

А.В. Малешина

---

# ПРЕСТУПЛЕНИЯ ПРОТИВ ЖИЗНИ

В СТРАНАХ  
ОБЩЕГО ПРАВА



# **Анастасия Васильевна Малешина**

## **Преступления против жизни в странах общего права**

*Текст предоставлен правообладателем*

*[http://www.litres.ru/pages/biblio\\_book/?art=38279731](http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=38279731)*

*Преступления против жизни в странах общего права: Статут;*

*Москва; 2017*

*ISBN 978-5-8354-1391-1*

### **Аннотация**

Настоящая монография представляет собой комплексное исследование вопросов установления уголовной ответственности за преступные деяния против жизни в странах, принадлежащих семье общего права, – в Англии, Соединенных Штатах Америки и Канаде. В работе демонстрируется, что, несмотря на идентичные категории преступных деяний и предусмотренные за их совершение наказания, законодатели и правоприменители названных стран во многих аспектах по-разному подходят к определению принципов уголовно-правового воздействия на преступность, установлению круга преступлений, назначению и применению наказаний и иных мер уголовно-правового характера. Все деяния, объектом посягательства которых выступает жизнь человека в ее понимании юристами изучаемых

стран, систематизированы с использованием сложившихся в методологии традиций.

Не ограничиваясь сугубо теоретическими вопросами, автор стремится показать наиболее сложные практические проблемы применения существующих правовых норм. Отдельное внимание в работе уделено особому, выработанному правопорядками рассматриваемых в работе государств, подходу к определению объекта исследуемых преступлений – жизни, и как следствие, самостоятельной группе преступных деяний, объектом которых выступает жизнь нерожденного человека, по сути «будущая» жизнь. В монографии затронуты и многие другие актуальные проблемы биоэтики в их уголовно-правовом контексте, а также способы решения сложных правовых и этических вопросов в правопорядках, которые стали объектом исследования. Также в работе содержатся конкретные рекомендации по совершенствованию российского уголовного права.

Для научных и практических работников, студентов и аспирантов, а также всех интересующихся теорией и практикой зарубежного уголовного права.

# Содержание

Введение	6
Глава 1	18
§ 1. Особенности уголовно-правовой системы стран общего права	18
§ 2. Жизнь как объект уголовно-правовой охраны в Англии, США и Канаде	98
Конец ознакомительного фрагмента.	117

**Анастасия Васильевна  
Малешина  
Преступления  
против жизни в  
странах общего права**

© Малешина А.В., 2017

© Издательство «Статут», редподготовка, оформление,  
2017

\* \* \*

# Введение

Охрана жизни человека в современном обществе приобретает значение первостепенной важности. Среди всех социальных и правовых благ личности жизнь рассматривается как основная ценность, поскольку в случае смерти человека все остальные права и свободы утрачивают свой смысл. Уголовный запрет на лишение человека жизни хотя и не является абсолютной гарантией защиты жизни отдельного человека, тем не менее свидетельствует о готовности государства охранять данное благо. Поэтому разработанность и совершенство юридической конструкции составов преступных деяний против жизни чрезвычайно важны для уголовно-правовой системы каждого государства.

Систему преступных деяний против жизни стран общего права, к которым принадлежат уголовно-правовые модели исследуемых в данной работе Англии, США и Канады, всегда отличало наличие специфических, присущих только данной правовой системе преступлений и уголовно-правовых институтов, своеобразное построение самой системы. Необходимо отметить, что существующие преступные деяния против жизни, основы которых были заложены еще в английском общем праве, в последнее время выступают объектом реформ, задача которых – изменить во многом архаичные, не отвечающие потребностям времени нормы так, что-

бы они максимально соответствовали современным принципам уголовной ответственности.

Обращение к правовым системам зарубежных стран всегда позволяло решать самые разные задачи, начиная от познания правопорядка другого государства и заканчивая возможностью использовать полученные в результате проведенного исследования знания для усовершенствования правопорядка собственного. И если еще относительно недавно интерес, проявляемый к сравнительному уголовному праву, носил, скорее, академический характер, то сегодня, в обстановке определенного сближения правовых систем, знание зарубежного уголовного права является настоятельной необходимостью. Во многом данная необходимость диктуется интенсификацией процессов глобализации в последние десятилетия, что ставит перед сравнительным уголовным правом ряд новых вопросов методологического, идеологического и, несомненно, практического характера, будь то поиск новых подходов к изучению правовых систем или правовых традиций как объектов исследования на макроуровне или создание универсальных гуманистических и прогрессивных принципов, примером которых, в частности, выступает идея гуманизации уголовного права, нашедшая отражение в отказе от смертной казни, появлении новых видов наказаний, не связанных с лишением свободы, развитии особых условий уголовной ответственности несовершеннолетних, расширении числа обстоятельств, исключающих уголовную от-

ветственность, и т. д.<sup>1</sup>

Сравнительное исследование дает юристу возможность выявить и учесть существующие достоинства и недостатки при формулировании принципов и оснований уголовной ответственности, при решении вопросов преступности и наказуемости конкретных деяний. Еще в начале прошлого века В.М. Хвостов написал: «Лучшим средством для того, чтобы углубить познания в праве своей страны, является сравнение его с каким-либо другим; сравнение дает повод ставить вопросы о характере замеченных различий и их причинах и в связи с этим заставляет глубже вникать в изучаемый материал»<sup>2</sup>.

В.Н. Додонов, отмечая стремительное развитие уголовного права в последние годы, называет следующие основные тенденции: гуманизацию уголовного права, криминализацию новых видов общественно опасных деяний и интернационализацию уголовного права<sup>3</sup>. Представляется, что наиболее динамично круг общественно опасных деяний, признаваемых преступлениями, будет пополняться за счет по-

---

<sup>1</sup> О влиянии процессов глобализации на развитие науки сравнительного уголовного права см. подробнее: *Малешина А.В.* Развитие сравнительного уголовного права в условиях глобализации // Научные основы уголовного права и процессы глобализации: Материалы V Российского конгресса уголовного права / Под ред. В.С. Комиссарова. М., 2010. С. 342–346.

<sup>2</sup> *Хвостов В.М.* Система римского права. Общая часть. М., 1996. С. 11.

<sup>3</sup> См.: *Додонов В.Н.* Сравнительное уголовное право. Общая часть. М., 2009. С. 12–28.

явления новых общественных отношений главным образом в сфере новых технологий, например, в области медицины, информации, энергетики, экологической безопасности.

Несмотря на то что российское право по многим параметрам тяготеет к континентальной правовой системе, у исследователей сформировалась тенденция обращения к нормам и институтам стран общего права. Это позволило продемонстрировать, что, вопреки многим внешним различиям, между двумя системами нет каких-либо непроходимых границ, которые не позволили бы изучать нормы другой системы с целью совершенствования собственного законодательства. При этом нередко происходит обращение именно к убийству, поскольку, как в свое время верно отметил М.Д. Шаргородский, «...большинство проблем Общей части уголовного права – вопрос о субъективной стороне состава, вопрос о причинной связи, вопросы о соучастии, о приготовлении и покушении – в значительной мере решались именно в связи с этим конкретным преступлением»<sup>4</sup>.

Вместе с тем система преступных деяний против жизни одним лишь убийством не ограничивается, и целый ряд деяний, объектом которых выступает жизнь человека, просто выпадает из поля зрения, что создает неверное впечатление о действующих в данной области уголовно-правовых нормах.

Существует, таким образом, совершенно очевидная необ-

---

<sup>4</sup> Шаргородский М.Д. Преступления против жизни и здоровья / Избранные работы по уголовному праву. СПб., 2003. С. 411.

ходимость всестороннего исследования, дающего развернутый анализ важных проблем регламентации уголовной ответственности за преступления против жизни в странах общего права, а также освещающего новеллы законодательства и тенденции реформирования преступных деяний против жизни.

Предметом исследования выступили нормы законодательства, устанавливающие уголовную ответственность за преступные деяния против жизни в уголовном праве Англии, США и Канады, судебная практика и основные доктринальные концепции. Несмотря на идентичные категории преступных деяний и предусмотренные за их совершение наказания, законодатели и правоприменители названных стран во многих аспектах по-разному подходят к определению принципов уголовно-правового воздействия на преступность, установлению круга преступлений, назначению и применению наказаний и иных мер уголовно-правового характера.

Если говорить о тенденциях реформирования, то применительно к тяжкому убийству, например, они сводятся к следующим основным направлениям. Прежде всего, прояснений требует психический элемент тяжкого убийства – намерение или «злое предумышление», – понятийный аппарат которого казуистичен, сумбурен и местами архаичен. Определенные виды психического элемента, конститутивные для тяжкого убийства, также нередко выступают объектом кри-

тики в силу своего несоответствия, исходя из характера и степени общественной опасности, столь серьезной категории преступлений. В данном случае больше всего сомнений в правильности отнесения к *mens rea* тяжкого убийства вызывает конструктивное намерение, которое все еще применимо в концепции *felony murder rule*, намерение причинить тяжкий телесный вред, а также неосторожное причинение смерти, как в случае с распространенным в североамериканских штатах убийством, демонстрирующим крайнее пренебрежение человеческой жизнью, – *depraved heart murder*.

Второй аспект ответственности за тяжкое убийство, чаще всего подвергающийся критике, связан с предусмотренным за его совершение наказанием, коим является пожизненное лишение свободы либо (в ряде североамериканских штатов) смертная казнь. Проводимые реформы имеют своей целью изменить сложившуюся систему назначения наказаний таким образом, чтобы она позволяла соблюдать принципы гуманизма, индивидуализации и дифференциации наказаний, учитывая «всеобъемлющий» характер категории тяжкого убийства. В Англии и Уэльсе, в частности, этот аспект реформы отразился в принятии Акта об уголовном правосудии 2003 г. (*Criminal Justice Act*, с. 44), «который стал одним из наиболее важных законов в реформировании уголовного правосудия в целом»<sup>5</sup> и ответственности за тяжкое убийство

---

<sup>5</sup> A New Homicide Act for England and Wales? A Consultation Paper № 177. The Law Comm. № 177. London, 2006. P. 23 // / <http://lawcommission.justice.gov.uk/>

в частности, поскольку он, помимо прочего, закрепляет систему отягчающих и смягчающих обстоятельств, позволяющих варьировать минимально необходимый срок лишения свободы в рамках пожизненного лишения свободы в зависимости от обстоятельств совершенного деяния.

Существенные изменения претерпевают и нормы об ответственности за простое убийство. В частности, это касается категории простого намеренного убийства в английском уголовном праве, которая во многом трансформировалась в результате принятия Закона о коронерах и правосудии 2009 г. (*Coroner and Justice Act*, с. 25). Так, традиционные для англо-американской правовой системы основания защиты – провокация и ограниченная вменяемость – были переформулированы с учетом ранее высказанных предложений правовых комиссий и судебной практики.

Простое ненамеренное убийство в английском праве было дополнено новым видом противоправного лишения жизни другого человека – корпоративным простым убийством – после принятия Закона о корпоративном простом убийстве и корпоративном убийстве 2007 г.

Среди новых деяний, которые уголовно-правовая система общего права традиционно относит к системе преступных деяний против жизни, можно выделить преступления, объектом которых выступает плод человека на разных этапах своего внутриутробного развития. Данный подход затра-

гивает множество проблем не только и не столько правового характера, сколько социальных и философских. Гуманистическое общество XXI в., каким его видит и строит по крайней мере западная цивилизация, ориентировано на провозглашение, уважение и защиту высоких стандартов жизни каждого человека, и здесь возникает ряд вопросов относительно того, как эти стандарты реализовывать исходя из сложившейся системы ценностей. В частности, как определить границы жизни человека, ее начало и конец, и сохранить при этом действующую систему позитивных прав. Провозглашение принципа сакральности человеческой жизни предполагает ее неприкосновенность с момента если не зачатия, то ранних этапов внутриутробного развития, и обязанность поддерживать, независимо от «качества жизни». Тогда невольно встает вопрос об общепринятом в подавляющем большинстве государств западного мира праве женщин прерывать нежелательную беременность, а также правовом статусе эвтаназии в контексте принципа добровольности оказания медицинских услуг и праве самостоятельно определять свою судьбу. Но даже если мы будем исходить из высоких нравственных идеалов, насколько это верно – возводить систему каких-либо этических воззрений в статус преступления<sup>6</sup>? «Можем ли мы утверждать, что самого по себе общественного осуждения достаточно, чтобы оправдать квалификацию некоторого деяния как преступления? Это

---

<sup>6</sup> См. подробнее: *Fuller Lon L. The Morality of Law. New Haven, 1964.*

кажется несовместимым с нашими традициями индивидуальной свободы и нашим знанием того, что моральные нормы, пусть даже самого большого количества людей, не могут служить гарантией истины. Если общественного осуждения недостаточно, то что же еще нужно? Не следует ли представить доказательство того, что рассматриваемые деяния причиняют ущерб определенным людям уже сегодня? Или же достаточно продемонстрировать их влияние на общественные обычаи и установления, которое вызывает изменения в социальной среде и таким образом косвенно затрагивает каждого члена общества? Если верно последнее, следует ли также показать, что эти социальные изменения угрожают нанести некий типичный долгосрочный ущерб вроде роста преступности или падения производительности труда? Или же можно было бы обойтись доказательством того, что в большинстве своем члены современного общества с сожалением восприняли бы такие изменения? Много ли в таком случае добавляет наш довод о причиняемом ущербе к простому доводу об общественном осуждении?»<sup>7</sup> С этих позиций уголовное право должно быть отделено от любых моральных норм и служить исключительно целям сохранения общественного порядка.

Превалирующая концепция всесторонней охраны от внешнего вмешательства со стороны третьих лиц и государ-

---

<sup>7</sup> Дворкин Р. О правах всерьез / Пер. с англ.; ред. Л.Б. Макеева. М., 2004. С. 326–327.

ства при отсутствии серьезных законных оснований, признания и уважения автономии лица нашла выражение в наметившейся тенденции декриминализации ассистированного самоубийства, осуществляемого в соответствии с предусмотренным законом порядком в ряде североамериканских юрисдикций и в Канаде. Положительный опыт применения данной процедуры в отдельных штатах, в частности Орегон и Вашингтон, во многом изменил общественные взгляды на этико-правовую проблему практической реализации данной группы соматических прав в сторону их признания.

Определенная медлительность в проведении реформ отчасти объясняется тщательным обдумыванием каждого нового шага законодателя, поскольку «ломать» приходится проверенные временем и судебной деятельностью, «покоящиеся» на продуманной, складывающейся годами доктрине институты. И поставленная задача в силу объективных причин не является легкой. «Значимость смерти человека с точки зрения морали требует от правовой нормы тщательной дифференциации уголовной ответственности в зависимости от формы виновности. Но факторов, определяющих форму виновности, слишком много. Поэтому реформы можно оценивать по шкале, верхнее и нижнее значение которой выражено в их крайнем проявлении. Одна из крайностей заключается в том, чтобы выбрать наиболее значимые факторы, определяющие формы и степень вины, и инкорпорировать их в дефиниции преступных деяний и оснований защи-

ты, обозначив их тем самым максимально точно. Достоинство данного подхода в том, что закон применяется и толкуется согласованно и непротиворечиво. Но такая норма утрачивает гибкость. Впоследствии это может привести к тому, что деяния, не обладающие столь высокой степенью общественной опасности, будут отнесены к категории более тяжких преступлений. Вторая крайность выражается в том, чтобы при определении преступных деяний широко прибегать к моральным нормам. Подобный подход позволяет принять в расчет все факторы. Но в конечном итоге это приведет к непоследовательности. Несогласованность мнений судей относительно того, какие факты следует признать морально релевантными и как их оценивать, закончится тем, что аналогичные дела будут решаться по-разному»<sup>8</sup>.

Целью данной работы было комплексное изучение вопросов построения и регламентации ответственности за совершение преступных деяний против жизни в уголовном праве Англии, США и Канады, их законодательного закрепления, практики применения норм, анализ возможных путей реформирования существующих составов.

Настоящая работа представляет собой первое за последнее время комплексное монографическое исследование системы преступных деяний против жизни в Англии, США и Канаде. Работа построена на критическом анализе действу-

---

<sup>8</sup> *Tadros V. The Homicide Ladder // The Modern Law Review. 2006. Vol. 69. № 4. P. 617.*

ющих норм Англии, США, Канады, устанавливающих ответственность за преступные деяния против жизни, основана на изучении не только нормативных актов, но и значительно-го числа прецедентов, на их доктринальном толковании. В работе впервые проведен систематический анализ преступлений против жизни с учетом последних изменений законодательства и появившейся практики. Все деяния, объектом посягательства которых выступает жизнь человека в ее понимании юристами изучаемых стран, систематизированы с использованием сложившихся в методологии традиций. Автором избран подход рассмотрения существующих норм в динамике, начиная с момента их зарождения, последующего развития и трансформации и заканчивая перспективами дальнейшего существования и тенденциями реформирования.

В монографии затронуты многие актуальные проблемы биоэтики в их уголовно-правовом контексте, а также способы решения сложных правовых и этических вопросов в правопорядках, которые стали объектом исследования. Также в работе содержатся конкретные рекомендации по совершенствованию российского уголовного права.

И даже если специалисты обнаружат, что данная работа не может предложить им ничего нового в их узкой области, они все равно, вероятно, будут рады возможности расширить свои знания об интересующем их предмете за счет информации из других исследовательских сфер.

# Глава 1

## Общая характеристика уголовно-правовой охраны жизни в Англии, США и Канаде

### § 1. Особенности уголовно-правовой системы стран общего права

Сравнительные исследования, проводимые в последние десятилетия в области уголовного права, позволяют говорить о формировании самостоятельной, весьма перспективной отрасли знаний – сравнительного уголовного права. Предметом изучения данной отрасли являются современные уголовно-правовые системы, состоящие из уголовно-правовых моделей различных государств, общие принципы и закономерности их возникновения, становления и развития, а в качестве основного метода познания выступает метод сравнения, используемый для выявления общего и особенного в развитии национальных правовых систем, регулирующих преступность и наказуемость деяний<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> В современной компаративистике принято выделять правовые системы, объединяемые на основе общих типологических особенностей в правовые семьи.

При исследовании основных уголовно-правовых систем современности на первый план выдвигается вопрос их типологии<sup>10</sup>. В основу такой типологии может быть положен как ряд простых критериев, так и один сложный. Типологию можно проводить как на уровне правовых систем в целом, так и в рамках отрасли уголовного права. Сама типология может носить как исторический, так и логический характер. Все это обуславливает возможность существования множе-

---

Не умаляя достоинств классической типологии, мы посчитали возможным говорить о самостоятельных уголовно-правовых системах, в рамках которых выделили особые уголовно-правовые модели.

<sup>10</sup> В методологии к основным способам группировки относят классификацию, систематизацию, типологизацию, группировку (См.: *Каган М.С.* Системное рассмотрение основных способов группировки / Избранные труды в VII томах. Т. I. Проблемы методологии. СПб., 2006. С. 44–54). Применительно к множествам, имеющим гомогенный характер, как это имеет место с разными правовыми системами, способ группировки точнее всего именовать типологизацией, а ее результат – типологией. Типология как метод, в основе которого лежит «расчленение систем объектов и их группировок с помощью обобщенной, идеализированной модели или типа», представляет собой более высокий уровень познания (См.: *Антонян Ю.М., Еникеев М.И., Эминов В.Е.* Психология преступления и наказания. М., 2000. С. 35). Вместе с тем типологизация имеет сходство с классификационными процедурами и в определенной степени выступает прямым продолжением классификации, поскольку последняя разделяет группы разнородных объектов до тех пор, пока не доходит до уровня качественной однородности, на котором можно говорить о самостоятельных типах. Видимо, именно по этой причине в компаративистских исследованиях оба понятия иногда используются как синонимы, тождественные способы группировки без указания на их разный методологический характер. (См.: *Есаков Г.А., Крылова Н.Е., Серебренникова А.В.* Уголовное право зарубежных стран. М., 2008. С. 13–17 (Автор главы – Г.А. Есаков)).

ства типологий, с одной стороны, и потенциальную сложность создания новой всеохватывающей типологии – с другой.

Подавляющее большинство современных типологий уголовно-правовых систем построены на типологии, предложенной Р. Давидом, который выделил три основные правовые семьи – романо-германскую, общего права и социалистическую, к которым примыкают все остальные правовые семьи. При этом он исходил из двух основных критериев: идеологического (религиозные и философские воззрения данного общества) и юридического<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999. С. 19–20. В настоящее время его типология, ставшая уже классической, нередко подвергается критике в силу своей недостаточности: во-первых, предложенные Р. Давидом три правовые семьи не могли охватить все разнообразие правовых систем, во-вторых, сама типология не учитывала существенные различия самих систем. Французский компаративист Р. Леже иллюстрирует свои критические замечания на примере уголовного права и процесса. Он пишет о тех сложностях, с которыми столкнулся Марк Ансельм, который для проведения своего исследования уголовного права и процесса присоединился к классификации Р. Давида. Поскольку и уголовное право, и процесс в равной степени опираются на юридический и идеологический критерии любой правовой семьи, его подход был последователен и логичен. «Однако, когда речь зашла об определенных материально-правовых или процессуальных аспектах, уголовное право некоторых стран оказалось состоящим в тесной зависимости от принципов конституционного порядка и судебного контроля. В уголовной сфере также следовало принимать во внимание эпоху кодификаций с ее научными идеями и криминологическими доктринами, имевшими огромное влияние. В результате в рамках одной романо-германской семьи различие между уголовными кодексами оказалось огромным (можно привести только один пример коренного различия между французским и итальянским кодексами)» (Леже Р. Великие право-

Так, по мнению О.Н. Ведерниковой, при анализе уголовно-правовых систем необходим системный подход, предполагающий анализ трех составляющих уголовного права: «1) уголовно-правовой доктрины, отражающей правовую культуру и правовую политику страны или региона; 2) уголовно-правовых норм, установленных официальными органами государства; 3) правоприменительной практики, направленной на реализацию принципов, целей и задач уголовного права»<sup>12</sup>. Опираясь на указанные критерии, автор выделяет такие типы уголовно-правовых систем, как романо-германский (западноевропейский континентальный); англо-американский (англосаксонский); мусульманский; социалистический и постсоциалистический, в рамках которых существуют уникальные модели уголовного права.

Иногда предпринимаются попытки заменить несколько

---

вые системы современности / Пер. с фр. А.В. Грядов. М., 2009. С. 103). Р. Леже в поисках нового подхода к правовым системам предлагает разделить их на две группы: группа правовых систем, принадлежащих правовым государствам с длительной правовой традицией (Западная Европа, Северная Европа, Южная Европа и несколько государств, относящихся к этой группе, например, Австралия), и группа правовых систем, принадлежащих правовым государствам, не обладающим правовыми традициями, или государствам, подчинившим право религии или идеологии, что не позволяет их относить к правовым государствам (Япония, чья правовая система в силу исторических причин и оснований социальной психологии является подражанием другим системам, Китай, государства, чьи правовые системы основаны на мусульманском или индусском праве, в прошлом – СССР, каноническое право) (*Леже Р.* Указ. соч. С. 105–110).

<sup>12</sup> *Ведерникова О.Н.* Современные уголовно-правовые системы: типы, модели, характеристика // Государство и право. 2004. № 1. С. 69.

простых критериев одним сложным. Г.А. Есаков полагает, что в силу особенностей исторического развития уголовного права в той или иной стране и обусловленных ими различий в источниках права в данной уголовно-правовой системе всегда доминирует определенная идея<sup>13</sup>. Идея, по его мнению, сводится к тому, «что (или кто) является доминантой в уголовном праве». Подобных доминант может быть пять: человек, закон, Бог, общество и семья, и им соответствуют следующие уголовно-правовые семьи – общего права, континентального права, религиозного права, общинного права

---

<sup>13</sup> В качестве других примеров сложных критериев, принятых в сравнительном правоведении, можно привести предложенный К. Цвайгертом и Х. Кётцом «стиль» как отличительную особенность каждой правовой системы. Р. Паунд определяющим для правовых систем различных государств считал «дух» как особый правовой феномен, существующий в каждой конкретной стране и определяющий мышление теоретиков и практиков права (См.: *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Т. 1. Основы. М., 1998. С. 99–117; *Pound R.* The Spirit of the Common Law. N.J., 1999. P. 1–32). О. Чейз при анализе существующих процессуальных систем мира говорит о феномене «культуры» как определяющем стиль юридического мышления, поведения и, соответственно, разрешения правовых споров. «Мы обращаемся к феномену культуры для того, чтобы объяснить, почему существенным образом отличающиеся друг от друга институты используются юристами разных правовых порядков для решения проблем сущностно одинаковых» (*Chase Oscar G.* Law, Culture and Ritual. Disputing Systems in Cross-Cultural Context. N.Y., 2005. P. 6.). При этом под термином «культура» он предлагает понимать совокупность идей, ценностей и норм, общепринятых социальной группой и носящих как эмпирический, так и априорный характер. И обращаться к данному феномену предлагается в тех случаях, когда существующие различия невозможно объяснить исторически, формально-юридически, социологически.

и обычного<sup>14</sup>.

Предложенная Г.А. Есаковым типология представляет интерес как альтернатива традиционным системным подходам, однако она вызывает несколько вопросов. В первую очередь, не совсем понятно, что представляет собой «идея» как критерий классификации. По мнению автора, она выступает многогранным явлением, которое отражает «предназначение данной системы уголовного права», определяет «построение и отчасти содержательное наполнение последней», «носит во многом неосознаваемый, неосязаемый характер, но существует вместе с тем реально, объединяя общество в его отношении к уголовному праву, отражая защищаемые последним ценности и выражаясь с той или иной степенью четкости в письменной форме»<sup>15</sup>. Подобное понимание «идеи» сближает ее с такой категорией сравнительного правоведения, как «правовая традиция», представляющая собой совокупность укоренившихся в сознании людей взглядов на природу права и политическую идеологию, исторически обусловленного отношения к роли права в обществе, к организации и функционированию правовой системы в целом<sup>16</sup>. Соответственно идея является во многом опреде-

---

<sup>14</sup> Есаков Г. А. Основы сравнительного уголовного права. М., 2007. С. 28.

<sup>15</sup> Там же.

<sup>16</sup> См.: Glenn Patrick H. Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions // The Oxford Handbook of Comparative Law / Ed. by M. Reimann and R. Zimmermann. N.Y., 2008. P. 421–441; Glenn Patrick H. Legal Traditions of the World. 3<sup>rd</sup> ed. N.Y., 2007. P. 1–58. По мнению В.И. Лафитского, несомненное до-

ляющей скорее для правовой традиции<sup>17</sup>, нежели для правовой системы.

Пожалуй, самой известной из предложенных на сегодняшний день отраслевых типологий является типология французского профессора Ж. Праделя, в основу которой было положено понятие репрессии. В зависимости от того, какое место в уголовно-правовой системе страны занимает репрессия, она может быть охарактеризована либо как автори-

---

стоинство предложенной П. Гленном типологии правовых систем, который использовал в качестве основного критерия правовые традиции, заключается в возможности рассматривать право не в статичном состоянии, а в динамике его развития, позволяет исследовать «...потоки правовой нормативности (*flows of legal normativity*)», действующие вне зависимости от территориальных границ и юрисдикций государств (Лафутский В.И. Сравнительное правоведение в образах права. Т. 1. М., 2010. С. 99). Автор полагает, что традиции и ценности права, сложившиеся в рамках определенного религиозного или этико-правового мировоззрения, выступают определяющим фактором воздействия при формировании правовых систем, поскольку они действуют вне зависимости от их признания государством, отражения в законодательстве, роли церкви в общественной жизни. Он отмечает, что законодательство государств Европы, Северной и Южной Америки развивалось в основном в русле «христианских ценностей свободы»; законодательство большинства государств Ближнего Востока и Северной Африки – в соответствии с «исламскими ценностями социального единства»; законодательство Монголии, Непала, Бутана, ряда других государств – в системе «буддийских ценностей праведной жизни»; законодательство Китая – на основе «конфуцианских ценностей гармонии мира». Исходя из этого делает вывод, что «основная линия разлома правового пространства мира проходит между правовыми системами разных религиозных традиций, объединенных общностью духовных (этических) ценностей» (Лафутский В.И. Указ. соч. С. 100).

<sup>17</sup> См. подробнее: *Nelken D. Towards a Sociology of Legal Adaption / Adapting Legal Cultures*. Ed. by D. Nelken, J. Feest. Portland, 2001.

тарная, либо как либеральная. Последовательно анализируя вопросы материального права, их процессуальное закрепление и порядок исполнения наказаний, автор признает, что оценка конкретных институтов уголовного права того или иного государства неизбежно носит относительный характер, к тому же в рамках уголовного права отдельно взятого государства довольно часто присутствуют черты обеих моделей<sup>18</sup>.

Похожая типология была разработана А.А. Малиновским, который в зависимости от роли и места уголовно-правового принуждения в политике государства выделил три типа уголовно-правовых систем – репрессивный, где «право выступает как инструмент репрессий, государственного террора, способ борьбы с инакомыслящими», карательный, характеризующийся тем, что «право является эффективным способом борьбы с социальными отклонениями» и гуманистический, в котором право рассматривается как «средство ресоциализации преступников»<sup>19</sup>.

На наш взгляд, систематизировать уголовно-правовые модели, используя такой критерий, как степень применения репрессии, весьма сложно. Релятивизм, присущий практически любой типологии в области гуманитарных наук, приобретает в данном случае чрезмерный характер, поскольку для

---

<sup>18</sup> Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996. С. 224.

<sup>19</sup> Малиновский А.А. Сравнительное правоведение в сфере уголовного права. М., 2002. С. 14.

уголовных отношений в целом, как отрасли публично-правовой, свойственно построение отношений на основе власти-подчинения и использование в качестве одного из основных карательного метода. А потому одну степень применения репрессии вряд ли можно положить в основу выделения уголовно-правовых систем. К тому же, как справедливо отмечает А.А. Малиновский, государство в разные исторические периоды в зависимости от стоящих перед ним целей может выступать за ужесточение либо смягчение уголовной репрессии, что является скорее отражением проводимой политики в целом, нежели особенностей правовой системы.

По мнению В.Н. Додонова, «наиболее продуктивно» проводить классификацию на основе одного лишь юридического критерия – «реального содержания и формы действующего уголовного законодательства». «Для ученого-пеналиста такие категории, как «особенности национального правосознания», «национальная правовая культура» и т. п. являются весьма интересными, но не обладающими достаточной степенью объективности. Представляется, что серьезный учет чисто социологических, культурологических или политических факторов как критерия для классификации уголовно-правовых систем трудно совместим со строго объективным критерием – содержанием действующего законодательства и других источников уголовного права»<sup>20</sup>. В соответствии с указанным выше строго объективным критери-

---

<sup>20</sup> Додонов В.Н. Сравнительное уголовное право. Общая часть. М., 2009. С. 32.

ем предлагается соответственно выделить три системы уголовного права: 1) романо-германскую (континентальную); 2) англо-американскую; 3) мусульманскую.

В.Е. Чиркин в условиях глобализации «для новых классификаций, анализа особенностей сближения и возможной гармонизации» наиболее крупных правовых систем предложил использовать категорию «социальной сущности» и «социокультуры», а также «юридического содержания». Исходя из предложенных критериев, он предлагает выделить три территориально разделенные глобальные системы – мусульманскую, либерально полусоциальную капиталистическую систему, систему тоталитарного социализма<sup>21</sup>.

В силу относительности любой типологии необходимо отдавать предпочтение той из них, которая в большей степени способна отразить специфику уголовно-правовой системы или отдельной модели, тем критериям, которые позволяют учитывать как сугубо юридические, так и лежащие в их основе исторические и культурологические особенности. По этой причине традиционный вариант выделения среди прочих уголовно-правовых систем двух основных – общего (англосаксонского) и континентального (романо-германского) права – представляется наиболее верным<sup>22</sup>. Критери-

---

<sup>21</sup> Чиркин В.Е. Семьи, системы и комплексы общественных отношений в сравнительном правоведении / Служение праву. Памяти профессора В.А. Туманова посвящается: Сб. статей / Под ред. Д.А. Туманова, М.В. Захаровой. М., 2017. С. 482.

<sup>22</sup> Единого мнения относительно выделяемых видов правовых систем на сего-

ями такого деления должны выступать: 1) общность исторических корней; 2) специфика источников уголовного права; 3) уголовно-правовая доктрина, которая во многом отражает стиль юридического мышления и особенности правовой традиции.

\* \* \*

К англосаксонской уголовно-правовой системе<sup>23</sup> принадлежат уголовно-правовые модели Англии и Уэльса, США, Канады, Австралии, Новой Зеландии и ряда других государств, входящих в Британское Содружество. Рецепция английского общего права<sup>24</sup> в каждом из государств проходи-

---

дняшний день не сформировалось. К данной проблеме наблюдается такое же количество подходов, как и к проблеме выбора критериев самой типологии. Помимо уголовно-правовых систем общего и континентального права, как правило, выделяют социалистическую, постсоциалистическую, религиозную (в рамках которой рассматривают систему мусульманского или иудейского права), обычного права и др. (См.: *Ведерникова О.Н.* Указ. соч. С. 69, *Glenn Patrick H.* *Legal Traditions of the World*. P. 344–345).

<sup>23</sup> Справедливости ради необходимо отметить, что термин «англосаксонский» применительно к правовым системам используется главным образом российскими юристами. В правовой науке изучаемых нами государств его применяют лишь для характеристики одноименного периода в истории Англии. Правовую систему своих стран юристы называют системой общего права (*common law system*). Однако в данной работе термины «англосаксонская правовая система» и «правовая система общего права» будут использоваться как синонимичные конструкции.

<sup>24</sup> Термин «общее право» (*common law*) может употребляться в разных смысловых значениях. В узком смысле слова оно рассматривается как составная часть

ла по своему особому пути: подчас оно вступало в столкновение с национальными правовыми моделями или само испытывало воздействие со стороны других влиятельных правовых систем, однако сумело сохранить свою самобытность. В способности общего права преодолевать многочисленные кризисы и, испытывая на себе влияние многих идей, сохранять свою индивидуальность, по мнению Р. Паунда, заключается его феномен. «В XII в. оно боролось за юрисдикцию с церковью, самой влиятельной силой своего времени. В XVI в., когда Европу захлестнуло влияние римского права, общее право устояло. Ни Возрождение, ни Реформация, ни частичная рецепция римского права, ни даже пересмотр права при Тюдорах, не смогли сломать устои общего права. В XVII в. общее право создало доктрину верховенства закона и выдержало противостояние королевской династии Стюартов. В Америке после революции оно превалировало, несмотря на предубеждение ко всему английскому и серьезную угрозу рецепции французского права... Общее право прошло через все эти серьезные кризисы, сохранив свои исключительные фундаментальные черты и превратив их в

---

правовой системы английского права, которое исторически сложилось как противостоящая «статутному праву» система норм. В данном контексте мы говорим об «общем праве» в широком смысле слова как о «тотальности охвата всех национальных правовых систем, входящих в правовую семью англосаксонского права» (*Марченко М.Н.* Правовые системы современного мира. М., 2008. С. 137; см. также: *Берман Гарольд Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 417–430).

непоколебимые, прочные принципы»<sup>25</sup>.

Если подойти более детально к рассмотрению уголовного права названных стран, то в первую очередь необходимо отметить, что по своей сути оно было и во многом остается правом «судейским». «Таким образом, наука общего права по происхождению – судебная, а континентального – схоластическая... На континенте юристы мыслят абстрактно, понятиями правовых институтов, в США и Англии – конкретно, «прецедентно», с точки зрения отношений сторон, их прав и обязанностей. На континенте стремятся создать правовую систему без лагун, в США и Англии для юристов ориентирами служат судебные решения»<sup>26</sup>. Это право традиционно создавалось судьями, и сегодня, когда основным или единственным источником уголовного права выступают нормативные правовые акты, при их создании учитываются нормы существующих судебных решений, а в процессе применения именно судьи оценивают практическую значимость принятого акта.

Так, в Канаде рассмотрению вопроса о конструктивном тяжком убийстве Верховным судом страны в 1989 г. предшествовал целый ряд судебных решений, принятых в разное время нижестоящими судами провинций, в которых конституционность данного института ставилась под сомнение.

Признание судебных решений по конкретным делам ис-

---

<sup>25</sup> *Pound R. Op. cit. P. 7.*

<sup>26</sup> *Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 110.*

точником права наряду со статутами и научной доктриной принципиально отличает уголовно-правовую систему общего права от континентальной<sup>27</sup>. Несмотря на возрастание роли статута, многие вопросы уголовной ответственности по-прежнему регламентируются общим правом. В Англии, на-

---

<sup>27</sup> Суть доктрины прецедента можно охарактеризовать принципом *stare decisi set non quiet a movere*, который предполагает, что суды при принятии решения связаны решением более высокого по положению суда, вышестоящий же суд может отклонить решение нижестоящего суда, а в определенных случаях и свое собственное. «Это означает, что при схожести фактических обстоятельств находящегося на рассмотрении суда дела с делом, ранее уже разрешенным в одном из «высших судов», отчет по которому опубликован, суд обязан последовать *ratio decidendi* этого предшествующего решения при вынесении нового решения независимо от своего личного мнения об убедительности правовых доводов, положенных в его основу, и независимо от того, представляется ли вынесение аналогичного предшествующего решения справедливым в данном конкретном случае. Соответственно, отклонение от *ratio decidendi* предшествующего решения при вынесении нового решения (осознанное или же по неосмотрительности) влечет признание такого решения вынесенным *per incuriam* с последующим отказом в признании за ним значения прецедента» (Есаков Г.А., Крылова Н.Е., Серебряникова А.В. Уголовное право зарубежных стран. М.: Проспект, 2008. С. 88). При этом необходимо помнить о важных особенностях, в частности, несвязанности предыдущими решениями Палаты лордов, ограниченном значении прецедента в американских юрисдикциях, обычаем ссылаться на старые английские решения судами других стран уголовно-правовой системы общего права и т. д. (О понятии и роли прецедента в рассматриваемой уголовно-правовой системе см. подробнее: Кросс Р. Прецедент в английском праве / Под ред. Ф.М. Решетникова. М., 1985; Анарова Т.В. Прецедент в английском праве (историко-юридическое исследование): Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1968; Никифорова М.А. Судебный прецедент в конституционном праве США: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1980; Петрова Е.А. Статуты и прецеденты в системе источников американского права. М., 2007).

пример, тяжкое и простое убийства являются преступлениями по общему праву. Их определение нельзя встретить ни в одном правовом акте, однако наказания за них предусмотрены в Законе об уголовном правосудии 2003 г. (*Criminal Justice Act*), Законе о преступлениях против личности 1861 г. (*Offences against the Person Act*) и некоторых других актах.

О соотношении статутного и общего права профессор лондонского университета Л.М. Ли пишет: «Прецедент и парламентский акт тесно связаны, существование одного немыслимо без другого. Статуты восполняют пробелы, имеющиеся в общем праве, изменяют его нормы, приспособляют к потребностям современной действительности»<sup>28</sup>.

«Статутное право развивается в рамках юридической техники, конструкций и категорий общего права... Судебным решениям, вынесенным на основе конституционных и законодательных норм, придается та же прецедентная форма, что и собственно нормам общего права. Их нормативная сила выражена в принципе *stare decisis*, требующем следовать ранее вынесенным решениям при разрешении сходных или аналогичных судебных дел»<sup>29</sup>.

И.Ю. Богдановская пишет о том, что «судебный прецедент, сыграв историческую роль в формировании и развитии «общего права», постепенно уступает место прецедентам толкования, формирующимся при толковании судами стату-

---

<sup>28</sup> Leigh L.H. Criminal Law of United Kingdom. London, 1999. P.32.

<sup>29</sup> Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права. С. 372.

тов. При этом применение судами «прогрессивного толкования», допускающего расширительное толкование статутов, ведет к расхождению между содержанием статутов и прецедентами толкования»<sup>30</sup>.

В США, несмотря на общую тенденцию запрета уголовной репрессии, основанной только на нормах общего права, отдельные штаты включают в свои кодексы положения, позволяющие использовать нормы общего права<sup>31</sup>. Отказ от преступлений по общему праву и запрет на создание судьями новых преступлений вытекает из основного принципа американской правовой системы – принципа законности. Принцип законности базируется на нескольких правовых доктринах и имеет ряд правовых обоснований.

К базовым правовым доктринам принципа законности относятся, помимо описанного выше требования установления уголовной ответственности только на основании закона, доктрина *vagueness prohibition*, означающая, что язык норматив-

---

<sup>30</sup> Богдановская И.Ю. Источники права на современном этапе развития «общего права»: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007. С. 10.

<sup>31</sup> См., например, УК Флориды (ст. 775-01), в соответствии с положениями которого тогда, когда нет установленной законом нормы, регуливающей вопросы преступности и наказуемости деяний, может применяться «общее право Англии»; УК Айдахо, ст. 18-303 которого предусматривает наказания за преступления, которые не названы в уголовном законе, но «признаются таковыми общим правом»; § 14-1 УК Северной Каролины к фелониям относит те преступления, которые считаются фелониями согласно нормам общего права; § 15 УК штата Калифорния говорит о нарушении правовой нормы, к которой относится и норма закона, и норма общего права.

но-правового акта должен быть четким и определенным, таким, чтобы из его содержания ясно и недвусмысленно следовало, «какое поведение является запрещенным»<sup>32</sup>, запрет издавать законы *ex post facto*<sup>33</sup>.

В отечественной науке содержание принципа законности и его реализация в США нередко подвергаются критике в силу непоследовательности и частых формальных нарушений. И.Д. Козочкин обращает внимание на то, что, несмотря на провозглашаемый запрет судам создавать новые преступления, суды нередко пренебрегают им, особенно в тех случаях, когда имеет место расширение границ существующих преступных деяний. В качестве примера он приводит судебное толкование категории *living human being*, которое фактически изменило уголовно-правовое понимание момента начала жизни человека, отнеся к нему эмбриона человека, порою независимо от его внутриутробного возраста<sup>34</sup>. «Следует отметить, что даже если в каком-то штате преступления общего права упразднены, то это не означает, что общее право там не является источником уголовного права, причем

---

<sup>32</sup> Rose v. Locke, 423 U.S. 48, 50.

<sup>33</sup> См. подробнее: *Robinson Paul H. United States / The Handbook of Comparative Criminal Law / Ed. by Heller K.J., Dubber M.D. Stanford, 2011; Allen Francis A. The Habits of Legality: Criminal Justice and the Rule of Law. N.Y., 1996; Endicott T. Law is Necessarily Vague // Legal Theory. 2001. Vol. 7 № 4. P. 379–385. LaFave W.R. Criminal Law. 4<sup>th</sup>. Ed. St. Paul. MN, 2003. P. 109 – 115.*

<sup>34</sup> См. подробнее § 2 главы 1.

нередко весьма важным»<sup>35</sup>. При этом он ссылается на возможность сохранения отдельных институтов общего права, если такая оговорка содержится в уголовном кодексе штата, а также на обращение судов к нормам общего права при толковании положений действующего законодательства. Отмечается также возможность применения закона по аналогии в США, где «аналогия права – важнейшая, неотъемлемая черта» уголовно-правовой сферы и где запрет обратной силы закона не распространяется на судебные решения. В итоге делается вывод о том, что «несмотря на различные «заслоны», поставленные на пути его нарушения, в том числе конституционные, он в силу широты судебского усмотрения, пробельности уголовного законодательства и по другим причинам весьма уязвим для таких нарушений. Можно констатировать, что в общепринятом понимании, т. е. в том виде, в каком принцип законности существует в развитых странах континентальной системы права, он не действует или действует с очень большими оговорками»<sup>36</sup>.

Однако, и автор признает это сам, ключевым здесь является подход юриста континентальной системы права – независимо от того, какую систему права мы возьмем – общего, романо-германского или мусульманского, содержание прин-

---

<sup>35</sup> Козочкин И.Д. Уголовное право США. Успехи и проблемы реформирования. СПб., 2007. С. 72.

<sup>36</sup> Козочкин И.Д. Уголовное право США. Успехи и проблемы реформирования. С. 87.

ципа законности и особенности его реализации будут иметь значительные расхождения. Странам общего права имманентно было присуще определенное отступление от классической формулы принципа законности, допускающее широкое применение прецедентного права, и вряд ли стоит этому удивляться, исходя из особенностей формирования этой «судебной» по своей сути правовой системы. Вместе с тем стоит скорее согласиться с теми специалистами, которые отмечают «рудиментарный характер»<sup>37</sup> этой особенности, с четко выраженной тенденцией к полному отказу от нее. Что же касается сохранившегося за судами права широкого толкования нормы, порой меняющего ее суть и традиционное понимание, то эти решения, особенно принятые высшими судебными органами рассматриваемых правопорядков, демонстрируют высокий уровень профессионализма судей, отличаются глубоким анализом рассматриваемой в решении проблемы и существенным образом влияют на правоприменение страны, иногда радикальным образом. При этом нельзя сказать, что имеет место чрезмерный произвол и нарушение принципа законности в его понимании юристами названных стран, поскольку судья не обладает свободой в полной мере (*The judge, even when he is free, is still not wholly free*)<sup>38</sup>, его вдохновение ограничено определенными принци-

---

<sup>37</sup> Додонов В.Н. Указ. соч. С. 57.

<sup>38</sup> *Cardozo Benjamin N. The Method of Sociology. The Judge as a Legislator / Cardozo on the Law. Birmingham, 1982. P. 141.*

пами, свобода усмотрения основана на традиции, продиктована сложившейся системой норм и подчинена необходимости сохранять социальный порядок.

Доминирование «судейского» права привело к повышению роли процессуального права по сравнению с правом материальным. Исторически в силу слабого развития законодательства суды, формулируя нормы материального права, затрагивали многие вопросы права процессуального. И по сей день нормы материального и процессуального права тесно переплетены, взаимно обуславливают и взаимно дополняют друг друга. В процессе создания новой уголовно-правовой нормы особое внимание уделяют не только тому, насколько оправданно и востребовано ее появление, но и тому, как она будет реализована в рамках существующей системы процессуального права. Такая логика взаимодействия материального и процессуального права объясняет тот факт, что отдельные институты уголовного права зарождались в рамках процесса. В частности, данное утверждение справедливо применительно к обстоятельствам, исключаящим ответственность, и к обстоятельствам, смягчающим тяжесть убийства, таким как провокация и ограниченная вменяемость, которые изначально появились в рамках уголовного процесса как «основания защиты» (*defences*), к которым мог прибегнуть обвиняемый, чтобы деяние было квалифицировано как простое, а не тяжкое убийство. Как будет показано ниже, многие недостатки регламентации этих институтов в рамках

материального уголовного права могут быть объяснены их процессуальной природой.

В то же время необходимо отметить, что во второй половине XX в. в Англии и США произошло смещение академического интереса с процессуальных институтов в сторону исследования сущности преступного поведения и наказания. Если в работах У. Блэкстоуна и Д. Стифена вопросам «Общей части» уголовного права отводилось 10 % всего текста, то сегодня все больше исследователей обращают внимание на проблему формулирования общих принципов и начал уголовного права и закрепление их в законе<sup>39</sup>.

И.Ю. Богдановская отмечает, что доминирование судебного прецедента в странах, принадлежащих к системе общего права, обусловило и такую его особенность, как правовой континуитет, поскольку «прецеденты не способны быстро вносить кардинальные изменения в действующее право, а лишь дают возможность постепенно реформировать отдельные нормы. Такая система позволяет длительное время сохранять старые институты, приспособлявая их к новым обстоятельствам»<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> См.: *Lacey N.* In Search of the Responsible Subject of Criminal Law // *Modern Law Review*. 2001. Vol. 64. № 3. P. 359–360; *Norrie A.* Crime, Reason and History. Oxford, 2001. P. 8; *Stuart D.* Supporting General Principles for Criminal Responsibility in the Model Penal Code with Suggestions for Reconsideration: A Canadian Perspective // *Buffalo Cr. L. Rev.* 2000. Vol. 4. № 1. P. 13–51.

<sup>40</sup> *Богдановская И.Ю.* «Общее право»: конец «триумфа традиций» // *Юридический мир*. 2003. № 6. С. 17.

На наш взгляд, уникальный характер уголовно-правовой системы общего права заключается в сочетании таких качеств, как способность быстро реагировать посредством прецедента на меняющуюся социальную обстановку, с одной стороны, и приверженность традиции – с другой.

Свидетельством гибкости общего права выступает тот факт, что судьи раньше, чем законодатели, обращают внимание на многие спорные и проблемные вопросы уголовного права. И даже в тех случаях, когда суд не может посредством прецедента создать новые уголовно-правовые нормы, он может выступать как «негативный» законодатель. Так, законодатели многих американских штатов отказались от назначения смертной казни за совершение изнасилования только после того, как Верховный суд США в решении по делу *Coker v. Georgia* 1977 г. признал, что смертная казнь является несоразмерным наказанием за изнасилование<sup>41</sup>. Аналогичная ситуация сложилась и в Канаде, где декриминализация ассистированного самоубийства произошла после того, как Верховный суд страны в 2015 г. в решении по делу *Carter v. Canada* признал единогласно, что уголовное наказание за помощь в совершении убийства тяжелобольным неизлечимым людям, испытывающим психические страдания и способным недвусмысленно и осознанно выразить свою волю уйти из жизни, противоречит ст. 7 Хартии прав и свобод Ка-

---

<sup>41</sup> *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584, 591 (1977) (per White J.).

нады<sup>42</sup>. Через год после принятия названного решения соответствующие изменения были внесены в Уголовный кодекс страны, в ст. 241.

Приверженность традиции стран, принадлежащих к уголовно-правовой системе общего права, проявляется в том, что отдельные институты уголовного права можно объяснить скорее исторически, нежели логически. В частности, не чем иным, как традицией и особенностью исторического развития, нельзя объяснить тот факт, что тяжкое убийство занимает центральное место в системе преступных деяний против жизни и является основным, наиболее разработанным видом убийства.

В этой приверженности традиции, которая во многом обеспечивала правовую преемственность, некоторые усматривали недостаток, поскольку, оставаясь в «рамках прецедента», будучи в определенной степени ограниченным в своем судебном усмотрении, судья «приносил жертву» движению правовой мысли вперед. Б. Кардозо писал о том, что одним из главных недостатков прецедентной системы является «ее невыносимая жесткость», создание перед судьей дилеммы – сохранять постоянство или «заглядывать вперед, за горизонт». И, по его мнению, поддержание ясности и преемственности судебных решений иногда выглядело искусственно и очевидно игнорировало потребности времени и необходимость перемен: «у правовой нормы должен быть за-

---

<sup>42</sup> Carter v. Canada [2015] 1 S.C.R. 331.

пас роста»<sup>43</sup>. Что гораздо важнее в прецеденте – не преемственность, а отражение доктрины и традиции, как незримых, но фундаментальных правовых принципов, на которых строится вся система, и которых, в конечном счете, придерживается каждый судья. Прецедент выполняет свою роль только в том случае, если сохраняется убежденность в том, что ему можно более не следовать и изменить правовую норму, если станет понятно, что, сформулированные для одного поколения, они более не выполняют свою роль, не отражают мораль времени, попросту устарели. И в этом отклике на временную изменчивость заключается живучесть прецедента, его особый уникальный характер, его простор для «роста» и его основная задача, поскольку менять правовую реальность он призван быстрее, нежели законодатель, который призван только обобщить сложившуюся практику, вытекающую из всего многообразия жизненных ситуаций, и придать им силу закона. Задача судьи при этом сводится не к тому, чтобы «изменить цивилизацию», а в том, чтобы обеспечить ее диспозитивными нормами и привести, таким образом, к порядку, опираясь в своем выборе на личный профессионализм, высокую юридическую технику, потребности времени, верность правовым идеалам и принципам общего права, и принимая за основу будущей нормы этические нормы социума, «социальные интересы», а не собственные ак-

---

<sup>43</sup> *Cardozo Benjamin N. The Growth of the Law / Cardozo on the Law. Birmingham, 1982. P. 20.*

сиологические установки<sup>44</sup>. Судья, создавая новые традиции и предписания, основанные на нравственных нормах, придает последним силу закона. «Обязанности, которые вытекают исключительно из нравственных предписаний, если они не обеспечены никакой другой санкцией, кроме общественного осуждения, приобретают новый характер и могут эффективно реализовываться и применяться. Нравственная норма и судебское мнение, встретившись, образуют единое целое»<sup>45</sup>.

Несмотря на идентичные категории преступных деяний и предусмотренные за их совершение наказания, законодатели и правоприменители Англии, США и Канады во многих аспектах по-разному подходят к определению принципов уголовно-правового воздействия на преступность, установлению круга преступлений, назначению и применению наказаний и иных мер уголовно-правового характера. Именно поэтому будет правильнее в рамках уголовно-правовой системы общего права обозначить особенности английской, американской и канадской уголовно-правовых моделей соответственно, каждая из которых имеет индивидуальный характер.

---

<sup>44</sup> См. подробнее: *Cardozo Benjamin N. The Paradoxes of Legal Science / Cardozo on the Law. Birmingham, 1982. P. 31–67.*

<sup>45</sup> *Cardozo Benjamin N. The Paradoxes of Legal Science. P. 43.*

Центральное положение в рассматриваемой нами системе занимает английская уголовно-правовая модель<sup>46</sup>. И не только в самой Великобритании, где исторически сложилось общее право, но и во многих других странах английская модель продолжает оставаться образцом, от которого, безусловно, отклоняются в ряде вопросов, но которая в целом принимается во внимание и почитается.

Отличительной чертой уголовного права Англии, вытекающей из всего хода его исторического развития, является отсутствие единого кодифицированного уголовно-правового акта.

Попытки реформирования уголовного права и принятия уголовного кодекса предпринимались еще в XIX в. Среди предложенных в то время проектов уголовного кодекса наибольшего внимания заслуживает проект, составленный известным английским юристом Джеймсом Стифеном. Работая над проектом уголовного кодекса, он пришел к выводу, что «английское уголовное право, основанное на здоровом

---

<sup>46</sup> Здесь и далее речь будет идти об уголовных моделях Англии и Уэльса, поскольку правовая модель Шотландии занимает особое место. Различие исторических факторов, влиявших на государственное формирование Шотландии и Англии, привело к тому, что их правовые модели отличаются друг от друга. В своем развитии Шотландия опиралась на институты как континентального, так и общего права, что придало смешанный характер ее правовой модели.

смысле, складывавшейся годами судебной практике и доктрине, имеет один существенный недостаток – отсутствие системы. При наличии кодификации английская модель уголовного права имеет все шансы стать совершенной»<sup>47</sup>.

Несмотря на неплохую юридическую конструкцию и новаторский характер, проект не был одобрен британским парламентом. В 1891 г. Д. Томпсон, министр юстиции Канады, изменив проект в соответствии с существующими на тот момент нормами, представил его в парламент Канады. Уголовный кодекс 1892 г., первый уголовный кодекс Канады, способствовал систематизации уголовного права и его унификации в пределах всей страны.

Для реформирования действующих уголовно-правовых норм в 1959 г. парламентом Великобритании была создана Комиссия по пересмотру уголовного права (*Criminal Law Revision Committee*), а в 1965 г. – Правовая Комиссия (*Law Commission*). На протяжении многих лет они готовили специальные доклады по отдельным проблемам уголовного права, к которым нередко прилагался законопроект. Во многом благодаря работе парламентских комиссий были приняты статуты, регулирующие как основные институты уголовного права, так и отдельные категории преступлений: Закон об уголовном праве 1967 г. (*Criminal Law Act*, с. 58), который помимо прочего упразднил деление преступных деяний на фелонии и мисдиминоры, Закон о преступном покушении

---

<sup>47</sup> Encyclopedia Canadiana. Toronto, 1987. P. 155.

1981 г. (*Criminal Attempts Act*, с. 47), Закон о полиции и уголовных доказательствах 1984 г. (*Police and Criminal Evidence Act*, с. 60), Законы о краже 1968, 1978 гг. (*Theft Act*, с. 60, *Theft Act*, с. 31).

Другим итогом работы Правовой комиссии стал проект уголовного кодекса 1989 г. (*Draft Criminal Code*). Однако ему так и не суждено было стать законом. Во многом это объясняется общими опасениями английских юристов, что невозможно принять единый правовой акт, регламентирующий вопросы уголовной ответственности. Остается открытым и вопрос о содержании будущего кодекса – станет ли он реформаторским по характеру документом, призванным изменить всю сложившуюся систему уголовного права, или лишь консолидирует<sup>48</sup> действующие нормы общего права, содер-

<sup>48</sup> Консолидация как форма систематизации предполагает объединение в одном общем законодательном акте на основе единого предмета регулирования нескольких нормативных актов, при этом новый укрупненный акт не меняет содержание правового регулирования. В отличие от консолидации кодификация – это «коренная переработка действующих нормативных актов в определенной сфере отношений, способ качественного упорядочения законодательства» (См.: Общая теория государства и права: Академический курс в 3 томах. Т. 2 / Под ред. М.Н. Марченко. М., 2002. С. 383–385. (Автор главы – А.С. Пиголкин)). По мнению И.Ю. Богдановской, ««общее право» демонстрирует преимущества консолидации (с позиции юридической техники, принятия, внесения последующих поправок) как вида систематизации в условиях модернизации отдельных отраслей права. Несмотря на продолжающиеся попытки выработать модель кодекса, приемлемую для «общего права», кодификация как вид систематизации имеет ограниченные возможности, обусловленные прежде всего соотношением кодекса и судебных прецедентов, а также прецедентов толкования. В современный период преимущественно принимаются кодифицированные акты, которые регули-

жащиеся в разрозненных правовых актах.

В официальном докладе «Уголовное правосудие: путь вперед» 2002 г. (*Criminal Justice: A Way Ahead*) правительство заявило о своем желании повлиять на эффективность работы всей системы уголовного правосудия «в первую очередь посредством принятия уголовного кодекса»<sup>49</sup>. Вместе с тем, если исходить из того, какие меры предпринимаются для реформы уголовно-правовой системы в последние 15 лет, то можно сделать вывод, что фактически избран другой путь – изменения и систематизации уголовно-правовых норм, касающихся отдельных институтов, нежели создание единого консолидированного акта.

Английское уголовное право, формировавшееся в отсутствие писаной конституции, при незначительном массиве уголовного законодательства, не знало никаких принципиальных ограничений, и единственный авторитет, который оно признавало, был авторитет судьи, формулировавшего нормы права. Живучесть таких судебных решений объяснялась тем, что судьи стремились учитывать обычаи и сложившиеся традиции той местности, в которой действовали выездные королевские суды. Таким образом, создавалась определенная преемственность идей, правовая традиция, в основе которой лежали общественные ценности. «В системе об-

---

руют более узкий круг отношений» (*Богдановская И.Ю.* Источники права на современном этапе развития «общего права»: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. С. 10–11).

<sup>49</sup> *Herring J.* Criminal Law. Oxford, 2007. P. 40.

щего права традиции и обычаи, нормы религии, морали и этики непосредственно вплетены судебной практикой через прецеденты, закрепляющие собственно нормы общего права, в единую структуру правового регулирования. Суды черпают или «обнаруживают» их в социальной действительности. Естественно, осуществляя отбор. Правовая сила признается лишь за теми социальными нормами, которые отвечают потребностям общества и не противоречат интересам правящих сил»<sup>50</sup>.

Поэтому во многих аспектах общее право стало отражением общественной морали своего времени. Как справедливо отметил Лорд Дэвлин, «уголовное право Англии с самого начала было тесно связано с моральными принципами»<sup>51</sup>. Преступление рассматривалось как деяние, нарушающее определенные «стандарты поведения», моральные принципы, соблюдения которых требовало общество. В отношении отдельных преступлений функция уголовного права сводилась исключительно к приданию силы моральному запрету. Именно по этой причине согласие потерпевшего на совершение преступления, за исключением тех случаев, когда отсутствие такого согласия являлось неотъемле-

---

<sup>50</sup> Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права. Т. 1. М., 2010. С. 373.

<sup>51</sup> Devlin P. *Morals and the Criminal Law // The Philosophy of Law / Ed. by R.M. Dworkin.* N.Y., 1977. P. 70.

мым компонентом материального элемента<sup>52</sup> преступления, как в случае с изнасилованием, либо нанесением не причиняющих существенного вреда здоровью человека увечий, не рассматривается как обстоятельство, исключающее преступность деяния.

Из сферы уголовного права исключались лишь вопросы, затрагивавшие личную, а не общественную мораль, и со временем, когда «сфера личного» значительно расширилась, были декриминализованы деяния, касавшиеся исключительно личных прав граждан: производство аборта по медицинским показаниям, гомосексуальные связи, самоубийство.

Герберт Л.А. Харт, вступая в полемику с представителями утилитаризма и позитивизма в их разделении правовых и нравственных норм, говорит о том, что законотворческий процесс в интересах любой социальной группы, а главное – последующее принятие этой группой и соблюдение положений закона, должны базироваться на системе разделяемых этой группой ценностей, которую он обозначил термином «обычай», и именно в связи с этим принимаемые и разделяемые большинством нравственные ценности приобретают свое значение, они важны не для толкования или понимания сути закона, они важны для правоприменения и выражаются

---

<sup>52</sup> Материальный элемент преступления (*actus reus*) предполагает наличие запрещенного законом поведения (*conduct*), его последствий (*consequence*) и причинно-следственной связи между ними (*causation*).

в конечном итоге в соблюдении уголовно-правового запрета<sup>53</sup>.

Такая связь норм правовых и моральных нередко подвергается критике, как устаревшая и не соответствующая реалиям времени. Так, Лорд Девлин последовательно отстаивает идею, согласно которой в том случае, если уголовное право ставит своей задачей охрану общественного порядка и граждан от любых посягательств, в том числе проистекающих из конфликта взглядов и интересов, при всем их многообразии, фундаментальным принципом уголовного права должно стать его отделение от моральной нормы. При таком подходе должен произойти отказ от определенных преступлений – эвтаназии, самоубийства, ассистированного самоубийства, аборта, инцеста между братьями и сестрами. Эти преступления часто предлагают реформировать, в то время как единственно правильная форма для их изменения – это полное забвение, поскольку все перечисленные деяния лежат полностью в области морали и личных отношений<sup>54</sup>.

Традиционно английская уголовно-правовая доктрина опиралась на два направления, которые можно условно обозначить как «воздаяние» (*retributivism*) и «сокращение числа

---

<sup>53</sup> Hart H.L.A. Positivism and the Separation of Law and Morals // The Philosophy of Law / Ed. by R.M. Dworkin. N.Y., 1977. P. 15–22.

<sup>54</sup> Devlin P. Morals and the Criminal Law // The Philosophy of Law/ Ed. by R.M. Dworkin. N.Y., 1977. P. 71.

преступлений» (*reductivism*)<sup>55</sup>. Они конкурируют между собой на протяжении нескольких столетий и, как правило, сосуществуют вместе.

Теория воздаяния как наиболее древняя из имеющихся на сегодняшний день концепций имеет больше всего философских, религиозных, этических и социальных обоснований<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> *Cavadino M. & Dignan J. The Penal System. An Introduction. 4<sup>th</sup>ed. London, 2007. P. 36.*

<sup>56</sup> Критический анализ концепций основных представителей классической школы уголовного права, к которой относится теория воздаяния, см, например, в статье: *Materni Mike C. Criminal Punishment and the Pursuit of Justice // British Journal of American Legal Studies. 2013. Vol. 2. № 1. P. 266–277.* Например, автор говорит о том, что категорический императив И. Канта, будучи априорным по своей природе, не предполагает эмпирической составляющей. Он говорит нам о том, что смыслом, сущностью и целью наказания является возмездие, но ничего не говорит нам о том, почему это так. В правовой сфере подобные утверждения, не основанные на практических выводах, превращаются в пустые формулы (*Materni Mike C. Op. cit. P. 273*). Опасность таких формул заключается в том, что они могут быть наполнены любым содержанием. Вместе с тем с этической точки зрения совершенно не ясно, почему достойным воздаянием за свершенное зло является зло, а не добро. «Возмездие ради возмездия не может привести к достижению благих целей; единственное, чему может служить такой подход – унижение человеческого достоинства». Еще больше возражений вызывают метафизические концепции наказания Г.В.Ф. Гегеля, в соответствии с которыми наказание представляет собой отрицание ничтожного в самом себе преступления – совершая преступление, лицо отрицает охраняемые законом и моралью права, отрицая права лица, совершившего преступление, мы отрицаем тем самым его волю, а следовательно, утверждаем право. Отрицание отрицания, право, уничтожающее неправду, превращает наказание в возмездие. Однако эта концепция отрицания вызывает еще больше вопросов – почему насилие должно быть нивелировано именно насилием. Почему нельзя утверждать обратное, что насилие насилием только лишь множится или, по крайней мере, остается на прежнем уровне.

И даже ее критики<sup>57</sup> сходятся во мнении, что во многих ас-

не. В конечном счете «отрицание отрицания» можно рассматривать как фигуру речи, фразеологизм, за которым ничего не стоит (*Materni Mike C. Op. cit. P. 274*).

<sup>57</sup> В качестве важного аргумента против данной теории, в частности, приводит-ся ее чрезмерная подвижность, гибкость, зависимость от внешних факторов – от рассматриваемой социальной среды, от системы принятых в обществе ценностей, от уровня осведомленности о фактических обстоятельствах совершенного преступного деяния, от уровня образованности лиц, принимающих решение о виде и размере налагаемого на преступника наказания, наконец, от понимания категории «справедливого воздаяния» академической элитой, правоприменителями и обывателями. Обращают внимание также и на такую особенность теории, как ее чрезвычайная неопределенность и абстрактность – мы можем *in abstracto* утверждать, что лицо, совершившее преступление, «заслуживает» наказания, но сказать *in concreto*, какого наказания и каковы критерии для определения его вида и размера, будет достаточно сложно. «Когда кто-либо говорит, что обвиняемый заслуживает 10 лет лишения свободы, пожизненного лишения свободы или смертной казни, мы знаем, что выступающий находит именно такое наказание нравственно обоснованным. Но мы не знаем, как это нравственное воздаяние было определено. Обвиняемого приговаривают к 10 годам лишения свободы, потому что точно такое же наказание было назначено за аналогичное преступление тем же судьей на прошлой неделе? Заслуживает ли обвиняемый смертной казни, потому что является жестоким привычным преступником и являет собой серьезную угрозу для общества? Или он заслуживает смертной казни, потому что лишил жизни молодую привлекательную обеспеченную женщину, чья жизнь была особо ценна для общества? Слова о том, что лицо заслуживает наказания, слишком туманны, поскольку ничего не говорят о том, как определить, какого именно» (*Ristroph A. Desert, Democracy and Sentencing Reform // Journal of Criminal Law and Criminology. 2006. Vol. 96. № 4. P. 1310–1311, 1327*). Иллюстрацией такой неопределенности, например, выступают наказания, налагаемые на рецидивистов, лиц невменяемых или ограниченно вменяемых, несовершеннолетних, которые, взятые как система, являют собой иллюстрацию теории воздаяния, в то время как взятые по отдельности в каждом конкретном случае часто представляют собой реализацию утилитарных концепций наказания, а также общественной паники и страха, особенно если преступление и его расследование получило

пектах, несмотря на ее архаичный характер, от теории в достаточной степени сложно отказаться, поскольку она с высокой степенью точности передает сущность наказания – «общественного воздаяния в отношении тех, кто нарушил закон, совершил преступление». «Наказание, которое возвращает преступнику то, чего он заслуживает за совершенное в прошлом преступление, ценно само по себе и не нуждается в дальнейшем обосновании. А на обществе лежит обязанность наказывать преступника»<sup>58</sup>.

«Уголовное право регулирует уровень насилия в обществе, фактически осуществляя государственную монополию на возмездие. Оно использует коллективное возмездие для разрешения конфликтных ситуаций. Уголовное право не может предотвратить каждое совершаемое преступление, но, наказывая преступника, оно позволяет потерпевшему минимизировать испытываемые страдания в связи с произошедшим. Таким образом, уголовное право обеспечивает равен-

---

широкий общественный резонанс. Еще более ярким примером служит применяемая в США смертная казнь – при ответе на вопрос, заслуживает ли обвиняемый смертной казни, присяжные заседатели, как показывает практика, руководствуются факторами, которые ничего не говорят об особой «моральной упречности» лица, выступают скорее свидетельством подсознательных страхов конкретного присяжного заседателя, его ксенофобии, скрытых низменных мотивов – расовая принадлежность, социальный статус, ориентация и т. д. «Таким образом, воздаяние превращается в механизм придания нравственной и правовой силы нашим подсознательным антипатиям» (*Ristroph A. Op. cit. P. 1331*).

<sup>58</sup> *Benn S.I. Punishment / The Encyclopedia of Philosophy / Ed. by P. Edwards. N.Y., 1969. P. 29.*

ство граждан... дарует им личную безопасность и позволяет сохранить достоинство»<sup>59</sup>.

«Назначение преступнику того наказания, которое он заслуживает, только потому, что он его заслуживает, опирается на следующие фундаментальные принципы: обществу необходимо отдавать долги, а преступление такие долги создает, наказание, соответственно, можно рассматривать как компенсацию; зло должно быть нивелировано, и наказание призвано это сделать; божий гнев должен быть смягчен, и наказание призвано выполнить эту роль; преступление должно подвергнуться осуждению, и формой такого осуждения является наказание и т. д.»<sup>60</sup>. Таким образом, делает вывод М.С. Мур, «ретрибутивизм представляется чрезвычайно прямолинейной теорией наказания: мы наделены правом налагать наказание только потому, что преступник заслуживает его. Нравственная ответственность («воздаяние» (*desert*)) с этой точки зрения не только необходима для обоснования наказания, но и составляет его сущность. Эта сущность наделяет государство не правом наказывать преступника, а обязанностью. Теория воздаяния, другими словами, является теорией правосудия»<sup>61</sup>. Таким образом, рассуждая деон-

---

<sup>59</sup> Binder G., Weisberg R. What is Criminal Law About? // Michigan Law Review. 2016. Vol. 114. № 6. P. 1175.

<sup>60</sup> Moore Michael S. Placing Blame: A Theory of the Criminal Law. N.Y., 2010. P. 170.

<sup>61</sup> Ibid. P. 91.

тологически, любой, кто выбирает злой в нравственном отношении поступок, заслуживает справедливого наказания, и это не является мстью со стороны государства, это есть правосудие.

Можно привести возражение следующего свойства: категория «правосудие» является неоднозначной содержательно, с множеством трактовок и аспектов, поэтому определить сущность наказания, отвергнув одну неопределенную категорию и заменив ее другой, вряд ли есть выход из создавшейся ситуации. Иногда высказываются предложения определить правосудие через понятия, максимально приближенные к реальности, через те категории, которые, в отличие от сугубо метафизических, могут быть проверены эмпирическим путем. Например, правосудие можно рассматривать как восстановление социальной справедливости, возмещение причиненного преступлением ущерба, компенсацию морального вреда<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> *Dershowitz Alan M. Rights from Wrongs: A Secular Theory of the Origins of Rights. N.Y., 2004. P. 132.* Вместе с тем и эта позиция представляется небесспорной. В качестве возражения, в частности, приводят те преступления, наказание за которые не восстанавливают и не могут восстановить то положение вещей, которое имело место до его совершения, например, убийство или изнасилование. Наказание может в определенной мере уменьшить боль, причиненную преступлением потерпевшему, как-то минимизировать его страдание, но оно не вернет то благо, которое было утрачено в результате совершения преступления. А если это так, то наказание назначается не для того, чтобы вершить правосудие – получается, что данная цель в полной мере недостижима, – а для совершения акта возмездия над лицом, преступление совершившим (*Materni Mike C. Op. cit. P. 283–285*).

При этом само наказание последовательно воплощает совокупность принятых в обществе аксиологических установок и иерархию нравственных ценностей. В чистом виде концептуальные идеи данного направления практически не применяются, тем не менее многие из предложенных им принципов активно работают, в частности принцип пропорциональности наказания.

Первое из направлений, опирающееся на идею «кары» и «возмездия», нашло свое отражение во многих законах об уголовном правосудии, поскольку один из основных принципов данного направления – это точное соответствие назначаемого наказания тяжести и опасности совершенного преступления. Так, в Законе о полномочиях уголовных судов при назначении наказания (*Powers of Criminal Courts (Sentencing)*, с. 6) 2000 г. содержится положение, согласно которому суд, принимая решение о назначении наказания в виде лишения свободы, может сделать это, только если придет к выводу, что тяжесть преступления «оправдывает» (*can be justified*) назначение столь сурового наказания. Если речь идет о половом или насильственном преступлении, то назначенное лишение свободы «должно соотноситься» (*would be adequate*) с целью защиты общества от серьезного вреда, причиняемого обвиняемым (ст. 79 (2)).

Второе направление, берущее начало в утилитаризме И. Бентама<sup>63</sup> и неоклассической школе уголовного права, на

---

<sup>63</sup> О влиянии учения И. Бентама на формирование концепции предупрежде-

практике реализуется с помощью различных идей. В течение длительного времени преобладающей была идея «общей и специальной превенции». В частности, именно эту идею как одну из основных в своей карательной политике предложил Кабинет, сформированный консерваторами в период с 1992 по 1997 г. Выступая перед членами своей партии в 1993 г., министр внутренних дел Великобритании Майкл Говард заявил: «Тюремная система работает... она заставляет людей, которые намереваются совершить преступление, подумать

---

ния преступности и принципы современного уголовного права, а также о других философских идеях, лежащих в основе современной английской криминологии, см. подробнее: *Ведерникова О.Н.* Теория и практика борьбы с преступностью в Великобритании. М., 2001. С. 45–52; *Haist M.* Deterrence in a Sea of Just Deserts // *Journal of Criminal Law and Criminology.* 2009. Vol. 99. № 3. P. 794–798. Несмотря на то что идеи утилитаризма не такие древние, как идеи воздаяния, некоторые авторы говорят о том, что их тоже можно увидеть в глубине веков. Иногда зачатки развития идей видят уже у Платона в «Протагоре», когда он говорит о том, что, наказывая ради наказания, когда наказание является не средством, а целью, человек уподобляет себя мстительному зверю. Фома Аквинский говорит о том, что из налагаемого наказания неизбежно должна следовать благодать, например, послушание и добро. Т. Гоббс говорит, что следует запретить налагать наказание с какой-либо иной целью, нежели исправление преступника и научение другим, т. е. фактически воспроизводит утилитарное понимание целей наказания (*Haist M.* P. 796). Но начало утилитаризму – мощному философскому и политико-правовому учению – было положено в трудах И. Бентама, хотя сам термин был сформулирован Дж. Миллем. Наибольшего развития и принятия идеи утилитаризма достигли в середине XX в., что совпало с появлением концепции экономики уголовного права, также берущей за основу в качестве главной цели любого поведенческого акта достижение максимальной пользы для всех членов общества.

дважды»<sup>64</sup>.

С идеей «превенции» тесно связана идея «лишения возможности совершить преступление» (*incapacitation*), которая реализуется, как правило, посредством физической изоляции лица, совершившего преступление, от общества. Ее отражением является не только сохранившееся в английском уголовном законодательстве пожизненное лишение свободы, но и предусмотренные Законом об уголовном правосудии 2003 г. (*Criminal Justice Act*) в первоначальной редакции возможность назначения «неопределенного приговора» (*extended sentences*)<sup>65</sup> и «лишения свободы для защиты

---

<sup>64</sup> *Cavadino M., Dignan J. Op. cit. P. 47.*

<sup>65</sup> В соответствии со ст. 227 Закона об уголовном правосудии 2003 г. в случае осуждения лица, достигшего 18 лет, за совершение насильственного или полового преступления суд, если посчитает, что лицо представляет существенный риск для общества возможным повторным совершением аналогичных преступлений, может приговорить его к лишению свободы, срок которого будет складываться из срока лишения свободы, предусмотренного за преступление, и «продленного» срока той продолжительности, которая, по мнению суда, необходима для «защиты членов общества». «Продленный» срок не может быть больше 5 лет в случае насильственного преступления и 8 лет в случае полового (ч. 4 ст. 227). Статья 228 устанавливает правила назначения «продленного приговора» для лиц, не достигших 18 лет. Перечень преступлений, за совершение которых возможно назначение продленного срока лишения свободы, содержится в Приложении 15 Закона об уголовном правосудии. К ним, в частности, относятся простое убийство, похищение, незаконное лишение свободы, угроза убийством, подстрекательство к тяжкому убийству, детоубийство, пытки, изнасилование, половое сношение с девушкой, не достигшей 13/16-летнего возраста, ношение огнестрельного оружия при наличии преступного намерения, ограбление или нападение с целью ограбления, уничтожение или повреждение чужого имущества,

общества» (*imprisonment or public protection*)<sup>66</sup> в качестве мер безопасности.

Данные меры безопасности, особенно лишение свободы для защиты общества (*IPP*), нередко выступали объектом критики по ряду причин. Прежде всего, вызывал ряд вопросов сам перечень преступлений, за совершение которых лицо могло подвергнуться данным мерам, поскольку он, очевидно, содержал преступления, разные по степени тяжести. Возникали сложности с определением критериев «повышенной общественной опасности» лица, с отсутствием единой образной судебной практики при реализации данного дискреционного полномочия суда, с административными проволочками при рассмотрении дел осужденных к данной мере безопасности о возможности их освобождения, что порождало нарушения принципов справедливости и равенства. Наконец, лишение свободы для защиты общества стало еще одним негативным фактором в «перенаселенности тюремной системы», поскольку если в 2006 г. данная мера безопасности была применена примерно к 1000 человек, то в 2012 г.

---

руководство или финансирование террористической организацией и др. (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/schedule/15> (2016. 2 нояб.))

<sup>66</sup> Согласно ст. 225 Закона об уголовном правосудии 2003 г. лицо, достигшее 18 лет, в случае совершения им тяжкого преступления (перечень таких преступлений содержится в законе) может быть приговорено к неопределенному сроку лишения свободы, если суд сочтет, что преступник представляет существенную опасность для членов общества в случае повторного совершения им аналогичных преступлений.

это число возросло до 6000 человек<sup>67</sup>.

21 июня 2011 г. был опубликован законопроект «О правовой помощи, назначении наказания и наказании преступников», в котором содержались предложения по реформированию существовавших мер безопасности. В тот же день премьер-министр Великобритании Дэвид Кэмерон дал пресс-конференцию, на которой следующим образом охарактеризовал *ES* и *IPP*: «Мы унаследовали систему, которая является неясной, неопределенной и противоречивой. Неясной, поскольку большая часть населения на самом деле не имеет представления о том, что такое неопределенные приговоры или о том, как они работают. Противоречивой потому, что два человека, совершивших одинаковые преступления, могут получить в конечном итоге разные наказания. И неопределенной, поскольку потерпевшие и их семьи не обладают какой-либо определенностью относительно того, какой срок лишения свободы получит нападавший и когда он выйдет на свободу. Поэтому мы хотим пересмотреть существующую систему с перспективой заменить ее альтернативными мерами, которые будут ясными, жесткими и более понятными населению»<sup>68</sup>.

3 декабря 2012 г. вступил в силу Закон о правовой помо-

---

<sup>67</sup> The Abolition of Sentences of Imprisonment for Public Protection. Standard Note SN/ HA/6086. 2013. P. 4.

<sup>68</sup> The Abolition of Sentences of Imprisonment for Public Protection. Standard Note SN/ HA/6086. 2013. P. 11 (в данной работе используется перевод автора, если не указано иное – прим. ред.).

щи, назначении наказания и наказании преступников (*Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012*), который внес определенные изменения в порядок назначения такой меры безопасности, как «продленный приговор»<sup>69</sup>, и упразднил лишение свободы для защиты общества.

В качестве новой меры социальной защиты в гл. 5 «Опасные преступники» было предложено пожизненное лишение

---

<sup>69</sup>Статья 124 Акта о правовой помощи, назначении наказания и наказании преступников дополнила Акт об уголовном правосудии 2003 г. ст. 226 А, устанавливающей порядок назначения продленного приговора для лиц, достигших 18-летнего возраста, и ст. 226 В, устанавливающей данный порядок для лиц младше 18 лет соответственно. Согласно нормам ст. 226 А, для назначения продленного приговора, помимо прежних условий о совершении насильственного или сексуального преступления, перечисленного в Приложении 15 Закона об уголовном правосудии 2003 г., существенной опасности для общества в отсутствие возможности назначения пожизненного лишения свободы необходимо также соблюдение одного из двух дополнительных условий – лицо ранее обвинялось в одном из преступлений, перечисленных в Приложении 15В, или назначаемый лицу срок лишения свободы составляет не менее 4 лет (ст. 226 А (2), (3)). Для несовершеннолетних установлено в качестве дополнительного только второе из приведенных выше условий (ст. 226 В (1(d))). Приложение 15В содержит следующие преступления: подстрекательство к тяжкому убийству, простое убийство, изнасилование, половое сношение с девушкой, не достигшей 13-летнего возраста, и другие преступления против половой неприкосновенности, ранение, нанесенное с намерением причинить тяжкий телесный вред, ношение огнестрельного оружия с преступным намерением, владение огнестрельным оружием с намерением поставить в опасность жизнь других людей, руководство террористической организацией, использование ядерного оружия и ряд других преступлений (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/10/schedule/18/enacted> (2016. 2 нояб.)). Данные нормы применяются к преступлениям, совершенным после 3 декабря 2012 г., в отношении преступных деяний, совершенных до указанной даты (ст. 226А (11)) Закон обратной силы не имеет.

свободы за второе совершенное насильственное или половое преступление (ст. 122). В случае совершения лицом, достигшим 18 лет, после вступления Закона в силу, одного из преступлений из списка Приложения 15В при условии, если это преступление является повторным, и за данное преступление лицу может быть назначено наказание в виде лишения свободы на срок 10 лет и более, вплоть до пожизненного. За предыдущее насильственное и половое преступление лицу также должно быть назначено наказание в виде лишения свободы на срок 10 лет и более (ст. 226А (4(b)))<sup>70</sup>.

Снижение числа преступлений может быть достигнуто и посредством исправления, в том числе нравственного, лица, совершившего преступление (*reform*). Так, Закон об уголовном правосудии 2003 г. в рамках «общественных приказов» (*community orders*) предусматривает возможность назначения таких приказов, как «требование активной деятельности» (*activity requirement*), которое обязывает осужденного посещать «общественный реабилитационный центр» с целью улучшения его «социальных и коммуникативных навыков»<sup>71</sup>.

Названные идеи легли в основу закрепленных законодательно целей, которые должны быть достигнуты при назначении наказания. К ним было добавлено новое для англий-

---

<sup>70</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/10/section/122/enacted> (2016. 2 нояб.).

<sup>71</sup> См. ст. 201 Закона об уголовном правосудии 2003 г.

ского права «возмещение преступником вреда, причиненного потерпевшему» (*reparation*)<sup>72</sup>.

Особо хотелось бы подчеркнуть тот факт, что даже сегодня, в обстановке европейской глобализации и унификации политических и правовых институтов, английская уголовно-правовая модель сохранила свое своеобразие, оригинальные теоретические доктрины, особые формы и методы практического осуществления целей и задач уголовного права. Именно стремлением сохранить самобытность во многом объясняется осторожность в проводимых реформах.

США и Канада, напротив, при построении собственной уголовно-правовой модели часто отходили от доктрин общего права, заимствуя институты континентальной системы права. Как иногда шутят английские юристы, «Великобритания и США с Канадой – страны, разделенные общим правом»<sup>73</sup>.

\* \* \*

Специфика американского уголовного права во многом

---

<sup>72</sup> Согласно ст. 142 Закона об уголовном правосудии 2003 г., суд при назначении наказания должен руководствоваться следующими целями: а) наказание преступника; б) снижение преступности (включая снижение посредством устрашения); с) исправление и ресоциализация преступника; d) защита общества; е) возмещение преступником вреда лицам, пострадавшим от его преступления // <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/section/142> (2016. 2 нояб.).

<sup>73</sup> The New Encyclopedia Britannica in 32 Volumes. 15<sup>th</sup> ed. Chicago, 1994. P. 919.

обусловлена особенностями американской правовой модели в целом. Своеобразие этой правовой модели, берущей начало в английском общем праве, состоит в том, что в своем формировании и развитии она уже в конце XVIII в. обрела законодательную основу в виде Конституции, Билля о правах, конституционных принципов построения демократического государства и приоритетной защите прав и свобод человека.

В отличие от Англии в США никогда не было периода, когда правовые нормы основывались бы исключительно на судебных прецедентах. В основе права лежали законы, высшим звеном в иерархии которых была и остается Конституция. Конституция 1787 г. и конституции штатов выступают в качестве своеобразных «эталонов законотворчества»<sup>74</sup>, которым необходимо следовать при написании законодательных актов, а также в ходе принятия судебных решений. Необходимость сохранения определенных конституционных стандартов привела к установлению и применению принципа судебного контроля – наделению Верховного суда США и верховных судов штатов правом рассматривать законодательные акты с точки зрения их соответствия конституционным нормам. Такие судебные решения играют важную роль в системе источников уголовного права, а правовые предписания, которые они содержат, зачастую являются единственными нормами, регламентирующими тот или иной

---

<sup>74</sup> Марченко М.Н. Правовые системы современного мира. С. 216.

вопрос. В качестве примера можно привести ряд решений Верховного суда США, в которых были установлены правила определения соразмерности сроков лишения свободы тяжести совершенного преступления с тем, чтобы конкретный приговор не противоречил предписанию VIII Поправки к Конституции, запрещающей жестокое и необычное наказание. Так, в решении по делу *Rummel v. Estelle* 1980 г. были сформулированы критерии, которыми суд мог бы руководствоваться при определении конкретного срока лишения свободы: 1) тяжесть совершенного преступления; 2) наказания, налагаемые в штате за аналогичные преступления; 3) наказания, которые следуют за совершение подобного преступления в других штатах<sup>75</sup>.

Наличие Билля о правах объясняет тот факт, что в ходе своего формирования и развития американская уголовно-правовая модель опиралась на постулат, согласно которому личность, ее права, свободы и безопасность традиционно рассматриваются как высшие ценности, а уголовный закон выступает основным гарантом, призванным защитить провозглашенные идеалы в случае посягательств как со стороны третьих лиц, так и со стороны самого государства.

Как заметил Г.А. Есаков, идея, лежащая в основе уголовного права стран, принадлежащих к семье общего права, сводится к рассмотрению уголовного права как «щита про-

---

<sup>75</sup> *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263, 296 (1980) (per Rehnquist J.).

тив произвола государственной власти»<sup>76</sup>. На наш взгляд, это замечание особенно справедливо применительно к США, где упомянутая «идея» на протяжении длительного времени четко и последовательно проводилась в жизнь. Гарантией защиты прав граждан в случае совершения преступления служит и принципиально строгое толкование уголовного закона, и сильная позиция суда присяжных, которая выступает отражением права граждан на «соблюдение надлежащей правовой процедуры», и достаточно суровая система наказаний.

Принципиальное отличие американского уголовного права заключается в том, что на территории государства действуют 53 относительно самостоятельные уголовно-правовые модели – федеральная, штатов, Округа Колумбия, где расположена столица страны Вашингтон, Пуэрто-Рико. Федеральное устройство американского государства породило правовой дуализм, который предполагает, что на территории штата действует право данного штата, а также, в определенных случаях, федеральное право<sup>77</sup>.

В США нет федерального уголовного кодекса как само-

---

<sup>76</sup> Есаков Г.А. Сравнительное правоведение в области уголовного права и типология уголовно-правовых систем современного мира // Российское право в Интернете. 2006. № 2.

<sup>77</sup> Следует подчеркнуть, что основным объемом компетенции в уголовно-правовой области наделены штаты. Согласно Поправке X к Конституции США «полномочия, не предоставленные Конституцией Соединенным Штатам и не запрещенные штатам, сохраняются соответственно за штатами или за народом».

стоятельного и единого кодифицированного акта. Законом Конгресса от 25 июня 1948 г. большая часть ранее действовавшего законодательства была пересмотрена и включена в 18 Титул Свода законов США «Преступления и уголовный процесс». Раздел 1 данного титула насчитывает 86 глав. Формально он не имеет Общей и Особенной частей. Глава 1 «Общие положения» в основном содержит определения терминов, используемых в акте, несколько статей посвящены институту соучастия, установлены территориальные пределы действия федерального уголовного права. Остальные главы и параграфы, расположенные в алфавитном порядке, предусматривают ответственность за конкретные преступные деяния, т. е. по существу представляют собой Особенную часть.

Алфавитное расположение глав призвано было упростить работу с актом, однако этого не произошло по ряду причин. Во-первых, когда речь идет о кодификации как методе систематизации, то представляется спорным как с точки зрения юридической техники, так и с точки зрения здравого смысла выбор «алфавита» в качестве основания построения системы. Во-вторых, подвергшиеся систематизации нормы носили столь архаичный характер, что впору было ставить вопрос об их реформировании.

Текст большинства современных уголовных кодексов штатов являет собой результат реформы уголовного права, начало которой было положено во второй половине XX в. Те из кодексов, которые не подверглись пересмотру, по своей

форме напоминают скорее консолидированные акты, нежели кодифицированные. Причина этого, как было отмечено выше, кроется в определенных сложностях развития процесса кодификации, при котором составители кодексов ориентировались не только на существующие законодательные нормы, но и на судебную практику. Они пытались не столько установить общие принципы ответственности, сколько предусмотреть конкретные ситуации, которые могли возникнуть в процессе правоприменения<sup>78</sup>.

В целях усовершенствования и унификации уголовного права в пределах всей страны Институтом американского права в 1952 г. была создана специальная комиссия по разработке Модельного уголовного кодекса (*Model Penal Code*)<sup>79</sup>. Через десять лет работы, в 1962 г., официальный текст Модельного УК был опубликован. Составители кодекса стремились ввести единую терминологию, отказаться от архаичных институтов, выработать четкие критерии построения Общей и Особенной частей. Безусловно, кодекс не свободен от недостатков, но он способствовал тому, что юристы в масштабах всей страны смогли найти понимание при решении уголовно-правовых вопросов. И если тогда кодекс стал своеобраз-

---

<sup>78</sup> См.: Богдановская И.Ю. Особенность систематизации в странах «общего права» // Право и политика. 2007. № 7. С. 48–51; Боботов С.В., Жигачев И.Ю. Введение в правовую систему США. М., 1997. С. 111–126.

<sup>79</sup> См.: Dressler J. Understanding Criminal Law. N.Y., 2006. P. 32–33, LaFare W.R. Criminal Law. 4<sup>th</sup> ed. St. Paul. MN, 2003. P. 4–6.

ным «приглашением к правовой реформе»<sup>80</sup>, то сегодня его воспринимают как «основное пособие по изучению уголовного права»<sup>81</sup>. Именно поэтому при исследовании отдельных институтов американского уголовного права интересно посмотреть, каким образом они прописаны в Модельном уголовном кодексе.

В американской уголовно-правовой доктрине, как и в английской, на протяжении всего развития конкурировали между собой два господствующих направления – «воздаяния» и «снижения числа преступлений».

Так, первое из направлений представлено концепциями «общественного возмездия» (*societal retaliation*) и «справедливого воздаяния» (*just deserts*), в рамках которых предполагается, что справедливая модель уголовного правосудия должна строиться на двух основополагающих принципах. Первый из принципов тесно связан с процессуальными нормами и требует неукоснительного соблюдения «надлежащей правовой процедуры» и ограничения усмотрения судей при определении вида и размера наказания. Второй принцип провозглашает необходимость существования пропорциональности между тяжестью совершенного преступления и суровостью наказания.

---

<sup>80</sup> Козочкин И.Д. 35-летие Примерного Уголовного Кодекса – годы успехов и неудач в реформировании американского уголовного права // Государство и право. 1998. № 12. С. 82.

<sup>81</sup> Dressler J. Op. cit. P. 33.

Теория воздаяния, казалось бы, потерпела фиаско в середине XX в., когда основополагающие философские постулаты, лежащие в ее основе, выступали предметом постоянной критики. Например, в решении по делу *Williams v. New York* Верховный суд США указал, что «воздаяние более не является доминирующей целью уголовного права»<sup>82</sup>.

В широко известном решении по вопросу смертной казни *Furman v. Georgia* судья Т. Маршалл заметил, что «никто всерьез не рассматривает наказание как законную цель нашего общества»<sup>83</sup>. «Концепция наказания как воздаяния представляется архаичной и на протяжении веков дискредитировала себя»<sup>84</sup>. Фактически в значительной степени от нее отказались и при составлении Модельного уголовного кодекса в 1962 г. при формулировании целей уголовного правосудия (§ 1.02).

Представлялось, что в «недружелюбной» обстановке и с учетом абсолютного триумфа утилитарных уголовно-правовых идей как направление «воздаяние» должно было сдать свои позиции и уйти в историческое прошлое, но этого не произошло. В конце XX в. и начале XXI в. определенный ренессанс концепций ретрибутивизма можно увидеть как в судебных решениях федеральных судов, судов штатов, так и

---

<sup>82</sup> *Williams v. New York*, 337 U.S. 241, 248 (1949).

<sup>83</sup> *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 363 (1972) (per Marshall J., concurring).

<sup>84</sup> *MacCormick A. The Prison's Role in Crime Prevention // Journal of Criminal Law and Criminology. 1950. Vol. 41. № 1. P. 40.*

в законодательстве.

Так, в решении по делу *Spaziano v. Florida* Верховный суд США признал значение идей «воздаяния» в уголовном праве как «неотъемлемой составляющей любого налагаемого обществом наказания»<sup>85</sup>. УК штата Пенсильвания в качестве главной цели наказания назвал воздаяние, наряду с исправлением преступника и устрашением (§ 303.11 Раздела 18 законодательства штата Пенсильвания).

Восстановление интереса к концепциям воздаяния в значительной степени объясняется изменением риторики, смещением акцента с отмщения на получение лицом, совершившим преступление, справедливо заслуженного наказания, пропорционально соизмеримого по тяжести с совершенным преступлением, как того требует принцип справедливости<sup>86</sup>. В качестве примера можно привести теорию «эгалитарного воздаяния», согласно которой наказание призвано не для отмщения тем, кто нарушил принятые в обществе правила и запреты, а для поддержания баланса получения выгоды и соблюдения бремени исполнения обязанностей всеми его членами, когда те из них, кто нарушает запрет, не придерживаются необходимо минимальных налагаемых уголовным запретом ограничений. И уголовное наказание восстанавливает, таким образом, нарушенный баланс: «Представляется

---

<sup>85</sup> *Spaziano v. Florida*, 468 U.S. 447, 462 (1984).

<sup>86</sup> См. подробнее: *Ristroph A. Desert, Democracy and Sentencing Reform // Journal of Criminal Law and Criminology*. 2006. Vol. 96. № 4. P. 1293–1352.

справедливым наказывать тех, кто нарушает правила и приводит тем самым к нечестному распределению выгод и ограничений. Любое лицо, которое нарушает закон, обладает теми же благами, что и другие члены общества, но, отказываясь от бремени соблюдения установленных законом ограничений, оно получает определенные незаслуженные выгоды и преимущества и тем самым ставит себя в неравное положение»<sup>87</sup>. В эгалитарной модели акцент сделан не на моральном праве воздаяния за совершенное зло, а на восстановлении при помощи наказания нарушенного в обществе баланса распределения ограничений, обязанностей и запретов.

Другие представители в рамках данного направления говорят о том, что несправедливо сделан акцент только на лице, совершившем преступление, в то время как вне зоны внимания оказалась фигура потерпевшего. И, восстанавливая нарушенный баланс прав, достоинств и ограничений, мы одновременно тем самым заявляем преступнику, что он может оказаться на месте потерпевшего, что государство может лишиться его тех же прав, которых он лишил другого человека, причинить вред, пусть не равный, и другим, несомненно более гуманным, способом, но все же соразмерный тому вреду, который он причинил сам<sup>88</sup>.

Второе направление представлено концепциями «лише-

---

<sup>87</sup> *Morris H.* Persons and Punishment // *The Monist*. 1968. Vol. 52. № 4. P. 477.

<sup>88</sup> *Hampton J.* An Expressive Theory of Retribution/ Retributivism and Its Critics / Ed. by W. Cragg. Stuttgart, 1992. P. 13.

ния возможности совершать преступление»<sup>89</sup>, приведшей к появлению неопределенных приговоров и законов, в соответствии с которыми третье совершение преступления автоматически влечет пожизненное лишение свободы<sup>90</sup>, а также концепцией «реабилитации»<sup>91</sup>, нашедшей выражение в распространении досрочного освобождения от отбывания нака-

---

<sup>89</sup> О превенции как основной и универсальной цели любого наказания много говорил еще О. Холмс: «Если бы у нас состоялся философский разговор с человеком, которому предстоит повешение, я бы сказал, что не сомневаюсь в том, что он не мог противостоять соблазну совершить преступления, но для того, чтобы для других это поведение было недопустимым, нам придется принести его в жертву общему благу. Если угодно, его можно рассматривать как солдата, который умирает за свою страну» (Цит. по: *Haist M.* Op. cit. P. 796.). Вместе с тем оказывает ли уголовный закон сдерживающий эффект, и каков уровень общей превенции остается открытым. «Способно ли наказание удержать от совершения определенной категории преступлений, обладают ли более строгие наказания большим превентивным эффектом – даже на эти элементарные вопросы нельзя ответить с уверенностью» (*Schulhofer S.* Harm and Punishment: A Critique of Emphasis on the Results of Conduct in the Criminal Law // *University of Pennsylvania Law Review.* 1974. Vol. 122. № 6. P. 1517). Иногда в исследованиях говорится о том, что наиболее эффективно с этой точки зрения лишение свободы, но опять в среднем эта цифра составляет 10–25 %, а бремя содержания для налогоплательщиков ощутимо значительнее, нежели производимый эффект.

<sup>90</sup> См.: *Cavadino M., Dignan J.* Op. cit. P. 44–57.

<sup>91</sup> М. Мур полагает, что названная цель наказания представляется менее очевидной из всех и наиболее сложной, поскольку «включает в себя два разных идеала исправления». В первом случае речь идет о том, что преступник перестает быть рецидивоопасным, и тогда такое исправление делает все общество в целом лучше. Второй аспект предполагает, что преступник возвращается в общество и начинает проживать «успешную и процветающую» жизнь, что само по себе является «патерналистским» подходом, а потому должно быть исключено из сферы уголовного права (*Moore Michael S.* Op. cit. P. 84–87).

зания.

Вместе с тем в последнее время все большую популярность получают так называемые смешанные теории, предлагающие компромиссный вариант, который учитывает достоинства обоих направлений и нивелирует по возможности недостатки. Сама идея такого подхода была высказана Гербертом Л.А. Хартом еще в 1968 г. По его мнению, главная цель уголовного закона заключается в предотвращении преступлений и снижении преступности, но при ответе на вопросы, нужно ли наказывать конкретное лицо за совершенное им преступление, и какова должна быть мера наказания, необходимо опираться на концепции «воздаяния»<sup>92</sup>.

Впоследствии его концепция привела к развитию смешанной теории наказания, которая объединяет в себе цели утилитаризма и пределы назначения наказания теории возмездия. «Цели наказания утилитарны по своей сути: снизить число преступлений и защитить, таким образом, права всех граждан, вернуть чувство уверенности. Но при выборе меры уголовно-правового воздействия следует руководствоваться положениями теории воздаяния: государство может налагать наказание только на лицо, совершившее преступление, причем само наказание должно быть соразмерно природе и опасности совершенного деяния»<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> *Hart H.L.A. Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law.* 2<sup>nd</sup> ed. N.Y., 2008. P. 1–27.

<sup>93</sup> *Garvey Stephen P. Lifting the Veil on Punishment // Buffalo Cr. L. Rev.* 2004.

Согласно другой позиции, обе концепции исправления осужденного имеют право на существование, и исправление можно рассматривать не только как средство воздействия, но и как конечную его цель, преступнику должен быть дан шанс стать лучше, стать «продуктивным членом общества». Другой вопрос, что такое понимание предполагает решение двух проблем. Во-первых, у лица должны быть желание и воля к исправлению, исправить человека, помимо его воли, попросту навязать те идеалы, которые он не разделяет и в которые не верит, абсурдно. Во-вторых, вся система исполнения наказаний должна быть пропитана этой идеей, чтобы быть эффективной, и организована в соответствии с данной целью, в противном случае это просто прокламации (*Materni Mike C. Op. cit. P. 292–293*). В такой пенитенциарной системе права человека должны быть наивысшей ценностью, и даже если речь идет о таком наказании, как лишение свободы, которое более всего ограничивает личные права заключенного, система исполнения наказаний должна быть устроена таким образом, чтобы сохранить его человеческое достоинство.

В последние годы представители науки все чаще говорят о том, что взятые по отдельности в своих философских максимах и концепция «возмездия», и концепция «снижения числа преступлений» являют собой крайности, и их нужно рассматривать исключительно в совокупности, как систему сдержек и противовесов, чтобы они дополняли друг друга и

по возможности нивелировали недостатки<sup>94</sup>.

Например, достаточно распространенной является концепция так называемого ограниченного воздаяния (*limiting retributivism*)<sup>95</sup>, которая опять же исходит из того, что задачи карательного по своей сути наказания должны быть утилитарны, иначе они не служат целям, ради которых возлагаются на преступника. А само воздаяние не следует рассматривать ни как цель наказания, ни как его сущность, ни как руководящее начало для определения вида или размера наказания – оно является ограничительным принципом, помогает установить те пределы, за которые нельзя выходить при назначении наказания. Отстаивая свою теорию «ограниченного воздаяния», ее автор Н. Моррис говорит о своих опасениях широкого применения и распространения утилитарных идей наказания, что может привести к широкой практике назначения наказаний на неопределенный срок, «нарушающий фундаментальные основы прав, свобод и достоинства человека»<sup>96</sup>. И уважение этих прав и свобод предполагает установление четких, определенных границ ограничений, возлагаемых за совершение преступления, границ, которые позволяет найти именно теория воздаяния с лежащим

---

<sup>94</sup> *Materni Mike C. Criminal Punishment and the Pursuit of Justice // British Journal of American Legal Studies. 2013. Vol. 2. № 1. P. 266.*

<sup>95</sup> *Morris N. Incapacitation within Limits / Principled Sentencing. Readings on Theory and Policy. Ed. by A. Ashworth, A. von Hirsch, J. Roberts. Oxford, 2009. P. 90–95.*

<sup>96</sup> *Morris N. The Future of Imprisonment. Chicago, 1974. P. 81.*

в ее основе базовым принципом пропорциональности налагаемого наказания характеру и степени общественной опасности (*seriousness of crime*)<sup>97</sup>.

Смысл концепции заключается в том, чтобы создать систему наказаний, в которой будет предусмотрен верхний и нижний предел, поскольку даже если с точностью невозможно установить, какое наказание является соразмерным, а потому в полной мере справедливым, мы всегда можем сказать, когда наказание не соответствует содеянному – является слишком строгим или, наоборот, слишком мягким. В этих установленных пределах находятся виновность, моральная упречность лица, а также тяжесть совершенного преступления. Другими словами, заслуженное лицом, совершившим преступление, воздаяние зависит от конкретных особенностей преступного деяния и свойств, характеризующих личность, таких, например, как пол, возраст, наличие или отсутствие предшествующего преступного поведения, т. е. всех тех обстоятельств, которые в континентальной правовой традиции принято называть смягчающими или отягчающими.

Некоторые исследователи говорят о том, что с учетом имеющихся знаний о психологических механизмах принятия решений человеком, когда решение принимается не рационально, а с учетом подсознательного выбора наиболее благоприятного варианта исхода событий и построения

---

<sup>97</sup> Ristroph A. Op. cit. P. 1304.

именно такой модели будущего развития событий, теория «ограниченного воздаяния» имеет меньший сдерживающий эффект, нежели утилитарные концепции. Если, например, лицо совершает кражу и знает, что в рамках наказания, разработанного с учетом положений теории «ограниченного возмездия», ему полагается наказание от 2 лет лишения свободы до 8 с учетом имеющихся смягчающих и отягчающих обстоятельств, оно мысленно будет строить проекцию ситуации, в которой, если его и привлекут к уголовной ответственности, а такой вариант, как правило, тоже представляется как исключительный, то фактическое наказание будет минимальным. В таком случае превенция уголовного закона действительно оказывается ниже, нежели в ситуации с наказанием, разработанным с учетом утилитарных теорий, и предусматривающим за такое же преступление абсолютно определенную санкцию, скажем, 10 лет лишения свободы<sup>98</sup>.

В качестве основного нравственного обоснования наказания все чаще предлагается идея «восстановления» нарушенного преступлением права или общественных отношений (*reconstructivism*). Так, например, Дж. Клайнфелд приходит к выводу, что уголовное право представляет собой свод этических норм, которым закон придает силу путем запрета под угрозой наказания<sup>99</sup>. И этим объясняется особая роль отрас-

---

<sup>98</sup> *Haist M.* Op. cit. P. 817–821.

<sup>99</sup> *Kleinfeld J.* Reconstructivism: The Place of Criminal Law in Ethical Life // *Harvard Law Review.* 2016. Vol. 129. № 6. P. 1487.

ли, поскольку именно на уголовное право наложена обязанность восстанавливать «нравственное основание социального порядка»<sup>100</sup>, нарушенное или уничтоженное преступлением. При этом отвечая на два ключевых вопроса уголовного права – какое поведение следует считать преступным и какими принципами следует руководствоваться, накладывая наказание, реконструктивизм говорит о том, что в основе всякой криминализации должно лежать нарушение нравственной нормы, которую понимают максимально широко – это и моральные императивы, права и свободы, принятые социальные практики, концепции добра и зла, социальные институты и т. д. – при ответе на второй вопрос следует опираться на принцип справедливого воздаяния за содеянное. Преступление и наказание представляют собой своего рода «обмен намерениями»<sup>101</sup>, это своеобразный способ коммуникации, когда преступник, с одной стороны, а государство – с другой, пытаются выразить миру определенное послание. Поэтому прежде, чем ответить на вопрос, что представляет собой наказание и какова его сущность, необходимо ответить на вопросы, что такое преступление, и какие цели реализует государство, криминализуя те или иные деяния. В основе криминализации должен лежать не только причиняемый обществу вред, но и нарушение норм «общественного

---

<sup>100</sup> Ibid. P. 1490.

<sup>101</sup> *Kleinfeld J.* Reconstructivism: The Place of Criminal Law in Ethical Life. P. 1504.

сознания», основ социальной организации, его идеалов. Если говорить о потерпевших от конкретного преступления, то страдает их чувство собственного достоинства, их самоуважения, «квазимистическая основа той добродетели, которая делает человека человеком», а также иногда их социальный статус, своего рода социальное достоинство<sup>102</sup>.

Наказание, в свою очередь, является отрицанием посыла преступника и «образовательным посланием» всему обществу (*educative message*), нравственным по своей природе, посланием, из содержания которого должно явственно следовать, что является добром, а что злом<sup>103</sup>. Таким образом, уголовное право выполняет две функции – функцию осуждения (*condemnation function*) и функцию контроля (*control function*). Первая реализуется в первую очередь посредством установления уголовно-правового запрета и является исключительной особенностью отрасли. Вторая позволяет не только стигматизировать осуждаемое обществом поведение, но и оградить общество от тех лиц, которые такое поведение демонстрируют. И эту функцию уголовное право делит не только с другими отраслями права, но и с другими социальными регуляторами поведения.

В российской литературе много внимания уделяют состоянию современного американского уголовного права, причинам и итогам той реформы, которая началась во второй

---

<sup>102</sup> Ibid. P. 1508.

<sup>103</sup> Ibid. P. 1517.

половине прошлого столетия<sup>104</sup>. На наш взгляд, не вызывают сомнения следующие моменты.

Во-первых, необходимо подчеркнуть, что сама реформа была вызвана глубоким кризисом всей системы уголовного правосудия и неспособностью выполнять возложенные на нее функции. Публикация Модельного уголовного кодекса всколыхнула огромный интерес к уголовно-правовой теории. Строгие теоретические построения и кодификация в масштабах всей страны воспринимались как панацея от неэффективности действующих норм. И когда движение «всеобщей кодификации» постепенно стало сходиться на нет, американские юристы стали возвращаться к традиции общего права.

Во-вторых, со временем интерес сосредоточился на реформировании федерального законодательства и проблемах ответственности за отдельные виды преступлений, поскольку, несмотря на принятие новых кодексов штатов, составы некоторых деяний, в частности убийства, остаются архаичными<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> См.: *Козочкин И.Д.* Уголовное право США. Успехи и проблемы реформирования. СПб., 2007. С. 7–19.

<sup>105</sup> См.: *Gainer Ronald L.* Federal Criminal Code Reform: Past and Future // *Buffalo Cr. L. Rev.* 1998. Vol. 2. № 1. P. 45–159.

При исследовании канадского уголовного права первый факт, который обращает на себя внимание, – это своеобразная уникальность не только уголовно-правовой модели Канады, но и ее правовой системы в целом.

Своеобразие этой правовой системы состоит в том, что она долгое время находилась под влиянием как общего, так и континентального права. Это двойное влияние было обусловлено историческим развитием Канады, территория которой была колонией сначала Франции, а потом Великобритании. Отсюда не только повышенный интерес прецедентного по своей сути права Канады к кодификации, но и особенности судебной деятельности<sup>106</sup>.

Все это не могло не отразиться на уголовном праве, кото-

---

<sup>106</sup> Тесное взаимодействие английского и французского права привело к появлению на территории Канады, в провинции Квебек, смешанной правовой системы, которую строго нельзя отнести ни к одной из существующих систем. Дуализм правовой системы Квебека впервые был закреплен в Квебекском законе 1774 г. В названном акте содержалась норма, согласно которой имущественные и тесно связанные с ними неимущественные отношения должны регулироваться французским гражданским правом, в то время как конституционное, уголовное, административное право регламентируются английским общим правом. Для юристов правовая система этой провинции представляет интерес, поскольку она наглядно демонстрирует возможность одновременного использования юридической техники совершенно разных правовых систем, их сосуществование и эффективное взаимодействие.

рое, с одной стороны, сохранило юридические конструкции английского общего права, а с другой – в ходе длительного реформирования выработало институты, во-многом схожие с институтами романо-германского права.

В отличие от США Канада имеет уголовно-правовую систему, унифицированную в пределах всей страны. Ни провинции, ни парламент Великобритании не могут создать новые уголовно-правовые нормы, а равно изменять или отменять уже существующие и закреплённые в федеральном уголовном кодексе.

В силу этого основным источником уголовного права Канады выступает законодательство, основной массив которого содержится в Уголовном кодексе 1892 г., действующем в редакции 1985 г. с последующими изменениями и дополнениями.

Отдельные уголовно-правовые нормы сосредоточены в специальном законодательстве, которое, как правило, устанавливает уголовную ответственность за отдельные виды преступлений, в частности, в Законе о контролируемых наркотических средствах 1996 г. (*Controlled Drugs and Substances Act*)<sup>107</sup>, Законе об огнестрельном оружии 1995 г. (*Firearms Act*)<sup>108</sup>, Законе о преступлениях против человечности и воен-

---

<sup>107</sup> Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996. С. 19 // <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-38.8/page-1.html> (2016. 2 нояб.).

<sup>108</sup> Firearms Act, S.C. 1995, с. 39 // <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/f-11.6/page-1.html> (2016. 2 нояб.).

ных преступлениях (*Crimes against Humanity and War Crimes Act*)<sup>109</sup>, Законе о преступных доходах (отмывании денег) и финансировании терроризма (*Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*)<sup>110</sup> и других актах.

Уголовный кодекс Канады, разработанный, как было сказано выше, на основе проекта Дж. Стифена<sup>111</sup>, является, по сути, результатом кардинальной переработки прежнего законодательства с учетом опыта его применения судами, а также сравнительного анализа кодексов других государств, в том числе американских штатов.

Кодекс состоит из 28 разделов, которые, в свою очередь, делятся на главы и статьи. Собственно уголовному праву посвящены первые двенадцать. Наряду с нормами материального права Кодекс включает нормы уголовного процесса, в том числе относящиеся к определению юрисдикции су-

---

<sup>109</sup> Crimes against Humanity and War Crimes Act, S.C. 2000. С. 24 // <http://laws.justice.gc.ca/eng/acts/C-45.9/FullText.html> (2016. 2 нояб.).

<sup>110</sup> Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, S.C. 2000. С. 17 // <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/P-24.501/page-1.html> (2016. 2 нояб.).

<sup>111</sup> По заявлению министра юстиции Канады Дж. Томпсона, помимо упомянутого проекта английского уголовного кодекса 1880 г., Уголовный кодекс Канады основан также на Дигестах Стифена (*Stephen J.F. A Digest of the Criminal Law (Crimes and Punishments)*). 4<sup>th</sup> ed. London, 1887), Дигестах Бербиджа (*Burbidge G.W. A Digest of the Criminal Law of Canada (Crimes and Punishments)* Toronto, 1890) и канадском статутном праве (*Acts of the Parliament of the Dominion of Canada Relating to Criminal Law, to Procedure in Criminal Cases and to Evidence, Compiled from the Revised Statutes of Canada, which were issued under Authority of the Act 49 Vict. Ottawa, 1887*).

дов. Открывает УК раздел, содержащий толкование терминов (*Interpretation*), что нельзя не признать удачным решением: взяв на себя обязанность объяснить, что следует понимать под тем или иным термином, законодатель ограничил различия в толковании со стороны правоприменителя.

Первый раздел фактически можно отнести к Общей части, в которой содержатся основные принципы уголовной ответственности, признаки субъекта преступления, понятие источников уголовного права, основания освобождения от уголовной ответственности и другие нормы. Остальные разделы представляют собой Особенную часть. Составы сгруппированы по признаку родового объекта преступления (преступления против личности и репутации, преступления против общественного порядка, преступления против правосудия). По сравнению с построением Титула 18 Свода законов США данная конструкция является более удачной. Однако расположение разделов не соответствует характеру и степени общественной опасности преступления. Так, преступления против личности располагаются после преступлений, связанных с незаконной организацией азартных игр и пари. Связано это отчасти с тем, что в основу кодекса был положен проект, разработанный в стране, не имеющей опыта кодификации, а отчасти с формальным подходом к определению преступления, не учитывающим общественную опасность деяния.

Канадское уголовное право претерпело серьезные измене-

ния после принятия Канадской Хартии прав и свобод 1982 г. Этот документ, закрепивший существенные права граждан в области уголовного права и процесса – презумпцию невиновности, запрет подвергаться жестоким и необычным наказаниям, право на охрану от необоснованных обысков и арестов, право на законное судебное разбирательство – привел к пересмотру действовавшего на тот момент уголовного законодательства. Особую роль в этом процессе играл Верховный суд Канады, постановления которого заняли свое место в системе источников уголовного права страны.

Принятие названного конституционного акта привело ко многим положительным изменениям в области уголовного права. В частности, особое внимание стало уделяться такой фигуре уголовного процесса, как потерпевший, который длительное время был пассивным участником процесса и воспринимался как обычный свидетель. В качестве примера таких позитивных изменений можно назвать нормы ст. 722 Уголовного кодекса Канады, в соответствии с которой при определении вида и размера наказания суд должен учитывать характер и степень причиненного потерпевшему вреда, причем вывод о качественной и количественной характеристике такого вреда можно сделать, исходя как из заявления самого потерпевшего, так и из других доказательств, собранных по делу<sup>112</sup>.

---

<sup>112</sup> Criminal Code, R.S.C. 1985. C. 46. Sec. 722 // <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/page-408.html#docCont> (2016. 2 нояб.).

Определенные процессуальные гарантии защиты прав потерпевших закреплены в ст. 486.2 (2) УК Канады, где предусмотрена возможность давать показания вне зала судебного заседания, за ширмой, либо с использованием каких-либо устройств, позволяющих избежать непосредственного визуального контакта с обвиняемым, если это не повредит управлению правосудия<sup>113</sup>.

Как реализацию концепции «восстановительного правосудия»<sup>114</sup>, согласно которой приоритетное внимание должно уделяться вреду, причиненному потерпевшему, и ответственности виновного за его причинение, следует рассматривать такие меры уголовно-правового воздействия, как на-

---

<sup>113</sup> <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/page-237.html#docCont> (2016. 2 нояб.).

<sup>114</sup> «Восстановительное правосудие – это другой взгляд, другая философия ответа общества на преступление, революция в области уголовного судопроизводства, «другая парадигма». В соответствии с восстановительной парадигмой основная цель правосудия – восстановление, понимаемое не формально-юридически как восстановление нарушенного порядка, установленного государством, но в широкой социально-антропологической рамке – как исцеление жертвы, реальное возмещение ей причиненного преступлением вреда, искупление вины обидчиком, взятие им на себя ответственности, восстановление нарушенных отношений в социальной общности. Центральный элемент примирительной технологии – посредничество, применяемое при совершении преступлений небольшой тяжести. Восстановительное правосудие выходит за пределы простого наказания за преступление, охватывая экономические, социальные, морально-этические сферы бытия и способно к трансформации» (Сулейманова С.Т. Уголовное право Канады: основные институты Общей части, их особенности и эволюция: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. С. 148–149).

лог в пользу потерпевшего (*victims surcharge*)<sup>115</sup> и реституцию<sup>116</sup>, которые позволяют в материальном эквиваленте вы-

---

<sup>115</sup> В соответствии со ст. 737 (1) УК помимо налагаемого наказания с любого осужденного взыскивается налог в размере: 1) 30 % от суммы штрафа, если осужденному назначается данный вид наказания; в случае назначения иного наказания размер налога составляет 2) 100 долл. при осуждении лица за преступление, преследуемое в порядке суммарного производства и 3) 200 долл. при осуждении лица за преступление, преследуемое по обвинительному акту. По решению суда указанная сумма может быть увеличена, если для этого будут найдены основания и у осужденного будет возможность выплатить налог в назначенном размере. Взимается данный налог в бюджет провинции для того, чтобы оказывать помощь потерпевшим от преступления.

<sup>116</sup> Согласно положениям ст. 738 УК Канады, суд при определении окончательного наказания, либо при освобождении от наказания может по инициативе Генерального прокурора, либо по своей собственной инициативе назначить в качестве дополнительного наказания реституцию: а) в случае повреждения, потери или уничтожения имущества в результате совершения преступления или ареста – в размере, не превышающем стоимости поврежденного, либо утраченного имущества; б) в случае причинения физического или психологического вреда любому лицу в результате совершения преступления или ареста – в размере, не превышающем причиненного ущерба, либо в размере дохода или материальных выплат, если размер такого ущерба невозможно определить; в) в случае причинения телесного повреждения или угрозы повреждения в отношении супруга, сожителя или ребенка осужденного, либо иного лица, которое проживало с ним и вело «совместное домашнее хозяйство» – в размере суммы, не превышающей размеры фактически понесенных и обоснованных расходов на поиски временного жилища, питание, уход за ребенком, переезд в результате прекращения совместного проживания, если эта сумма может быть определена; д) в случае совершения кражи или мошенничества с использованием документов или данных, содержащих «идентификационную информацию» (*identity information*) (ст. 402.2, 403 УК Канады) – в размере, не превышающем издержки на замену документов или исправление кредитной истории, если эта сумма обоснована и может быть исчислена.

разить опасные последствия от преступления и способствуют в этой части восстановлению справедливости.

Кроме того, в провинциях действуют законодательные акты, закрепляющие важные права потерпевших от преступления (*Victims' Bill of Rights, Victim of Crime Act*) и предусматривающие гарантии их реализации. К такого рода правам, в первую очередь, относится право на компенсацию причиненного преступлением вреда, для чего в некоторых провинциях создаются специальные фонды<sup>117</sup>, а также право на получение информации о ходе следствия и судебного разбирательства и право на «обходительное отношение и уважение» со стороны представителей власти.

Например, в соответствии с положениями ст. 2 Билля о правах потерпевших провинции Онтарио потерпевший имеет право на обходительное отношение и сострадание; право на информацию о том, какая помощь может быть ему предоставлена, информацию о ходе предварительного расследования, в случае прекращения производства по делу – о причинах данного решения, информацию о судебном разбиратель-

---

<sup>117</sup> Например, такого рода фонд существует в провинции Онтарио (*Victims' Bill of Rights, SO 1995, с. 6. S. 5*); провинции Британская Колумбия (*Victims of Crime Act, RSBC 1996, с. 478. S. 8.1*); провинции Альберта (*Victims of Crime Act, RSA 2000, с. V-3. S. 9*); провинции Новая Шотландия (*Victims' Rights and Services Act, SNS 1989, с. 14. S. 6*); провинции Нью-Брансуик (*Victims Services Act, SNB 1987, с. V-2.1. S. 17*); провинции Саскачеван (*The Victims of Crime Act, SS 1995 с. 24. S. 6*).

стве по делу<sup>118</sup>.

Билль о правах потерпевших провинции Манитоба закрепляет право на подробную информацию о проводимом расследовании и последующем судебном разбирательстве (ст. 3, 7, 12)<sup>119</sup>.

Дискуссии о необходимости принятия подобного нормативного акта на федеральном уровне, который позволил бы унифицировать «восстановительные» процедуры в масштабах страны и предусмотрел бы гарантии их применения, велись несколько лет. Например, в аналитической записке Секции уголовного судопроизводства Ассоциации юристов Канады указано, что федеральный билль о правах потерпевших позволил бы подчеркнуть «значительность» проблемы, способствовал бы «просвещению» граждан посредством разъяснения их прав как потерпевших на каждой из стадии судопроизводства. Важным положительным эффектом от подобного закона стало бы закрепление на федеральном уровне ответственности представителей власти за несоблюдение установленных норм, а также практические меры, направленные на реализацию закрепленных прав, в частности создание специальных служб, оказывающих услуги юридического характера, медицинской помощи и психологической поддержки, фондов по выплате компенсаций в период нетру-

---

<sup>118</sup> Victims' Bill of Rights, S.O. 1995, с. 6.

<sup>119</sup> Victims' Bill of Rights, CCSM, с V55.

доспособности<sup>120</sup>.

В 2015 г. был принят Канадский билль о правах потерпевшего (*Canadian Victims Bill of Rights*), который в Преамбуле закрепил приоритет охраны прав потерпевших, их достоинства для системы уголовного судопроизводства. Билль предусматривает общие права потерпевших – право на информацию о системе правосудия, право на участие в программах по реабилитации, право на составление и подачу жалобы в случае нарушений (ст. 6), а также специальные права на отдельных стадиях уголовного судопроизводства, включая право на защиту, безопасность и охрану персональных данных (ст. 9–11), право на участие (ст. 14–15), право на реституцию (ст. 16–17)<sup>121</sup>.

Признание необходимости дифференцированно подходить к назначению наказания в зависимости от личности виновного, его возраста, легло в основу Закона о несовершеннолетних правонарушителях (*Young Offenders Act*) 1984 г.

В 2002 г. был принят новый Закон о ювенальной уголовной юстиции (*Youth Criminal Justice Act*)<sup>122</sup>. Основываясь на предотвращении преступлений как основном средстве дли-

---

<sup>120</sup> Victims' Rights: Enhancing Criminal Law Responses to Better Meet the Needs of Victims of Crime in Canada / National Criminal Justice Section Canadian Bar Association. Ottawa, 2013. P. 2.

<sup>121</sup> <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-23.7/page-2.html#docCont> (2016. 2 нояб.).

<sup>122</sup> Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, C. 1 // <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/Y-1.5/page-1.html> (2016. 2 нояб.).

тельной защиты общества, законодатель исходит из того не вызывающего возражения факта, что подростки ни в коем случае не должны быть приравнены к взрослым в том, что касается степени ответственности и последствий их поступков. Так, в соответствии с закрепленным в Акте принципом несовершеннолетние обладают меньшей степенью моральной виновности за совершаемые преступления (ст. 3 (b)), поэтому если несовершеннолетние правонарушители, к которым относятся подростки в возрасте от 12 до 18 лет (ст. 2), привлекаются к ответственности, то необходимо рассмотреть возможность замены наказания альтернативными мерами уголовно-правового воздействия<sup>123</sup>.

---

<sup>123</sup> Привлечение к уголовной ответственности лиц в возрасте от 12 до 14 лет осуществляется в соответствии с процедурой Закона о ювенальной юстиции 2002 г. с применением уголовных наказаний и внесудебных мер воздействия (*extra judicial sanctions*), которые в нем закреплены. Лица в возрасте от 14 до 18 лет могут быть привлечены к ответственности в соответствии с нормами Уголовного кодекса как совершеннолетние в том случае, если они совершили тяжкое насильственное преступление (тяжкое убийство первой степени (ст. 231), тяжкое убийство второй степени (ст. 235), покушение на тяжкое убийство (ст. 239), простое убийство (ст. 232, 234, 236), сексуальное насилие (ст. 273)) и если прокурор сможет опровергнуть в ходе судебного разбирательства презумпцию уменьшенной виновности несовершеннолетнего лица и докажет, что закрепленной в статье Закона санкции будет недостаточно. Тем не менее несовершеннолетний, которому назначено наказание в пределах санкции, предусмотренной статьей для совершеннолетнего преступника, отбывает наказание в исправительном учреждении для несовершеннолетних и может быть переведен в иное учреждение лишь по достижении им 18-летнего возраста (The Youth Criminal Justice Act: Summary and Background // <http://www.justice.gc.ca/eng/cj-jp/yj-jj/ycja-lsjpa/back-hist.html>).

Основными целями данных мер являются: защита общества посредством применения к несовершеннолетнему преступнику таких мер, которые, с одной стороны, отражают степень тяжести совершенного преступления, а с другой – соответствуют его возрасту; исправление несовершеннолетнего и его ресоциализация; предотвращение совершения несовершеннолетним новых преступлений посредством исправления тех неблагоприятных социальных факторов, которые в прошлом повлияли на его преступное поведение<sup>124</sup>.

К специальным мерам внесудебного воздействия Закон относит предупреждение (устное или письменное), привлечение несовершеннолетних к участию в специальных общественных программах, направленных на реабилитацию (ст. 6). К данным мерам возможно прибегнуть как до судебного заседания, по инициативе представителя полиции либо прокурора в случае совершения впервые нетяжкого преступления, так и в ходе судебного заседания.

Определяясь с целями уголовного правосудия, Апелляционный суд провинции Онтарио в 1953 г. пришел к заключению, что в деле борьбы с преступностью законодателю необходимо устанавливать такие наказания, которые служили бы удержанию от совершения преступления, исправлению преступника и воздаянию<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, с. 1 // <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/Y-1.5/page-2.html#docCont> (2016.2 нояб.).

<sup>125</sup> R v. Willaert (1953), 105 C.C.C. 172, 175 (Ont. C.A.).

Впоследствии эти цели нашли отражение в Уголовном кодексе. В частности, в 1996 г. в кодекс была внесена ст. 718, посвященная целям наказания. «Главной целью наказания, наряду с предотвращением преступления, является установление справедливого, мирного и безопасного общества. Налагая на осужденного справедливое наказание, суд решает одну или несколько из приведенных ниже задач: 1) объявление какого-либо поведения незаконным; 2) удержание преступника и других лиц от совершения преступлений; 3) изоляция преступника от общества, когда это необходимо; 4) оказание помощи в реабилитации осужденного; 5) обеспечение возмещения вреда потерпевшим и обществу в целом; 6) способствование появлению у преступников чувства ответственности и осознания того вреда, который они причинили своим поведением потерпевшему и обществу»<sup>126</sup>.

При этом фундаментальный принцип, которым должен руководствоваться суд при вынесении приговора, заключается в том, что «наказание должно быть пропорционально тяжести совершенного преступления и степени ответственности преступника»<sup>127</sup>.

Если говорить о реформировании уголовного законодательства в целом, то можно констатировать, что в Канаде оно отличается более гибким характером и легче подвергается

---

<sup>126</sup> См. ст. 718 УК Канады.

<sup>127</sup> Ст. 718.1 УК Канады.

изменениям<sup>128</sup>. С одной стороны, подобное отношение к нововведениям объясняется отсутствием устоявшейся правовой традиции, имеющей долгую историю и определяющей стиль правового мышления. С другой – общим подходом канадских юристов, которые уверены в том, что закон эффективен только тогда, когда он идет в ногу со временем. «Для уголовного законодательства важна не приверженность традиции, а способность служить интересам и целям современного канадского общества»<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> В УК Канады неоднократно вносились изменения, направленные в основном на то, чтобы максимально приблизить закон к потребностям времени. Первые принципиальные поправки после новой редакции 1955 г. были внесены в конце 1960-х гг. Так, в 1969 г. была внесена поправка, которая декриминализовала производство аборта по медицинским показаниям (*therapeutic abortion*). Годом позже из УК была исключена ответственность за гомосексуализм. В 1983 г. состав изнасилования был заменен на «сексуальное нападение» (*sexual assault*) трех категорий, чем были уравнены в защите своей половой свободы мужчины и женщины. В 1996 г. был введен институт условного осуждения: теперь, если суд, назначив наказание в виде лишения свободы на срок до двух лет, придет к выводу, что осужденный не представляет опасности для общества, он может назначить ему наказание условно. В 1997 г. парламент Канады принял ряд законодательных актов, которые позволили освобождать по истечении определенного срока лиц, приговоренных к длительному лишению свободы, если их поведение дает основание полагать, что они утратили «общественную опасность», и т. д.

<sup>129</sup> The Canadian Encyclopedia. Vol. I. Edmonton, 1985. P. 442.

Подводя итоги сказанному выше, хотелось бы остановиться на следующих ключевых моментах.

Прежде всего, интерес, который вызывает у исследователей уголовно-правовая система общего права, связан не только с наличием специфических, присущих только ей институтов и культурологических особенностей, но и с тем, что на протяжении полувека она претерпевает существенные изменения. Пока трудно судить о том, когда реформы будут окончены, или о том, каков будет их результат. С определенностью можно сказать лишь об их направленности: мощное кодификационное движение и изменение роли прецедента на второстепенную по сравнению с основным источником права статутом еще больше сблизит англосаксонскую уголовно-правовую систему с континентальной. Это сближение уголовно-правовых систем, так давно прогнозируемое<sup>130</sup>, с одной стороны, подчеркнет единую природу проблем, которые регулирует уголовное право, а с другой, – позволит подойти к решению оных более конструктивно.

Сами реформы носят поступательный характер с явной прослеживаемой тенденцией сохранения устоявшихся, проверенных временем доктрин и правовых концепций. На при-

---

<sup>130</sup> *Наумов А.В.* Сближение правовых систем как итог развития уголовного права XX в. и его перспектива в XXI в. // Государство и право. 1998. № 6. С. 50–58.

мере преступных деяний против жизни этот тезис достаточно иллюстративен. Например, возможность привлечения к уголовной ответственности за причинение смерти юридических лиц изначально общим правом отрицалась. Потом стали появляться первые прецеденты, а соответственно, и новые доктринальные обоснования корпоративного убийства. В итоге сложившиеся в прецедентном праве концепции легли в основу принятого в 2007 г. в Англии Закона о корпоративном простом убийстве и корпоративном убийстве.

Или, например, если обратить внимание на реформу оснований защиты, которые влекут перекалфикацию деяния с тяжкого на простое убийство, то неизбежно приходишь к выводу, что изменения, внесенные Законом о коронерах и правосудии 2009 г., являются не столь радикальными, как это планировалось и неоднократно предлагалось в ходе законопроектной деятельностью, и касаются они, главным образом, тех институтов, которые в течение длительного времени зарекомендовали себя как неработоспособные и проблемные.

Давать оценку таким изменениям всегда трудно, особенно юристам, принадлежащим к другим правовым системам. Единственно возможный, на наш взгляд, подход заключается в рассмотрении уголовно-правовой нормы с точки зрения ее эффективности. А с этих позиций реформирование уголовного права Англии, США и Канады является более чем оправданным и своевременным. Институты, созданные

в другие исторические эпохи, под влиянием господствовавших тогда взглядов на уголовную политику в целом не соответствуют современным уголовным принципам, новым действующим нормам и вряд ли могут быть эффективными.

При этом предпринимаемые для реформы шаги в полной мере отражают сущность данной уголовно-правовой системы, ее этос (*ethos*), идею, в центре которой лежит человек. «Идея эта многогранна, определяет содержательное наполнение уголовного права и практику его применения, отражается в сформировавшемся веками правосознании судей, юристов и обывателей». Она находит свое отражение и в том, что уголовное право понимается как «щит против неоправданного произвола по отношению к человеку со стороны государственной власти», и в «минимальной» криминализации, которая немало этому способствует, и в тесной связи правовой и нравственной нормы, и в «позитивистской направленности науки уголовного права»<sup>131</sup>.

И при проведении реформ в уголовно-правовой сфере, в частности при изменении системы преступных деяний против жизни, эта идея остается отправной, прослеживаемой как в криминализации деяний, так и в содержательном наполнении их наказуемости, о чем пойдет речь в последующих параграфах.

---

<sup>131</sup> Есаков Г.А., Крылова Н.Е., Серебренникова А.В. Уголовное право зарубежных стран. С. 27 (Автор главы – Г.А. Есаков).

## § 2. Жизнь как объект уголовно-правовой охраны в Англии, США и Канаде

Для глубокого анализа и понимания природы любого преступления, степени его общественной опасности необходимо изучить его объект – совокупность охраняемых законом социально значимых ценностей, интересов и благ, на которые посягает лицо, совершающее преступление, и которым причиняется или может быть причинен существенный вред.

Непосредственным объектом деяний, входящих в систему преступлений против жизни, является жизнь человека<sup>132</sup>.

Жизнь в качестве объекта преступления имеет ряд аспек-

---

<sup>132</sup> Большинство авторов указывают на необходимость разграничения понятий «жизнь» и «право на жизнь» (см., например, *Романовский Г.Б.* Гносеология права на жизнь. СПб., 2003. С. 10–30; *Канунис О.С.* Эвтаназия в свете права на жизнь. М., 2006. С. 164–185; *Opsahl T.* The Right to life // *The European System for the Protection of Human Rights* / Ed. by R. St. J. Macdonald, F. Matscher. Amsterdam, 1993. P. 207–209). Жизнь рассматривается как социобиологическая категория, лежащая вне сферы государственного и правового регулирования. В то время как право на жизнь – это возможность защиты неприкосновенности жизни человека, гарантированная нормами национального и международного права. На наш взгляд, оперируя понятием «право на жизнь», мы делаем акцент на уголовно-правовых гарантиях соблюдения этого права со стороны государства и третьих лиц. Однако при изучении преступных посягательств на жизнь мы должны рассматривать в качестве объекта такого посягательства жизнь человека, имеющую пространственно-временные границы.

тов. С одной стороны, она представляет собой «обеспеченную законом возможность существования личности в обществе»<sup>133</sup>, пользования предоставленными ей правами, взаимодействия с другими индивидами, а с другой – естественный физиологический процесс. Поэтому понятие «преступление против жизни» неразрывно связано с выявлением начала жизни человека и ее окончания, а также признаков, которые характеризуют данное явление, – это и есть фактические и юридические предпосылки для признания деяния преступлением против жизни и отграничения его от смежных преступлений, в частности от незаконного прерывания беременности. Однако необходимо признать, что на практике указанные вопросы нередко вызывают определенные трудности при квалификации и зачастую не урегулированы в законодательстве.

Изначально английское общее право исходило из того, что лишить жизни можно только «разумное существо, имеющее самостоятельное физическое существование» (*reasonable creature in rerum natura*)<sup>134</sup>. Это понятие, взятое из дефиниции тяжкого убийства Э. Коука, которая считается классической, в наше время трансформировалось в понятие «живого человеческого существа» (*living human being*).

---

<sup>133</sup> Борзенков Г.Н. Квалификация преступлений против жизни и здоровья. М., 2006. С. 19.

<sup>134</sup> Coke E. The First Part of the Institutes of the Laws of England. Vol. 1. London, 1832. P. 96.

Джеймс Ф. Стифен также называл началом жизни момент, когда «плод полностью отделился от тела матери, и его жизнь не зависит от жизни матери»<sup>135</sup>.

Таким образом, момент, когда плод становится человеком в уголовно-правовом смысле, связывается с полным отделением его от тела матери. Доказательством живорожденности выступает самостоятельное легочное дыхание, сердцебиение и произвольное движение мускулатуры<sup>136</sup>.

Надо сказать, что данный подход основан на концепции отсутствия у плода каких-либо прав до момента появления на свет. В решении по делу *Paton v. British Pregnancy Advisory Services* плоду было отказано в каких-либо гражданских правах вплоть до появления его на свет – «в Англии и Уэльсе плод не обладает правом на предъявление иска, никаким правом вообще, до момента рождения»<sup>137</sup>. Непризнание наличия у плода гражданских прав, вытекающее из его тесной связи с материнским организмом, было закреплено в ряде других английских решений, в частности *C. v. S.* и *Re F (in*

---

<sup>135</sup> *Stephen J.F.* A History of the Criminal Law of England. In Three Volumes. Vol. 3. London, 1883. P. 2.

<sup>136</sup> Живорожденным считается полностью изгнанный из организма матери плод, независимо от продолжительности беременности, причем плод после такого отделения проявляет признаки жизни: дыхание, сердцебиение, пульсацию пуповины или произвольное движение мускулатуры. Живорожденность следует отличать от жизнеспособности – способности новорожденного жить вне материнского организма в обычных условиях.

<sup>137</sup> *Paton v. British Pregnancy Advisory Services* [1979] 1 Q.B. 276, 279.

utero)<sup>138</sup>.

В решении по делу *R v. Tait* Апелляционный суд постановил, что угрозу «я убью твоего ребенка», адресованную беременной женщине в отношении находящегося в утробе младенца, нельзя рассматривать как угрозу убить «другого человека» («*a third person*») в смысле ст. 16 Акта о преступлениях против личности 1861 г., поскольку плод *in utero* не является в обычном смысле этого слова «другим человеком», независимым от своей матери<sup>139</sup>.

Умерщвление плода, находящегося в утробе матери, а равно в начале физиологических родов не может быть квалифицировано как убийство. Названные деяния являются самостоятельными преступлениями, ответственность за которые предусмотрена в ст. 58 Закона о преступлениях против личности 1861 г. (*Offences against the Person Act*) и ст. 1 Закона о сохранении жизни новорожденных 1929 г. (*Infant Life (Preservation) Act*)<sup>140</sup>.

Правильность подобного определения момента начала жизни вызывает сомнения: получается, что в начале физиологических родов мы имеем дело с плодом, а в конце уже с человеком.

Неоднозначной представляется и оценка преступного по-

---

<sup>138</sup> *C v. S* [1988] 1 Q.B. 135, Re F (in utero) [1988] Fam. 122.

<sup>139</sup> *R v. Tait* [1990] 1 Q.B. 290, 300 (per Mustill L.J.).

<sup>140</sup> Характеристика данных преступных деяний и критерии их разграничения с детоубийством содержатся в § 3 Главы 3 настоящей работы.

ведения лица, которое намеренно причиняет беременной женщине вред, в результате которого изначально жизнеспособный плод погибает до, во время или сразу после родов (намерение направлено именно на причинение вреда здоровью женщины, а не плоду, как в описанных выше случаях). Апелляционный суд в 1996 г. признал, что, поскольку плод является частью тела матери, «подобно руке или ноге», намеренное причинение вреда матери следует признать эквивалентным намеренному причинению вреда ее еще не родившемуся ребенку. Соответственно, такое намеренное поведение можно квалифицировать как тяжкое убийство<sup>141</sup>.

Год спустя Палата лордов предложила квалифицировать такие случаи как конструктивное простое убийство, мотивируя свое решение тем, что плод является самостоятельным организмом, смерть наступает в ходе противоправных действий, опасных по своей природе, и в данном случае не имеет значения, против кого в момент совершения преступления был направлен акт насилия<sup>142</sup>. Лорд Мэстилл отверг аргумент Апелляционного суда, что организм матери и плода можно отождествлять – «между матерью и плодом, безусловно, существует тесная связь, обусловленная в том числе полной зависимостью плода от материнского организма, поскольку именно он снабжает кислородом и всеми необходимыми питательными веществами для развития и поддер-

---

<sup>141</sup> Attorney-General's Reference (№ 3 of 1994) [1996] Q.B. 581, 593.

<sup>142</sup> Attorney-General's Reference (№ 3 of 1994) [1997] 3 WLR 421.

жания жизнедеятельности. Эмоциональная связь матери и ее еще не рожденного ребенка также представляется особой. Но речь можно вести именно о тесной связи, а не о полном отождествлении. Мать и плод не единый организм, а два различных организма, живущих в симбиотической связи»<sup>143</sup>.

Уголовный кодекс Канады 1892 г., действующий в редакции 1985 г. с последующими изменениями и дополнениями, также исходит из концепции «живого человеческого существа». Согласно ч. 1 ст. 223, человек считается родившимся живым в смысле названного Акта после полного отделения от тела матери, независимо от того, дышит ли он, обладает ли самостоятельным кровообращением и перерезана ли пуповина. Однако уже в ч. 2 этой же статьи содержится указание на то, что лицо совершает убийство и в том случае, если во время беременности женщины или во время родов при-

---

<sup>143</sup> Там же. Согласно обстоятельствам этого нашумевшего дела молодой человек нанес своей беременной подруге, срок гестации которой на тот момент составлял примерно 22–24 недели, несколько ножевых ранений в лицо, спину и живот с намерением, как это вытекает из фактов дела, причинить тяжкий вред здоровью. Женщина была доставлена в больницу, где ей оказали хирургическую помощь, состояние оценивалось как стабильное, но спустя 17 дней у нее начались преждевременные роды. Родившийся живым ребенок через 121 день скончался от бронхолегочной дисплазии, вызванной недоношенностью. Мужчина был признан виновным в причинении тяжкого телесного вреда и приговорен к четырем годам тюремного заключения. После смерти ребенка ему было предъявлено обвинение в его тяжком убийстве на том основании, что нанесенные матери ранения запустили цепь причинности, которая закончилась преждевременными родами, и что если бы не нападение на женщину, беременность протекала бы нормально и имела все шансы закончиться рождением здорового ребенка.

чиняет плоду такой вред, который приводит к его гибели после родов.

Статья 238 является специальной по отношению к ч. 2 ст. 223. Она предусматривает ответственность за умерщвление в процессе физиологических родов плода, который еще не стал человеком, «и в том случае, если бы он стал, лицо было бы признано виновным в убийстве».

После отмены запрета на производство аборта в 1969 г. в Уголовном кодексе оставалась ст. 251, которая признавала преступным любое искусственное прерывание беременности, за исключением тех случаев, когда дальнейшее вынашивание ребенка могло причинить существенный вред здоровью матери. Причем решение о необходимости проведения подобной операции должна была принимать комиссия, состоящая из трех врачей. Однако в 1988 г. Верховный суд Канады в решении по делу *R v. Morgentaler* пришел к заключению, что ст. 251 нарушает права граждан, закрепленные в ст. 7 Канадской Хартии прав и свобод, поскольку за годы действия нормы врачебные комиссии создавались не во всех больницах и не во всех провинциях, поэтому не каждая женщина могла воспользоваться предусмотренной процедурой<sup>144</sup>.

В соответствии с действующей редакцией ст. 287 УК Канады «любое лицо, которое с намерением вызвать выкидыш у женщины, независимо от того беременна она или нет, ис-

---

<sup>144</sup> R v. Morgentaler [1988] 1 S.C.R. 30.

пользует все средства, чтобы реализовать свое намерение, виновно в преступлении, преследуемом по обвинительному заключению, за совершение которого предусмотрено пожизненное лишение свободы»<sup>145</sup>. Часть 2 ст. 287 УК Канады предусматривает ответственность за самоаборт с наказанием до двух лет лишения свободы. Под средствами (*means*), используемыми для производства аборта, закон предлагает понимать медикаментозные средства (*a*), инструменты (*b*), манипуляции любого рода (*c*). К ответственности за совершение данного деяния не привлекаются врач и женщина, давшая разрешение на искусственное прерывание беременности, если они действуют в соответствии с предусмотренной законом процедурой: имеется письменное разрешение на проведение аборта, в соответствии с которым продолжение беременности потенциально опасно для здоровья или жизни женщины; это разрешение выдано специальным комитетом по терапевтическим абортам и осуществляется в одобренной или аккредитованной Департаментом здравоохранения провинции медицинском учреждении.

В 1989 г. Верховный суд Канады рассмотрел дело, которое на правовом уровне прояснило вопрос о статусе эмбриона. Это был гражданский иск отца ребенка к его матери, которая в определенный момент решила отказаться от вынашивания ребенка и прервать беременность. Истец обратился в суд за

---

<sup>145</sup>

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/section-287-20030401.html#cn-cont> (2016. 2 нояб.).

судебным запретом производить какие-либо действия, которые могут причинить вред плоду, ссылаясь на свои права как отца и на право нерожденного ребенка на жизнь. Большинство голосов суд пришел к выводу, что требование заявителя не может быть удовлетворено, поскольку оно «направлено на ограничение прав его партнера, хотя, безусловно, продиктовано благородным желанием сохранить жизнь плода»<sup>146</sup>.

В этом же году была создана специальная комиссия, которой было поручено разработать новую главу Уголовного кодекса, регламентирующую ответственность за преступные деяния, направленные на разрушение плода. По мысли членов комиссии, новая глава должна была состоять из четырех статей, первая из которых устанавливала ответственность за намеренное или неосторожное уничтожение или повреждение плода, вторая и третья регламентировали случаи медицинского вмешательства и искусственного прерывания беременности, которые следует рассматривать как уголовно наказуемые. При этом под плодом предлагалось понимать «продукт соединения мужской и женской половых клеток на любой стадии его существования и развития, в том числе эмбриональной»<sup>147</sup>. При рассмотрении проекта у членов комиссии возникло немало сомнений и разногласий относительно содержания будущего закона. В частности, одним из

---

<sup>146</sup> Tremblay v. Daigle [1989] 2 S.C.R. 530, 542.

<sup>147</sup> Crimes Against the Fetus / Law Reform Commission of Canada. Working Paper № 58. Ottawa, 1989. P. 50.

трудноразрешимых стал конфликт интересов матери и плода<sup>148</sup>. На самом деле, если плод неприкосновенен, то такая неприкосновенность должна быть абсолютной, в том числе и со стороны женщины, которая его вынашивает. Поэтому признание за плодом права на сохранение своей целостности в течение необходимого срока внутриутробного развития автоматически лишает женщину права на прерывание беременности или существенно это право ограничивает даже на самых ранних сроках.

К тому же, как бы ни пытались уравнивать статус родившегося человека и человеческого плода, на практике в случае конфликта жизненных интересов приоритет все же отдается женщине, его вынашивающей. Как отметил в своей работе Р. Дворкин, «можно ли считать, что врач демонстрирует уважение к жизни, когда он позволяет матери умереть, чтобы спасти плод. Какой выбор в данной ситуации вообще может свидетельствовать об уважении к ценности человеческой жизни? Предположите плод, обладающий серьезными аномалиями развития: является ли это уважением или соревнованием с жизнью позволить ему родиться на свет? Какими вообще моральными принципами мы должны руководствоваться, принимая такие и подобные решения?»<sup>149</sup>

Более того, интересы родителей и плода далеко не всегда

---

<sup>148</sup> Ibid. P. 40.

<sup>149</sup> *Dworkin R. Life's Dominion. An Argument About Abortion, Euthanasia and Individual Freedom.* N.Y., 1993. P. 71.

совпадают, как бы это ни звучало. В решении по делу *re T (Refusal of Treatment)* лорд Дональдсон отметил, что ситуация, в которой женщина отказывается от лечения, реализовывая тем самым свое право на добровольное оказание медицинских услуг, и ставит своего жизнеспособного, находящегося в утробе ребенка под угрозу, затрагивает целый ряд не только этических, но и правовых проблем. Как может суд обязать ее подвергнуться лечению, если в таком случае ему придется пренебречь правами и законными интересами подданной ради интересов «создания», которое с точки зрения права еще не существует<sup>150</sup>.

Необходимо отметить тот факт, что в современном американском уголовном праве отсутствует единый подход к определению момента начала жизни. Имеющиеся точки зрения основаны, с одной стороны, на концепции общего права и с другой – на современных медицинских технологиях.

В частности, в деле *People v. Chavez* Апелляционный суд штата Калифорния постановил: положение, согласно которому жизнеспособный плод не рассматривается как «человеческое существо» до начала физиологических родов, является «не более чем юридической фикцией»<sup>151</sup>. Несмотря на то что плод – это часть тела матери, с определенного момента своего внутриутробного развития он может суще-

---

<sup>150</sup> *Whitfield A. Common Law Duties to Unborn Children // Medical Law Review. 1993. № 1. P. 52.*

<sup>151</sup> *People v. Chavez, 77 Cal. App. 2d 621 (1947).*

ствовать вне материнского организма и, следовательно, стать «человеком» в уголовно-правовом смысле. Именно поэтому причинение вреда здоровью женщины, в результате которого плод, который при нормальном течении беременности и родов отвечал бы критериям живорожденности, погибает, следует квалифицировать как убийство<sup>152</sup>.

Вплоть до недавнего времени подобная позиция судей и законодателей ряда штатов являлась скорее исключением, которое подчеркивало устоявшееся доктринальное положение.

В последние годы, однако, наметился очевидный отход от концепции общего права. Современные медицинские технологии позволяют с точностью установить причину гибели плода, и, следовательно, если она наступает в результате действий обвиняемого, последний должен нести ответственность за убийство. Таким образом, отмечает Дж. Дресслер, вполне обоснованно расширить понятие «человеческое существо» путем включения в него еще не появившегося на свет плода<sup>153</sup>. Около половины штатов на сегодняшний день приняли поправки к действующим уголовным кодексам или судебные решения, в которых плод является объектом защиты наряду с человеком. Причем необходимо отметить, что отдельные штаты (Индиана, Массачусетс, Мэриленд и др.) в качестве условия наступления ответственности называют

---

<sup>152</sup> Ibid.

<sup>153</sup> *Dressler J. Understanding Criminal Law. P. 40.*

достижение плодом жизнеспособности<sup>154</sup>.

Другие штаты (Небраска, Аризона, Миннесота, Калифорния) предусматривают возможность привлечения к уголовной ответственности за убийство плода независимо от его возраста и жизнеспособности<sup>155</sup>. Так, § 187 УК Калифорнии хотя и не рассматривает плод наравне с «человеческим существом», тем не менее предоставляет ему равную уголовно-правовую защиту. Отдельные штаты в качестве самостоятельного преступления предусмотрели «убийство плода» (*feticide*) – Джорджия (ст. 16-5-89), Луизиана (§ 32.5–32.8), Айова (ст. 707.7).

Вместе с тем выделение самостоятельных составов умерщвления плода или нерожденного ребенка (*unborn child*) иногда лишено какого-либо практического смысла, поскольку, если судить по предусмотренным за их совершение санкциям, получается, что общественная опасность лишения жизни человека и умерщвления плода совпадают. Так, в соответствии со ст. 11.41.150 УК штата Аляска лицо, которое совершает тяжкое убийство нерожденного ребенка (*unborn child*), совершает неклассифицированную фело-

---

<sup>154</sup> Indiana Code Annual § 35-42-1-3, *Commonwealth v. Lawrence*, 536 N.E. 2d 571 (Mass. 1973), *Commonwealth v. Cass*, 467 N.E.2d 1324 (Mass. 1984), Maryland Code. Chapter No. 546 (2005).

<sup>155</sup> Nebraska Revised Statutes § 28-388 through 28-394, Arizona Revised Statutes Annual § 13-1103(A)(5), Minnesota Statutes § 609.205, 609.266, 609.2661 to 609.2665, 609.267, 609.2671, 609.268, and 609.269, California Penal Code § 187 (a).

нию, лицо, которое совершает простое убийство нерожденного ребенка, – фелонию класса А (ст. 11.41.160), причинение смерти нерожденному ребенку, совершенное по грубой небрежности, является фелонией класса В (ст. 11.41.170). При этом за совершение тяжкого убийства нерожденного ребенка предусмотрено такое же наказание, как и за убийство человека, – лишение свободы сроком от 20 до 99 лет (ст. 12.55.125).

В соответствии с § 14–23.2 УК штата Северная Каролина лицо, которое противоправно со злым намерением или действуя неосторожно умерщвляет нерожденного ребенка, совершает фелонию класса А, за которую предусмотрено пожизненное лишение свободы без права на досрочное освобождение, как и за тяжкое убийство человека.

Толчком к изменению уголовно-правового регулирования в данной области послужило принятие федерального Закона о нерожденных жертвах насилия 2004 г. (*The Unborn Victims of Violent Act*). Закон закрепил положение, согласно которому эмбрион может быть признан потерпевшим по делу о федеральном насильственном преступлении, если ему причинен вред или он погибает в ходе совершения такого преступления. Плод был признан «полноправным членом человеческого сообщества на любой стадии внутриутробного развития»<sup>156</sup>.

Предоставление равной уголовно-правовой охраны эм-

---

<sup>156</sup> The Unborn Victims of Violent Act 2004 (Public Law 108-212), S. 1841.

бриону и родившемуся человеку неизбежно ставит вопрос о разграничении искусственного прерывания беременности с убийством.

Как известно, традиционно при отграничении аборта от детоубийства решающее значение имеет именно момент начала жизни. Перенос этого момента на зачатие или ранние сроки беременности автоматически превращает любое производство аборта в убийство, причем убийство тяжкое.

Меняется в таком случае и ответственность самой беременной женщины: по законодательству ряда штатов беременная женщина не могла быть субъектом незаконного производства аборта<sup>157</sup>, при новом подходе она должна быть привлечена к уголовной ответственности уже за убийство.

Подобную позицию нельзя оценивать однозначно. С одной стороны, новый подход к определению момента начала жизни фактически уравнивает статус родившегося человека и еще не появившегося на свет, что по своей сути является неверным. Несмотря на то что биологическая жизнь начинается с момента зачатия, с уголовно-правовой точки зрения жизнь как объект охраны немислима без возможности ее социальной реализации. С другой стороны, наметившуюся тенденцию можно трактовать как попытку предоставить бóльшую защиту человеческому плоду. Правда, было бы разумнее в таком случае определить жизнь и целостность плода в качестве самостоятельного объекта уголовно-правовой

---

<sup>157</sup> См., например, УК штата Техас.

охраны.

Помимо прочего, уравнивание в статусе рожденного человека и плода поднимает вопрос о возможности искусственного прерывания беременности как такового и о его правовом регулировании.

Споры о правовой регламентации абортов, возможности их криминализации были и остаются актуальными для американского общества. Традиционно производство аборта рассматривалось как преступление, за исключением нескольких случаев, например, как это предусматривало законодательство штата Джорджия, когда беременность наступила в результате изнасилования или инцеста, плод имел серьезные физические или генетические отклонения или сохранение беременности было опасно для жизни матери.

Вместе с тем нельзя не сказать о том, что эти положения носили исключительно статутный характер, и в американском, как и в английском, законодательстве появились в результате принятия ряда нормативных актов XIX в. Согласно нормам общего права прерывание беременности до момента первого шевеления плода (*quickening*) не являлось преступлением, преследуемым по обвинительному акту. Причина этого заключается в том, что в нормах канонического права, теологических и философских воззрениях не было единого мнения по вопросу о моменте начала жизни. Считалось, что плод наделяется душой в временной промежуток между зачатием и рождением. Условно было предложено за точку от-

счета брать сорок дней с момента зачатия для мальчиков и восемьдесят для девочек. Именно по причине «бездуховности» плода он рассматривался как часть тела матери, и его изгнание не было преступлением<sup>158</sup>.

Вопрос о том, как оценивалось разрушение плода после его шевеления, остается дискуссионным. Несмотря на то что Генри де Брэктон говорит о данном деянии как об убийстве (*homicide*), большинство представителей доктрины общего права рассматривали данное деяние как менее тяжкое – данное преступление не является тяжким убийством, по мнению Э. Коука, и должно считаться преступлением менее тяжким по своей природе, чем простое убийство, по мнению У. Блэкстоуна<sup>159</sup>.

Первый английский статут, устанавливающий уголовную ответственность за производство аборта, – *Lord Ellenborough's Act*, 43 *Geo.* 3, С. 58<sup>160</sup> – был принят в 1803 г. Положения данного акта закрепили момент первого шевеле-

---

<sup>158</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 134 (1973) (per Blackmun J.).

<sup>159</sup> *Ibid.*

<sup>160</sup> An Act for the Further Prevention of Malicious Shooting, and Attempting to Discharge loaded Fire-Arms, Stabbing, Cutting, Wounding, Poisoning, and the Malicious Using of Means to procure the Miscarriage of Women; and also the malicious setting Fire to Buildings; and also for repealing a certain act, made in England in the twenty-first Year of the late King James the First, intituled, An Act to prevent the destroying and murdering of Bastard Children; and also an Act made in Ireland in the sixth Year of the Reign of the Late Queen Anne, also intituled, An Act to prevent the destroying and murdering of Bastard Children; and for making other provisions in lieu thereof.

ния плода в качестве решающего для дифференциации ответственности за прерывание беременности – умерщвление плода после этого момента каралось сметной казнью, а до этого – заключением в исправительное учреждение.

Закон о преступлениях против личности (*The Offences Against the Person Act*) 1837 г. уравнил в правовых последствиях производство аборта на любом сроке беременности, отменил смертную казнь, в качестве наказания предусмотрел лишение свободы на срок до трех лет за совершение данного преступления<sup>161</sup>.

Одноименный законодательный акт *The Offences Against the Person Act* 1861 г., изменивший вид наказания за производство аборта на любом сроке беременности на пожизненное лишение свободы, оставался основным в вопросах установления ответственности за искусственное прерывание беременности вплоть до принятия Закона о сохранении жизни новорожденных (*Infant Life (Preservation) Act*) 1929 г. и Закона об аборте (*Abortion Act*) 1967 г.

До середины XIX в. в большинстве североамериканских штатов действовали приведенные выше нормы английского общего права. Коннектикут был первым из штатов, в котором был принят законодательный акт, устанавливающий ответственность за производство аборта. Принятый в 1821 г. Закон во многом повторял упомянутый выше английский Закон 1803 г. в отношении умерщвления шевелящегося пло-

---

<sup>161</sup> Offences Against the Person Act, 1837(7 Will.4 & 1 Vict. c. 85), Sec. 74.

да и признавал ненаказуемым аборт, имевший место до этого момента<sup>162</sup>

---

<sup>162</sup> Согласно ст. 14 данного акта «каждый, кто умышленно и злобно дал другому лицу яд или любое иное отравляющее вещество с целью убийства, либо чтобы вызвать выкидыш у женщины, ребенок которой шевелится, должен быть обвинен и приговорен к тюремному заключению на срок его жизни или другой срок, который суд сочтет достаточным за совершенное преступление».

# Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

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

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