

*АНТОЛОГИЯ
ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ*

**ФИЛОСОФИЯ
УГОЛОВНОГО
ПРАВА**

Антология юридической науки

Философия уголовного права

«Юридический центр»

2004

Философия уголовного права / «Юридический центр»,
2004 — (Антология юридической науки)

Философия уголовного права практически не разрабатывается современной теорией. Вместе с тем теория уголовного права уже подошла к тому рубежу, когда дальнейшее продвижение вперед, а значит, и реальные успехи в борьбе с преступностью невозможны без использования солидной философской основы. В сборник включены работы и фрагменты трудов известных юристов XIX–XX вв., которые, как правило, малоизвестны современному читателю. Книга предназначена для научных и педагогических работников, студентов и аспирантов, а также для всех, кто интересуется проблемами борьбы с преступностью, вопросами философии и современного бытия.

, 2004

© Юридический центр, 2004

Содержание

Философия уголовного права: современная постановка проблемы	7
Конец ознакомительного фрагмента.	30

Философия уголовного права
Составление докт. юрид. наук,
профессора Ю. В. Голика, А. Ю. Голик
ASSOCIATION YURIDICHESKY CENTER

Anthology of Jurisprudence

PHILOSOPHY OF CRIMINAL LAW

Saint Petersburg
R. Aslanov Publishing House
«Yuridichesky Center Press»
2004

Редакционная коллегия серии «Антология юридической науки»

И. В. Елисеев (отв. ред.), И. Ю. Козлихин (отв. ред.), Р. М. Асланов, А. А. Белкин, А. И. Бойцов, Б. В. Волженкин, Ю. Н. Волков, Л. Н. Галенская, Ю. В. Голик, В. С. Комиссаров, С. П. Маврин, Н. И. Мацнев, И. И. Мушкет, В. Н. Плигин, В. Ф. Попондопуло, А. П. Сергеев, Ю. А. Тихомиров

Рецензенты:

О. В. Ведерникова, доктор юридических наук, профессор А. И. Коробеев, доктор юридических наук, профессор В. И. Карасев, доктор философских наук

Editorial Board of the Series “Anthology of Jurisprudence”

I. V. Eliseev (managing editor), I. Yu. Kozlikhin (managing editor), R. M. Aslanov, A. A. Belkin, A. I. Boitsov, B. V. Volzhenkin, Yu. N. Volkov, L. N. Galenskaya, Yu. V. Golik, V. S. Komissarov, S. P. Mavrin, N. I. Matsnev, I. I. Moushket, V. N. Pligun, V F. Popondopoulo, A. P Sergeev, Yu. A. Tikhomirov

Reviewers:

Doctor of Law, professor O. V Vedernikova Doctor of Law, professor A. I. Korobeev Doctor of Philosophy, V I. Karasev

Философия уголовного права / Составление докт. юрид. наук, профессора Ю. В. Голика, А. Ю. Голик; редакция и вступительная статья докт. юрид. наук, профессора Ю. В. Голика. – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. – 348 с.
5-94201-370-5

Philosophy of Criminal Law / Compiled by Doctor of Law, professor Yu. V Golik, A. Yu. Golik; edited and introductory article Doctor of Law, professor Yu. V Golik – St. Petersburg: R. Aslanov Publishing House “Yuridichesky Center Press”, 2004. – 348 p.

In practice philosophy of criminal law has not been worked out by modern theory. At the same time theory of criminal law has already come to that stage when further advancement and real gains in the fight against crime are impossible without using sound philosophical basis.

The collection includes the works and fragments of works of famous lawyers of XIX–XX centuries, which as a rule are little known to the modern reader.

The book is addressed to researchers, pedagogues, students and post-graduates as well as to everybody who is interested in the problems of the fight against crime, and the questions of philosophy and contemporary being.

© Yu. V. Golik, compilation, editorship, introductory article, 2004 © A. Yu. Golik, compilation, preprinting, 2004 © R. Aslanov Publishing House “Yuridichesky Center Press”, 2004

Философия уголовного права: современная постановка проблемы

Ю. В. Голик

Последнее время наблюдается всплеск интереса ученых к проблемам философии права. Во многом это объясняется тем, что мы хотим разобраться, в каком же обществе мы живем, чего хотим и куда идем. Такой интерес со стороны юристов следует только приветствовать, ибо уже никто не подвергает сомнению тезис о все возрастающей роли права в современный период. В будущем актуальность таких изысканий только возрастет. Дело в том, что право – сколок социума, в котором оно действует, а социум в наши дни развивается сверхдинамично. «Процесс социальной трансформации, принимая глобальный характер, влияет на все стороны социальной действительности. В процессе глобализации мировой системы меняются содержание и характер экономических и социальных отношений; качественные перемены касаются характера и форм проявления преступности, в том числе, транснациональной»¹.

При таком интересе к общей теории права философии отдельных отраслей права внимания уделяется значительно меньше, хотя уже гегелевская «Философия права» полна примеров именно из сферы уголовного права. Это понятно, ибо, как давно подмечено, человек в своей повседневной жизни очень часто сталкивается с преступлением и наказанием – именно эти темы являются сегодня самыми обсуждаемыми во всех средствах массовой информации, именно они по не всегда известным причинам будоражат общественное сознание и щекожут нервы отдельным гражданам. Все это приводит к тому, что именно уголовное право очень часто отождествляется в общественном сознании с правом вообще. Кроме того, мы не можем игнорировать и то обстоятельство, что, как пишет Д. А. Шестаков: «Исторически законодательство развивалось таким образом, что уголовное право слишком многое забрало себе из других правовых отраслей и навязывает гражданам государственное принуждение, зачастую для разрешения тех ситуаций, в которых его применение вовсе не требуется»². Несмотря на всю безапелляционность и спорность суждения, оно заслуживает того, чтобы быть учтенным при нашем анализе. Это обстоятельство заставляет нас более пристально изучить данный срез темы. Тем более, что такой перекоп в познании естественным образом привел к тому, что, с точки зрения философии, в теории рассматривались прежде всего вопросы наказания и ответственности в ущерб всем другим вопросам. Впрочем, любая крайность она и есть крайность. Известный современный теоретик В. В. Мальцев, исследуя принципы уголовного права, как-то неожиданно свел все социально-философские предпосылки формирования принципов уголовного права к справедливости³. Слов нет, справедливость в уголовном праве важна как нигде, но не с нее начинается и не ею заканчивается изучение философских основ уголовного права, включая принципы уголовного права.

Тот, кто решит погрузиться в пучину философских проблем права, пойдет по очень интересному, увлекательному, но и очень «опасному» пути. Дело в том, что философия относится к числу тех наук, в которых ни по одному из вопросов среди исследователей нет единства мнений. Очень часто эти мнения расходятся столь кардинально, что нет даже точек соприкосновения. Споры бесконечны, и длятся они не десятилетиями и даже не столетиями, а тысяче-

¹ Карасев В. И. К философии права: некоторые актуальные проблемы использования предметного поля и методологии исследования // Вестник Елецкого государственного университета. 2003. Вып. 2. Серия «Право». С. 3.

² Преступность среди социальных подсистем. Новая концепция и отрасли криминологии. СПб., 2003. С. 11.

³ Мальцев В. В. Принципы уголовного права и их реализация в правоприменительной деятельности. СПб., 2004. С. 21–84.

летиями. Случаются прорывы в понимании окружающего мира, открытия, радости и разочарования.

Разумеется, перенести все это в правовую материю нельзя, да и делать это ни в коем случае не надо. Но искушение очень велико, и именно в нем кроется опасность для исследователя: в этот лес⁴ можно войти и уже никогда из него не выйти: пучина явных и скрытых смыслов и значений понятия поглотит исследователя. С другой стороны, как гласит известная русская поговорка: «Волков бояться – в лес не ходить».

Что является предметом философии уголовного права? – На этот вопрос сегодня можно дать только самый общий ответ, исходя из общетеоретических посылок. Так, известный современный методолог Д. А. Керимов считает, что «предмет философии права можно охарактеризовать как разработку логики, диалектики и теории познания правового бытия»⁵. Исходя из этой посылки, и следует изучать философию отраслей права, в том числе и уголовного.

Видимо, в ближайшие годы обострится интерес ученых к герменевтике и деконструкции (а при более широком подходе – к феноменологии), их возможностям в познании сути вещей, понятий, явлений. Если герменевтика, занимающаяся толкованием смыслов, отысканием самого истинного значения того или иного смысла, уже достаточно хорошо известна отечественным юристам⁶, то деконструкция – деятельность различения, остужающая наши чувства и пристрастия и не стремящаяся к отысканию «истинного смысла», делает только-только первые шаги в сторону права⁷.

С помощью методов герменевтики и деконструкции рано или поздно будут проанализированы все основные институты уголовного права. И герменевтика и деконструкция при желании могут рассматриваться как направления философского познания объективной действительности. Значит, волей-неволей придется заниматься философией.

Как-то так получилось, что философия уголовного права никогда не привлекала пристального внимания ученых, хотя о ней всегда вспоминали в учебниках по уголовному праву и в работах, посвященных конкретным вопросам и институтам уголовного права⁸. Что касается отдельных работ, то мне известна только одна, специально посвященная этой проблеме. Речь идет о монографии французского профессора Ад. Франка «Философия уголовного права в популярном изложении»⁹. По естественным причинам эта книга почти не известна современному читателю, хотя многое из того, что там написано, не потеряло актуальности и сегодня. Нет смысла подробно комментировать этот труд, поскольку его можно прочитать в настоящем сборнике.

Философия уголовного права должна помочь найти ответ на вопрос о сущности уголовного права. Что такое уголовное право? Как ответить на этот вопрос?

С момента своего зарождения все проблемы уголовного права концентрировались вокруг преступления и наказания. Позже к ним добавился и сам преступник. Что наказывать и как наказывать – вот отправные точки уголовного права.

⁴ Образ леса для познания неизвестного очень удачно использовал в своих лекциях, прочитанных в Гарвардском университете в 1994 году, известный современный писатель, специалист по семиотике и герменевтике У. Эко (*Эко У. Шесть прогулок в литературных лесах*. СПб., 2002).

⁵ Керимов Д. А. Предмет философии права // *Государство и право*. 1994. № 7. С. 4.

⁶ Грязин И. Н. Текст права. Таллин, 1983; Суслов В. В. Герменевтика и юридическое толкование // *Государство и право*. 1997. № 6. С. 115–118; Малинова И. П. Философия права (от метафизики к герменевтике). Екатеринбург, 1985; *Она же*. Философия правотворчества. Екатеринбург, 1996 и др.

⁷ См.: Гурко Е. Деконструкция: тексты и интерпретация. Деррида Ж. Оставь это имя (Постскрипту), Как избежать разговора: денегации. Минск, 2001.

⁸ Фельдштейн Г. С. Главные течения в истории науки уголовного права в России. М., 2003. С. 444–492.

⁹ Франк Ад. Философия уголовного права в популярном изложении / Пер. Д. Слонимского. СПб., 1868.

Сущность уголовного права вытекает из его основного вопроса – «привлекать или не привлекать участника преступления к уголовной ответственности»¹⁰. А если привлекать, то как? – Это уже производный или просто следующий вопрос, на который надо искать ответ. Попытки привлечь к поиску ответа на этот вопрос присяжных заседателей, обязанных ответить, виновен или не виновен, – это всего лишь неуклюжая попытка перекладывания ответственности за принятие решения на чужие плечи.

Конечно, вопрос о сущности уголовного права невозможно решить без ответа на вопрос о сущности права как такового. Сущность права как теоретическая проблема долгие годы почти не рассматривались учеными. Никакого запрета или мистического табу не было, но и особого интереса теоретики к ней не проявляли. Конечно, периодически появлялись весьма интересные работы, например работа Л. С. Явича¹¹, но это только подтверждало общее правило.

Отчасти такое положение объясняется тем, что не очень образованные в правовом и методологическом отношении руководители просто не видели никакой необходимости в подобном рода исследованиях. Утилитарный подход заслонял все. Справка о внедрении входила в обязательный перечень документов, представляемых в ВАК при защите докторских и кандидатских диссертаций. На каком-то этапе даже пытались также в обязательном порядке требовать такие справки из практических органов. Скажите на милость, где брать справку о внедрении работы, посвященной исследованию сущности права? В суде? В прокуратуре? А, может, у участкового инспектора милиции? – Но брали! Писали там всякую ерунду и подшивали к делу, чтобы соблюсти правила игры.

Конец прошлого столетия ознаменовался невиданным всплеском работ на эту тему: М. И. Байтин, Д. А. Керимов, О. Э. Лейст, Г. В. Мальцев¹² и т. д. А есть еще огромный пласт современной литературы по философии права, где также с неизбежностью поднимаются вопросы о сущности права.

Почему? – Да потому, что мы созрели для того, чтобы идти дальше, а старые оценки не позволяют двигаться, держат нас на месте. «*Право – грандиозный, неисчерпаемый для познания феномен*»¹³.

С другой стороны слишком много спекуляций развелось на тему права. Под маской псевдоправа часто стало скрываться откровенное бесправие. С этим тоже надлежит считаться.

Мы должны исходить из того, что без философского осмысления правовых проблем можно очень долго толочь воду в ступе и вести бесконечные споры: менять Конституцию или не менять; что лучше: стабильный закон или закон, отмечающий малейшие изменения в жизни и такой же динамичный, как сама жизнь.

Что касается философии уголовного права, то она поможет выработать современную систему наказаний, максимально использовать в уголовном праве метод поощрения, дать интегративное понятие преступного и непроступного. Поняв, что такое преступление, мы сможем более четко и адекватно времени формулировать конкретные составы преступлений и строить сам уголовный закон; сможем более четко разграничить преступление и проступок.

¹⁰ *Бойко А. И.* Бездействие – бездеятельность – ответственность. Ростов н/Д, 2002. С. 59.

¹¹ *Явич Л. С.* Сущность права. Социально-философское понимание генезиса, развития и функционирования юридической формы общественных отношений. Л., 1985.

¹² *Алексеев С. С.* Право на пороге нового тысячелетия: Некоторые тенденции мирового правового развития – надежда и драма современной эпохи. М., 2000; *Байтин М. И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Саратов, 2001; *Керимов Д. А.* Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). М., 2000; *Лейст О. Э.* Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2002; *Мальцев Г. В.* Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999; *Матузов Н. И.* Актуальные проблемы теории права. Саратов, 2003. Здесь же следует упомянуть весьма оригинальное исследование И. А. Исаева «Politics hermetica: скрытые аспекты власти» (М., 2002) и целый ряд мировоззренческих работ, в которых излагается и мировоззрение авторов, и их понимание права, оценка значения права в нашем обществе и в наши дни. Очень часто авторы отстаивают прямо противоположные взгляды, что ни в коей мере не умаляет ценности этих сочинений (Б. П. Курашвили, М. И. Пискотин, Ф. М. Рудинский, А. А. Тилле, С. Я. Улицкий, Г. Х. Шахназаров и многие другие).

¹³ *Мальцев Г. В.* Указ. соч. С. 3.

Сегодня, как никогда, нам необходимо знать философские основания уголовного права. В свое время В. Д. Филимонов предпринял удачную попытку вычленить криминологические основы уголовного права, но они в определенном смысле слова должны покоиться на солидной философской базе. В. Д. Филимонов, кстати, это прекрасно чувствовал, неоднократно прибегая к помощи философов¹⁴. А есть еще культурологические, этнические и многие другие основы уголовного права, осознать и даже прочувствовать которые без серьезной философской подготовки невозможно. Мы должны знать не просто то, как и чем живет уголовное право, но знать «живое» уголовное право¹⁵.

Все это надо изучать, чтобы понять сущность уголовного права, понять, что есть преступление с точки зрения природы человека и как его – человека – надо наказывать в случае совершения преступления. А наказывать надо обязательно, но разных преступников – по-разному. В этом вопросе не может быть никакой уравниловки и общего подхода. Речь идет о применении наказания к разным категориям преступников, например к случайным преступникам. Прежде чем опустить карающую длань правосудия на голову виновного, мы должны понять, что это такое – случайный преступник, а без уяснения философского понятия случайности сделать это очень трудно.

Остановимся на этом примере подробнее. Давно известно, что преступники очень сильно могут отличаться друг от друга по своим морально-политическим качествам и характеристикам личности. Из всей массы преступников выделяются такие, для которых сам факт совершения преступления является чем-то экстраординарным, не вписывающимся во всю их предыдущую жизнь и не могущий в полной мере характеризовать их личность. По этому факту их биографии нельзя составить практически никакого представления о человеке. Таких преступников называли случайными или преступниками случая.

Несмотря на очевидность проблемы, серьезно монографическому изучению она почти не подвергалась. На сегодняшний день известны три монографических исследования случайного преступника: М. Д. Чадова «Случайный преступник» (Харьков, 1906), Д. Фиданова «Случайный преступник» (Известия на Междуведомствения съвет за криминологически изследвания. София, 1972. Т. 2. С. 65–98) и Ю. В. Голика «Случайный преступник» (Томск, 1984). Первая книга написана совсем в другую эпоху, вторая – очень фрагментарна, а последняя охватывает тоже сравнительно небольшой круг вопросов и уже не отвечает потребностям дня сегодняшнего.

Между тем очевидно, что количество случайных преступников из года в год будет возрастать и в относительных и в абсолютных показателях, о чем мы не должны забывать и быть готовыми к работе с такой не совсем обычной группой преступников. Сегодня практически не подвергается сомнению реальность существования этой самостоятельной категории преступников¹⁶.

Случайность – категория диалектического материализма. Уголовное право, как и всякая другая наука, не дает определения случайности, а заимствует его у философии, уточняя и конкретизируя применительно к решению своих задач. С точки зрения философии, случайность «имеет свое основание не в сущности данного явления, а в воздействии на данное явление других явлений и есть то, что может произойти так или иначе»¹⁷.

Такое понимание случайности широко распространено в философской литературе. Однако существует и другая точка зрения, согласно которой случайность *не всегда*, но «пре-

¹⁴ Филимонов В. Д. Криминологические основы уголовного права. Томск, 1981.

¹⁵ См.: Кулыгин В. В. Этнокультура уголовного права. М., 2002.

¹⁶ Криминология. М., 1997. С. 303.

¹⁷ Философский словарь. М., 1975. С. 273.

имущественно (выделено мною. – Ю. Г.) вытекает из внешнего, побочного для данного явления основания, порождена побочными причинами»¹⁸.

Последняя позиция представляется более правильной, ибо устраняет элемент схематизма и более полно отражает диалектическую связь необходимости и случайности (случайность – форма проявления и дополнения необходимости)¹⁹. Одно и то же явление и случайно, и необходимо²⁰. Это объясняется относительностью категорий необходимости и случайности. Когда мы определяем какое-либо явление только как случайное или только как необходимое, то мы не имеем в виду, что это явление всегда и везде случайно или необходимо само по себе. Напротив, мы стараемся по возможности четко отграничить круг событий, по отношению к которым (и только к ним!) данное явление будет случайным или необходимым. «Всякий закон, принцип или понятие, – пишет Н. Г. Ицкович, – верны лишь в точно определенных границах, привязаны к точно определенным условиям и воздействиям вещей, явлений и процессов. Это и значит, что они справедливы лишь в определенном отношении, что они относительны»²¹.

Понятия о случайном и необходимом, как и «понятия об абсолютном и относительном, являются предикабельными»²². Это означает, что, например, случайное тоже случайно и необходимо. Более того, случайное может быть случайным случайно, а может быть случайным необходимо и, соответственно, случайное может быть необходимым случайно и необходимо. Вот почему очень важно, определив какое-либо явление как случайное, обязательно указать, в каком именно отношении оно случайно и, лишь только указав это отношение, мы можем утверждать, что это явление действительно случайно.

Случайность возникает на пересечении нескольких причинно-следственных рядов²³ или, иначе говоря, там, где внутренняя связь явлений нарушается, опосредствуется привходящими извне относительно самостоятельными силами²⁴. Случайность, однако, имеет и определенное внутреннее, «законное», основание.

В этой связи случайности делятся на внутренние и внешние. «*Внутренняя случайность* зависит от такой каузальной связи, которая входит в то же основание, что и необходимость.

¹⁸ Пилипенко Н. В. Взаимосвязь причинности, необходимости и случайности // Вопросы философии. 1973. № 9. С. 90. См. также: Барановский Н. В. О причинной обусловленности случайности // Философские науки. 1963. № 6. С. 130–132. «Случайность в настоящее время не связывается с характеристикой лишь внешних, побочных исследуемых процессов, а наоборот, в наиболее интересных случаях она непосредственно относится к характеристике сущности исследуемых процессов и выступает как структурная характеристика соответствующих систем» (Сачков Ю. В. О современных обобщениях категории случайности // Философские основания естественных наук. М., 1976. С. 263).

¹⁹ Мы не ставим перед собой задачи рассмотреть содержание философских споров, а ограничимся только ссылкой на факты расхождения во взглядах, указывая при этом, какие из этих взглядов, по нашему мнению, достаточно обоснованы, и следовательно, могут быть полезны нам.

²⁰ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 21. С. 303. В этой связи обращает на себя внимание определение случайности, предложенное В. Н. Сагатовским: «Случайность – это то, что может стать необходимым в одном множестве, при одних условиях и не является таковым в другом множестве при изменении условий» (Сагатовский В. Н. Основы систематизации всеобщих категорий. Томск, 1973. С. 297). Иными словами, очень многое зависит от положения изучаемого явления в определенной системе. Изменившаяся в силу внутренних процессов или измененная привходящими силами система связей повлечет за собой изменение положения изучаемого явления и то, что было случайным, может стать необходимым, и наоборот. Основным измерением данной категории выступает именно внутрисистемное содержание (Афанасьев В. Г. Системность и общество. М., 1980. С. 30).

²¹ Ицкович Н. Г. К вопросу о сущности категории относительности и ее взаимоотношении с категорией абсолютности. Вильнюс, 1968. С. 40. Если продолжить эту мысль дальше, то мы выйдем на формально-логический закон недопустимости противоречия в мышлении, сформулированный еще Аристотелем. «Невозможно, чтобы одно и то же в одно и то же время было и не было присуще одному и тому же в одном и том же отношении» (Аристотель. Соч. М., 1975. Т. 1. С. 125).

²² Селиванов Ф. А. В. И. Ленин о единстве абсолютного и относительного // Некоторые вопросы философии и политэкономии. Тюмень, 1967. С. 36.

²³ См.: Шляхтенко С. Г., Шляхтенко Г. П. Необходимость, случайность, за кон // Проблемы законов науки и логики научного познания. Л., 1980. С. 15–16.

²⁴ Именно поэтому справедливо отождествление необходимости с упорядоченностью, цикличностью, повторяемостью, а случайности – с неупорядоченностью, хаотичностью, разнородностью. (См.: Грецкий М. Н. Детерминизм и научность // Философские науки. 1968. № 3. С. 82).

Внешняя случайность зависит от такой каузальной связи, которая остается за пределами того основания, где находится необходимость, более или менее отдаленным выражением которой она является. При этом одна и та же случайность может быть как внутренней, так и внешней в зависимости от ее места в определенной системе»²⁵, и в то же время может сама выступать как необходимость по отношению к каким-либо третьим явлениям, событиям, фактам.

Совершение преступления случайным преступником является своеобразным проявлением внутренней и внешней случайности. С одной стороны, случайный преступник²⁶ является случайным именно потому, что совершенное им деяние противоречит основной направленности его личности. Необходимым и обычным результатом всей его предшествовавшей преступлению жизни являлось правомерное поведение. Подобное поведение и базировалось на основной направленности личности, что позволяет говорить о совершении таким лицом преступления как о проявлении внешней случайности: внешней, по отношению к личности. В то же время случайный преступник обладает такими субъективными свойствами, которые в определенной ситуации и под воздействием этой ситуации «срабатывают» таким образом, что он совершает преступление. И это преступление будет являться проявлением внутренней случайности: внутренней преимущественно по отношению к ситуации. В целом же такое взаимодействие проявлений двух видов случайности дает нам основание для выделения случайных преступников.

Еще раз хочу обратить внимание на то, что одно и то же явление под разным углом зрения может выглядеть по-разному. Точка отсчета делает случайное необходимым, а необходимое случайным, плохое – хорошим, а хорошее – плохим. П. Коэльо в «Дьяволе и сеньорите Прим» рассказывает притчу о том, как Леонардо да Винчи писал свою «Тайную вечерю»: Христа и Иуду он писал с одного и того же человека в разные периоды его жизни²⁷.

Это довольно схематичное деление проявлений внешних и внутренних случайностей применительно к случайному преступнику. Детальное изучение любого преступления, совершенного случайным преступником, и личности самого случайного преступника может выявить множество проявлений и внутренней, и внешней случайности по отношению и к личности, и к ситуации. Помимо всего прочего и само преступление может носить случайный характер.

Серьезного философского осмысления требует такое явление, как патология права. В современном русском языке под патологией понимается болезненное, ненормальное, уродливое отклонение от нормы. Таким образом, под патологией права следует понимать уродливое отклонение от права, противоречащее общим принципам и самой сущности права как формы существования признанной обществом и охраняемой государством справедливости, закамуфлированное под право. Я специально обращаю внимание на уродливый характер этих отклонений, так как сами по себе отклонения от права были, есть и будут. Достаточно сказать, что запрещение пересекать улицу на красный свет светофора в той или иной степени нарушается во всех уголках планеты. С нарушителями борются, как правило, штрафами, которые в некоторых странах бывают весьма значительными, но никому в голову не приходило до сих пор разрешить или даже предписать работникам органов дорожной полиции отстреливать таковых на месте. Однако в литературных футурологических произведениях такая версия рассматривается уже достаточно давно.

²⁵ Хохлов А. М. Категория случайности в диалектической концепции связи: Автореф. дис. . . канд. филос. наук. Свердловск, 1975. С. 14. Н. В. Пилипенко также делит случайности на внутренние и внешние по характеру их связи с необходимостью, а не по полноте их детерминации, как Ю. В. Сачков (*Пилипенко Н. В. Необходимость и случайность*. М., 1965. С. 44–45; *Сачков Ю. В. Указ. соч.*).

²⁶ Следует оговориться, что, используя термин «случайный преступник», я основываюсь не только на философском понятии случайности, но и на ее обыденном понимании, подразумевая под случайным преступником лицо, чье допреступное поведение не давало оснований для вывода о возможности совершения этим лицом преступления в будущем. В этой связи возможно, что термин «случайный преступник» не совсем полно отражает сущность философской категории случайности.

²⁷ Коэльо П. Дьявол и сеньорита Прим. Киев-М., 2002. С. 57–59.

Патология права – термин достаточно условный, не позволяющий ухватить всю тонкость феномена, поэтому его следует рассматривать, во всяком случае на этом этапе исследования, через патологию закона, патологию нормоприменения и патологию правосознания.

Начать, однако, следует все же с идеологических и политических основ феномена патологии права. В этой связи напомним, что в 50-60-х гг. прошлого века были очень популярны тезисы об очень скором отмирании государства и права. Это была как бы вторая волна революционного романтизма 20-х гг., когда начинало строиться государство нового типа. Советская теория права также какое-то время постулировала этот тезис, пока теоретики не осознали всю глупость складывающегося положения и очень тихо перестали его упоминать, а если и упоминали, то относили наступление этого периода на очень далекое будущее. Но если право будет отмирать, то надо ли уделять ему столь пристальное внимание²⁸?

Следует заметить, что социальная практика пошла совсем по другому пути. Именно в 50-60-е гг. были приняты важные решения об укреплении правовой службы в народном хозяйстве, о повышении качества юридической подготовки кадров и ряд других, что было прямо противоположно ситуации 20-30-х гг., когда подготовка юридических кадров исчислялась десятками и сотнями на всю страну, учебников по юридическим дисциплинам не издавалось, правовая пропаганда полностью отсутствовала, законы подменялись постановлениями партии и правительства²⁹.

Не способствовало укреплению правовых основ общества и господство однопартийной системы, получившее правовое закрепление в ст. 6 Конституции СССР 1977 г.³⁰ Раз КПСС является «руководящей и направляющей силой советского общества, ядром его политической системы», значит, ее решения являются первичными по отношению к закону. Так и было долгие годы: закон подменялся решениями партии, а позже решениями партии и правительства. Эта последняя чеканная формулировка прекрасно известна всем гражданам СНГ старше двадцати лет. На практике это привело к тому, что принятые и вступившие в силу законы не применялись до тех пор, пока не были объявлены приказами по министерствам и ведомствам. Очевидное заблуждение получило тем не менее широкое распространение и глубоко укоренившееся в сознании даже профессиональных практикующих юристов тех лет.

Не удивительно, что на этой почве стал процветать и крепнуть правовой нигилизм.

Конечно, история правового нигилизма на Руси соседствует с историей позитивного, писаного права. Достаточно вспомнить известный тезис, авторство которого приписывается

М. В. Ломоносову, о жестокости российских законов, смягчаемых их неисполнением, и такие образчики народной мудрости, как «закон, что дышло, как повернул, так и вышло». Однако правовой нигилизм в условиях малой социальной мобильности и почти полного отсутствия коммуникационных связей в обществе и правовой нигилизм в современных условиях – это совершенно разные по своей социальной силе и социальной значимости вещи. Будучи социально заразным, правовой нигилизм становится социально опасным тогда, когда, как идея, охватывает огромные слои пусть поверхностно, но образованного и поголовно грамотного населения. Достигнув пика своего развития, он становится просто разрушительным. Известная «война законов» 1990–1991 гг. – противостояние союзного и республиканского законодателя в те годы – привела к весьма трагическим последствиям.

²⁸ Упоров И. В. Правовой нигилизм как проявление «патологии права» и его влияние на криминогенную обстановку в обществе (исторический аспект) // Криминологический журнал. 2002. № 1(2). С. 18.

²⁹ Кудрявцев В., Трусов А. Политическая юстиция в СССР. М., 2000.

³⁰ Интересно отметить, что Китай, начавший свою «перестройку» через год после принятия Конституции СССР, избежал такого подхода, но в течение нескольких лет принял одну за другой три Конституции, при этом каждая последующая мало походила на предыдущую. Иными словами, там поиски оптимума велись и ведутся до сих пор в поле законотворчества при сохранении руководящей и направляющей роли КПК.

Любые социальные процессы по своей природе весьма инерционны: набрав обороты они не в состоянии прекратиться в одночасье. Война законов с союзного уровня очень естественно и плавно перекочевала на уровень федеральный в Российской Федерации. Федеральное законодательство и законодательство субъектов Федерации в 1992–2000 гг. очень сильно стали противоречить друг другу. Конституционный Суд Российской Федерации принял не одно постановление по этому поводу, а Генеральный прокурор РФ направил сотни представлений, но дело с места не двигалось. Только с 2000 г. стала проводиться планомерная и кропотливая работа по приведению в соответствие федеральному законодательству законодательства субъектов Федерации. Но она до сих пор не завершена и противодействие этому процессу не прекратилось, что неизбежно начинает проявляться в поведении многих людей, незаконных, нелегитимных и противоправных действиях и поступках.

К этому приложили руку не только политики, но и юристы. Именно в конце 80-х – начале 90-х гг. стали в огромном количестве плодиться и культивироваться псевдонаучные фразы и «общенаучные подходы», которых не было, а в ряде случаев и быть не могло. Наибольшую известность получило поклонение тезису: «Дозволено все, что не запрещено». На самом деле количество запретов не сокращалось, но они стали приобретать иную форму, выливаясь зачастую в откровенные поборы. Кто-то из юристов дал этому интегративную, крайне саркастическую и забавную одновременно оценку, описывая четыре европейских типа права: «английская система: можно все, кроме того, что нельзя; немецкая система: нельзя ничего, кроме того, что можно; французская система: можно все, даже то, что нельзя; русская система: нельзя ничего, даже того, что можно»³¹.

Поскольку постановлений партии и правительства уже не было, законы регламентировали далеко не все аспекты и сферы общественных отношений, которые нуждались в регламентации, а желание жить по «партийным понятиям» вошло в плоть и кровь едва ли не всех профессиональных управленцев и не только их, то жизнь родила новый феномен в виде «указного права», когда Президент России своими указами стал вторгаться явно не в свою сферу и регулировать все, что ему хотелось. Очень часто эти указы вступали в прямое противоречие с Конституцией и законами³². По сути дела речь идет о новой форме правового нигилизма, демонстрируемого высшей властью, которая сама должна подчиняться законам, а не «гнуть» их в нужном для себя направлении и показывать пример такого подчинения своим согражданам. Очень часто принятие таких указов объяснялось необходимостью построения нового, демократического и даже правового государства. При этом полностью игнорировалось то очевидное обстоятельство, что строить государство, тем более государство правовое, попирая самое право, в принципе невозможно. Я уже не говорю о том, что составители указов просто не понимали того, что «смысл права, правового регулирования сохраняется постольку, поскольку имеется развитая государственность»³³.

Все это объективно приводило к расшатыванию правопорядка и ослаблению государства и государственности. Вступив в новое тысячелетие, мы все это стали ощущать сполна, что называется почувствовали на своей шкуре.

Философия преступления и философия наказания.

Право и обязанность наказания. На ком она лежит, и по какому праву. В дореволюционных учебниках всегда был раздел о праве государства наказывать преступников. Затем – после 1917 года – он выпал и так до сих пор и не появился. Впрочем, лет тридцать никаких учебников по праву вообще не издавалось. Государство, таким образом, исходило из того, что такое право у него есть, а откуда оно взялось – это никого и не волновало. А если волновало, то все вол-

³¹ Афоризмы о юриспруденции. М., 2002. С. 210.

³² Лучин В. О. Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации. М., 2002. С. 170–176.

³³ Симоков В. Н. Российская правовая система: Введение в общую теорию. Саратов, 1994. С. 300.

нения человека прекращались волевым распоряжением сверху. Отсюда – разгул внесудебных репрессий. Очевидно, что наказание, наложенное на преступника по всем правилам судебной процедуры, имеет в глазах общества, государства, да и самого преступника иную цену, нежели «наказание», наложенное неизвестно за что, неизвестно каким органом и неизвестно по какому праву³⁴. С точки зрения права, большинство расстрелов «врагов народа» не являлись уголовным наказанием, хотя в соответствующих решениях и были ссылки на УК. Это было всего лишь административное наказание или взыскание, если угодно.

Не нужно думать, что такие выверты истории затронули только Россию. Нет. В историческом движении человечества произошел какой-то сбой, и внесудебные репрессии прошли по миру как ураган. Недаром Ж. Котек и П. Ригуло свое исследование «Век лагерей» начинают с фразы: «XX век вполне можно было бы описать в свете истории концентрационной системы»³⁵. Концентрационный лагерь – синоним беззакония.

Государство присвоило себе право наказания по умолчанию. Почему? Почему это право оказалось у государства?

Мы привыкли рассматривать право как производный от государства феномен, но это не так³⁶. Право развивается по своим внутренним законам, хотя, разумеется, и связано с государством. Но речь идет все же о праве *наказания*. На каком-то этапе оно было у общественных организаций (товарищеские суды), хотя речь шла о наказаниях за преступления, пусть и малозначительные. Иногда это приводило к всевозможного рода казусам и «непониманию сторон» (многие, видимо, помнят старый анекдот о звонке районному прокурору из товарищеского суда в отдаленном и всеми забытом колхозе, где поймали конокрада: «Мы его к расстрелу приговорили, так нам его на месте стрелять или к вам везти?»).

Правильный ответ на вопрос – о праве государства наказывать позволит точнее понять роль государства в современном быстро меняющемся мире, роль и значение уголовной юстиции и уголовной превенции, построить такую систему наказаний, которая будет приниматься всеми и, главное, будет работать (сегодня работает только несколько видов наказаний из перечисленных в законе). Таким образом, это вопрос не праздный, а жизненный. Возможно, он и не рассматривался ранее, так как не был востребован жизнью. Сейчас все может измениться.

На стыке тысячелетий государство стало переходить от «наказания» отдельных социальных групп и слоев к «наказанию» менее сильных государств – Югославия, затем Ирак. Если в данных примерах речь идет о внешнем воздействии, то есть одно (или несколько) государств воздействуют на другое (другие) государство (а), то Камбоджа (Кампучия) времен Пол Пота и Енг Сари, когда вся страна была превращена в концлагерь, а все население в одночасье оказалось узниками этого концлагеря, представляла собой пример самоедского, планомерного и жестокого уничтожения самое себя. Вряд ли мы в ближайшем будущем найдем вразумительный ответ на простой вопрос: «Как такое могло случиться?»

Когда-то И. Бентам написал: «... всякое наказание есть вред; всякое наказание есть само по себе зло... оно должно быть допустимо только в той степени, насколько оно обещает устранить какое-нибудь большее зло»³⁷. Никто этого не опроверг. Видимо, соглашаясь с тем, что лекарство должно быть горьким, ибо только горькое лекарство, как считали в старину, способно излечить больного.

³⁴ Пытливому читателю в этой связи настоятельно рекомендую прочитать роман Ф. Кафки «Процесс» (1925) (СПб., 1999), который у разных людей вызывает разные чувства: от восторга до ужаса и даже омерзения. Фабула романа такова: главный герой неожиданно становится участником какого-то странного процесса, где неизвестно, кто ведет следствие и о чем, собирается какое-то глупое судилище и героя, в конце концов, очень нелепо казнят.

³⁵ Котек Ж., Ригуло П. Век лагерей: лишение свободы, концентрация, уничтожение. Сто лет злодеяний. М., 2003. С. 9.

³⁶ См. об этом: Шишюков В. Н. Указ. соч.

³⁷ Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. М., 1998. С. 221.

В России это понимали всегда. Например, П. Д. Калмыков определял наказание как зло и страдание, которые терпит виновный за свое деяние от верховной власти³⁸. Таким образом, это зло (по Калмыкову) должно ассоциироваться с верховной властью. Чем больше власть наказывает за совершенные преступления, тем она злее.

Но и преступление – зло. Для русского уголовного права это имеет особое значение, так как в Русской Правде понятия преступления не было. Была «обида». Раз кого-то «обидели», значит, ему причинили вред, а вред – всегда зло, это понимали все. Еще не так давно юристы не стеснялись говорить об этом. Вот как рекомендовалось вести себя судье при рассмотрении уголовного дела в одном из первых русских учебников по уголовному праву: «Тогда поднимается судья и держит такую речь: Мы не хотим... прибавлять к злу совершенного вами преступления зло наказания»³⁹. Сказано пусть и эмоционально, но по существу верно.

Если преступление – зло и наказание – зло, и тот, кто применяет наказание, – тоже злодей, то где же добро? В устранении наказания, чтобы не усугублять зло? – Нет! В его избегании через несовершенство преступления, т. е. не создание условий, когда вместо одного зла начинают действовать другие злые силы. И на само наказание следует с этих позиций взглянуть по-другому: «Наказание вообще должно ставить себе целью устранение наказаний»⁴⁰. К сожалению, пока это недостижимая цель, хотя и очень увлекательная с точки зрения теоретического и практического продвижения к ней.

Клин клином вышибают. Минус на минус – дает плюс. Воздать злом за зло. При этом нужна мера. Вопрос о мере наказания не решен, а это вопрос не праздный. В дореволюционной юридической литературе он обсуждался постоянно. Отчасти это объясняется тем, что в самом законодательстве в тот период были целые разделы, посвященные мере наказания. В первом советском Уголовном кодексе 1922 г. была глава «Определение меры наказания». Затем это понятие из уголовного закона выпало (сам по себе этот вопрос чрезвычайно интересен: как и кому помешала мера наказания?), ушло оно и из теории. Были лишь слабые попытки осмысления этого феномена, не получившие, к сожалению, дальнейшего развития⁴¹.

В новейший период нашей истории этот вопрос подняла Т. В. Непомнящая, и сделала это очень своевременно⁴². В ближайшие годы законодатель должен как-то вернуться к этому термину, наполнив его соответствующим правовым содержанием. Дело в том, что дифференциация и даже индивидуализация наказания не исчерпывают и не могут исчерпать всей глубины проблемы меры наказания в силу того, что философское диалектическое понимание меры не может быть сведено к механическому дифференцированию и субъективной индивидуализации. Недаром в философии обсуждение категории меры идет уже не одно тысячелетие, и никто не скажет, что все точки в этих бесконечных дискуссиях расставлены. Значит, и теория уголовного права не может уходить от поиска истины в этом вопросе, используя свою аргументацию, свои критерии и подходы.

Использование категории «мера», разумеется, не может ограничиться только сферой наказания. В. В. Мальцев обратил внимание на необходимость более корректного использования этой категории при изучении и описании феномена преступления⁴³.

³⁸ Калмыков П. Д. Учебник уголовного права. СПб., 1866. С.145.

³⁹ Баршев С. Учебник уголовного права, составленный В. Спасовичем. СПб., 1863. С. 782.

⁴⁰ Дистервег А. Избранные педагогические сочинения. М., 1956. С. 212.

⁴¹ Новоселов Г. П. Критерии определения судом меры уголовного наказания: Автореф. дис... канд. юрид. наук. Свердловск, 1981.

⁴² Непомнящая Т. В. Назначение уголовного наказания: общие начала, принципы, критерии: Учебное пособие. Омск, 2003. С. 104–126.

⁴³ Мальцев В. В. Преступление: Основные социально-юридические понятия высокого уровня абстрагирования // Правоведение. 1997. № 1. С. 104–111.

Что такое преступление?⁴⁴ Длительные и не поддающиеся детальному учету попытки юристов дать полное и всеобъемлющее понятие преступления до сих пор ни к чему не привели. В конечном счете исследователи в той или иной форме всегда приходили к одному и тому же: «Преступление есть то, что предусмотрено в качестве такового законом». Отсюда появился тезис: «Преступления плодят законы...» Строго говоря, этот тезис совсем не нов, если учесть, что еще апостол Павел изрек: «...где нет Закона, нет и преступления» (Рим., 4, 15), а все юристы знают древнеримский постулат: «Nullum crimen sine poena, nulla poena sine lege» – нет преступления без наказания, нет наказания без закона.

И здесь сразу возникает еще один вопрос: «Что появилось раньше – закон или преступление?» Ответ, на мой взгляд, очевиден: конечно же, преступление. Именно вредоносные поступки отдельных лиц вынудили общество принимать адекватные меры самозащиты, объявляя эти поступки наказуемыми и преступными. Таким образом, говоря современным языком, беззаконие породило закон.

Разумеется, речь идет не о писаном законе эпохи позитивного права, а о законе как норме, определяющей границы дозволенного поведения (что-то вроде табу). Обычное право не знало никаких писаных законов, что не означает отсутствия неписаных, но очень уважаемых и соблюдаемых всеми законов. Известный итальянский философ права Дж. Дель Веккио, создавший в свое время известный на Западе «Международный журнал философии права», писал: «Понятие права и противоправности взаимозависимы и взаимодополняемы. Хотя это и покажется на первый взгляд странным, право в точном смысле нарушаемо *по своей сущности*, и оно является правом благодаря своей нарушаемости»⁴⁵. Речь идет именно о позитивном праве.

Можно ли дать интегративное понятие преступления, пригодное «на все случаи жизни», то есть на все времена и для всех народов?

Вопрос, конечно же, риторический. Мудрый и трудно усваиваемый Г. В. Ф. Гегель когда-то написал: «Право, нарушение которого есть преступление»⁴⁶. Если этот тезис прочитать наоборот, то получится: преступление есть нарушение права. Трудно сказать короче. Но Г. В. Ф. Гегель, разумеется, не мог остановиться на этом. Далее он утверждает: «Нарушение права... есть зло»⁴⁷. Значит, и преступление есть зло. Г. В. Ф. Гегель объясняет это так: «Посредством преступления нечто изменяется, и предмет существует в этом изменении, но это существование есть противоположность себя самого и тем самым в себе ничтожно. Ничтожность состоит в том, что право снято как право. Именно право как абсолютное не может быть снято, следовательно, проявление преступления ничтожно в себе, и эта ничтожность есть сущность преступного действия»⁴⁸. Значит, сущностью преступления является его ничтожность с точки зрения незыблемости права как абсолютной ценности. Никакое преступление не может уничтожить права, но может препятствовать всевластию права, поэтому преступлению противопоставлено наказание, которое выступает в этом случае как отрицание отрицания: преступление отрицает право – наказание отрицает преступление. Поскольку все это происходит в правовом

⁴⁴ Отрадно отметить, что последние годы стали появляться работы, авторы которых пытаются не с формально-догматической точки зрения найти ответ на этот вопрос. См., например: *Бачинин В. А.* Философия права и преступления. Харьков, 1999; *Кондратиюк Л. В.* Антропология преступления (микрোকриминалогия). М., 2001; *Поздняков Э. А.* Философия преступления. М., 2001 и др. Впрочем, такие работы были всегда. Достаточно упомянуть прекрасный очерк основателя Международного союза уголовного права, выдающегося германского ученого Ф. фон Листа «Преступление как социально-патологическое явление», написанный более ста лет тому назад (*Лист Ф.* Задачи уголовной политики. Преступление как социально-патологическое явление. М., 2004).

⁴⁵ Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. III. Европа. Америка: XVII–XX вв. М., 1999. С. 722.

⁴⁶ *Гегель Г. В. Ф.* Философия права. М., 1990. С. 143.

⁴⁷ Там же. С. 145.

⁴⁸ Там же.

поле, постольку право снимает возникающие нарушения и этим снятием «показывает свою действенность»⁴⁹.

При таком подходе становится понятно, почему мы, когда говорим об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, с неизбежностью выходим на обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния⁵⁰. Однако это не исключает необходимости более пристального изучения деяний, преступность которых исключается уголовным законом⁵¹. Мы должны разобраться, что случилось, где, когда и с кем, что привело к тому, что неизменное по сути деяние то объявлялось законодателем преступным, то это клеймо с него снималось. Без осмысления этого мы не сможем исключить волюнтаризма и произвола в деятельности законодателя, не сможем должным образом наладить не только законотворческий, но правоприменительный процесс.

Самостоятельный пласт проблем – философия ответственности. Ответственность – это правовая абстракция. Недаром в УК есть термин, но нет понятия. Наказание – правовая категория. И есть понятие (ст. 43), хотя это, строго говоря, еще ни о чем не говорит.

Наш законодатель едва ли не единственный в мире, кто в УК наряду с термином наказание оперирует термином ответственность. Возможно, это шаг вперед, который мы сделали, не осознав его еще в полной мере. Конечно, существует огромный объем философской литературы по проблеме.

В то же время мы совершенно не используем опыт других правовых систем, например, оценку поведения виновного через *mens rea*⁵². Да, это находится в совершенно иной правовой плоскости и может быть даже в иной правовой реальности, поэтому нашим ученым юристам (практикам это пока вообще не нужно) тяжело осознать смысл этого феномена, но его ценности это не умаляет. Мы как-то мимоходом просматривали (и просмотрели!) известную в прошлом максиму: «Actus non facit reum nisi mens sit rea» – действие не делает виновным, если не виновна мысль. Между тем в одной этой фразе заключена масса проблем, не решаемых с точки зрения современного российского уголовного права: соотношение умысла и неосторожности, виды неосторожности и полнота их отражения в Уголовном кодексе, пограничные состояния между неосторожностью и случаем, значение нефизической причинности в уголовном праве и многое другое. В других же правовых системах использование этой максимы в практической деятельности есть, но и оно очень разное в зависимости от страны и времени ее использования. Чего стоит одно из решений высшей судебной инстанции Великобритании – Палаты Лордов: «Лицо не может быть осуждено за преступление, если *mens* не была *rea*»⁵³.

Относительно новой темой для нас является философия поощрения в уголовном праве.

Поощрение и наказание – парные категории. И использовать их надо, исходя из их парности. Это знали еще древние. В «Чжуан-Цзы» (IV–III вв. до н. э.) записано: «Устрашать и миловать, отбирать и давать, бранить и наставлять, дарить жизнь и казнить – таковы восемь способов исправления людей»⁵⁴. Недаром Весы Правосудия имеют именно две чаши и олицетворяют таким образом Правосудие и Правопорядок – то, что жизненно необходимо человеку

⁴⁹ Там же.

⁵⁰ Баулин Ю. В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния. Харьков, 1991. С. 41.

⁵¹ Пархоменко С. Деяния, преступность которых исключается уголовным законом // Уголовное право. 2003. № 4. С. 53–55.

⁵² Адекватного перевода на русский язык этого понятия, феномена и явления нет. Г. А. Есаков считает, что из доброго десятка вариантов перевода наиболее приемлемым является «виновная мысль» (Есаков Г. А. *Mens rea* в уголовном праве США: историко-правовое исследование. СПб., 2003. С. 17–18). Но это все го лишь дословный перевод, основанный к тому же на современном понимании языковых соотношений, в то время как *mens rea* уходит своими корнями к самым истокам писаного английского права и даже, видимо, еще дальше.

⁵³ Есаков Г. А. Указ. соч. С. 17.

⁵⁴ Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. I. Античный мир и Восточные цивилизации. М., 1999. С. 498.

в условиях социума. Остальное, как правильно замечает П. Н. Панченко, человек добудет себе сам⁵⁵.

Совершенствование оптимального сочетания парных категорий – один из путей гармонизации уголовного права. Применительно к рассматриваемой проблеме речь идет, прежде всего, о наказании – поощрении⁵⁶, исполнении – освобождении.

Не нужно только думать, что речь в подобных случаях идет обязательно о противопоставлении, противоречии, отрицании: необходимость – случайность, большой – маленький и т. д. Парность и взаимодействие может быть без прямых, явных противопоставлений. Они как бы уходят в другую плоскость, в другое измерение. Например, справедливость как принцип уголовного права не противостоит законности, они не отрицают друг друга, но при этом могут вступать (и вступают!) в неантагонистические противоречия друг с другом⁵⁷. Но эти противоречия дополняют и усиливают каждый из этих принципов. «Законность обеспечивает стабильность уровня справедливости»⁵⁸. В конечном же счете законодатель таким образом добивается выгодного для общества поведения тех, кто попал в сферу действия уголовного закона.

В теории давно известно, что существует негативное и позитивное стимулирование поведения человека. С его помощью можно стимулировать как негативное, так и позитивное поведение личности. Мы, разумеется, заинтересованы в стимулировании позитивного поведения. Достижение этого возможно с помощью наказаний и поощрений, а также их гармоничного сочетания. Изучая несколько лет назад теорию стимулирования, я пришел к выводу, что в обществе существует некий баланс между поощрениями и наказаниями, который в разных сферах жизни и в различных отраслях права проявляется по-разному, но суммарно все же такой баланс должен быть⁵⁹.

В уголовном праве поощрение – такой же полноценный инструмент воздействия на поведение, как и наказание. Без наказания уголовное право перестанет быть уголовным, а без поощрения вся уголовная юстиция потеряет смысл, превратится в бездушный карательный механизм, где любые попытки виновного загладить причиненный вред и свою вину перед обществом и потерпевшим потеряют всякий смысл, ибо не будут предполагать никакой реакции на них. Вот почему пунитивная юстиция постепенно замещается реституционной (полного замещения в обозримом будущем все же не произойдет, но это отдельная тема), причем делается это в интересах и обвиняемого, и потерпевшего. «Карательное правосудие предполагает «удаление» преступника из общества, причем удаление посредством государства... Что же касается жертв преступлений, то они не всегда получают возмещение убытков и, как ни парадоксально, страдают уже больше от самого государства»⁶⁰.

Многие столетия перед наказанием не стояло никаких целей кроме устрашения и сатисфакции. Исторически сравнительно недавно – только последние 250–300 лет – перед наказанием стало робко и не всегда последовательно ставиться цель позитивного воздействия на

⁵⁵ *Панченко П. Н.* Весы Правосудия как символ принципа справедливости в уголовном праве: опыт сопоставительного изучения взаимосвязанных уголовноправовых категорий // Научные труды. Российской академии юридических наук. 2003. Вып. 3. Т. 2. С. 581.

⁵⁶ О значении и взаимодействии парных категорий «наказание – поощрение» см.: *Нырков В. В.* Поощрение и наказание как парные юридические категории: Автореф. дис... канд. юрид. наук. Саратов, 2003.

⁵⁷ «Справедливость соотносится с законностью как еда в бистро с сервировкой трапезы из восьми блюд» (*Флетчер Дж., Наумов А. В.* Основные концепции современного уголовного права. М., 1998. С. 489). Сказано очень образно и изумительно точно: любой опытный судья это сразу может подтвердить примерами из собственного опыта.

⁵⁸ Там же.

⁵⁹ *Голик Ю. В., Прошкин Б. Г.* Теоретические вопросы стимулирования поведения человека: социология и право // Актуальные вопросы борьбы с преступностью. Томск, 1990. С. 3–15.

⁶⁰ *Горичева В. Л.* Институт примирения в уголовном процессе: необходимость и условия развития // Материалы научно-практической конференции юридического факультета Елецкого государственного университета им. И. А. Бунина (март 2001 г.). Елец, 2001. С. 63.

постпреступное поведение виновного – исправление и перевоспитание лица, совершившего преступление. Очень быстро выяснилось, что наказание, известное человечеству издревле, имеет очень ограниченные возможности в плане постпенитенциарной корректировки поведения⁶¹. Это позволило сделать естественный для такой ситуации вывод: «Уголовное наказание в текущем столетии

переживало (и переживает! – Ю. Г.) глубочайший кризис»⁶². Тогда же впервые стали высказываться мысли о бессмысленности бесконечного наказания и о необходимости определенной корреляции между наказанием и поощрением в сфере уголовного права⁶³. Одновременно активизировались поиски альтернативных мер наказания⁶⁴ и альтернатив уголовному преследованию⁶⁵. Одной из таких современных форм является медиация – процедура примирения потерпевшего и преступника через посредника. У нас слабый аналог этого института – примирение с потерпевшим, предусмотренное ст. 76 УК РФ. К сожалению, этот институт мало разработан в законодательстве, редко используется на практике и не понят до конца теоретиками⁶⁶. И зря! Усиление частных начал в уголовном праве (не в ущерб публичным!) обязательно будет происходить в ближайшие годы и десятилетия⁶⁷. В противном случае уголовная юстиция просто захлебнется в потоке мелких уголовных дел и перестанет функционировать. Даже в «старой и доброй» Англии это понимают. Как пишет М. Wright: «...медиация может стать важным этапом на пути к пересмотру целей уголовной юстиции, которые должны быть более компенсаторными и менее карательными»⁶⁸.

В определенном смысле слова речь идет о поисках компромисса в уголовном праве и в уголовной юстиции в целом. Мы уже начинали эту работу⁶⁹, но сегодня она идет очень дискретно. Уголовно-правовое поощрение в ряде случаев тоже можно рассматривать как определенного рода компромисс.

Следует отметить, что для русского законодательства вопрос о применении поощрения стоял изначально, что зафиксировано уже в первых письменных источниках права⁷⁰. В Европе эта тенденция проявилась позже. Мы продолжаем эти традиции и сегодня, вводя в научный оборот понятие поощрительной правовой политики⁷¹.

При таком положении дел исследователи объективно были вынуждены искать иные нетрадиционные способы, приемы и механизмы воздействия на лиц, вступивших в конфликт

⁶¹ Козаченко И. Я. Санкции за преступления против жизни и здоровья: обусловленность, структура, функции, виды. Томск, 1987; Козлов А. П. Система санкций в уголовном праве. Красноярск, 1991; Кристи Н. Пределы наказания. М., 1985; Усс А. В. Социально-интегративная роль уголовного права: Автореф. дис... докт. юрид. наук. Томск, 1994 и др.

⁶² Лунеев В. В. Преступность XX века. Мировые, региональные и российские тенденции. М., 1997. С. 478–479. Об этом же неоднократно писал в своих работах Н. Кристи.

⁶³ Фуко М. Надзирать и наказывать. Рождение тюрьмы. М., 1999.

⁶⁴ Лайне М. Криминология и социология отклоненного поведения. Хельсинки, 1994. С. 152–155. Одним из первых стал поднимать эту проблему в своих работах М. Ансель.

⁶⁵ Головки Л. В. Альтернативы уголовному преследованию в современном мире. СПб., 2002.

⁶⁶ Ведерникова О. Н. Теория и практика борьбы с преступностью в условиях современной западной демократии: канадская уголовно-правовая модель // Государство и право. 2004. № 6.

⁶⁷ При этом мы всегда должны помнить, что, как писал Е. Б. Пашуканис: «Разделение между публичным и частным правом представляет специфические трудности уже потому, что провести границу между эгоистическим интересом человека как члена гражданского общества и всеобщим отвлеченным интересом политического целого возможно лишь в абстракции» // Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. V. Россия конец XIX–XX в. М., 1999. С. 686.

⁶⁸ Wright M. Victims, mediation and criminal justice // The criminal law review. 1995. № 3. P. 199.

⁶⁹ Аликуперов Х. Д. Преступность и компромисс. Баку, 1992.

⁷⁰ Киселева О. М., Малько А. В. Институт правового поощрения в России: историко-юридический аспект // Правоведение. 1999. № 3. С. 32–41. См. также: Гуцина Н. А. Поощрительные нормы российского права: теория и законодательная практика. СПб., 2003.

⁷¹ Малько А. В. Льготная и поощрительная правовая политика. СПб., 2004.

с законом. Естественно, что постепенно в поле зрения теоретиков попало поощрение как прямая противоположность наказанию⁷². В этом нет ничего удивительного, ибо уже очень давно и очень многими было подмечено, что с помощью поощрения можно достичь значительно больших результатов, чем с помощью наказания. Во всяком случае народная мудрость, выраженная в пословицах: «Ласковое слово пуще дубины», «Не все таской, ино и лаской», «Одной карой пороков не истребишь» и многих им подобных, появилась не вчера.

Постепенно изучение теории уголовно-правового поощрения перестает быть уделом одинок⁷³. Даже А. С. Горелик, уже не один десяток лет занимающийся библиографией уголовно-правовой литературы, выделил в двух последних библиографических справочниках специальную рубрику «Поощрительные нормы в уголовном в уголовном праве»⁷⁴.

Таким образом, уголовно-правовое поощрение из полумифической темы стало темой научной и практической работы. В новом Уголовном кодексе количество поощрительных норм заметно увеличилось⁷⁵. Да и сама тема вознаграждения стала более изучаемой представителями уголовно-правовой теории⁷⁶. Все это заставляет по-иному взглянуть на данную тему и в контексте преподавания уголовного права.

Иногда расширение сферы действия уголовно-правового поощрения ошибочно связывают с либерализацией уголовного права. Делать этого ни в коем случае нельзя. Мало того, что либерализация как таковая очень плохо корреспондирует с уголовно-правовым преследованием, имеющим всегда карательный характер (степень и мера кары – это уже совсем другой вопрос), с конкретным состоянием дел в сфере борьбы с преступностью в нашей стране⁷⁷, так еще и полностью игнорируется то обстоятельство, что, поняв это, на Западе о либерализации в уголовной юстиции перестали говорить еще в середине 70-х гг., и с тех пор не было попыток к этому вернуться.

И вообще по заключению многих ведущих специалистов «золотой век» либерализма давно прошел, и возвращаться не собирается. Так патриарх современной политической мысли, который, видимо, ни разу не ошибался в своих прогнозах и оценках, за что активно нелюбим большинством политиков и на Западе и на Востоке, И. Валлерстайн уже достаточно давно говорит и пишет о крахе либерализма⁷⁸.

⁷² Галкин В. М. Система поощрений в советском уголовном праве // Советское государство и право. 1977. № 2. С. 91–96.

⁷³ Аликперов Х. Д. Проблемы допустимости компромисса в борьбе с преступностью: Автореф. дис... докт. юрид. наук. М., 1992; Звечаровский И. Э. Посткриминальное поведение личности: ответственность и стимулирование: Автореф. дис... докт. юрид. наук. СПб., 1993; Голик Ю. В. Позитивные стимулы в уголовном праве (понятие, содержание, перспективы): Автореф. дис... докт. юрид. наук. М., 1994; Елеонский В. А. Поощрительные нормы уголовного права и их значение в деятельности органов внутренних дел. Хабаровск, 1984; Сабитов Р. А. Уголовно-правовое регулирование посткриминального поведения: Автореф. дис... докт. юрид. наук. Л., 1988; Сизый А. Ф. Поощрительные нормы десяток лет занимающийся библиографией уголовно-правовой литературы, выделил в двух последних библиографических справочниках специальную рубрику «Поощрительные нормы уголовно-исполнительного права как средство формирования правомерного поведения осужденных (проблемы теории и практики): Дис... докт. юрид. наук. Рязань, 1995; Тарханов И. А. Поощрение позитивного поведения и его реализация в уголовном праве (вопросы теории, нормотворчества и правоприменения): Автореф. дис... докт. юрид. наук. Казань, 2002.

⁷⁴ Советское уголовное право: Библиографический справочник (1981–1985 гг.). Красноярск, 1987. С. 29; Уголовное право: Библиографический справочник (1986–1995 гг.). СПб., 1996. С. 55–58.

⁷⁵ Мелтонян Р. М. Поощрительные нормы Уголовного кодекса Российской Федерации: Дис... канд. юрид. наук. Рязань, 1999; Семенов И. А. Поощрительные нормы в уголовном законодательстве России: Дис. канд. юрид. наук. Елец, 2002.

⁷⁶ Лысенко О. В. Уголовно-правовые аспекты незаконного вознаграждения: Дис... канд. юрид. наук. М., 2002. Важно, что в работе речь идет не о стимулировании правомерного поведения, а о стимулировании неправомерного уголовного-правового поведения.

⁷⁷ Недаром, отвечая на вопрос, вынесенный в заголовок своей статьи, один из известных современных отечественных криминологов прямо заявляет: «...уголовная политика не может и не должна быть либеральной во время разгула преступности» (Алексеев А. Должна ли уголовная политика быть либеральной? // Российская Федерация сегодня. 2003. № 11. С. 30).

⁷⁸ Валлерстайн И. Анализ мировых систем и ситуация в современном мире. СПб., 2001. С. 302–346; Wallerstein I. Who excludes whom? Or the collapse of liberalism and the dilemmas of antisystemic strategy. Binghamton (N. Y.), 1991 и др.

Другой современный исследователь Дж. Грей даже ввел особый термин – «агональный либерализм»⁷⁹. Все это заставляет быть более внимательным в оценках и подходах к реформированию действующего уголовного законодательства. К сожалению, уже не раз бывало, что наша обществоведческая мысль плелась, далеко отстав от западной. Не следует повторять таких ошибок.

Мораль и уголовное право – вот неисчерпаемый источник вдохновения и полета мысли исследователя! Наверное, нет ни одного института уголовного права, который бы не замыкался в конечном счете на мораль и нравственность. «Сплошь и рядом начала нравственности смягчают неизбежную строгость и неумолимость начал права»⁸⁰. Эти слова, написанные известным русским теоретиком и философом права И. В. Михайловским (в настоящем издании публикуются небольшие фрагменты из его работы «Очерки философии права») в начале прошлого века, как нельзя лучше объясняют, почему мы не можем обойтись в праве – а в уголовном особенно – без исследования нравственных категорий.

Есть несколько работ, специально посвященных этой теме, но они не могут даже перечислить весь круг проблем, требующих своего осмысления под этим углом зрения⁸¹. Упомяну только одну проблему, которая остро обсуждается у нас последнее десятилетие.

Речь идет о смертной казни. Нравственно ли наказывать, да еще смертной казнью? Этот вопрос, как правило, волнует общественное мнение в периоды смуты и неустойчивости в обществе, в периоды «великих перемен». В такой период времени правовая система становится неэффективной, законы не действуют, нарушение порядка становится явлением обычным и привычным, образовательный и культурный уровень народа падает на глазах. Стараясь вернуть нормальное течение жизни, люди хватаются за любые идеи, среди которых особую привлекательность находят радикальные идеи. Из истории давно известно, что система уголовных кар и ее жестокость напрямую зависит от нравственно-культурного развития народа: чем меньше он образован, тем строже и жестче у него наказания⁸². Идея смертной казни как абсолютного наказания в такой ситуации просто не может не привлекать к себе внимания.

При восстановлении порядка, торжестве справедливости и полномесном действии принципа неотвратимости наказания вопросы суровости наказания очень быстро отойдут на второй план. Когда любой человек, народ, общество будут видеть, что зло в каждом своем проявлении получает по заслугам, виновного наказывают, вопросы размера и вида наказаний, налагаемых на виновных, спокойно и без дискуссий будут переданы на усмотрение профессионалов, то есть судей. И никто не увидит в этом ничего необычного. Люди же не устраивают массовых дискуссий по поводу того, как управлять самолетами, выращивать капусту или проводить аортотокоронарное шунтирование. И это правильно.

На этом примере, на мой взгляд, прекрасно видно, что проблема преступности и борьбы с ней – это прежде всего нравственная проблема. Законодатель и правоприменитель должны исходить из этого и не пытаться исправить положение принятием большого количества законов, которые в условиях нравственной деградации общества не только не исполняются, но даже

⁷⁹ Грей Дж. Поминки по Просвещению. М., 2003. С. 131–172. На мой взгляд, очень ярким примером агонального либерализма в современной социальной практике является разрешение – с соответствующим юридическим оформлением – официальных однополых браков и браков с животными, известное законодательству некоторых стран. В других же странах за подобного рода деяния устанавливается или даже усиливается уголовная ответственность. Это не просто агональный либерализм, а агональный либерализм, за которым с неизбежностью следует вымирание, летальный исход. Если верить Библии, такие случаи в истории человечества уже встречались – Содом и Гоморра – два города, жители которых погрязли в распутстве и были за это испепелены огнем, посланным с неба. Есть и другие примеры, как-то привлечение к ответственности производителей табачных изделий по иску неизлечимых раковых больных за то, что производители слабо агитировали курильщиков бросить курить. Примеров, как ни странно, множество и не видеть их может только слепой.

⁸⁰ Русская философия права: философия веры и нравственности: Антология. СПб., 1997. С. 257.

⁸¹ Карпец И. И. Уголовное право и этика. М., 1985; Кузнецова Н. Ф. Уголовное право и мораль. М., 1967; Никулин С. И. Нравственные начала уголовного права. М., 1992 и др.

⁸² Ступин М. История телесных наказаний в России. Владикавказ, 1887. С. 5–6.

не читаются. Причем, не читаются уже проекты законов, которые законодатели принимают в соответствии с достаточно демократической процедурой.

Естественно, что все это ведет к правовому нигилизму и росту преступности. На каком-то этапе это начинает приобретать очень опасные масштабы. «Почти все страны Запада сегодня находятся в той ситуации по отношению к праву, что ведет к презрению к закону со стороны всех классов населения»⁸³.

Где же выход? Он, как ни странно, давно известен: заниматься прежде всего профилактикой преступлений и правонарушений. «Хороший законодатель не столько заботится о наказаниях за преступления, сколько о предупреждении преступлений; он постарается не столько карать, сколько улучшать нравы»⁸⁴. Это сказал Ш. Монтескье (можно также привести очень известные слова Ч. Беккариа и многих других ученых), но на самом деле это – мудрость тысячелетий: «*nemo prudens punit ut praeterita revocentur, sed ut futura praeveniatur*» – мудрый человек наказывает не для того, чтобы аннулировать совершенные действия, а для того, чтобы предупредить будущие⁸⁵. Сенека говорил чуть иначе: «*nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne ressetur*» – никакой мудрец не наказывает за то, что совершено, а для того, чтобы это (впредь) не совершалось⁸⁶.

Причинная связь. В теории уголовного права, наверное, нет более «философской» темы, чем проблема причинной связи. Споры на эту тему велись задолго до того, как оформилось само уголовное право как отрасль права и как отрасль науки. Продолжаются они и сегодня. Существует огромный объем литературы по этой проблеме, хотя собственно проблеме причинной связи как обязательному элементу состава преступления посвящено, может быть, не так уж и много специальных работ⁸⁷. Сегодня уже очевидно, что нет и не может быть универсального решения причинной связи, пригодного на все времена и случаи жизни. Точные науки свидетельствуют, что связь между причиной и следствием не исчерпывается собственно причинной зависимостью. Она может быть значительно более сложной, опосредованной. В социальных системах это проявляется не столь заметно, но все же появляется и в будущем таких случаев будет все больше и больше.

Дело в том, что поведение человека, функционирование его организма и отдельных органов становится все более сложным и часто зависимым от внешней среды: сложные биоэнергетические протезы, всевозможного рода стимуляторы, медикаментозные препараты и трансгенные продукты – количество и качественные параметры тех и других несмотря ни на что будет увеличиваться из года в год – с неизбежностью сказываются на поведении человека: замедляют или ускоряют его реакцию или процессы обмена веществ в организме, изменяют физиологические параметры и возможности организма постепенно меняют характер человека, что сказывается на его отношении к окружающему миру и т. д. Мы даже не можем представить себе всего того, с чем человек столкнется к концу своей жизни или через пару-другую поколений. Одна компьютеризация всей нашей жизни чего стоит!

Разумеется, все это не может не сказаться на особенностях протекания причинно-следственных связей между поступком и последствием этого поступка. Кроме того, все это обязательно скажется и на оценке этого процесса сторонним наблюдателем. Значит, это коснется

⁸³ Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 54.

⁸⁴ Монтескье Ш. Л. О духе законов. М., 1999. С. 78.

⁸⁵ Латинская юридическая фразеология. М., 1979. С. 171.

⁸⁶ Бойко А. И. Указ. соч. С. 119.

⁸⁷ Отмечу только три самые фундаментальные работы по времени их выхода в свет: Церетели Т. В. Причинная связь в уголовном праве. М., 1963; Малинин В. Б. Причинная связь в уголовном праве. СПб., 2000; Ярмыш Н. Н. Теоретические проблемы причинно-следственной связи в уголовном праве (философско-правовой анализ). Харьков, 2003. Нельзя не заметить, что между выходом в свет первой и второй работы прошло более сорока лет (первое издание монографии Т. В. Церетели вышло в Тбилиси в 1957 г.), а вторую от третьей отделяет всего три года.

и уголовного права. Мы никогда не сможем подготовиться к грядущим изменениям в полной мере, но это не означает, что мы вообще не должны к ним готовиться. В этой связи следует отметить последнюю работу А. А. Тер-Акопова, которую сам автор уже не увидел⁸⁸. Он поднял серьезнейший пласт проблем, связанных с уголовно-правовым значением связей, которые характеризуются отсутствием непосредственной физической передачи материи, энергии и движения от причины к следствию. Рассмотрению подверглись малоизученные современной теорией проблемы психической причинности, духовно-нравственной причинности и их значение для уголовного права.

Очень важный вопрос о сублимации в уголовном праве. Речь идет о том, что люди крайне неохотно расстаются с чем-то, к чему они привыкли (и неважно, о плохом или хорошем идет речь). Мы, нынешнее поколение живущих людей, привыкли к тому, что пыток в уголовном праве и уголовном процессе нет. Они запрещены, за них наказывают. Показания, полученные под пытками, не принимаются судом – так записано в законах ряда стран. Но так было не всегда. Еще совсем недавно все было по-другому. Долгие столетия пытки в уголовной юстиции, а равно членовредительские наказания были обычной повседневной практикой. Были и публичные казни – сегодня их тоже почти нигде нет. Все это было совсем недавно по историческим меркам.

Так, во время Французской революции, когда виселицы были заменены по требованию народа гильотинами – более демократичным способом наказания (отрубали головы только представителям знати, а всех простолюдинов «просто» вешали), тот же самый народ стал требовать: «Верните виселицы! Нам ничего не видно»⁸⁹. Что делать: люди патологически любят смотреть на казни себе подобных. Вот описание казни во Франции приблизительно в то же время – в середине XVIII в.: «Казнь была назначена на пять часов пополудни. Уже утром пришли первые любители зрелищ и обеспечили себе места. Они принесли с собой стулья и скамейки, подушки для сидения, провизию, вино и привели своих детей. Когда ближе к полудню со всех сторон к городу начали стекаться толпы сельского люда, на площади у заставы Дю-Кур уже было так тесно, что новоприбывшим пришлось располагаться на полях и в садах, разбитых террасами на склонах плато, и вдоль дороги на Гренобль. Бродячие торговцы уже развернулись вовсю, люди ели, пили, кругом стоял шум и смрад, как на ярмарке. Вскоре собралось тысяч десять народу, больше, чем на праздник Королевы Жасмина, больше, чем на самый большой крестный ход, больше, чем когда-либо вообще собиралось в Грасе. Люди усыпали все склоны. Они залезали на деревья, они карабкались на стены и крыши, они десятками, дюжинами теснились в проемах окон. Лишь в центре площади, за барьером ограждения, словно вырезанное ножом из теста человеческой толпы, еще оставалось свободное место для трибуны и эшафота, который стал совсем маленьким, как игрушка или сцена кукольного театра»⁹⁰.

Но вернемся к пыткам. Вот как писал А. С. Пушкин в «Капитанской дочке» в начале XIX в. о событиях второй половины века предыдущего: «Пытка в старину так была укоренена в обычаях судопроизводства, что благодетельный указ, уничтоживший оную, долго оставался без всякого действия... В наше же время никто не сомневался в необходимости пытки, ни судьи, ни подсудимые»⁹¹.

⁸⁸ Тер-Акопов А. А. Преступление и проблемы нефизической причинности в уголовном праве. М., 2003.

⁸⁹ Фуко М. Надзирать и наказывать. Рождение тюрьмы. М., 1999. С. 87.

⁹⁰ Зюскинд П. Парфюмер: История одного убийцы. СПб., 2003. С. 272–273.

⁹¹ Пушкин А. С. Соч. М., 1987. Т. 3. С. 268, 269. Через тридцать с небольшим лет уже в «Идиоте» Ф. М. Достоевского Ипполит, умирающий от чахотки и рассматривающий возможность убить кого-нибудь, «хоть десять человек разом», провозглашает: «... в какой просак поставлен бы был предо мной суд с моими двумя-тремя неделями сроку и с уничтожением пыток и истязаний?» (Достоевский Ф. М. Полн. собр. соч. Л., 1973. Т. 8. С. 342). В этой фразе восторг по поводу бессилия суда перемешивается с сожалением об отмене пыток.

Мы же об этом совсем забыли, и нынешнее положение дел воспринимаем как данность. Что говорить об уголовном праве, если крепостное право на Руси – форма рабства – было отменено только в 1861 г. Сегодняшние ветераны помнят живые рассказы тех, кто в этом рабстве был. А в Трансваале – одна из провинций нынешней ЮАР – рабство было отменено только в 1901 г. Фактически же оно еще какое-то время сохранялось.

А теперь собственно о сублимации: пыток нет, но они есть. Просто они приобрели другой вид. Например, предварительный арест тогда, когда он не вызывается необходимостью. Наиболее ярко это было продемонстрировано в так называемом «деле ГКЧП». Позже это стало демонстрироваться на бизнесменах, вступивших в конфликт с законом. У меня и в мыслях нет защищать тех, кто несправедливо обогатился, но закон един для всех: и для «белых» и для «черных».

Задача же подобных действий власти проста и очевидна: запугать, сломить волю, подавить всякую попытку сопротивления. Никакого отношения к правосудию, законности и восстановлению справедливости это не имеет, и иметь не может. Рано или поздно это даст прямо противоположный эффект, который может проявиться в самой неожиданной ситуации в самое неожиданное время.

Другой аспект проблемы – лишение свободы в условиях тотальной туберкулизации некоторых колоний у нас в стране. Даже кратковременное помещение в такую среду вполне здорового человека может сделать его инвалидом. Сегодня по стране таких случаев – тысячи, а может, и десятки тысяч. Среди пострадавших есть и достаточно известные персоны. Конечно, в других странах эта проблема тоже есть и даже в более страшном варианте – ВИЧ-инфекция (впрочем, и у нас эта тема последнее время становится более чем тревожной).

В отдельные исторические периоды, как показывает наш исторический опыт, «пытка заключением» – была целой политикой. У нас это период 30-50-х гг. прошлого века. Затем был период контрполитики, когда была поставлена задача «разтюремления зоны».

Почему так происходит? Проще всего списать все на власть, но власть очень часто делает только то, что ей позволяют делать люди и что эти люди ждут от власти.

Принципы уголовного права – вопрос, который никак нельзя обойти вниманием.

Задачи, стоящие перед уголовным правом, могут решаться только тогда, когда все участники правообеспечительного процесса соблюдают одни и те же принципы, которые соответствуют целям государства в сфере борьбы с преступностью. Если цель декларируется одна, а принципы исповедуются совсем иные, то рассчитывать на какие-то успехи и достижения нельзя изначально. Это свидетельствует о том, что правильное определение принципов и тем более правильное закрепление их в законе – не простой юридико-технический акт и не простое заявление законодателем своей политической позиции. За этим стоит значительно большее: эффективность действия уголовного закона, его реальное влияние на динамику и уровень снижения преступности.

Принцип в любой теории – это основное, исходное, начальное положение самой этой теории, на котором строится все остальное теоретическое «здание». Уголовно-правовые принципы – *это основополагающие, базовые установки и предписания, на которых зиждется все уголовное право. Эти требования обращены к законотворческой и правоприменительной деятельности, к поведению граждан.*

Принципы уголовного права не могут формулироваться законодателем произвольно, исходя из сиюминутных настроений или политических пристрастий. Это волюнтаризм, который не приносит пользы в борьбе с преступностью.

Принцип любой отрасли права – это объективно-субъективная категория, которая обусловлена историческими, экономическими, социальными, политическими и нравственными закономерностями развития и функционирования общества и государства, общественно-экономической формации в целом. Для уголовного права это означает, что законодатель, форму-

лируя принципы уголовного права, должен реально оценивать состояние, динамику и уровень развития преступности, экономические и материальные возможности общества по обеспечению надлежащего функционирования органов уголовной юстиции, уровень толерантности (терпимости) общества к антисоциальным проявлениям и поступкам и уровень нравственного развития общества (допустимость пыток, смертной казни, членовредительских наказаний, пожизненного лишения свободы, каторжных работ и т. д.), уровень социальных ожиданий, существующих в обществе по отношению к деятельности государства. Иными словами, законодатель, формулируя принципы уголовного права, должен реально и объективно представлять себе то общество, в котором он живет, и где будет действовать создаваемый им закон.

После принятия Уголовного кодекса 1996 г. перед нами остро стоит вопрос: «Стоит ли доктринальные модели принципов закреплять в уголовном законе?» Мы, теоретики, хорошо знаем: то, что хорошо в теории, вовсе не обязательно будет хорошо в законе.

Действительно, если принципы – основополагающие категории, то есть категории почти объективной реальности, ибо уголовное право должно базироваться на объективных условиях нашего бытия и не более того, то почему в Уголовном кодексе закреплено пять принципов, а не восемь, как было в Основах уголовного законодательства Союза ССР и республик 1991 г., или не двадцать, как предлагали некоторые теоретики? Если это большое достижение, то почему его «слегка» восприняли в странах СНГ и совсем не заметили в странах «дальнего зарубежья» – нигде в мире законодательного закрепления принципов и тем более законодательного наполнения их содержания до сих пор не было и нет? Почему, наконец, при попытке построить демократическое общество принцип демократизма исчез из закона? Эти вопросы не праздные, поскольку в той или иной форме они каждый день встают перед сотнями работников судебно-следственной системы, непосредственно работающих с Уголовным кодексом.

Следует также помнить, что Модельный уголовный кодекс для стран – участниц СНГ (это рекомендательный законодательный акт, принятый Межпарламентской ассамблеей стран СНГ в феврале 1996 г.) устанавливает семь принципов и при этом говорит о принципах Уголовного кодекса и уголовной ответственности, что методологически более верно. Присутствие принципов в Модельном законодательном акте, являющемся в определенном смысле слова отправной точкой для разработки национальных правовых актов, вполне оправданно.

Ф. М. Решетников вскоре после принятия Уголовного кодекса сделал вывод, что закрепление в нем принципов и тем более их нормативное наполнение – «это явный пережиток прежнего УК» и неудача⁹². Я с ним полностью согласен.

Остановимся на проблеме метода. Как ни странно, вопрос о методе уголовного права не привлекал длительное время серьезного внимания ученых. В советский период это отчасти объяснялось «решением» всех принципиальных вопросов теорией марксизма-ленинизма, когда в любом учебнике по уголовному праву (равно как и в любом другом учебнике по любой иной учебной дисциплине) можно было прочесть, что универсальным методом познания является всеобщий метод диалектического материализма. Так или почти так было долгие годы. Например, один из первых послевоенных учебников по уголовному праву утверждал: «Советская наука уголовного права, как и вся советская наука, основана на единственно подлинно научном методе – методе материалистической диалектики»⁹³.

В какой-то мере это объяснялось элементарным страхом теоретиков поднимать острые вопросы, которые становились действительно острыми и в жизни, а не только на бумаге. Доста-

⁹² Решетников Ф. М. Уголовный кодекс РФ в сопоставлении с уголовным законодательством стран Запада // Журнал российского права. 1998. № 2. С. 75.

⁹³ Советское уголовное право. Часть Общая. М., 1952. С. 15.

точно вспомнить поиски вредителей в теории уголовного права, прокатившиеся волной по судьбам многих людей⁹⁴.

Все это и привело к тому парадоксальному положению, когда по животрепещущему вопросу практически нет специальных работ хотя бы в виде отдельных статей. Все ограничивалось рассмотрением этого вопроса в учебниках и редких курсах уголовного права. Справедливости ради, следует отметить, что в дореволюционной отечественной уголовно-правовой литературе положение было не лучше. Внимание исследователя может привлечь едва ли не единственная работа того периода на эту тему профессора С. П. Мокринского⁹⁵.

Между тем вопросы методологии, метода исследования становятся весьма актуальными в переломные моменты истории, когда сама жизнь заставляет «по-новому оценивать и даже переоценивать многие традиционные методологические постулаты»⁹⁶.

Понятия «метод» и «методология» зачастую смешивают, употребляют как синонимы. Это приводит к размыванию границ и того и другого понятия, и затрудняет восприятие, напускается туман наукообразия. К сожалению, этот вирус научной некорректности проникает иногда очень глубоко. Например, журнал «Советское государство и право», анонсируя цитируемую статью А. В. Наумова, на обложку вынес совсем иной заголовок: «О методах в науке уголовного права». Естественно, пользы от этого никакой, а вред может быть заметным.

Метод – это способ получения результата, избранный исследователем путь познания, конкретные приемы и операции действия и воздействия⁹⁷. Поэтому в уголовном праве целесообразно рассматривать метод в двух аспектах: во-первых, метод познания, метод изучения уголовно-правовой материи и, во-вторых, метод правового регулирования общественных отношений. В первом случае можно говорить о методе науки уголовного права, а во втором – о методе уголовного права как отрасли права.

*Методология*⁹⁸ – понятие интегральное, объединяющее в себе ряд компонентов: мировоззрение и фундаментальные теоретические концепции, диалектические категории и законы, обще- и частнонаучные методы. Поэтому методологию нельзя сводить к одному из названных компонентов, в том числе и к методу. В противном случае за ее пределами останутся другие составные части⁹⁹. В равной степени методологию нельзя сводить и к простой сумме различных компонентов. В сумме своей они образуют некое новое качество, с арифметической точки зрения значительно большее, чем просто сумма качественных и количественных характеристик составляющих ее элементов.

Метод позволяет узнать одну из сторон изучаемого явления. Методология позволяет познать сущность этого явления¹⁰⁰. При этом методология – не инструмент, а «матрица, фор-

⁹⁴ Волков Г. И. Классовая природа преступлений по советскому уголовному праву. М., 1935; Маньковский Б. С. Положение на фронте теории социалистического уголовного права. М., 1938; Славин И. Вредительство на фронте советского права. Л., 1931. Само название этих работ говорит за себя: «фронт», «вредительство». Можно подумать, что авторы ставили перед собой задачу одолеть не преступность, а тех, кто ей действительно противостоял. Позже эти работы прятали в спецхраны, уничтожали, но рукописи, как известно, не горят, а книги тем более. Пусть эти и подобные им работы будут вечным напоминанием и предупреждением, что честь ученого не пустое слово, а брошенный попусту камень вернется рано или поздно бумерангом.

⁹⁵ Мокринский С. П. Система и методы науки уголовного права // Вестник права. 1906. Кн. 3. С. 21–53.

⁹⁶ Наумов А. В. Обновление методологии науки уголовного права // Сов. государство и право. 1991. № 12. С. 23.

⁹⁷ О многообразии методов правовой науки в целом см.: Сырых В. М. Метод правовой науки. М., 1980.

⁹⁸ О методологии права см.: Луквич Р. Методология права. М., 1981.

⁹⁹ Керимов Д. А. Философские основания политико-правовых исследований. М., 1986. С. 33.

¹⁰⁰ Вот одно из характерных определений: методология науки уголовного права – это «базирующаяся на принципах материализма научное познание (исследование) сущности уголовно-правовых институтов как специфических общественных явлений, адекватно отражающее их диалектическое развитие» (Горбуза А. Д., Козаченко И. Я., Сухарев Е. А. Понятие методологии уголовно-правовой науки // Уголовно-правовые меры борьбы с преступностью в условиях перестройки. Свердловск, 1990. С. 11).

мирующая необходимый набор поискового инструмента, позволяющего отразить специфическую сущность конкретного социально-правового явления»¹⁰¹.

Методология – это система координат, а метод – вектор поиска и действия. Система координат может быть построена только на основе приверженности какой-либо одной методологической линии, что не исключает стремления – по мере накопления знаний – объединить различные интеллектуальные традиции и подходы. Это определяется «действительными потребностями познания»¹⁰².

Метод и методология – понятия разные, но тесно связанные друг с другом.

К сожалению, эти простые и, казалось бы, ясные положения почти не учитываются в работах по теории уголовного права.

Фикции в УП – это относительно новое понятие в современном уголовном праве¹⁰³, хотя фикции как таковые известны праву, в том числе уголовному, очень давно. Необходимая оборона – одна из таких фикций. Недостаточная проработка философских основ этого явления (фикции) и конкретных институтов (необходимая оборона) иногда приводят к достаточно парадоксальным выводам. Так, Д. А. Корецкий и С. Ф. Милюков сначала врозь, а затем и объединив усилия, стали настаивать на существовании и необходимости развития внесудебных репрессий на законной основе¹⁰⁴. Логика их рассуждений проста и понятна: работники правоохранительных органов, применяя репрессивные меры на вполне законных основаниях, наказывают, в том числе и смертной казнию, тех, кто покушается на закон. При этом они специально подчеркивают, что подобного рода действия полностью укладываются в рамки необходимой обороны (я бы еще упомянул производный институт задержания преступника).

Нравится им это или нет, но все современные словари толкуют термин репрессия однозначно: карательная мера, наказание. Наказание, согласно общепризнанным международным документам, Конституции и законодательству РФ, применяется только судом. Зачем же в этой ситуации «городить огород», внося определенную путаницу? Сам Уголовный кодекс и теория уголовного права позволяют обходиться без ненужного «умножения сущностей», давно выработав соответствующие институты, понятия и подходы. Если уж очень хочется перейти на некий новый понятийный уровень, то делать это надо более корректно. Например, как Н. В. Щедрин, разрабатывающий тему и, надеюсь, институт мер безопасности¹⁰⁵. Во всяком случае, это более понятно и более философски обоснованно.

Что касается позиции Д. Корецкого и С. Милюкова, то она и логически упречна. Настаивая на термине «внесудебная репрессия», они под таковой предлагают понимать и возрождение институту объявления вне закона, причем это право, по их мнению, должно быть предоставлено исключительно Верховному Суду России¹⁰⁶. Странная внесудебная репрессия, применяемая исключительно по решению (или приговору?) Верховного Суда.

Есть и более радикальная, даже нелепая позиция профессора О. В. Старкова, предлагающего вообще без суда и следствия, а только на основе оперативной информации – проверенной и перепроверенной – повсеместно и поголовно физически уничтожать в течение суток лидеров и авторитетов преступного мира «с последующим надзором прокуратуры»¹⁰⁷ (то есть сначала искрошить в капусту из автоматов, а потом предложить прокурору по оставшимся подметкам

¹⁰¹ Там же.

¹⁰² Малинова И. П. Философия правотворчества. Екатеринбург, 1996. С. 27.

¹⁰³ Паныко К. К. Фикции в уголовном праве и правоприменении. Воронеж, 1998.

¹⁰⁴ Корецкий Д., Милюков С. Внесудебная репрессия как законный способ борьбы с преступностью // Уголовное право. 2004. № 1. С. 112–114.

¹⁰⁵ Щедрин Н. В. Меры безопасности как средство предупреждения преступности: Автореф. дис... докт. юрид. наук. Екатеринбург, 2001.

¹⁰⁶ Корецкий Д., Милюков С. Указ. соч. С. 113.

¹⁰⁷ Старков О. В. Криминология. М., 2004. С. 96.

подсчитать и заактировать). Тех же, кто не был подвергнут физическому уничтожению на первом этапе, автор предлагает опять же поголовно арестовать и приговорить к смертной казни или в крайнем случае к пожизненному лишению свободы. Хорошо, что хоть вообще о суде вспомнил.

Конечно, такие высказывания, даже если они облачаются в наукообразную форму и нагружены соответствующей терминологией, не имеют никакого отношения к праву и могут рассматриваться только как выверты теоретической мысли. Жаль, что мои коллеги слишком снисходительно относятся к таким пассажирам.

В. С. Овчинский едва ли не единственный, кто постоянно и целенаправленно отстаивает идеи права как таковые, не боясь обострения отношений¹⁰⁸.

Преступление и наказание: что первично, а что вторично. Казалось бы, вопроса нет: первично, разумеется, преступление. Без преступления нет наказания. Наказание без преступления это либо произвол, либо ошибка. Именно преступление породило наказание как реакцию общества на нарушение сложившегося порядка. Это логично. Но общество не всегда развивается согласно установленным правилам. Недаром на Западе в свое время в противовес материалистической диалектике появилась и активно развивалась философская теория эмерджентности, согласно которой возникновение нового качества или даже качественно нового параметра непознаваемо и не основано на естественных закономерностях развития природы и общества. В изучаемой нами сфере мы наблюдаем сегодня, что уголовная юстиция становится объективно заинтересована в том, чтобы были преступления, так как она – юстиция – «распоряжается» наказаниями. Об этом блестяще написал всемирно известный криминолог Н. Кристи¹⁰⁹

¹⁰⁸ Овчинский В. С. Мафия, радикализм и право // Россия в глобальной политике. 2004. Т. 2. № 2. С. 67–76.

¹⁰⁹ Кристи Н. Борьба с преступностью как индустрия. Вперед, к Гулагу западного образца? М., 1999.

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.