Krasnoyarsk University, 1990. (In Russ.).
- Martsev AI. Social Harm and Social Danger. News of Higher Educational Institutions. *Jurisprudence*. 2001;4(237):148-155. (In Russ.).
- Miroshnichenko DV. Critique of criminal-legal ontology. Moscow: Yurlitinform Publ.; 2023. (In Russ.).
- Miroshnichenko DV. Sociocultural Foundations of the Criminal Law Paradigm. *Lex russica*. 2023;7(200):60-75.
- Piontkovsky AA. Course of Soviet criminal law. In 6 volumes. Vol. 2: Crime. Moscow: Nauka Publ.; 1970. (In Russ.).
- Razgildiev BT. Essential differences in objects protected by criminal and administrative legislation of Russia, their intersectoral significance on the example of environmental compositions). *Bulletin of the Saratov State Law Academy*. 2019;4(129):160-172. (In Russ.).
- Sorokin PA. Crime and Punishment: Sociological Study on the Basic Forms of Social Behavior and Morality. Syktyvkar: Anbur Publ.; 2015. (In Russ.).
- Trainin AN. General Doctrine of the Composition of a Crime. Selected Works. St. Petersburg: Legal Center-Press; 2004. (In Russ.).
- Foucault M. The Birth of Biopolitics: A Course of Lectures Delivered at the College de France in the 1978/1979 Academic Year. St. Petersburg: Nauka Publ.; 2010. (In Russ.).
- Khilyuta VV. Ontological Aspects of Understanding Social Danger as a Sign of Crime. *Lex russica*. 2024;2:60-69. (In Russ.).
- Schutz A. The World Shining with Meaning. Moscow: Rosspen Publ.; 2004. (In Russ.).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Мирошниченко Даниил Викторович, кандидат юридических наук, доцент, заместитель заведующего кафедрой адвокатуры и уголовно-правовых дисциплин Российского университета адвокатуры и нотариата имени Г.Б. Мирзоева
д. 3/5, стр. 1, Малый Полуярский пер., г. Москва 105120, Российская Федерация
89260510353@yandex.ru

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Daniil V. Miroshnichenko, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Deputy Head of the Department of Advocacy and Criminal Law Disciplines, Russian University of Advocacy and the Notary named after G.B. Mirzoev, Moscow, Russian Federation
89260510353@yandex.ru

Материал поступил в редакцию 16 апреля 2024 г.
Статья получена после рецензирования 22 июля 2024 г.
Принята к печати 15 сентября 2024 г.

Received 16.04.2024.
Revised 22.07.2024.
Accepted 15.09.2024.