

Раздел 4. Уголовное законодательство и криминологическая наука**ДИСПОЗИТИВНОСТЬ В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ****А.В. Сумачев**

(профессор кафедры административного права
и административной деятельности ОВД
Тюменского юридического института МВД России,
доктор юридических наук, доцент)

«Диспозитивность в уголовном праве» – уже само название может вызвать некоторую настороженность: уголовное право традиционно относят к отраслям публичного права, где нет и не должно быть никакой диспозитивности. Так ли это? Имеют ли место отдельные проявления диспозитивности в уголовном праве? Есть ли такая сфера уголовно-правовых отношений, которые регулируются не императивным, а диспозитивным методом правового регулирования? Ответы на эти вопросы я постараюсь представить в данной статье.

Вначале все же о том, почему и зачем была поставлена проблема диспозитивности в уголовном праве.

Свободу в реализации частным лицом своих прав, т.е. правовую активность личности, в юридической науке связывают с категорией «диспозитивность». Критически оценивая действующий Уголовный кодекс Российской Федерации, можно заметить, что законодателем сделан большой шаг на пути улучшения положения преступника, причем эти решения носят конкретно-прикладной, а значит реальный характер. Несомненно, это важное достижение российской науки уголовного права. Но вот в том, что касается обеспечения и удовлетворения интересов законопослушных граждан, и особенно потерпевших от преступления, законодательные формулировки в лучшем случае имеют незавершенный характер. Даже на уровне научных исследований личность в основном рассматривают как некоего статиста (одну из составляющих объекта уголовно-правовой охраны). Личность как активную единицу, имеющую и реализующую свои законные интересы в сфере уголовно-правового ре-

гулирования, практически не подвергают анализу.

Таким образом, в области правоприменения возникают ситуации, которые, с одной стороны, не урегулированы законодательством, а с другой – урегулированы ненадлежащим образом. В частности, по делам об изнасилованиях правоприменительные органы порой идут на прямое нарушение закона, отказывая в возбуждении либо прекращая такие дела по различным основаниям, когда, например, виновный и потерпевшая решили заключить фактический, а не фиктивный брак (боле того, если они уже состоят в браке).

Другой пример: оскорбили представителя власти, сотрудника патрульно-постовой службы при исполнении им своих должностных обязанностей, что предусмотрено ст. 319 УК РФ. С точки зрения ст. 76 УК РФ виновный может быть освобожден от уголовной ответственности в связи с примирением с потерпевшим. Возникает вопрос: с кем примиряться, поскольку в данном случае страдает не частный интерес сотрудника как таковой, а порядок управления (авторитет правоохранительных органов).

Еще один пример: лицо, заразившее другого ВИЧ-инфекцией, при условии, что последний знал о наличии такого заболевания и добровольно согласился совершить действия, создающие опасность заражения, освобождается от уголовной ответственности в соответствии с примечанием к ст. 122 УК РФ. Аналогичная ситуация, но лицо, являющееся не ВИЧ-инфицированным, а больным венерическим заболеванием, подлежит уголовной ответственности, хотя степень общественной опасности

заражения венерическим заболеванием гораздо меньше, чем при заражении ВИЧ-инфекцией.

Можно сказать, что это частные случаи. Но совокупность таких ситуаций образует ту почву, из которой произрастает концепция правовой активности личности в сфере уголовно-правового регулирования – концепция диспозитивности в уголовном праве.

Занимаясь исследованием диспозитивности в уголовном праве уже не один год, я предлагаю вам некоторые выводы, существенные, на мой взгляд, для дальнейших исследований, касающихся правовой активности личности в сфере уголовно-правового регулирования.

Касаясь проблемы диспозитивности в праве вообще, можно констатировать, что в основном о диспозитивности говорят при характеристике узкоотраслевых казусов, обычно же ограничиваются лишь констатацией факта присутствия (отражения) таковой в законодательном материале. «Диспозитивность» как категория является производной от прилагательного «диспозитивный». В свою очередь, термин «диспозитивный» в юридической науке используется, прежде всего, применительно к методу правового регулирования (Ю.А. Тихомиров, В.Д. Перевалов, И.Н. Сенякина, Н.И. Матузов, В.И. Гойман). При этом в правовой науке традиционны воззрения, согласно которым сущность диспозитивного метода правового регулирования проявляется в трех основных его составляющих: 1) наличие равных субъектов права (не обязанных и не подчиненных друг другу); 2) наличие предусмотренной законом альтернативы вариантов поведения; 3) выбор варианта поведения зависит от воли субъекта права. Названные составляющие могут служить системообразующими элементами категории «диспозитивность».

«Диспозитивность» предполагает, что субъект права не находится в отношениях «власти – подчинения» с иным субъектом (субъектами). В качестве субъекта права может выступать не только физическое лицо, но и социальное образование (юридическое лицо и даже государство).

Кроме того, для диспозитивности характерно, что альтернативные варианты правомерного поведения отражены в позитивном праве, где закон предусматривает как минимум два варианта возможного поведения. Наличие альтернативных вариантов поведения предполагает возможность выбора, а выбор – отказ от одного и предпочтение другого варианта поведенческого акта. При этом отказ от определенного варианта поведения не должен иметь для субъекта права отрицательных правовых последствий (что является своего рода гарантией возможности выбора субъектом права предусмотренных законом вариантов поведения). Наряду с этим, выбор варианта поведения зависит от воли субъекта права, направленной на реализацию своего частного законного интереса.

Анализ и обобщение признаков категории «диспозитивность» позволяет сформулировать следующее ее понятие: диспозитивность представляет собой гарантированную государством возможность не подчиненных и не зависимых друг от друга субъектов права своей волей выбирать из предусмотренных законом альтернативных вариантов правомерного поведения такой, который наиболее полно способствовал бы удовлетворению законных интересов этих субъектов. В качестве гарантии здесь выступает невозможность наступления для субъекта права отрицательных правовых последствий в случае отказа от одного варианта поведения и отдания предпочтения другому.

Диспозитивность можно рассматривать посредством двух подходов: концептуального (политико-правового) и инструментального. С позиций концептуального (политико-правового) подхода диспозитивность рассматривают как некую идею права, общее начало той или иной сферы правового регулирования, как принцип. В российской правовой действительности последнего десятилетия XX века диспозитивность осознается пока как явление, обусловленное достижениями демократии. Осознание диспозитивности как правового явления способствует кардинальному реформированию национального законо-

дательства. И здесь диспозитивность воспринимается уже как принцип права, в соответствии с которым частное лицо в части реализации своих законных интересов становится независимым и неподчиненным субъектом права, включая и отношения с властью. Принцип диспозитивности находит свое отражение не только в цивилистике, но и в отраслях российского права криминального цикла.

В рамках инструментального подхода диспозитивности придают значение свойства метода правового регулирования (Ю.А. Тихомиров, В.Д. Перевалов, И.Н. Сенякина, Н.И. Матузов, В.И. Гойман, О.Г. Перминов, Е.Л. Хильчук) или свойства правовых норм (Л.В. Тихомирова, М.Ю. Тихомиров, А.А. Гаджиева). Для диспозитивного метода правового регулирования характерно, во-первых, то, что возникновение, прекращение или изменение отношений между субъектами права обусловлено волей частных лиц и организаций в целях наиболее полного удовлетворения собственных интересов; во-вторых, субъекты права равны и независимы друг от друга (не находятся в отношениях «власти – подчинения»); в-третьих, реализация прав и исполнение обязанностей субъектами права может обеспечиваться без обращения к властному субъекту.

Особенности составляющих диспозитивного метода правового регулирования выражаются в следующем:

1. Определяются дозволения в праве, обусловленные возможностью альтернативного выбора варианта своего поведения в целях удовлетворения частного интереса. При этом возможность выбора (дозволение) характерно для любого типа правового регулирования: общедозволительного («дозволено все, кроме прямо запрещенного в законе») и разрешительного («запрещено все, кроме прямо разрешенного»);

2. Принимаются диспозитивные правовые нормы, в которых предусматриваются: а) альтернативные варианты поведения (при этом в диспозитивной правовой норме может содержаться общее дозволение, исчерпывающий перечень альтернативных вариантов поведения либо определенный за-

конодателем один из вариантов поведения, из которого логически «выводятся» другие альтернативные варианты); б) зависимость выбора варианта поведения от воли субъекта права, обусловленной стремлением к наиболее полному удовлетворению собственного частного интереса; в) гарантия невозможности наступления для субъекта права отрицательных правовых последствий в случае его отказа от одного варианта поведения и предпочтения другого. Совокупность диспозитивных норм может образовывать диспозитивный правовой институт, который представляет собой не простую сумму диспозитивных норм, а включает в себя дополняющие императивные нормы-гарантии, не изменяющие сущности диспозитивного правового института в целом;

3. Участники отношений наделяются правоспособностью и дееспособностью, что позволяет им вступать в правовые отношения;

4. Определяются меры ответственности в случае «выхода» субъектов права за рамки регулируемых отношений.

Определяя место диспозитивности в отраслях российского права через соотношение частного и публичного права, можно констатировать, что не существует «чистых» отраслей частного или публичного права. Частно-правовые и публично-правовые идеи в концептуальном плане обуславливают политико-правовые воззрения на положение частного лица в государстве, а в предметно-прикладном значении находят свое применение в определении предмета и метода правового регулирования.

Соотношение частного и публичного права проецируется на конкретные отрасли именно с позиций предметно-прикладного уровня отражения идей и представлений о частном и публичном праве. Поскольку предмет и метод правового регулирования выступают основой деления права на отрасли, постольку частно-правовые или публично-правовые свойства предмета и метода правового регулирования определяют сущность (тип) той или иной отрасли права в целом. Однако в типичной сфере правового регулирования может существовать нетипичная область правового регулирования

(по выражению С.С. Алексеева – «автономная», где «запреты, дозволения, обязывания могут носить и разовый, индивидуальный характер»¹). Иными словами, в тех отраслях, для которых типичным является императивный метод правового регулирования, может иметь место сфера отношений, регулируемых диспозитивным методом правового регулирования, и наоборот.

Анализ законодательства, основанный на исследованиях общей теории права, а также достижениях представителей отраслевой науки, свидетельствует о том, что диспозитивность имеет место в сфере уголовно-правового регулирования. Ни для кого не секрет, что де-факто и в отечественной уголовно-правовой практике диспозитивность занимает достойное место. Более того, расширение диспозитивных начал признается важной тенденцией в эволюции отечественного уголовного права на современном этапе². Однако пришли к этой мысли не так скоро.

Отражение диспозитивных идей в отечественном уголовном праве на первоначальных этапах развития русского государства определялось двумя практически равнозначными факторами: с одной стороны, усилением государственной власти, что приносило в юридическую практику элементы публичности, с другой – следованием естественным традициям и обычаям правового регулирования, что влекло сохранение частного элемента в праве. Позднее доминанта первого из них – усиление государственности – повлекло ограничение диспозитивных идей и развитие идеи публичности в праве.

¹ Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. – М.: Юрид. лит., 1989. – С. 61.

² См.: Волженкин Б.В. Российское уголовное право: традиции, современность, будущее // Российское уголовное право: традиции, современность, будущее: Материалы науч. конф., посвящ. памяти проф. М.Д. Шаргородского / Под ред. проф. Н.М. Кропачева, проф. Б.В. Волженкина. – СПб.: Издат. Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Изд-во юрид. фак-та С.-Петерб. гос. ун-та, 2005. – С. 27.

Усиление и централизация власти (средневековый абсолютизм, социализм) обусловили государственную монополизацию сферы уголовно-правового регулирования, где диспозитивность не осознавалась даже как правовое явление. Государственное восприятие естественно-правовых идей в XIX – начале XX вв. и в постсоветский период способствует тому, что в рамках публичной уголовно-правовой сферы регулирования выделяется некоторая доля преступлений, наказуемость (ненаказуемость) которых поставлена в зависимость от волеизъявления частного лица (потерпевшего). Диспозитивность в науке осознается как правовое явление, которое должно быть присуще национальному уголовному праву. Благодаря естественно-правовой концепции, заложенной в основу правового реформирования, диспозитивные идеи находят свое отражение в законодательстве криминального цикла.

Диспозитивность как правовое явление, в соответствии с которым частное лицо в сфере уголовно-правового регулирования должно быть признано активным субъектом права, в науке уголовного права осознается лишь в последнее десятилетие XX в. и в начале XXI в. (Б.В. Волженкин, В.И. Михайлов, С.Г. Келина, Н.И. Коржанский, А.Н. Красилов, С.В. Пархоменко, Т.Г. Понятовская, Б.А. Протченко, С.В. Расторопов, Э.С. Тенчов и др.). Законодательные новеллы Уголовного кодекса РФ 1996 г. (ст. 76, примечание к ст. 122, примечание к ст. 201 УК РФ) подтверждают влияние диспозитивных идей на уголовную политику и уголовное правотворчество. Однако, несмотря на это, можно констатировать, что инструментальный подход к анализу диспозитивности в уголовном праве отсутствует.

Проекция общетеоретических характеристик диспозитивного метода на сферу уголовно-правового регулирования позволяет утверждать следующее.

1. Уголовно-правовое регулирование представляет собой разрешительный тип правового регулирования, где общему запрету корреспондируются конкретные дозволения. Уголовный закон предусмат-

ривает для частных лиц (граждан или организаций) дозволения, которые условно можно классифицировать по их адресату: дозволения, адресованные законопослушным частным лицам (ст. 37-42, 76, примечания к ст. 122 и 201 УК РФ) и дозволения, обращенные к лицу, совершающему или совершившему преступление (ст. 31, пп. «и», «к» ч. 1 ст. 61, ст. 75, примечания к ст. 126, 127-1, 204, 205, 205-1, 206, 208, 210, 222, 223, 228, 275, 281-1, 282-2, 291, 307 УК РФ);

2. В уголовном законодательстве закреплены диспозитивные правовые нормы. При этом к диспозитивным нельзя относить уголовно-правовые нормы, предусматривающие возможность добровольного отказа от совершения преступления либо деятельного раскаяния, поскольку продолжение совершения преступления при наличии возможности добровольного отказа влечет для лица уголовную ответственность, нежелание преступника деятельно раскаиваться влечет для него отрицательные правовые последствия – несение тягот и лишений, содержащихся в уголовном наказании. А это не характерно для диспозитивных норм. Наряду с этим, закрепленные в УК РФ диспозитивные нормы, на взгляд автора, являются казуистичными (например, примечание к ст. 122 УК РФ) и бессистемными (например, ст. 76, примечание к ст. 201 УК РФ). Поэтому в настоящее время следует говорить о наличии в действующем уголовном законе диспозитивных правовых норм, но о наличии в уголовном праве диспозитивных правовых институтов заявлять нельзя;

3. Особенности наделения субъектов права правоспособностью при диспозитивном методе уголовно-правового регулирования обусловлены характером дозволений. Так, право на причинение вреда в состоянии необходимой обороны распространяется на лиц любой возрастной категории, а право на примирение предоставлено, как правило, совершеннолетнему лицу;

4. Уголовное право, определяя конкретные дозволения, предусматривает гарантии соблюдения субъектами правоотношений процедур реализации этих доз-

волений (устанавливается ответственность за отдельные случаи превышения пределов необходимой обороны, за «саморасправу» потерпевшего с виновным вместо примирения, если такая расправа содержит признаки состава преступления).

Соответственно, диспозитивный метод используется в сфере уголовно-правового регулирования в случаях: а) когда возникновение, прекращение или изменение отношений между субъектами права обусловлено волей частных лиц и организаций в целях наиболее полного удовлетворения собственных законных интересов (к данной категории не относятся лица, совершающие или совершившие преступление – «преступники» или «потенциальные преступники»); б) когда субъекты независимы друг от друга, даже несмотря на то, что в уголовном правоотношении одним из обязательных субъектов всегда является государство (таковы, например, уголовно-правовые отношения между потерпевшим и государством при разрешении криминального конфликта посредством примирения потерпевшего с виновным); в) когда реализация прав и исполнение обязанностей субъектами права может обеспечиваться без обращения к властному субъекту – государству (например, посредством необходимой обороны от общественно опасного посягательства).

Исследование конкретных форм проявления диспозитивности в современном уголовном праве России позволяет утверждать, что не все дозволения, адресованные законопослушным частным лицам, имеют диспозитивный характер.

Так, *необходимая оборона* является одной из форм проявления диспозитивности только в случае наличия у частного лица, находящегося в состоянии необходимой обороны, возможности избежать общественно опасного посягательства или обратиться за помощью к другим лицам или органам власти. Альтернативными вариантами поведения здесь выступают возможность причинения вреда посягающему и возможность избежать посягательства, а выбор варианта поведения зависит от воли лица, находящегося в состоянии необходи-

мой обороны и стремящегося «выйти» из него с наименьшими потерями для себя. Отрицательные правовые последствия в случае его отказа от одного варианта поведения и предпочтения другого для такого лица не наступают.

Задержание лица, совершившего преступление, только тогда является одной из форм проявления диспозитивности, когда задержание является правом частного лица, а не юридической обязанностью специально уполномоченного представителя власти.

Обоснованный риск является одной из форм проявления диспозитивности, поскольку у рискующего субъекта всегда есть альтернатива выбора поведения (В.И. Самароков, И.М. Тяжкова, С.С. Захарова). При этом выбор одного из вариантов поведения рискующим субъектом (а в случаях экспериментального риска и испытуемым субъектом) зависит исключительно от его воли. Отказ от рискованных действий не может повлечь наступление негативных правовых последствий ни для кого из субъектов.

Примирение является одной из форм проявления диспозитивности лишь с позиций проявления воли пострадавшей стороны.

Возбуждение уголовного преследования по заявлению коммерческой организации или с ее согласия в случаях причинения вреда интересам этой организации преступлением, предусмотренным главой 23 УК РФ также является формой проявления диспозитивности в современном уголовном праве России.

Формой проявления диспозитивности в современном уголовном праве России является и *согласие лица на совершение действий, создающих для него опасность заражения ВИЧ-инфекцией* (примечание к ст. 122 УК РФ).

Крайнюю необходимость, физическое или психическое принуждение, а также исполнение приказа или распоряжения, несмотря на то, что они предусматривают дозволение на причинение вреда, признавать формами проявления диспозитивности в уголовном праве нельзя.

Из указанных форм проявления диспозитивности в современном уголовном праве России наиболее устоявшимися и

апробированными практикой уголовно-правовыми институтами, а равно должным образом урегулированными уголовным законодательством, являются первые три. В связи с тем, что *проблема согласия лица на причинение вреда своим правам и проблема частного уголовного преследования* в теории уголовного права являются неразработанными, более того, уголовное законодательство в этой части не систематизировано, принятые законодателем решения характеризуются фрагментарностью и необоснованностью, мы акцентируем внимание на этих вопросах.

I. Анализ научных взглядов относительно правовой природы согласия лица на причинение вреда своим правам свидетельствует, что такое согласие рассматривают как обстоятельство, исключающее преступность деяния (И.И. Карпец, Т.В. Кондрашова, С.В. Пархоменко, А.А. Пионтовский, А.И. Санталов, И.И. Слуцкий, Н.С. Таганцев, Ю.М. Ткачевский, В.И. Ткаченко, М.Д. Шаргородский). Более того, неоднократно предлагалось закрепить данное обстоятельство в уголовном законодательстве в главе 8 УК РФ (А.Н. Красиков, В.И. Михайлов, С.В. Пархоменко). Я не отрицаю за «согласием лица на причинение вреда своим правам» качества обстоятельства, исключающего преступность деяния. Вместе с тем на основе сравнительного исследования сущности обстоятельств, исключающих преступность деяния, и согласия лица на причинение вреда (первые являются абсолютными или всеобщими, вторые – конкретно-прикладными), анализа условий их правомерности (у первых, ввиду той же абсолютности, условия правомерности могут быть общими (всеохватывающими) для всех типичных ситуаций; определение условий правомерности «согласия лица» как обстоятельства, исключающего преступность деяния, ввиду многообразия конкретно-видовых ситуаций представляется в достаточной степени трудоемким), считаю нецелесообразным закреплять «согласие лица на причинение вреда своим правам» в главе 8 Уголовного кодекса России.

Анализ специальной литературы позволил выделить следующие признаки, характеризующие понятие «согласия лица»: действительность, добровольность, наличность, конкретность согласия, а также признак, характеризующий результат такового. Действительность согласия в уголовно-правовой литературе соотносят с волеизъявлением лица, осознающего характер совершаемых действий и способного руководить своим поведением, т.е. с дееспособностью человека по аналогии с гражданским правом (ч. 1 и 2 ст. 21, ст. 27 ГК РФ). Однако отдельные авторы увязывают согласие лица с его вменяемостью и достижением возраста уголовной ответственности (С.В. Пархоменко). Я поддерживаю первую точку зрения, равно как и большинство опрошенных мной граждан. Так, практически половина всех респондентов указывает на 18-летний возраст лица (49,9 %). Если прибавить к этому число опрошенных, высказавшихся за более высокий возрастной ценз дающего согласие (19 лет и выше¹ – 23,6 %), имеем в итоге почти 3/4 от общего количества анкетированных – 73,5 %. Процент опрошенных, которые связывают согласие лица с более ранним возрастом (26,5 %), свидетельствует о дискуссионности проблемы. Преодолеть данные разногласия, на мой взгляд, следует властным распоряжением, исходящим от законодателя. Добровольность согласия означает свободное волеизъявление лица, отсутствие принуждения (насилия, угроз, иного принуждения) либо обмана при получении согласия. Добровольность как признак согласия может быть обусловлена и материальным вознаграждением (хотя некоторые ученые возражают против этого – С.В. Расторопов). Наличность согласия означает, что оно должно быть дано до начала совершения обусловленного им деяния. При этом предлагаю обязательную письменную форму выражения согласия для случаев причинения вреда во исполнение специальных и профессиональных заданий и функций (проведение научных

экспериментов, проведение заранее планируемых операций и т.п.) Согласие на совершение иных деяний возможно в устной форме. Конкретность согласия выражается в том, что оно должно иметь определенный характер, т.е. должно относиться к определенному времени и действию (Н.С. Таганцев, Ю.М. Ткачевский), а равно к конкретному благу, которое его носитель разрешает нарушить (Т.В. Кондрашова). Функциональное назначение признака – уголовно-правовой результат согласия – заключается в том, что согласие в уголовном праве влечет уголовно-правовые последствия, которые влияют на признание преступности (непреступности) деяния либо на квалификацию преступления, а равно на назначение наказания.

Таким образом, согласие лица в уголовном праве – это разрешение на определенные уголовно значимые действия со стороны третьих лиц в отношении своих прав, добровольно выраженное дееспособным лицом в установленной форме до начала совершения таких действий и влекущее уголовно-правовые последствия.

Пределы возможного отчуждения собственных прав личности необходимо определять в зависимости: 1) от личной принадлежности и объективной социальной ценности права; 2) от общественной значимости способов нарушения права (воздействия на него).

Рассмотрение пределов возможного отчуждения собственных прав в зависимости *от личной принадлежности и объективной социальной ценности права* в системном порядке позволило прийти к следующим выводам.

Согласие лица на причинение смерти (лишение жизни) в современном российском уголовном законодательстве не исключает (и не должно исключать) преступность деяния, которое безусловно расценивается как убийство. Вместе с тем абсолютное большинство опрошенных мной граждан (72,7 %) выступают либо за ненаказуемость всех видов убийств с согласия (8,9 %), либо за ненаказуемость отдельных его видов (63,8 %). Лишь 16,4 % респондентов не проводят границы между убийс-

¹ По этому вопросу в графе анкеты «иное» респонденты указывали возраст от 25 лет и выше.

твом с согласия и обычным убийством, 10,9 % – видят разницу только в возможности смягчения наказания за первые случаи. Отдельные ученые также выступают за легализацию отдельных видов лишения жизни с согласия (например, эвтаназии) (М.Н. Малеина, А.П. Зильберт, С.Э. Коваленко, Ю.А. Дмитриев, Е.В. Шленева, Т.В. Кондрашова). Я не разделяю этот взгляд и считаю, что безусловный запрет эвтаназии (в том числе и других видов лишения жизни с согласия лица) является обоснованным (Ю.А. Иванюшин, В.П. Котельников, М.И. Ковалев). Вместе с тем согласие на причинение смерти должно иметь значение при смягчении последствий для виновного на уровне правоприменения (при назначении наказания).

Причинение физического вреда самому себе не является преступным за исключением случаев членовредительства с целью уклонения от прохождения военной и альтернативной гражданской службы (ст. 328 УК РФ) либо с целью уклонения от исполнения обязанностей военной службы (ст. 339 УК РФ). Причинение тяжкого или средней тяжести вреда здоровью с согласия лица следует признавать преступными. Согласие на причинение легкого вреда здоровью человека исключает преступность деяния. Эти положения не являются безусловными: 1) согласие лица на причинение тяжкого или средней тяжести вреда здоровью при случаях оперативного медицинского вмешательства, донорстве, занятиях спортом и т.п. могут исключать преступность деяния; 2) причинение любого вреда здоровью с согласия лица, являющееся способом совершения иного преступления, уголовно-правового значения не имеет.

Согласие лица на лишение себя физической свободы исключает преступность деяния при условии, если добровольное заточение с помощью третьих лиц не создает угрозу причинения физического вреда либо смерти.

Согласие лица на объективно унизительные действия, выраженное не только частным, но и конкретно-специальным лицом, исключает преступность деяний, формально схожих с составами преступлений,

предусмотренных ст.ст. 129, 130, 297, 319, 336 УК РФ.

Уголовно-правовое значение согласия при посягательствах на половую свободу и половую неприкосновенность личности неравнозначно. В рамках реализации половой свободы согласие на сексуальные отношения с конкретным лицом исключает преступность деяния; при посягательствах на половую неприкосновенность – нет (хотя может влиять на квалификацию половых преступлений).

При посягательствах на личные конституционные права и свободы человека и гражданина согласие их обладателя исключает преступность деяния. Если в результате деяния страдает порядок реализации (интересы обеспечительной деятельности) конституционных прав и свобод человека и гражданина, согласие значения не имеет.

При посягательствах на интересы семьи согласие лица исключает преступность деяния при разглашении тайны усыновления (удочерения) (ст. 155 УК РФ). Согласие несовершеннолетнего на нарушение своих объективно существующих прав уголовно-правового значения не имеет.

Природа согласия на отчуждение собственником своих имущественных прав (имущества) как обстоятельство, исключающее преступность деяния, обусловлена фактом осуществления собственником одного из своих правомочий – права распоряжаться своим имуществом по собственному усмотрению. Это правомочие не представляется безусловным.

Рассмотрение пределов возможного отчуждения собственных прав в зависимости *от общественной значимости способов нарушения права (воздействия на него)* позволяет утверждать, что абсолютно все способы лишения жизни человека с его согласия не исключают преступность деяния.

Способ причинения вреда здоровью с согласия лица в отдельных случаях и при соблюдении некоторых условий (определенных, как правило, в отраслевом законодательстве) может выступать основанием исключения деяния из разряда преступных. Так, при лечении больного, при медицинс-

ком вмешательстве в отношении здорового человека (искусственном оплодотворении и имплантации эмбриона, искусственном прерывании беременности, медицинской стерилизации, донорстве крови и ее компонентов, трансплантации органов и (или) тканей человека, медицинском эксперименте), при занятиях спортом как способах неправомерного причинения вреда одним из условий правомерности является согласие лица на причинение вреда.

Среди типичных правомерных способов ограничения (лишения) физической свободы с согласия лица можно назвать: производство научного эксперимента; применение мер безопасности к отдельным категориям граждан, выражающихся во временном помещении их в безопасное место; использование дисциплинарной власти родителей по отношению к детям. В последнем случае максимальный возраст таких детей следует соотносить с правилами ст. 21, а также ст. 27 Гражданского кодекса РФ. Кроме того, согласие ребенка здесь «а priori» выражается в желании родителей, усыновителей или попечителей.

Среди условий правомерности совершения объективно унижающих действий в отношении конкретно-специальных лиц (представителей судебной, государственной или военной власти) необходимо указать на исключительно предварительный характер согласия и на то, что деяние должно преследовать общественно полезные цели (согласие не должно быть социально бесцельным).

В ряду условий неправомерности сексуальных отношений следует выделять: наличие согласия партнеров на сексуальные действия; достижение 16-ти летнего возраста обоими партнерами; сексуальные действия не должны быть сопряжены с причинением тяжкого вреда здоровью человека либо смерти по неосторожности.

Нарушение личных конституционных прав и свобод человека и гражданина исключает преступность деяния при наличии согласия их носителя, при этом согласие распространяется исключительно на личные права и свободы.

При посягательствах на интересы семьи и несовершеннолетних согласие усы-

новителей раскрыть тайну усыновления (удочерения) безусловно исключает преступность деяния (ст. 155 УК РФ).

Согласие собственника на отчуждение имущественных прав (имущества) устраняет преступность деяния при соблюдении следующих условий: 1) имущество должно принадлежать исключительно собственнику (возможность распоряжения имуществом, находящимся в долевой собственности, распространяется на долю конкретного собственника, а в случае возмездного отчуждения имущества постороннему лицу, остальные участники долевой собственности имеют преимущественное право на его приобретение (за исключением случаев продажи имущества с публичных торгов); распоряжение имуществом, находящимся в совместной собственности, осуществляется по согласию всех участников); 2) действия самого собственника либо третьих лиц с согласия первого на отчуждение памятников истории, культуры, природных комплексов или объектов, взятых под охрану государства, а также предметов или документов, имеющих историческую или культурную ценность, должны отвечать соответствующим процедурам; 3) способ отчуждения имущества не должен быть общественно опасным, а равно не должен выступать способом совершения иного преступления.

Обращаясь к исследованию уголовно-правового значения согласия лица на причинение вреда своим правам при квалификации преступлений и назначении наказания, хочу заметить, что в системе уголовно-правовой значимости категорий «личность потерпевшего» и «поведение потерпевшего» отечественные криминалисты большее внимание уделяют последней. Более того, эта проблема получила собственное название в уголовном праве – «вина потерпевшего» (Ю.А. Афиногенов, П.С. Дагель, Н.Ф. Кузнецова, В.С. Минская, И.М. Резниченко, И.Г. Филановский). Для меня же научный интерес представляло лишь уголовно значимое поведение жертвы, а также третьих лиц, действующих с согласия жертвы.

Применительно к уголовно-правовому значению согласия лица на причинение

вреда своим правам при квалификации преступлений можно сформулировать некоторые общие правила: а) любые преступные действия, совершаемые во исполнение согласия, являются умышленными и влекут ответственность за совершение умышленного преступления; б) «выход» за пределы, определенные согласием, характеризует неосторожное причинение вреда, и влечет ответственность в случаях, специально предусмотренных статьями Особенной части Уголовного кодекса РФ.

Согласие лица на причинение вреда своим правам может иметь значение при назначении наказания (Ю.И. Афиногенов, В.Е. Батюкова, А.Н. Красилов, Д.В. Ривман, М.Н. Становский, В.С. Устинов). В предметно-практическом плане такое согласие характеризует лишь одно из обстоятельств, смягчающих или отягчающих наказание – п. «д» ч. 1 ст. 61 УК РФ в части мотива «сострадания». Ввиду сложности оценки морально-нравственной категории «сострадание», способной создать значительные трудности для правоприменителя, мной было предложено редакцию п. «д» ч. 1 ст. 61 УК РФ изменить за счет исключения из него слов «по мотиву сострадания» и дополнения фразой следующего содержания: «в отношении лица, давшего согласие на такое деяние в отношении собственных прав».

II. Частное уголовное преследование (уголовное преследование, осуществляемое в частном порядке) традиционно относится к сфере уголовного процесса, хотя наличие в нем материальных аспектов неоднократно подчеркивалось. В общем плане «уголовное преследование» представляет собой правовой институт (совокупность правовых норм), определяющий конкретные способы разрешения уголовно-правового конфликта, возникшего вследствие совершения преступления. При этом материальное (уголовное) право определяет юридическое основание конфликта (вид преступного поведения) и возможные виды реакции заинтересованных сторон на него, а процессуальное – формы деятельности уполномоченных законом субъектов по установлению факта конфликта и реализации видовой, обозначенной в уголовном

законе реакции. Более того, в системе «уголовно-правовой конфликт (преступление) – реакция на конфликт (уголовная ответственность; освобождение от ответственности и наказания; применение принудительных мер воспитательного воздействия и т.п.)» определяющим является первое. В связи с этим есть основания говорить об уголовном преследовании не только с позиций действующего Уголовно-процессуального кодекса РФ как об исключительно процессуальной деятельности (п. 55 ст. 5 УПК РФ), но и с позиций уголовного права, где определяются материальные основания и формы реализации такой деятельности.

Современное законодательное решение при определении частного уголовного преследования является незавершенным. В связи с этим в настоящее время, частное уголовное преследование назвать уголовно-правовым институтом нельзя, поскольку в уголовном законодательстве содержатся лишь его фрагменты: незавершенные и необоснованные уголовно-правовые нормы. Как представляется, применительно к частному уголовному преследованию должны быть разработаны: 1) специально-определенные виды преступлений, преследуемых в частном порядке; 2) потерпевший, обладающий правом частного уголовного преследования; и 3) формы реакции пострадавшей стороны на конфликт (его разрешение). Реализация законодателем выше-названных положений позволит признать частное уголовное преследование диспозитивным уголовно-правовым институтом, который будет представлять собой совокупность правовых норм, определяющих юридическую возможность лица, пострадавшего от определенного (законом) преступления, решать вопрос о разрешении возникшего конфликта в форме инициирования возбуждения уголовного преследования или отказа от него.

Решение же вопроса о первичной природе частного уголовного преследования, во-первых, лежит в плоскости методологии познания правовых явлений, в частности, соотношения уголовного и уголовно-процессуального права, где второе является производным от первого (И.Я. Фойниц-

кий, С.И. Викторский, М.С. Строгович, Е.А. Фролов, В.И. Каминская, В.М. Савицкий), во-вторых, обусловлено доктриной, согласно которой основу соотношения отраслей единого криминального цикла составляет единство правовой концепции ограничения наказательной власти государства (Т.Г. Понятовская), в-третьих, подтверждается доводами, обусловленными современными законодательными решениями в этой части (применительно к основаниям уголовной ответственности уголовный закон определяет исчерпывающий перечень преступлений, а в части освобождения от ответственности – исчерпывающий перечень оснований для освобождения, а процедурные вопросы реализации уголовной ответственности либо прекращения уголовного преследования определяются в Уголовно-процессуальном и Уголовно-исполнительном кодексах РФ; в качестве оснований уголовного преследования, осуществляемого в частном или частно-публичном порядке, выступает вид преступления). Таким образом, частное уголовное преследование по своей природе является уголовно-правовым.

Одним из основных аспектов проблемы частного уголовного преследования является вопрос о способах разрешения криминального конфликта. Иными словами, речь идет о характеристике уголовно-правовых последствий реализации права частного уголовного преследования. Анализ действующего уголовного и уголовно-процессуального законодательства позволяет выделить в содержании права частного уголовного преследования следующие правомочия: право на возбуждение частного уголовного преследования, право на отказ от частного уголовного преследования и право на прекращение частного уголовного преследования (примирение). При этом право на возбуждение частного уголовного преследования, а равно право на отказ от возбуждения частного уголовного преследования есть юридически закрепленная способность частного лица самостоятельно принимать участие в решении вопроса об уголовно-правовой «судьбе» лица, совершившего определенное преступление. Срок реализации правомочий на возбуж-

дение частного уголовного преследования и отказа от него следует соотносить со сроками давности освобождения от уголовной ответственности и определять по правилам ст. 78 УК РФ. В свою очередь, право на прекращение частного уголовного преследования (примирение) представляет собой одно из условий разрешения криминального конфликта. Данная возможность разрешения конфликта является условной. Условием ее реализации здесь выступает желание противной стороны (не всегда виновной) «выйти» из конфликта без судебных процедур. Временные рамки реализации пострадавшим данного права ограничиваются моментом обращения потерпевшего в суд с заявлением о возбуждении частного уголовного преследования и моментом удаления суда в совещательную комнату для постановления приговора.

По общему правилу правомочным субъектом является дееспособное физическое лицо, потерпевшее от преступления, либо представитель юридического лица, потерпевшего от преступления.

Возмещение вреда определяет соответствующее волеизъявление лица: наличие материальных притязаний у потерпевшего обуславливают его желание возбудить преследование либо отказаться от примирения; отсутствие таких притязаний – предопределяют отказ от преследования или примирение. Следовательно, выделение «заглаживания причиненного потерпевшему вреда» в отдельное условие нет необходимости. «Совершение преступления впервые» как одно из условий возможной реализации права на прекращение частного уголовного преследования (примирение) обосновано и возражений не вызывает.

При этом законодательное закрепление права частного уголовного преследования в дискреционном (не обязательном для правоприменителя) виде не должно признаваться как ущемление прав потерпевшего, более того, эта форма выступает гарантией обеспечения законных интересов пострадавшей стороны.

Решение вопроса об общих основаниях выделения преступлений, по которым возможно частное уголовное преследова-

ние, в теории уголовного права и процесса неоднозначно. В специальной литературе среди таких оснований указывались: направленность деяний преимущественно против интересов частного лица (А.К. Резон, И.Я. Фойницкий, И.М. Гальперин, В.В. Дорошков, А.Н. Красиков); незначительный общественный интерес данных уголовных дел (С.И. Викторский); отчасти ничтожность общественного вреда, уважение обществом интересов личности, а равно невозможность преследовать преступления против воли лица, от него пострадавшего (А.Ф. Кистяковский, И.Я. Фойницкий, К.Ф. Гуценко, В.В. Дорошков).

Анализ научных источников относительно видов преступлений, преследуемых в частном порядке, показал, что различные ученые занимают по этому вопросу достаточно свободную позицию: порой, отмечая преимущественную направленность некоторых деяний против интересов частного лица, они относят к исследуемым видам преступления, совершенно не отвечающие этому критерию; с другой стороны, преступления, направленные преимущественно против интересов частного лица, многие авторы исключают из данного перечня (Х.Д. Аликуперов, В.В. Дорошков, С.Г. Келина, Н.Е. Крылова, И.Л. Петрухин, А.И. Рарог, А.В. Смирнов, Ю.М. Ткачевский, В.В. Ценева и др.). Причина такой достаточно противоречивой позиции видится в отсутствии системы анализа конкретных видов деяний, посягающих на интересы личности, а равно в некорректном законодательном решении, указанном в ст. 76 УК РФ (преступления небольшой и средней тяжести).

На мой взгляд, материальными основаниями для выделения преступлений, преследование которых зависит от усмотрения частного лица, в отдельную группу являются: преимущественная направленность преступлений против интересов частного лица; небольшая степень общественной опасности как факультативное (не всегда обязательное) качество преступления; необходимость учета интересов потерпевшего при квалификации преступного деяния. Исходя из этих общих правил, были про-

анализированы указанные в действующем уголовном законодательстве преступления и определен исчерпывающий перечень тех из них, преследование которых возможно в частном порядке.

В качестве выводов по проблеме частного уголовного преследования предлагаю статью 76 УК РФ исключить, а Уголовный кодекс РФ дополнить главой 8-1 «Частное уголовное преследование», содержащей следующие статьи:

«Статья 42-1. Содержание, сроки и правовые последствия реализации права уголовного преследования, осуществляемого в частном порядке (частного уголовного преследования)

1. Право частного уголовного преследования включает в себя право на возбуждение частного уголовного преследования, право на отказ от частного уголовного преследования и право на прекращение частного уголовного преследования (примирение).

2. Если преступление преследуется по инициативе коммерческой или иной организации, не являющейся государственным или муниципальным предприятием (юридического лица), право частного уголовного преследования включает в себя право на возбуждение частного уголовного преследования и право на отказ от частного уголовного преследования. Прекращение частного уголовного преследования (примирение) в данном случае не допускается.

3. Срок реализации права на возбуждение частного уголовного преследования и отказа от него соотносится со сроками давности освобождения от уголовной ответственности и определяется по правилам статьи 78 настоящего Кодекса.

4. Срок реализации права на прекращение уголовного преследования (примирение) ограничивается моментом удаления суда в совещательную комнату для постановления приговора.

5. Реализация потерпевшим права на возбуждение частного уголовного преследования может повлечь возбуждение и производство по уголовному делу в отношении конкретного лица, подлежащего преследованию.

6. Реализация потерпевшим права на отказ от частного уголовного преследования может исключать возбуждение и производство по уголовному делу в отношении конкретного лица, подлежащего преследованию.

7. Реализация потерпевшим права на прекращение частного уголовного преследования (примирение) может повлечь прекращение уголовного дела либо уголовного преследования в отношении конкретного лица, подлежащего преследованию, без прекращения уголовного дела при условии их обоюдного согласия на разрешение конфликта. Повторное возбуждение частного уголовного преследования в случаях прекращения частного уголовного преследования (примирения) не допускается.

8. Реализация права на прекращение частного уголовного преследования (примирение) возможна в отношении лиц, впервые совершивших преступление».

«Статья 42-2. Лица, имеющие право частного уголовного преследования

1. Если преступление преследуется по инициативе потерпевшего физического лица, право частного уголовного преследования принадлежит вменяемому лицу, достигшему восемнадцатилетнего возраста и непосредственно пострадавшему от этого деяния.

2. Если потерпевший не достиг восемнадцати лет, право частного уголовного преследования переходит к его законным представителям. Волеизъявление потерпевшего в возрасте от шестнадцати до восемнадцати лет является определяющим для его законного представителя.

3. Если потерпевший не способен осознавать характер данного правомочия, право частного уголовного преследования переходит к его законным представителям.

4. Если воля потерпевшего не может быть ясно выражена в силу его зависимого состояния от виновного, законных представителей или близких родственников либо по иным причинам потерпевший не имеет возможности ясно выразить свою волю, право частного уголовного преследования переходит к государству.

5. В случае смерти потерпевшего, право частного уголовного преследования переходит к его близким родственникам в очередности: супруг, супруга, родители, дети, усыновители, усыновленные, родные братья и родные сестры, дедушка, бабушка, внуки. Если потерпевший скончался и названных родственников у него нет, право уголовного преследования переходит к государству.

6. Ясно выраженная воля потерпевшего является определяющей для разрешения конфликта и после его смерти.

7. Если преступление преследуется по инициативе коммерческой или иной организации, не являющейся государственным или муниципальным предприятием (юридического лица), частное уголовное преследование имеет право возбуждать представитель данного предприятия».

«Статья 42-3. Преступления, по которым возможно частное уголовное преследование по инициативе потерпевшего физического лица

Частное уголовное преследование по инициативе потерпевшего (физического лица) возможно при совершении покушения на убийство в состоянии аффекта (статья 107), покушения на убийство при превышении пределов необходимой обороны либо превышении мер, необходимых для задержания лица, совершившего преступление (статья 108), доведения до покушения на самоубийство (статья 110), умышленном причинении средней тяжести вреда здоровью (статья 112 за исключением пунктов «б», «е» части 1), причинении тяжкого или средней тяжести вреда здоровью в состоянии аффекта (статья 113), причинении тяжкого или средней тяжести вреда здоровью при превышении пределов необходимой обороны либо при превышении мер, необходимых для задержания лица, совершившего преступление (статья 114), умышленном причинении легкого вреда здоровью (статья 115), побоях (статья 116), истязании без квалифицирующих обстоятельств (часть первая статьи 117), причинении тяжкого вреда здоровью по неосторожности без квалифицирующих обстоятельств

(часть первая статьи 118), угрозе убийством или причинения тяжкого вреда здоровью (статья 119), заражении венерическим заболеванием (статья 121), заведомом поставлении другого лица в опасность заражения или заражение ВИЧ-инфекцией (части первая и вторая статьи 122), оставлении в опасности (статья 125), незаконном лишении свободы (статья 127 за исключением пункта «г» части второй), торговле людьми без квалифицирующих обстоятельств (часть первая статьи 127-1), использовании рабского труда без квалифицирующих обстоятельств (часть первая статьи 127-2), клевете (статья 129), оскорблении (статья 130), изнасиловании без квалифицирующих обстоятельств (часть первая статьи 131), насильственных действиях сексуального характера без квалифицирующих обстоятельств (часть первая статьи 132), понуждении к действиям сексуального характера (статья 133), нарушении равенства прав и свобод человека и гражданина без квалифицирующих обстоятельств (часть первая статьи 136), нарушении неприкосновенности частной жизни (часть первая статьи 137), нарушении тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений (часть первая статьи 138), нарушении неприкосновенности жилища (часть первая статьи 139), необоснованном отказе в приеме на работу или необоснованном увольнении беременной женщины или женщины, имеющей детей в возрасте до трех лет (статья 145), нарушении авторских и смежных прав (статья 146 за исключением пункта «г» части третьей), нарушении изобретательских и патентных прав (статья 147), разглашении тайны усыновления (удочерения) (статья 155), краже, совершенной близким родственником (части первая и вторая статьи 158), мошенничестве, совершенном близким родственником (части первая и вторая статьи 159), присвоении или растрате, совершенных близким родственником (части первая и вторая статьи 160), грабеже без квалифицирующих обстоятельств, совер-

шенном близким родственником (часть первая статьи 161), вымогательстве без квалифицирующих обстоятельств (часть первая статьи 163), причинении имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием, совершенном близким родственником (статья 165), неправомерном завладении автомобилем или иным транспортным средством без цели хищения без квалифицирующих обстоятельств, совершенном близким родственником (часть первая статьи 166), умышленном уничтожении или повреждении имущества без квалифицирующих обстоятельств, совершенных близким родственником (часть первая статьи 167), уничтожении или повреждении имущества по неосторожности без квалифицирующих обстоятельств, совершенном близким родственником (часть первая статьи 168), неправомерном доступе к компьютерной информации (статья 272 за исключением лица, использующего для этого свое служебное положение), нарушении правил эксплуатации ЭВМ, системы ЭВМ или их сети (статья 274), самоуправстве без квалифицирующих обстоятельств, совершенном в отношении интересов гражданина (часть первая статьи 330)».

«Статья 42-4. Частное уголовное преследование по инициативе коммерческой или иной организации, не являющейся государственным или муниципальным предприятием (юридического лица)

Если преступление преследуется по инициативе коммерческой или иной организации, не являющейся государственным или муниципальным предприятием (юридического лица), частное уголовное преследование возможно в случаях, специально предусмотренных соответствующими статьями Особенной части настоящего Кодекса».

Таковы общие положения, характеризующие, на мой взгляд, концепцию правовой активности личности в сфере уголовно-правового регулирования – концепцию диспозитивности в уголовном праве.