
А. И. Бойко

**СИСТЕМА И СТРУКТУРА
УГОЛОВНОГО
ПРАВА**

**Том III
Структура уголовного права
и его идентификация
в национальной юриспруденции**

Ростов-на-Дону
Издательство СКАГС
2008

УДК 343.2
ББК 67.408
Б 77

Рецензенты:

доктор юридических наук, профессор

А. И. Бойцов (г. Санкт-Петербург)

доктор юридических наук, профессор,

заслуженный деятель науки Российской Федерации

В. П. Малков (г. Казань)

кафедра уголовного права

Дальневосточного государственного университета

(г. Владивосток)

Б 77 Бойко А.И.

Система и структура уголовного права: В 3-х т. Том III: Структура уголовного права и его идентификация в национальной юриспруденции. – Ростов н/Д: Изд-во СКАГС, 2008. – 508 с.

ISBN 978-5-89546-449-6

Нет в мире взрослого человека, не слышавшего об уголовном праве и не представляющего себе его азы, т.е. основные принципы и технологии борьбы с преступностью. Оно – настоящий цивилизационный феномен с богатейшей историей, тысячами нитей связанный практически со всеми сферами общежития и как бы приглашающий смотреть на себя с самой высокой смотровой площадки. Таковую возможность координатного или широкоформатного обследования уголовного права представляет системный подход – одно из относительно новых методологических направлений и мировоззренческих ориентаций науки одновременно.

Первый том трилогии был посвящён поиску наиболее приемлемого толкования таких общенаучных понятий, как «система» и «структура» и возможностям их приложения к уголовному праву как некоему целостному образованию, второй – анализу внешних зависимостей отрасли от конституционных директив, международных принципов, политики, религии, нравственности и языка. В настоящем томе автор анализирует причины эволюции структуры Уголовного кодекса, трудные проблемы круга источников и технологий толкования текста закона, обсуждает специфику отрасли и её место в национальном юридическом массиве, но главное – приглашает к разговору о наиболее оптимальном методическом сопровождении системного подхода к уголовному праву, показывает ценность сопряжения частных исследовательских приёмов в союзы.

Книга рекомендуется философам, специалистам общей теории права, криминалистам и всем лицам, интересующимся внешними зависимостями и результативностью уголовного права, перспективами его развития и облагораживания.

ISBN 978-5-89546-449-6

УДК 343.2
ББК 67.408

© А.И.Бойко, 2008

*Элите уголовно-правовой науки моей страны,
самостоятельно писавшей книги и диссертации
и уже тем ставшей недосягаемой для многих
потомков, с благоговением посвящается*

Введение к III тому

*Самое непостижимое в мире – то, что он постижим.
А. Эйнштейн*

Общеизвестно, что основной предмет обслуживания уголовного права – преступность как разрушающий гражданское общество феномен – никак не удаётся взять под контроль, ввести в социально-терпимые рамки; более того, в последнее время она стремительно прогрессирует (приобрела организованные формы, выходит за рамки национальных границ) и даже превратилась в существенную препону развития всей цивилизации¹. Это обстоятельство служит существенным раздражителем общественного мнения, основанием постоянных погрёков представителям уголовного права (законодателю, учёным, практикам) в их низкой квалификации, в рутинности культивируемых ими знаний и в неэффективности предлагаемых ими решений по борьбе с преступностью, предопределяет даже повестки дня мировых Конгрессов ООН².

Рост объёмов общественно опасного поведения и неспособность Российской государства обеспечить эффективную защиту своих граждан от преступлений сопровождается целым рядом не-

¹ См. серию исследований *В.В. Лунева* и прежде всего его монографию: Преступность XX века. Мировые, региональные и российские тенденции. – М.: Изд-во НОРМА, 1999. – 516 с. (или 2-е изд-е, перераб. и доп. – М., 2005).

² *Голлик Ю.В., Коробеев А.И.* Преступность – планетарная проблема (К итогам XI Конгресса ООН по предупреждению преступности и уголовному правосудию). – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006 (§§ 1 и 4 главы I, п. 2.6 главы II).

гативных обстоятельств: активным и бессистемным¹ правотворчеством или негодной попыткой властей решать все социальные проблемы директивным образом вместо ставки на саморегуляцию, в результате чего растёт рассогласованность многочисленных законов; трудным процессом приспособления РФ к международным стандартам по борьбе с преступностью, что объясняется большой разницей её и общеевропейского юридического опыта, а также менталитета народов; разрушением духовных стержней общежития, в первую очередь коммунальной морали россиян, а также болезненной заменой их (протестантским) индивидуализмом, более созвучным рыночной экономике.

Ситуация отягощается также реформами, во время которых всегда присутствует большой элемент риска и высокая вероятность ошибок. Первые негативные плоды перемен порождают обычно критику их организаторов и пропагандистов. Однако бесконечные публичные попреки – не лучший выход для интеллекта; назначение истинной науки должно состоять во взвешенной оценке криминальной ситуации, в исследовании её глубинных причин и тенденций, в употреблении координатного или системного стиля мышления с выходом на предложения по коррекции плохо сделанного и недоделанного с тем, чтобы власть поняла и даже согласилась с научным приговором во всех его деталях. Проще говоря, ругая правящую элиту за поклонение очередным импортным идеям жизненного устройства, за корысть, коррупционность, коллаборационизм и даже глупость, её нужно всё-таки и наставлять – в части восстановления системности уголовного законодательства и сбалансированности карательной деятельности.

Но и уголовно-правовая наука сегодня – не образец рассудительности и творческих возможностей², пока как бы подтверждает название вольтеровской статьи «Плохая юриспруденция умножает преступление»³. Когда-то великий Ф. Лист сетовал: «мы находимся лишь в самом начале нашей работы и мы даже не нашли

¹ Только «в 2006 г. Дума приняла свыше 500 Федеральных законов, но Конституционный суд РФ дал более чем половине толкование, ограничивающее их действие, а около 20 признал вообще неконституционными». – *Кудрявцев В.Н., Кузнецова Н.Ф., Комиссаров В.С., Лунеев В.В.* Конституция – это закон и для Государственной Думы // Государство и право. 2007. № 5. – С. 13. См. также: *Милоков С.Ф.* О субъективизме и волюнтаризме в современной законотворческой деятельности // Международное и национальное уголовное законодательство: проблемы юридической техники. Материалы III науч.-практ. конф., состоявшейся на юрид. фак. МГУ им. М.В. Ломоносова 29-30 мая 2003 г. – М.: ЛексЭст, 2004. – С. 51.

² См.: Открытое письмо профессора *А.В. Наумова* академику В.Н. Кудрявцеву // Уголовное право. 2006. № 4. – С. 135-138 и ответ на него: *Кудрявцев В.* Науку уголовного права пора модернизировать // Уголовное право. 2006. № 5. – С. 130-131, а также: *Голтик Ю.В.* Самый гуманный УК в мире // Известия. 2004. 6 марта; *Жалинский А.Э.* О современном состоянии уголовно-правовой науки // Уголовное право. 2005. № 1. – С. 21-24; *Кузнецова Н.Ф.* Мнение ученых о реформе УК (или qui prodest?) Уголовное право. 2004. № 1. – С. 26-27; *её же:* Как реформы либерализма воплотились в реформе УК // «Чёрные дыры» в Российском Законодательстве. 2004. № 3; *Лунеев В.В.* Проблемы юридических наук криминального цикла // Государство и право. 2007. № 5. – С. 39-58.

³ *Вольтер.* Избранные произведения по уголовному праву и процессу / Перев. с фр. – М.: Госюриздат, 1956.

ещё метода, обладание которым давало бы нам основание надеяться на успешное разрешение нашей задачи»¹. С тех пор теория не может гордиться большими успехами на данном пути: «российские криминалисты не смогли ещё должным образом разработать новые методологические подходы, что является одной из актуальнейших задач современной науки»²; в юридических науках криминального цикла «доминирует прикладное направление», а за фундаментальное исследование нередко «принимается механическое списывание норм с законодательства так называемых развитых стран под знаменем вестернизации, демократизации, гуманизации и других политических призывов», что «может принести только вред юридической науке и практике»³; «линейное развитие традиций уголовно-правовой мысли уже недостаточно для решения обострившихся уголовно-правовых проблем»⁴. Эти оценки как бы говорят: нужна новая методологическая ориентация, та познавательная культура, которая позволит возвыситься над частностями, обозреть действующее в обществе уголовное право с самой высокой смотровой площадки и внести рациональные предложения по его модификации.

Так необходимо ещё и по той причине, что уголовное право – одна из *последних* по технологии (очередности) управления общезжитием отраслей права (что доказывается высокой бланкетностью уголовно-правовых запретов), а потому как бы *зависимая* минисистема от других групп юридических предписаний (в первую очередь от норм конституционного, гражданского, административного права). Вместе с экономикой, преступностью, этнокультурой, языком, юридической практикой, наукой, политикой правящей элиты, международными стандартами и т.д. они образуют *внешнюю системную среду* уголовного права, под которую последнее вынуждено подстраиваться в целях самосохранения и решения социальных задач⁵.

Тысячелетний опыт нашей цивилизации, когда были испробованы различные технологии воздействия на преступность (устрашение, публичные казни, ставка на неотвратимость, исправительная цель, «композиции» или практика материальных компенсаций и пр.), показал всю сложность объекта воздействия и скудные аппаратные возможности уголовного права. В силу это-

¹ Проф. Ф. Лист. Общественные факторы преступности // Журнал Министерства юстиции. 1903. № 2. – С. 41.

² Волженкин Б.В. О предмете науки уголовного права: уроки истории // История развития уголовного права и её значение для современности: Материалы V Международной научно-практической конференции, состоявшейся на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова 26-27 мая 2005 г. – М.: ЛексЭст, 2006. – С. 84.

³ Лунеев В.В. Проблемы юридических наук криминального цикла, С. 39.

⁴ Жалинский А.Э. Об экономическом подходе к уголовному правотворчеству // Государство и право. 2007. № 10. – С. 58.

⁵ Видеть весь этот спектр детерминант необходимо хотя бы для того, чтобы не подтверждать горестную оценку И. Бентама, будто «в некоторых случаях правоповедение может быть определено как искусство методического незнания того, что всем известно». – Бентам И. Трактат о судебных доказательствах. – Киев, 1876. – С. 7.

го адепты гуманитарного знания давно условились: поскольку преступность – социальное явление, то и влияние на неё должно быть общесоциальным; что уголовное право есть всего лишь хирургический блок машины госуправления, сильно зависящий от состояния диагностических служб и первичной терапии общества, а потому не решающий болезненную социальную проблему кардинальным образом; что оно лишь несколько приглушает резонансное чувство неудовлетворённости людей уровнем защищённости от криминальных посягательств. Попутно множились негативные оценки криминальных перспектив человечества, согласно которым «преступление также вечно, как смерть и болезнь», а «наказание никогда не исчезнет», будто «меры предупреждения никогда не победят преступности, точно также как величайшее развитие гигиены не победит смерти и болезней»¹; что около 5,6% населения страны всегда будут составлять преступники, и никакие законодательные, организационные, превентивные, кадровые меры на ситуацию повлиять не смогут². Как следствие, предыдущий социальный мажор (установка на непримиримую «борьбу с преступностью») заменяется пессимистической нотой (некоторые специалисты уголовного права и криминологи современности стали предлагать государству и обществу более нейтральное руководство – «противодействие преступности»).

При такой мировоззренческой ориентации подвергаются сомнению не только защитные возможности уголовного права, но и его статус как самостоятельной отрасли юридического регулирования (взгляды Биндинга, В.Г. Беляева, С.В. Поленовой и др.). Социум как бы возвращается на стартовую ступень своего развития в том смысле, что им перепроверяются даже аксиомы, столетиями казавшиеся незыблемыми. Эти соображения подвигают к выбору такого методологического подхода к уголовному праву, который выглядел бы как поиск и учёт максимально возможного числа контактов (связей) уголовного права с окружающей средой (в том числе ранее не замечавшихся или оценивавшихся изолированно) – всё с целью проверки регулятивно-охранительных возможностей уголовного права, причин мимикрии его содержания и структуры, для оценки перспектив сохранения его в качестве цельного объекта. Vulgo, нужно заново посмотреть на уголовное право через призму среды обитания и попытаться объяснить его союзы с партнёрами этой среды, его обновление под внешним давлением.

К проблеме социальных оснований права на волне российских реформ и их результатов обращаются в последнее время теоретики общей юриспруденции. Автор фундаментальной монографии на эту тему³, в частности, отмечает, что: а) «до появления современных научных методологий юристы слабо себе представляли, до какой степени право и его регулятивный потенциал зависят от состояния более широких сфер регулирования, частью которых они являются» (с. 6), в то время как любой объект испытывает

¹ Лист Ф. Преступление как социально-патологическое явление. – СПб., 1900. – С. 18.

² Ли Д.А. Преступность как социальное явление. – М.: Русский мир, 1997. – С. 16.

³ Мальцев Г.В. Социальные основания права. – М.: Норма. 2007. – 800 с.

«направляющее воздействие» внешней среды» (с. 8), а «в процессе регуляции среда подтягивает систему (цельный объект – А.Б.) до своего уровня, не позволяет ей отставать в развитии, а тем более деградировать и распадаться» (с. 14); б) в обществе применяется только многофакторное регулирование, «между регуляторами различных уровней существуют своего рода ранговые отношения» (с. 16), а порядок всегда есть «регулятивный эффект полифонии всех или большинства элементов социальной системы, гармонии факторов, удачно сложившегося взаимодействия между регуляторами» (с. 775); в) при безрезультатности дорогостоящих реформ «было бы разумным выйти за пределы права и поискать причины его плохой работы не в нём самом, а в экономике, культуре, идеологии или какой-нибудь иной сфере общественной жизни» (с. 769-770).

Таким образом, общество уже не может удовлетворяться фрагментарными, иногда поверхностными научными объяснениями содержания, изменений и структуры уголовного закона, а также практики его применения. Конечно, 1) *каждый отраслевик* при обследовании частных предписаний вынужден хотя бы интуитивно искать либо ритуально объяснять их социальную основу, а 2) *всё корпоративное сообщество* криминалистов постепенно возвышается над узкодисциплинарной логикой. В частности, нужно особо отметить и похвалить: организаторов ежегодных Конгрессов уголовного права в МГУ – за выбор тематики коллективных слушаний¹; ИПП РАН – за успешное модельное правотворчество на солидной социологической основе; кафедру уголовного права МГЮА, ежегодно организующую международные конференции с глобальной повесткой «Уголовное право: стратегия развития в XXI веке»; Российскую криминологическую ассоциацию во главе с проф. А.И. Долговой, В.В. Лунева, а прежде А.А. Герцензона – за результативный анализ социологических корней преступности и мер борьбы с ней; профессора А.В. Наумова – за возрождение теоретического семинара Н.И. Загородникова, построенного теперь по методу обязательности (международное и национальное, социалистическое и общечеловеческое начала в сфере борьбы с преступностью).

Внешней детерминированности отрасли посвятили отдельные монографии такие известнейшие криминалисты, как: А.И. Алексеев, Н.А. Беляев, С.С. Босхолов, В.А. Владимиров, П.С. Дагель, А.Л. Дзигарь, Н.А. Загородников, И.А. Исмаилов, А.И. Коробеев, В.И. Курляндский, Ю.И. Ляпунов, Г.М. Миньковский, В.С. Овчинский, П.Н. Панченко, Э.Ф. Побегайло, Н.А. Стручков, А.А. Тер-Акопов и С.Г. Чаадаев (уголовная политика), Л.Е. Владимиров, Б.Т. Разгильдиев и С.Ф. Милюков (социальные задачи уголовного закона), М.М. Бабаев, М.Н. Гернет, В.М. Коган, В.С. Комиссаров, Н.М. Кропачев, В.Н. Кудрявцев и Х.М. Чары-

¹ 2001 г. – «Уголовное право в XXI веке»; 2003 г. – «Соотношение преступлений и иных правонарушений»; 2004 г. – «Международное и национальное уголовное законодательство»; 2005 г. – «История развития уголовного права и её значение для современности»; 2006 г. – «Конституционные основы уголовного права»; 2007 г. – «Системность в уголовном праве».

хов (социальные факторы преступности и механизм уголовно-правового реагирования), В.А. Елеонский (восприятие наказания осужденными), Г.Н. Борзенков, В.В. Векленко, Б.В. Волженкин, С.А. Елисеев, А.Э. Жалинский, Н.А. Лопашенко, Ю.И. Ляпунов и А.М. Яковлев (экономические основы преступности и уголовного правотворчества), Б.С. Волков, В.С. Нерсисян, А.И. Рарог, И.М. Тяжкова (психологические механизмы преступного поведения и уголовной ответственности), И.И. Карпец, Н.Ф. Кузнецова, С.И. Никулин и А.Е. Якубов (нравственные основы уголовного права), Ф.Н. Малинин (тюремный патронат), Г.К. Мишин (естественно-правовая теория и уголовное право), Ю.В. Голик, А.Э. Жалинский, Н.Г. Иванов, Н.Г. Кадников, С.Г. Келина, И.Я. Козаченко, Ю.А. Красиков, Л.Л. Кругликов, А.И. Марцев, А.В. Наумов, Т.Г. Понятовская и А.И. Рарог (философские и общетеоретические основы уголовного-правовой мысли), В.В. Есипов и А.А. Тер-Акопов (теологические корни отрасли), О.Н. Ведерникова, Л.В. Иногамова-Хегай, И.И. Карпец, А.Г. Кибальник, В.Н. Кудрявцев, А.В. Наумов и Ю.С. Трунцевский (международная среда национального уголовного права), Н.Ф. Кузнецова (идеологические и политические причины квалификационных ошибок), В.В. Кулыгин (этнокультура уголовного права), Т.В. Клёнова, Е.В. Кобзева, И.Я. Козаченко, М.Б. Кострова, Н.Ф. Кузнецова и В.В. Питецкий (отраслевая юрислингвистика), Н.И. Пикуров (уголовное право в системе межотраслевых связей), И.В. Шмаров (социальная адаптация освобожденных из мест лишения свободы), А.В. Усс (социально-интегративная роль уголовного права), Г.С. Фельдштейн (полидетерминированная эволюция отраслевого знания), В.Д. Филимонов (криминологические основы антикриминальных правил), Л.В. Иногамова-Хегай, З.А. Незнамова и Б.В. Яцеленко и (противоречия и коллизии отрасли), А.И. Чучаев (аксиологическое ориентирование отрасли). Широкою коленою для системных обзоров уголовного права последователями проложили авторы теоретических разработок и комплексных программ по борьбе с преступностью: Ю.М. Антонян, С.В. Бородин, А.Э. Жалинский, В.К. Звирбуль, В.В. Клочков, В.Н. Кудрявцев, А.Г. Леккарь, Г.М. Миньковский, П.П. Осипов, А.В. Сахаров, А.С. Шляпочников и др.

На плечах предшественников можно утверждать, что уголовное право занимает в нормативном массиве любой страны заведомо подчинённое положение; не только исполняет конституционные директивы, но и обеспечивает своими принудительными возможностями так называемые «созидательные» отрасли права. Кроме того, его содержание зависит (напрямую либо в переработанном другими отраслями виде) от состояния экономики, правосознания, политики, нравственности и религии, преступности, уровня развития науки, правоохранительной деятельности, национального языка, преступности и т.д. При этом, вопреки ангажированным профессиональным ожиданиям, проблемы борьбы с преступностью, даже на фоне кричащей криминальной статистики, никогда не станут первостепенными для общества, всегда обеспокоенного более насущными заботами: производством, потребительским

благополучием, культурой и досугом, демографией, экологией и пр. Отсюда: продуктивное научное исследование уголовного права предполагает широкоформатный или координатный взгляд на него, когда размещение нашей отрасли в окружающей его среде и объяснение модификаций уголовного кодекса, а равно организация правоприменительной практики производятся через согласование сугубо отраслевых знаний, традиций и предпочтений с более важными ингредиентами социума. Такую возможность в современной мыслительной культуре способен предоставить прежде всего системный подход. С его помощью можно объяснить не только социально-детерминированное содержание УК, но даже его структуру и вообще эволюцию уголовно-правовых знаний.

Для обеспечения системного исследования современного уголовного права и определения перспектив его совершенствования, как представляется, нужно: 1) обозреть философские, общеправовые и сугубо отраслевые анклавные знания о «системе» и «структуре» в целях последующего приложения «сухого остатка» к отрасли; 2) представить важнейшие социальные детерминанты уголовного права, влияющие на его содержание и структуру; 3) наложить добытые таким образом данные на структуру УК и объяснить её генезис, разрешить проблему самостоятельности уголовного права, обсудить круг официальных и неформальных источников отрасли плюс культуру герменевтики, предложить частное методическое сопровождение системно-структурного подхода к уголовному праву. Первые два направления работы уже выполнены нами и материализованы в первых двух томах настоящей трилогии. Теперь пришло время представить последний.

Прежде (тома I-II) нам уже приходилось объяснять необходимость сопряжения системного и структурного подходов к уголовному праву, обосновывать зависимость внутреннего строения отрасли не только от её социального (пред)назначения и традиций (консолидированные следы прошлого давления внешних обстоятельств), но и от современных детерминант (Конституция, международное уголовное право, политика, нравственность, религия, язык, преступность, правосознание, общая культура жизни и управления). В рамках наших представлений не только внутреннее содержание, но и структура любого объекта есть преимущественный результат давления среды. Наиболее вышукло и доказательно причиняющее влияние внешних сил выглядит на примере уголовного закона – субъективно формализованного властями и письменно материализованного слежка стихийно вызреваемых в недрах общества коллективных защитных правил. Значит, состоятелен и нужен разговор о структуре уголовного закона и причинах её обновления (глава I).

Запасный, а не производительный характер уголовного права, его огромная внешняя зависимость в силу этого от созидательных настроений и директив развития, в том числе в ограниченных рамках самой правовой системы (бланкетность), предопределяют постановку вопроса об автономности, самости, бытийности отрасли в качестве относительно обособленного продукта человеческого разума (глава II).

Если **необходимость** уголовного права как комплексного явления изначально порождена единственной или генеральной задачей «самозащиты общества от нарушений условий его существования» (К. Маркс), то частное **содержание охранительных норм** запрограммировано многими внешними обстоятельствами, такие работающими внутри и для социума (Конституция, международные стандарты, политика, нравственность, религия, язык, преступность, правосознание, общая культура жизни и управления). Из этого следует, что отрасль плотно окружена несколькими правообразующими факторами. Но легально (ч.1 ст. 3, ст. 8, ч.1 ст. 14 УК РФ) признается диктат только одного источника (текста закона), дающего карательным властям и населению законные полномочия для борьбы с преступностью. Презюмируется, что в нормативных решениях коллективный депутатский разум уже зафиксировал вместо и лучше остальных граждан требования среды. Однако презумпцией или надеждой (на полнокровное отражение в кратком письменном источнике всех или большинства правообразующих факторов) сыт не будешь. Возможность разрыва между фактической питательной средой и качеством её законодательного признания (системным считыванием и текстуальным отражением) гипотетически присутствует всегда – и она, к сожалению, беспрестанно материализуется в парламентском продукте. Данный разрыв как-то нужно сглаживать; предположительно, юристам следует «держат в уме» (и опираться на) большее число внешних детерминант, чем это им официально предписано. Тогда сама собой возникает потребность в обсуждении и учете **всего**, то есть фактического или максимально возможного (область правообразования), а не только **ограниченного** властью («правотворческий» Уголовный кодекс) круга социальных источников. Подобная логика требует разговора об источниках уголовного права и толковании их единственного (и потому неполного, некачественного) легального вида – кодекса (глава III). Sic: цена толкования резко возрастает в тех условиях и государствах, где служба правоприменения формально ограничена в аргументах или в праве ссылаться на значение многочисленных социальных факторов, прямо не оговоренных а законе. Россия (СССР, РСФСР) как раз относится к таким странам; у нас судьям и правоохранителям, по опасениям их непрофессионализма, плотоядности и зависимости от других ветвей власти (распределяющих бюджетные средства и прочие блага), предписано думать только по законодательному шаблону, а противящаяся этому герменевтическая самостоятельность представителей науки не одобряется.

Несколько внешних сред **одного** и того же объекта (системные круги) не могут ни соприкасаться, пересекаться или даже конкурировать между собой. Это обстоятельство как бы предвосхищает соосный жизни механизм реагирования науки – **одновременную** эксплуатацию **нескольких** методик обследования полидетерминированного объекта плюс особый режим (порядок) их **сочетания**. Предположительно, поскольку методология суть плод человеческого разума, а уголовное право и среда его функционирования олицетворяют в первую очередь бытийный компонент действительности, что частные приёмы исследования системных зависимостей и

структурных композиций отрасли специалисту надлежит синхронизировать (ранжировать, сопрягать в пары или в более сложные союзы). Производство подобных логических операций есть залог системного рационализма или объективности науки, её более адекватной мыслительной рефлексии. Но у данной гносеологической переориентации есть препоны: **объективная трудность** или болезнь роста, когда запаздывает время для обнаружения «леса среди деревьев», и **субъективный враг** – идеологическое рвение или политическое угодничанье, особенно ярко обнаруживающие себя в реформистские эпохи, когда здравый смысл или беспристрастность сильно уступают заёмному или протезному мировоззрению. Данные соображения обусловили и необходимость, и содержание заключительной, IV главы настоящего тома и всей трилогии.

Последняя глава тома и всей трилогии, вне сомнения, представляла значительную трудность для автора и, наверняка будет трудным блюдом для читателя. Потому начнём уснащать её восприятие с большим временным заделом, ещё до изложения рассуждений о причинах структурных эволюций закона, месте уголовного права в национальной правовой системе, источниках отрасли и культуре толкования УК. Так будет лучше, надёжнее. Вот наш аперитив, составленный из высказываний авторитетов самых различных отраслей науки: П. Бейль – «всякая мысль – безумна. И это не парадокс, не игра в чудачество или в эпатаж. Это факт. Обрывок газеты – не газета, оторванная от медузы слизь – не медуза, солнечный зайчик – не солнце. Увы, любая мысль есть всегда как бы обрывок, ибо «целым» будет голова, которая имеет *систему* взглядов, где, как какая-то часть – и присутствует наша *отдельная* мысль... мысль без ума, в отрыве от ума – безумна»¹; В.С. Готт и А.Д. Урсул – «движение знания от одной частной науки в другую при помощи общенаучных понятий существенно интенсифицирует интегративные процессы в науке, помогает восстановлению целостности научного познания, постоянно «нарушаемой» процессами дифференциации»²; В.В. Есипов – «современное истинно «правовое» государство должно быть не аптекою, где на аптекарских весах взвешивают проступки и соответствующие им наказания, не таможеню, где взимают строго определённые штрафы за переход границы дозволенного, – оно должно быть прежде всего источником любви и попечения, в котором нравственно нездоровые, порочные члены общества находили бы исцеление и очищение, а не смерть и уничтожение»³; С.Ф. Кечекьян – «действительное применение принуждения составляет лишь необходимое следствие нарушения нормы права, но не является атрибутом самой нормы. Что же касается *возможности* принуждения, то она стоит за каждой нормой социалистического права»⁴; Н. Мулуд – «диалектика

¹ Таранов П.С. Мудрость трёх тысячелетий. – М.: Фирма «Издательство АСТ», 1999. – С. 569.

² Готт В.С., Урсул А.Д. Общенаучные понятия и их роль в познании. – М., 1975. – С. 30.

³ Есипов В.В. Уголовное право. Часть Особенная. – М., 1908. – С. 7.

⁴ Кечекьян С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. – М.: АН СССР, 1958. – С. 66-67.

ощутима особенно тогда, когда принимается некое промежуточное представление о знании»¹; Г.В. Суходольский – «современная методология познания требует исследовать любой объект как систему элементов и как элемент некоторой системы»²; А.Н. Трайнин – «необходимо с полной ответственностью подчеркнуть, что среди критериев социальной опасности значительную роль играет та группа факторов, которая лежит в условиях среды – конъюнктуры преступления»³; Л. Шуберт – «законодатель потому вводит в отдельные составы указание на противоправность, чтобы предписать правоприменителям проверять правомерность совершаемого действия на основании других отраслей права»⁴; Ф. Энгельс – «вся доступная нам природа образует некую систему, некую совокупную связь тел»⁵.

Позволим извлечь из приведённых формулировок следующий экстракт: любой объект, включая и (уголовное) право отличается внутренней упорядоченностью и внешней обусловленностью; эти свойства сложны и взаимообусловлены; нужно различать адаптационные процессы уголовного права и его внутреннюю защитную структуризацию; оба фактора принимают внешнее давление и работают по механизму обратной связи; различить истинные причины событий и отклик на них, а тем более управлять развитием полидетерминированных объектов возможно только на базе многих методов и, ещё важнее – их комбинаций.

¹ *Нозль Мулуд*. Современный структурализм. Размышления о методе и философии точных наук / Перев. с фр. – М.: Прогресс, 1973. – С. 263.

² *Суходольский Г.В.* Основы психологической теории деятельности. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1988. – С. 75.

³ *Трайнин А.Н.* Критерии социальной опасности // Основы и задачи уголовной политики. – М.-Л., 1929. – С. 106-107.

⁴ *Шуберт Л.* Об общественной опасности деяния. – М., 1960. – С. 97.

⁵ *Маркс К. и Энгельс Ф.* Соч., т. 20. – С. 392.

Глава I.
Логика структурных преобразований
в истории российского уголовного законодательства

*Общая часть кодекса принята Госдумой,
а Особенная – Советом Федерации.
Из студенческого ответа*

В предыдущем томе нашей трилогии автор предпринял попытку доказать, что одновременно многоуровневая и разновеликая детерминация уголовного права объективно требует широкоформатного или координатного взгляда на него, мыслительного размещения отрасли в окружающей её среде. Бытийный союз объекта с внешней средой образует так называемую систему – природно-естественную или построенную человеком, реальную или мнимую, материальную или придуманную, объёмную или местечковую; а данное обстоятельство предполагает системный метод познания подобных образований. Но системология должна быть дополнена *структурализмом*, поскольку очевидное назначение права – управление общежитием через его намеренную стандартизацию, с помощью абстракций, имеющих по преимуществу вид конструкций. Системно-структурный взгляд на уголовное право позволяет совместить динамическое и статическое представления об объекте: первое направление показывает развитие отрасли под влиянием внешних факторов, а второе – объясняет её стремление сохранить самостоятельность и работоспособность с опорой на внутреннюю структуру. Задача же гомеостатического равновесия решается не только в силу прочности внутренних конструкций и связей, но и по причине одновременного и разновекторного давления на уголовное право нескольких внешних объектов.

Кажется, отечественная юриспруденция преодолевает временное отвержение ценности структурных исследований, перестала отождествлять их исключительно с юридической техникой или догматикой¹, стала видеть в конструктивизме особый способ рационализации нормативного содержания², а некоторые адепты правоведения утверждают, что «собственное развитие права, его самобытная история – это под известным... углом зрения во многом и есть история становления и совершенствования юридических конструкций. Соответственно, достоинство той или иной юридической системы – это в немалой степени совершенство характерных для нее юридических конструкций»³. Медленно реализуется прежнее уважительное отношение к правовым конструкциям, назначение которых прежде усматривалось в том, что каждая из них есть «гносеологическая категория, инструмент познания правовых явлений... модель урегулированных правом общественных отношений»⁴. В общем, структура и её отдельные конструктивные проявления уже не относятся к предмету схоластических упражнений юристов, якобы самовлюбленно ограничивающих себя узкими дисциплинарными рамками и не желающих (не могущих?) обсуждать социальное содержание права.

Системно-структурный подход сегодня – общетеоретическое или междисциплинарное методологическое направление науки. Он предназначен прежде всего для обслуживания сложноорганизованных объектов социальной действительности, чьё развитие детерминировано многими переменными. Уголовное право, порождённое обществом как защитная реакция на преступность, относится к их числу: его одновременная зависимость от состояния экономики и политики, социально-психологического склада населения и международных обязательств, конституционных директив и рецептов поведения от созидательных отраслей, религиозных догм и нравственных требований, лексического запаса нации и общего культурного фона, накопленных традиций по борьбе с преступностью и юридических кадров общеизвестна. Такие многомерные и неравноценные по своему давлению на объект зависимости естественным порядком порождают разнообразные и переменчивые внешние связи объекта, но ещё более вызывают его стремление к самосохранению посредством прочности связей внутренних. Уголовное право структурируется на всех этапах своего существования – как отрасль права, науки, учебных и прочих прикладных знаний. Но наиболее известна и доступна для обозрения в силу своей письменной формы структура именно уголовного закона.

¹ См. об этом: *Муромцев Г.И.* Юридическая техника: некоторые аспекты содержания понятия // Проблемы юридической техники. – Нижний Новгород, 2000. – С. 26-27; *Семитко А.П.* Развитие правовой культуры как правовой прогресс. – Екатеринбург, 1996. – С. 117.

² *Сырых В.М.* Законотворчество как вид социального проектирования // Проблемы юридической техники. – Нижний Новгород, 2000. – С. 45.

³ *Алексеев С.С.* Право на пороге нового тысячелетия. Некоторые тенденции мирового правового развития – надежда и драма современной эпохи. – М., 2000. – С. 39.

⁴ *Черданцев А.Ф.* Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. – Екатеринбург, 1999. – С. 131.

Особенный же импульс структурным обзорам криминальных кодексов придали первые правотворческие классификации нормативного материала на Общую и Особенную части. Вот как высказался об этом известнейший учёный прошлого: «первоначально всё уголовное право, как наука, ограничивалось изложением преступных деяний в отдельности, т.е. сводилось всецело к особенной части. Появление общей части есть продукт сравнительно недавних обобщений, процесс которых ещё не завершился до наших дней. Во всяком случае прочное здание общей части, как обобщение составов отдельных преступных деяний, может быть основано только на фундаменте части особенной – и в этом лежит её огромное научное значение. Практическая же важность её (Особенной части – А.Б.) состоит в том, что построением особенной части определяется мера ограничения свободы личной деятельности карательной властью государства. Особенная часть уголовного кодекса нужна не в интересах государства, а в интересах личности. Не без основания проф. Лист¹ называет её хартией личности»².

На каждый данный момент структура кодекса суть застывшее свидетельство осмысленного правотворческого гомеостаза, творение коллективного человеческого интеллекта. В собранном и опубликованном каркасе нормативного текста пытливым исследователем увидит многое, хорошее и плохое: в структуре УК как в зеркале отражается системный кругозор парламента и отраслевой науки, сравнительная сила внешних детерминант, степень уважения национальных традиций законотворчества, потребности и призывы практики к такой сортировке закона, чтобы поиск частных предписаний и их относительная цена считывались в тексте быстрее и точнее, предельные возможности языка, динамика преступности и способности доктрины к прогнозированию её перемен. По структурированию законодательного текста отечественные и зарубежные специалисты судят о развитости юриспруденции страны и её способностях к эффективному регулированию общественной жизни.

Данные предварительные рассуждения как бы приговаривают автора к весьма простой логике предстоящего анализа в рамках первого главы тома. Предлагаем читателю вместе с нами оценить структурные решения российских властей в области законодательства по борьбе с преступностью за прошедшее тысячелетие государственной истории восточных славян, особенно вычленив и

¹ Вероятно, имеется в виду высказывание мэтра европейской криминологии XIX века, опубликованное им в известнейшей работе по уголовной политике, а именно: «Уголовное уложение есть «*magna charta*» преступника. Оно протезирует не общество, не правопорядок, а ту личность, которая восстала против них... есть щит гражданина, которым он прикрывает себя от наказания государства... Теперь мы можем сказать: уголовное право есть по отношению к политике непроходимый барьер. И уголовное право останется тем, что оно есть теперь. С этой точки зрения уголовное право занимает своё место в великом политическом развитии. Защищая уголовное право, мы защищаем личную свободу от интересов общества». – Лист Ф. Задачи уголовной политики. – СПб., 1895. – С. 128.

² Фойницкий И.Я. Курс уголовного права. Часть Особенная. Посягательства личные и имущественные. – Пг.: Типография М. Меркушева, 1916. – С. 1-2.

так выпуклые нормативные места (примечания) – с приложением современных научных представлений о рациональном (желаемом?) структурировании Уголовного кодекса.

*§ 1. Очерк структурной эволюции
отечественного уголовного законодательства
X – начала XX веков*

Первые, дошедшие до нас законодательные памятники восточных славян датируются обычно XII веком¹. Традиционный объект внимания – «Русская Правда» XII века, этот важнейший сборный акт раннефеодальной эпохи, включающий в себя по преимуществу нормы уголовного и уголовно-процессуального права. Конечно же, ожидать чёткого структурирования юридических норм на старте правоворочества, видеть в «Русской Правде» завершённую систему официальных правил, нелогично: «свод законов – всегда систематизированное собрание норм. Говорить же о сколько-нибудь серьёзной системе в Русской Правде или даже в Псковской Судной грамоте не приходится. Конечно, можно отметить определённые части текста, посвящённые той или иной проблеме, но какую-нибудь отраслевую или иную систематизацию увидеть здесь трудно. Да и вообще, система права в Киевском государстве или Пскове ещё весьма примитивна». Отчасти справедливо и те мысли известнейшего отечественного историка права, что многоотраслевое (по нынешнему разумению) наполнение «Русской Правды» отнюдь не равнозначно неразберихе («здесь нет никакой неразграниченности уголовного и гражданского права, а (налицо – А.Б.) одновременное применение двух форм ответственности именно так, как это делается и в современном праве»), что мы встречаем «не смешение двух форм ответственности, а просто одновременное их применение»². В нашем понимании полимерность «Русской Правды» заказана отсутствием развитой правоприменительной системы и связанного с ней на правах ближайшего родственника процессуального законодательства.

В Краткой редакции «РП» содержатся 43 статьи без заглавий и какой-либо внутренней сортировки, большинство из них посвящены уголовно-правовым вопросам. Гипотеза служит обязательным структурным компонентом статьи и выражена по преимуществу союзом «если» (аже, аще, или, а, оже). М.А. Исаев объясняет пристрастие первых российских ликургов к гипотезам так: «АЖЕ... – союз «если»; употреблялся при формулировании двучленной нормы древнерусского права. Такая норма строилась по типу логической импликации: А–В... Из-за имплицативного характера такие нормы называют казуальными (от лат. casus), т.е. содержащи-

¹ В историко-правовой литературе приводятся многочисленные косвенные свидетельства в пользу существования и других, более ранних архетипов, а именно «Закона русского» начала X века, «Устава землёного» конца X века, а также Кормчей книги и Мерила Праведного.

² Российское законодательство X–XX веков. В девяти томах. Т. I: Законодательство Древней Руси. – М.: Юрид. литература, 1984. – С. 21, 22 (Введение, *О.И. Чистяков*).

ми конкретное решение, источником которого явилось судебное дело... такая норма представляет собой соединенные в одно семантическое целое вопрос и ответ на этот вопрос... Подобный обмен вопросами и ответами, запечатлённый в норме права, составляет суть судебной процедуры. Юристы объясняют такой характер древних норм права неразвитой ещё формой сознания человека; обобщение, высшей ступенью которого является идеальная абстракция, древнему было ещё не доступно, поэтому человек прибегал к конкретизации своей речи, юридической в том числе»¹.

Согласимся с этим мнением, но выскажем очевидное предположение, что максимальное структурирование отдельных статей закона (гипотеза – диспозиция – санкция) суть лишь первичный уровень обобщений; по мере же накопления и усложнения нормативного материала законодатель переходит к более высокому уровню абстракции (преамбулы, заголовки, главы, разделы, части), по итогам чего надобность в письменной фиксации гипотез отпадает; информацию о них потребитель узнаёт из всего нормативного акта благодаря его усложнённой структуре (общее понятие преступления – принцип неотвратимости ответственности за него – список преступлений и санкций за них, без записи очевидной презумпции, что эти наказуемые преступления должны быть кем-то совершены).

В Пространной редакции «РП» уже 121 основная и 10 дополнительных статей, но внутреннего структурирования памятника по-прежнему нет, зато появляются заголовки (53 или 40% от общего числа статей). В Псковской судной грамоте, датированной уже XIV веком (1397 г.), осталось то же количество статей (120) без какого-либо структурирования, почему-то полностью исчезли заглавия, но взамен появляется преамбула с изложением причин и порядка происхождения данного нормативного акта. Эта структурная простота объяснима, на наш взгляд, не только относительной неразвитостью общественной жизни, слабостью княжеской власти, малым объемом нормативного материала, но и большим значением обычаев в ту эпоху², которые, как известно, не любят письменной формы и вообще внешней (властной) детализации. Влияние народных обыкновений на формулы и язык вводимых публичных правил можно проследить по используемой властями терминологии. Например, часто употребляемое слово «заповедь»³ означает «религиозно-нравственное предписание»⁴, то есть доправовой норматив.

¹ *Исаев М.А.* Толковый словарь древнерусских юридических терминов: От договоров с Византией до уставных грамот Московского государства. – М.: Спарк, 2001. – С. 14-15.

² *Н.В. Калачов*, знаменитый историк права России XIX века, малочисленность норм гражданского и уголовного права даже в Судебнике 1550 года объяснял господством в этих сферах обычаев. – Об уголовном праве по Судебнику царя Иоанна Васильевича // Юридические записки, изд-е П. Редкиным. Том 2. – М., 1842. – С. 309.

³ «А у кого стулится должник в записи, – читаем мы в ст. 93 Псковской судной грамоты, – а на зарок не станет, или изорник в записи будет, а учнет тулиться, а что учинится проторы или приставное, или *заповедь* (курсив наш – А.Б.), ино всё платить виноватому, кто тулиться, и железное». – Российское законодательство X-XX веков. Т. I. – С. 340.

⁴ *Ожегов С.И. и Шведова Н.Ю.* Толковый словарь русского языка: 72 500 слов и 7 500 фразеологических выражений. – М.: АЗЪ, 1993. – С. 220.

Пришёл XV век, время образования централизованного государства, ускоренное необходимостью единства в борьбе с захватчиками земли Русской. Вслед за освобождением от монголо-татарского ига росла и власть московских князей; она вышла за пределы традиционного родового домена на окрестные территории. Подвластная земля делилась теперь не на обложенные оброком дедовские уделы, а на административные уезды во главе с представителями центра. Параллельно росла и численность служилого люда. Неизбежное в этих условиях структурирование госаппарата привело к появлению процессуального законодательства, ибо «выполнение конкретных обязанностей в государственном управлении теряло прежний характер временного княжеского поручения и превращалось в постоянную службу»¹. Судебники XV–XVI вв. таковыми, по преимуществу процессуальными, актами и являются. Нужно отметить и сопутствующую переориентацию крепнущего государства в понимании того, что есть преступление. «Если по Русской Правде считались преступными только такие деяния, которые наносили непосредственный ущерб конкретному человеку – его личности или имуществу, то теперь под преступлением стали пониматься также всякие действия, которые так или иначе угрожали государству или господствующему классу в целом и потому запрещались законом. Соответственно изменился и термин для обозначения преступления. Вместо *обиды* оно теперь именуется *лихим делом*»².

Судоустройство-процессуальная заданность Судебников (1497 и 1550 гг.), а также Стоглава давно отмечена. Ещё в первой половине XIX в. Ф.М. Дмитриев отмечал, что создатели Судебника 1497 года видели свою основную задачу в поиске общих норм для судоустройства и судопроизводства и подчинения местных судов центральному: «это первое общее законодательство в географическом смысле, но только в географическом. В нём беспрестанно проглядывает порядок, сложившийся для одного, небольшого удела и потом применённый к целому государству»³. Судебники, тем самым, служили способом механической унификации уголовного преследования в расширяющейся стране.

Иная, не уголовно-правовая направленность, Судебников освобождает нас от бремени их детального анализа. Отметим лишь главное: а) Судебник 1497 года включал 68 статей, причём подавляющее большинство из них имели заглавия; б) Судебник 1550 года или Царский содержит уже 100 статей, из которых только 4 снабжены заголовками; в) Стоглав, состоящий из 100 статей (глав), уже своим официальным наименованием («Сказание главам в настоящей сей книзе») обещает свежие структурные композиции. И эти ожидания частично сбылись: а) впервые тексту предпослано оглавление; б) построен материал в форме вопросов

¹ Российское законодательство X–XX веков. В девяти томах. Т. 2: Законодательство периода образования и укрепления Русского централизованного государства. – М.: Юрид. литература, 1985. – С. 21 (А.Д. Горский и О.И. Чистяков).

² Там же, С. 27.

³ Дмитриев Ф.М. История судебных инстанций и гражданского апелляционного судопроизводства от Судебника до учреждения о губерниях. – М., 1859. – С. 11.

и ответов на злободневные религиозно-юридические вопросы той эпохи; в) собственно уголовно-правовое содержание в Стоглаве имеют лишь несколько статей, к которым мы относим 33-ю, 52-ю, 64-67-е и статьи в 91-92-й главах; г) фактически употреблённый термин «глава» равнозначен привычному «статья», ибо дальнейшему делению содержание глав не подвергается; д) произвольное возвышение статей до уровня глав, а также их знаковое число (100) истолковывается в специальной литературе и теми доводами, что создатели Стоглава стремились предохранить подготовленный нормативный акт от произвольного сокращения текста переписчиками и прочими пользователями в будущем¹, что, вероятно, бывало прежде и много раз.

В целом же появление двух процедурных и одного канонического Судебников свидетельствуют, на наш взгляд, о начавшемся переходе властей к созданию не только привычных уже сводов норм различной отраслевой принадлежности, но и монографических актов. Основной юридический термин «закон» постепенно наполняется новым содержанием. Если прежде это «слово служило для обозначения не (отдельного – А.Б.) акта формального законодательства (lex), а всего корпуса права», если «Закон русский в ту (далекую – А.Б.) эпоху обозначал всё обычное право русского племени, а не какой-то мифический акт формального государственного законодательства»², то со временем данный термин закрепляется за отдельными тематическими актами.

Последующий век готовил почву для абсолютизма – всё, как и у других народов. Сформировавшийся класс служилых людей (дворян), как когда-то плебс в Древнем Риме, потребовал кодификации и вообще ясности законов, и получил удовлетворение своих претензий. Благо, нормативная почва для унификации положительного права была готова: за столетие от Царского Судебника центральная власть успела издать около 450 указов – огромный по тем временам нормативный пласт. Смута государственная и церковная, польская интервенция, первые крестьянские войны *ets.* поставили национальную знать перед необходимостью укрепления нормативной основы своего управления страной. **Соборное уложение 1649 года**, олицетворявшее эти искания и эти надежды, впервые вводит нормы об уголовной ответственности за преступления против царя и вообще консолидирует взгляды правящей элиты до уровня системы государственных преступлений (слово и дело, злое дело, невместное слово, неподобная речь – глава 2), берёт под уголовно-правовую защиту христианское вероучение и саму церковь (состав богохульства), жестоко реагирует на участвовавшие случаи фальшивомонетничества, последовавшие за введением в обращение медной монеты и снижением веса серебряной³, в нем ещё держится старинная нравственность (большое

¹ Голубинский Е.Е. История русской церкви. Том 2. Полутом 1. – М., 1900. – С. 782.

² Исаев М.А. Толковый словарь древнерусских юридических терминов, С. 44.

³ М.Ф. Владимирский-Буданов сообщает, что всего за девять лет после монетной реформы было привлечено к уголовной ответственности 22 тыс. фальшивомонетчиков. (Обзор истории русского права. – М., 1909. – С. 346).

число норм об оскорблении) и допускается прямое действие обычаев (приоритет долгов иностранцам перед долгами соотечественникам, битьё батогами или кнутом в зависимости от размера вины, т.е. по обычаю)¹, сохраняется и гипотеза в статьях («а будет кто», «а которые»).

Уголовно-правовое содержание имеют в Уложении несколько глав (в нашей оценке – главы 1-5, 10, 21, 22, 25). Усложняется и система преступлений. В главе 22-й («Указ за какие вины кому чинити смертная казнь, и за какие вины смертию не казнити, а чинити наказание») наблюдается новаторство в виде дифференциации уголовной ответственности на преступления, караемые смертной казнью и подлежащие обычному наказанию, хотя весь материал данной главы и не делится на более мелкие структурные единицы. Системы наказаний ещё нет, как и Общей части в современном понимании; отсюда санкции в статьях Уложения как бы общие, произвольные (за исключением главы 22-й).

Уложение состоит из 25 глав, содержащих 968 статей, и довольно большой преамбулы. Все главы имеют заголовки, статьи – нет. Любопытно, что в названиях некоторых глав указано количество включённых в них статей (например, глава 2 названа так: «О государьской чести, и как его государское здоровье оберегать. А в ней 22 статьи»); мотивы этого бухгалтерского шага те же, что и в прошлом веке – сие есть средство от недобросовестных переписчиков, желающих сократить либо увеличить действительный текст в каких-либо целях. Для этого московский двор решается на ещё один важный маневр: «внешне оно (Уложение – А.В.) представляло собой свиток, состоящий из 959 узких бумажных столбцов. В конце шли подписи участников Земского собора (всего – 315), а по склейкам столбцов – подписи дьяков. С этого подлинного свитка была составлена копия в виде книги, с которой дважды в течение 1649 года Уложение было напечатано по 1200 экземпляров в каждом тираже»². Соборное уложение нужно считать Сводом законов Русского государства, которому пришлось долго служить и в котором отраслевая дифференциация только начата – по главам, обслуживающим определённый объект правового нормирования.

XVIII веку предстояло открыть в истории Отечества эпоху абсолютизма. Для этого и случилось необходимое, и сделано было многое: крестьянские войны и столкновения с соседними народами, поглощение холопства сословием крестьянства, подчинение Церкви светской власти, создание регулярной армии и появление

¹ А.В. Ильин считает, что «в Соборном Уложении ещё нет твёрдого разграничения права и морали» и доказывает этот вывод ссылкой на содержание статей: «Законодатель не только устанавливает норму поведения, но и мотивирует свои решения, читает нравственные сентенции: «... бить кнутом, чтоб иным таким неповадно было» (гл. X, ст. 252); оборонявшему дом хозяину «убийства в вину не ставит; не приезжай на чужой дом насильством» (гл. X, ст. 200); «христианам подобает в церкви Божии стояти и молитися со страхом, а не земными мыслити» (гл. I, ст. 8) и т.п.». – Ильин А.В., Морозова С.А. Из истории права: Учебное пособие. – СПб.: «Специальная литература», 1996. – С. 316.

² Российское законодательство X-XX веков. В девяти томах. Т. 3: Акты Земских соборов. – М.: Юрид. литература, 1985. – С. 77 (А.Г. Маньков и О.И. Чистяков).

политического сыска, а главное – шли ориентированные на западные стандарты реформы Петра I. Данные главные события в совокупности можно сформулировать и так: на рубеже XVII и XVIII веков соединились две исторические линии – *возможность* и *необходимость* установления абсолютной монархии: «эта возможность была подготовлена развитием государства в предыдущий период. Вместо своевольного дворянского ополчения было создано постоянное войско. Развитие приказной системы подготовило армию чиновничества. Царь получил независимые источники дохода в виде ясака (налога преимущественно пушниной с народов Поволжья и Сибири) и винной монополии. Теперь ему не нужно было испрашивать разрешения у земских соборов на начало войны или иное серьёзное мероприятие. Необходимость в сословно-представительных органах отпала»¹.

Молодой царь, получивший от Сената титул «Отца отечества, императора Всероссийского, Петра Великого», стал известен миру не только крутым нравом, решительностью в государственных делах, большой личной самоотдачей в управлении, новаторским подходом, но и правотворческой прытью. При нём в год из Санкт-Петербурга исходило по 160 указов, когда прежде по 36; а в целом за годы правления Петра I, по подсчётам П.С. Ромашкина, только на уголовно-правовую часть приходится 392 указа². Император вообще свято верил в силу своих распоряжений, и подкреплял эту веру жестокостью. Известны его наставления на сей счёт: «глава же всему, дабы должность свою и наши указы в памяти имели и до завтра не откладывали, ибо как государство может управлено быть, где указы действительны не будут, понеже презрение указов ничем не рознится с изменой»³.

Петр I положил начало не только развитию мануфактур, не только ввёл в практику принудительную учёбу боярских детей зарубежным наукам, не только основал новую столицу и военноморской флот страны; он начал и отраслевую дифференциацию российского права, пошёл по линии создания отраслевых кодексов. Сообразно потребностям той эпохи, отмеченной бесконечными войнами за приобретение новых территорий и за выход к Балтийскому морю, пионерским актом стал **Артикул воинский** от 26 апреля 1715 года – первый военно-уголовный кодекс.

Этот нормативный акт имел 24 главы, содержащих 209 статей со сплошной нумерацией и, особо отметим, 71 примечание (аутентичное толкование в самом законодательном акте), причём по объёму толкование часто превосходило основной текст и значительно. Например, разъяснения к 154 артикулу, состоявшему из 28 слов в одном предложении (глава 19 – «О смертном убийстве»),

¹ Российское законодательство X–XX веков. В девяти томах. Т. 4: Законодательство периода становления абсолютизма. – М.: Юрид. литература, 1986. – С. 10 (А.Г. Маньков и О.И. Чистяков).

² Ромашкин П.С. Основные начала уголовного и военно-уголовного законодательства Петра I. – М., 1947. – С.16.

³ Российское законодательство X–XX веков. В девяти томах. Т. 4: Законодательство периода становления абсолютизма, С.22.

растянулись на 18 предложений из 392 слов. В тексте данного нормативного памятника появляются отсылочные диспозиции (с помощью предлогов «а» и «также»). В Артикулах: а) старинное слово «вор» трансформируется в современное «преступление»¹; б) учреждаются специальные наказания для должностных лиц (отставление от службы, лишение чина и достоинства, служба в качестве рядового бывшего офицера, лишение отпуска, арест у профоса); в) пока ещё царствуют неопределённые санкции; г) подчёркивается обеспечительная роль Артикулов по отношению к соиздательным и одновременно бланкетным источникам – Воинскому уставу и Уставу караульной службы; д) авторам не удалось выдержать отраслевую (уголовно-правовую) профильность всего акта (таковые непрофильные артикулы: 55 – о добровольной работе солдат на своих офицеров; 61 – об освобождении больных солдат от строевого смотра; 111 и 112 – о понятии и распоряжении военной добычей; 175 – содержит обычный дисциплинарный запрет, в данном случае на пребывание в воинских частях блудниц), равно как и однородность отдельных глав (глава 19 посвящена ответственности за общеуголовное убийство и никак не сопряжена с воинской службой).

Артикул расположением своих глав демонстрирует иерархию основных ценностей, подлежащих уголовно-правовой охране в империи, что заложило традицию криминального законодательства на будущее. Несмотря на приручение священников (ликвидация патриаршества и административное подчинение церкви Синоду), Артикул открывается 2 главами о преступлениях против веры, а лишь затем следуют списки государственных (глава 3)² и воинских (главы 4-16) злодеяний. Последовательность других объектов такова: государственная и общественная безопасность (бунт, возмущение, дуэли – глава 17), честь и достоинство (клевета и оскорбление – глава 18), жизнь (убийства – глава 19), половая свобода и неприкосновенность (половые преступления – глава 20), собственность (имущественные посягательства – глава 21), порядок управления и судопроизводства, а также исполнения назначенных наказаний (главы 22-24).

Тематическая выдержанность Артикулов, не поддержанная аналогичным монографическим правотворчеством для других сфер жизни, во-первых, обеспечила долгожительство этому нормативному акту (действовал полтора века, до принятия Уложения 1845 года), а во-вторых, вынужденное распространение его положений на общеуголовные и политические преступления. Последовавшие позднее в том же XVIII веке нормативные акты по борьбе с преступностью (например, Указ о подмётных письмах

¹ Легальное определение этого понятия и термина дается прежде, в Указе 1714 года, а лично Петр I классифицировал все преступления на государственные и партикулярные (частные).

² Через год, в Воинском Уставе от 30. 03. 1716 г., религиозные преступления уже отнесены на второе место; самым страшным злодеянием стало считаться ослушание воли царя; как же – самодержавие утверждается в политической жизни России. – См. об этом: *Таганцев Н.С.* Русское уголовное право. Лекции. Изд-е 2-е. Часть Общая. Том I. – СПб., 1902. – С. 198.

от 24.02.1716 года из 6 статей либо Указ от 8.01.1765 года, разрешивший помещикам ссылать своих крепостных на каторгу при содействии государства, состоявший всего из одного предложения, и т.д.) вряд ли оказали серьёзное влияние на развитие законодательства и теории уголовного права. Лишь Наказ 1767 года Екатерины II может быть поставлен в плюс верховной власти, но он остался политической декларацией, меморандумом о намерениях и потому обсчёт его структурных достоинств лишён смысла.

Первым, по-настоящему *уголовным законом*, который охватывал все виды преступного поведения во всех областях народной жизни, содержащим достойный времени категориальный аппарат и сложную структуру, стало **Уложение о наказаниях уголовных и исправительных** от 15 августа 1845 года. Копившиеся многие годы естественным порядком условия для его принятия были существенно дополнены в первой половине XIX века либеральными настроениями и даже декабризмом, рождёнными французской революцией 1789 года и победой в Отечественной войне 1812 года, введением обязательности юридического образования для замещения некоторых должностей в госаппарате, учреждением в 1801 году министерств, в том числе правоохранительных, кодификационными работами, в русле которых и появилось как плановый результат Уложение (показательно и справедливо, что уголовный закон был размещён в последнем (15-м) томе последней (8-й) книги Собрания законов Российской империи).

На момент принятия Уложение 1845 года содержало 2 224 статьи (в 1857 году пополнилось ещё 80 статьями, а через 2 года, после принятия Устава о наказаниях, налагаемых мировыми судьями, сильно «похудело» – до 1 711 статей), 12 разделов, 79 глав и множество отделений и отделов (только в «Общей части их было 13 и 6 соответственно). Первые три структурных уровня (части, разделы и главы) были свойственны всему тексту Уложения, отделения и отделы использовались факультативно – как компоненты лишь некоторых глав.

Самое примечательное – появление Общей части, которая не была обозначена именно таким образом, но по содержанию Раздела первого Уложения («О преступлениях, проступках и наказаниях вообще») можно считать, что эта роль выпала ему. Объём данного раздела (181 статья или 8,14% от общего содержания) следует признать вполне удовлетворительным для того этапа развития юридической техники, а его внутреннее строение (5 глав – о существе преступлений и проступков и о степенях вины, о наказаниях, об определении наказания по преступлению, о смягчении и отмене наказаний, о пространстве действий постановлений сего Уложения) достаточным для нормативного регулирования. Отметим и то обстоятельство, что 5 статей Общей части (34, 61, 71, 178 и 181) были снабжены законодательными примечаниями.

Особенная часть структурировалась на 11 разделов и 74 главы более чем по 150 критериям, что автоматически гарантировало всему Уложению свойство казуистичности. Эта нелицеприятная оценка косвенно подтверждается наличием лишь 3 примечаний к

первым 4 разделам Особенной части. Можно сформулировать такую закономерность: *чем более велик и казуистичен нормативный акт, тем меньше нужна в примечаниях к нему*; что ещё говорить и писать вдогонку, если в тематическом законе более 2 тысяч статей! Последовательность расположения нормативного материала в Особенной части (иерархия объектов уголовно-правовой охраны) в основном повторяет позиции Соборного Уложения 1649 года, а именно: преступления против веры (раздел II); государственные преступления (раздел III); преступления и проступки против порядка управления (раздел IV); должностные преступления (раздел V); преступления и проступки против постановлений о повинностях (раздел VI); преступления и проступки против имущества и доходов казны (раздел VII); преступления и проступки против общественного благоустройства и благочиния (раздел VIII); преступления и проступки против законов о состояниях (раздел IX); преступления против жизни, здоровья, свободы и чести частных лиц (раздел X); преступления против семейственных прав (раздел XI) и преступления и проступки против собственности частных лиц (раздел XII). В этом нормативном памятнике переход на пандектную систему оформился окончательно.

Как уже отмечалось, в 1866 году Уложение 1845 года подверглось существенной ревизии, а именно сокращению на 652 статьи. Основная идея этого секвестрирования витала в воздухе давно и уже материализовалась частично в судостроительном и процессуальном законодательстве: теперь же властям предстояло пересмотреть соотношение преступлений и правонарушений, освободить уголовный закон от малозначительных деликтов, переведя их в разряд уголовных проступков; а для разбирательства последних создавался упрощённый порядок (мировое судопроизводство по Уставам 1864 года). Причины этого шага уже давно осознавались высшими слоями государственной бюрократии и представителями уголовно-правовой науки. Длительность разбирательств мало-важных преступлений в общих судах, контраст между избранными ими «легкими» наказаниями по сравнению с предварительным заключением подсудимых, дополнительное обременение казны по исполнению приговоров, приобретение «тюремного опыта» практически невинными крестьянами, не знающими и не понимающими сложных процедур юридически значимого поведения в стране и потому совершающими незначительные нарушения: всё это вызвало к изданию нового, уголовно-административного акта – через освобождение части содержания Уложения 1845 года.

Прообраз этого решения имелся в виде Устава благочиния или полицейского 1782 года, в силу которого малозначительные деяния отдавались на попечение полиции, то есть не доходили до суда, а виновные в том отделялись сравнительно мягкими взысканиями. Получается, что в 1845 году государство само себе осложнило жизнь. Перспектива возвращения к старым решениям обсуждалась и в процессе работы над проектом Уложения 1845 года, но была отклонена. Лучше поздно – чем никогда. 20 ноября 1864 года был принят **Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями** (другие проектные названия – «Судебно-полицейский

устав», «Устав о взысканиях за проступки, подведомственные мировым судьям»). Закон получил хорошую прессу, а уже в первый год его применения в новом режиме было рассмотрено 147 651 уголовное дело или по 430 дел на одного участкового судью.

Устав структурировался на 14 глав, 8 отделений и 181 статью, 6 из которых дополнялись примечаниями. Общая часть вновь была «ущемлена»: на её долю приходилась только одна глава из 14 (28 статей), а её выделение из общего массива достигалось только с помощью толкования. И действительно: для этого достаточно было прочесть название Главы первой («Общие положения»), ознакомиться с её содержанием и увидеть, что все последующие главы представляют собой, напротив, пообъектные списки преступлений.

М.Н. Сизиков, готовивший сводный комментарий к Уставу¹, приводит любопытные данные из опубликованных прений по проекту, из которых следует, что «при разработке Устава во II отделении встал вопрос, нужно ли его делить, подобно Уложению о наказаниях уголовных и исправительных, на общую и особенную части. Имея в виду, что отсутствие общей части может привести к произволу мирового суда и что к тому же единоличные мировые судьи могут не иметь основательного юридического образования, составители решили предпослать уставу, по примеру многих иностранных судебно-полицейских кодексов, общую часть, но не разрабатывать её так подробно, как в Уложении о наказаниях, поскольку включаемые в Устав проступки в большей части незначительны и не допускают применения к ним правил о покушении, соучастии, умысле и т.п., определённые преимущественно для более тяжких преступлений. В результате было решено ограничить общую часть одной вводной главой, в которой, не вдаваясь в подробности, определить основные правила, относящиеся к преступному деянию и наказанию»².

Так называемая Особенная часть представлена в Уставе 13 главами, в которых последовательно названы такие объекты, как: порядок управления; благочиние, порядок и спокойствие; общественное благоустройство; паспортный режим; правила строительства и транспорта; противопожарные правила; почтовые и телеграфические правила; народное здравие; личная безопасность; честь; семейные устои; чужая собственность. Фактически перед нами Административно-деликтный кодекс, построенный по пандектному методу.

«Освобождение» Уложения 1845 года от административных деликтов (полукриминальных или уголовных проступков), что было правильно, не спасало данный нормативный акт от других, более существенных изъянов, касающихся классических преступлений. Николаевское уложение буквально исторгало из себя лозунг «держать и не пущать», олицетворяло собой верного охранни-

¹ Российское законодательство X-XX веков. В девяти томах. Т. 8: Судебная реформа. – М.: Юрид. литература, 1991. – С. 390-391.

² Судебные уставы 20 ноября 1864 г. с изложением рассуждений, на коих они основаны, изданные Государственной канцелярией. Часть IV. – СПб., 1867. – С. 1.

ка уже отживших феодальных устоев. Отмена крепостного права, судебная и прочие реформы, первые протестные выступления рабочего класса, «неуправляемость» присяжных коллегий, «несоответствие и неполнота законов, охраняющих государственный и общественный строй», их недостаточность для борьбы с «новыми преступными формами скопищ и сообществ» и «социально-революционной пропагандой»¹ понудили верховную власть пересмотреть свою уголовную политику и прежнее законодательство. Успел сделать это ещё Александр Освободитель, повелевший в 1875 году учинить общий пересмотр Уложения 1845 года. Убийство царя 1 марта 1881 г., как это бывает, ускорило проектные работы; очередной хозяин престола 22. 04. 1881 г. предписал создать новое Уложение, покрывающее собой старое и «Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями», – с учётом новых социальных условий, судебной практики, данных науки и зарубежного законодательства, а ещё через декаду утвердил и персональный состав редакционной Комиссии, куда вошли и три представителя науки уголовного права, олицетворявших основные направления отраслевой доктрины – классическое или догматику (Н.С. Таганцев), социологическое (И.Я. Фойницкий) и антропологическое (Н.А. Неклюдов).

Работа над проектом нового Уложения была очень кропотливой и длительной², Общая и Особенная части обсуждались раздельно, Комиссия собирала отзывы от специалистов в стране и за рубежом, да и сама подробно аргументировала свои взгляды и выбор. Как сообщает А.А. Пушкаренко, «всего на первоначальный проект нового Уложения было опубликовано 13 томов замечаний», а к самому проекту Комиссией прилагалась «обширная пояснительная записка в восьми томах»³. 22 марта 1903 года **Уголовное уложение** утвердил Николай II⁴, и состояло оно из 37 глав и 687 статей. Структурная композиция уголовного закона практически осталась без изменений: 1) Общей части отводилась всего одна, первая глава из 72 статей, разбитых на 8 отделений (Положения общие, О пространстве действия Уголовного уложения, О наказаниях, Об условиях вменения и преступности деяний, О видах виновности, О смягчении и замене наказаний, Об обстоятельствах,

¹ Цитируются материалы, опубликованные: Журнал Министерства юстиции (ЖМЮ). 1895. № 7. – С. 51.

² См. об этом, например: *Белявский Л.А., Рубиновский А.Л.* Уложение о наказаниях уголовных и исправительных в толковании юристов. – СПб., 1902; Журнал высочайше утверждённого Особого совещания при Государственном совете для предварительного рассмотрения проекта Уголовного уложения. – СПб., 1901; Журнал Особого присутствия Государственного совета, высочайше утверждённого для обсуждения проекта Уголовного уложения. – СПб., 1902; *Палаузов В.Н.* К вопросу о будущем нашем уголовном кодексе: Проект общей части уголовного уложения, выработанный Редакционной Комиссией. Отзывы о нём русских и иностранных криминалистов. – Одесса, 1894; Уголовное уложение с изложением рассуждений, на коих оно основано. Изд-е Государственной Канцелярии. – СПб., 1910 и др.

³ Российское законодательство X-XX веков. В девяти томах. Т. 9: Законодательство эпохи буржуазно-демократических революций. – М.: Юрид. литература, 1994. – С. 251, 252.

⁴ Официальное опубликование: Собрание узаконений (СУ). 1903. Отд. 1. № 38. Ст. 416.

усиливающих ответственность, Обстоятельствах, устраняющих наказуемость); 2) последовательность расположения глав в Особенной части также была привычной (религиозные, государственные, посягающие на народное здравие, общественную и личную безопасность, нравственность, семью, порядок управления, собственность, интересы службы преступления). Примечательно, что создатели чётко осознавали и специально протоколировали принципиальные установки по логике структуризации готовящегося закона: царские комиссионеры объявили своё желание уйти от казуистики и огромных объемов Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года посредством «определения преступных деяний по их существенным признакам», а Особенную часть строить на началах учёта «свойств и значения того правоохранительного интереса, на который посягал виновный»¹.

Несмотря на признанное в России и за рубежом совершенство принятого Уголовного уложения (шедевр), оно, по написаным законам российской политики и государственно-правовой жизни вообще, так и не вошло в силу в полном объёме². Неужели судьба лучших нормативных актов в том и состоит, чтобы не реализовываться; или передовое «не про нас» – самые прогрессивные мысли и правила достойны лишь бумаги, а не реализации в «отсталой» Руси; или «русский Бог не всегда бывает Богом осмотрительности и благоразумия»?³. Помимо прочего⁴, правдиво выглядит предположение, что в очередной смутный период правящая верхушка предпочитала использовать не гласное и уравновешенное законодательство, а чрезвычайное плюс различные временные правила и внесудебную расправу, стала организовывать черносотенные погромы и практиковать в целях устрашения бунтующего населения особые карательные экспедиции⁵.

§ 2. Структура законодательных актов по борьбе с преступностью СССР и современной России

Советский период оказался очень богатым на обновления и кодификации уголовного законодательства, а в рамках этих процессов модифицировалась и его структура. А началось всё с «Ру-

¹ ЖМЮ. 1895. № 7. – С. 56, 59.

² Законами от 7 июня 1904 г., от 14 марта 1906 г., от 25 декабря 1909 г. и от 20 марта 1911 г., а также Указами от 16 июня 1905 г. и от 4 марта 1906 г. вводились (частично и с последующими отменами) только те главы Уложения, которые касались преступлений государственных, религиозных, против правосудия, постановлений о надзоре за печатью, общественного спокойствия. Это и понятно, власть втягивалась в соперничество с новыми и всё более организованными революционными движениями.

³ **Вяземский П.А.** Эстетика и литературная критика. – М.: Искусство, 1984. – С. 419.

⁴ См. наше: **Бойко А.И.** Сдержанные поздравления современному депутатскому корпусу (научно-публицистическое эссе) // Северо-Кавказский юридический вестник. 2005. № 4. – С. 136-145.

⁵ **Фецыч Г.В.** К вопросу подготовки и издания Уголовного уложения 1903 г. // Проблемы правооказания. Вып. 41. – Киев, 1980. – С. 45.

ководящих начал по уголовному праву РСФСР» от 12. 12. 1919 года¹ – очень маленького по объёму и уголовно-политического по своему содержанию документа, содержавшего воззрения новой власти и первый опыт революционных трибуналов. Вот что было написано во введении к этому документу: «в процессе борьбы со своими классовыми врагами пролетариат применяет те или другие меры насилия, но применяет их на первых порах без особой системы, от случая к случаю, неорганизованно. Опыт борьбы, однако, причащает его к мерам общим, приводит к системе, рождает новое право»².

Только эти обстоятельства могут объяснить и оправдать изъясны структурного плана: Руководящие начала не знали деления на части – огромного приобретения предыдущих лет (были своего рода кодексом без Особенной части³), а их микроскопическое содержание (27 статей) структурировалось на целых 8 разделов, четыре из которых имели в своем составе по одной статье (!). Как справедливо подмечает Н.А. Ныркова, такая редакционная политика «существенно снижает ценность осуществлённого структурирования нормативного материала, свидетельствует о формальном подходе к решению данной проблемы»⁴. Но Руководящие начала можно и «похвалить»: впервые в нашей законодательной истории Общая часть опередила во времени Особенную⁵; новой власти, отказавшейся от уголовного законодательства прежнего режима, приходилось на марше и в первую очередь выработать стратегические представления по борьбе с преступностью.

Как дань традициям старинных Судебников и Уложений, Руководящие начала начинаются с преамбулы (введения из одной статьи), но теперь она – не справка о ходе работ над проектом и составе законодателей, а то подразделение, которое «в структурном плане... фактически выполняло функции «мини-Общей» части уголовного законодательства, так как представляло собой вынесенные «за скобки» концептуальные идеи, предопределяющие смысл всего этого законодательства в целом»⁶.

Ситуация (закон без Особенной части) была исправлена через три года, когда Общая и Особенная части объединились в одном

¹ Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР (1917-1952 гг.) / Под ред. И.Т. Голикова. – М.: Госюриздат, 1953. – С. 57.

² Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР (1917-1952 гг.) / Под ред. И.Т. Голикова. – М.: Госюриздат, 1953. – С. 57.

³ Шишов А.Ф. Становление и развитие науки уголовного права СССР. Проблемы Общей части (1917-19936 гг.): Учебное пособие. Вып. 1. – М., 1981. – С. 70.

⁴ Ныркова Н.А. Институты Общей части уголовного права в истории советского законодательства и действующем УК РФ. – Ростов н/Д: Изд-во СКАГС, 2006. – С.23-24.

⁵ Кажется, первым подметил данное многозначительное обстоятельство В.П. Коняхин. – Развитие структуры Общей части в системе советского уголовного законодательства (1917-1960 гг.) // Весь мир живёт до тех пор, пока живёт память человека / Под общей ред. В.С. Комиссарова. – М., 2006. – С. 94.

⁶ Коняхин В.П. Теоретические основы построения Общей части российского уголовного права. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс, 2002. – С. 59-60.

сводном акте – Уголовном кодексе РСФСР 1922 г.¹, и к тому же основные структурные единицы кодекса были прямо названы (выделены) в тексте. Общая часть состояла из 5 рубрик без обозначения их словами «глава» либо «раздел», но с индексацией римскими цифрами, а именно – Пределы действия УК, общие начала применения наказания, определение меры наказания, роды и виды наказаний и других мер социальной защиты, порядок отбывания наказания (всего 56 статей). Особенная же часть была в три раза объёмнее (169 статей из 225) и дифференцировалась на 8 глав с последовательностью: государственные преступления – должностные преступления – нарушающие правила отделения церкви от государства – хозяйственные – против личности – имущественные – воинские – нарушающие здоровье населения, общественную безопасность и публичный порядок.

В тексте УК содержится 15 примечаний к 12 статьям (к ст. 33 – 3 примечания, а к ст. 40 – 2) различного характера, но более всего они посвящаются ограничениям по применению отдельных видов наказаний и дефинициям используемых в тексте понятий. Нелогичность в пользовании данным приёмом законодательной техники нами усматривается в том, что: 1) расшифровывается только одно понятие из нескольких (в примечании к ст. 187 законодатель определяет, что такое «обман», но не делает этого по отношению к «злоупотреблению доверием»); 2) содержание примечания к ст. 192 (совершение преступления в виде промысла) явно должно быть квалифицированным составом (частью 2 статьи), тем более что в примечании названа и повышенная санкция; 3) напротив, последние абзацы к ст.ст. 205 и 207, следующие за санкциями, представляют собою классические оговорки по частным вопросам, не связанным с квалификацией деянного, и потому их надлежало оформить в виде примечаний, а не оставлять в таком неопределённом статусе; 4) помимо понятийных примечаний к статьям 105 (должностное лицо), 180 (мелкая кража) и 187 (обман) ту же нагрузку приняли на себя статьи 57 (понятие контрреволюционного преступления), 74 (понятие преступления против порядка управления) и 200 (понятие воинского преступления), почему-то не оформленные как примечания.

Заметно увлечение властей революционной риторикой, настроенной на жестокость: последнее слово во всех диспозициях статей Особенной части есть «карается» вместо привычного «наказывается». Приятно отметить и достижение (стандарт для будущих времен) нового государства. Общая часть УК начинается с норм о действии уголовного закона, а не с норм о преступлениях и наказаниях. Эта нормативно-структурная новелла поддерживалось в науке того времени: «некоторые считают, что Общая часть состоит только из двух разделов: а) учение о преступлении и б) учение

¹ Введён в силу постановлением ВЦИК республики с 1 июня 1922 года. Официально опубликован в «Собрании Узаконений и Распоряжений Правительства» от 01.06.1922 г., № 15. Ниже текст УК приводится и обсчитывается по изданию: Уголовный кодекс Российской Социалистической Федеративной Советской Республики. Изд.-е 2-е, испр. и доп. По 15 июля 1925 г. С алфавитно-предметным указателем. – Л.: Изд-во «Рабочий суд», 1925. – 144 с.

о наказании. Однако отказ от включения в систему Общей части уголовного права учения об уголовном законе является совершенно неосновательным...»¹.

Таким образом, структурирование первого советского УК было адекватно внешним условиям того времени (жесткая политическая борьба за власть, породившая контрреволюционные преступления) и задачам развития самой отрасли (на Общую часть падает четверть всего объема кодекса, что очень здорово, поскольку данное обстоятельство служит показателем «содержательности и научности всякого УК, ибо именно в нормах Общей части выражаются принципы и общие положения ответственности за преступления. От их точности и полноты зависят ценность и уровень кодекса в целом»²), продолжает традиции (в части примечаний, последовательности родовых объектов), но и демонстрирует прорывы, возможности которых накапливаются постепенно (выдвижение на первое место в структуре Общей части норм о правилах действия уголовного закона).

Практически копией предыдущего нормативного акта стал УК РСФСР 1926 года. Юридической необходимости в обновлении прежнего закона всего через 4 года после его принятия, конечно же, не было. Заработала другая причина: с образованием СССР (1922 год) и принятием Основных начал уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик (31 октября 1924 год)³ сугубо политические соображения потребовали внешнего приличия – повторного издания «старого» УК под эгидой федерального законодательства и лишь с частичной коррекцией его содержания. Да и официальное название обновленца показательно – **Уголовный кодекс РСФСР в редакции 1926 года**⁴. Он был принят на второй сессии ВЦИК республики III созыва в 1926 году, а с 1 января 1927 года вступил в силу. Состоял из 205 статей и 27 примечаний к ним с теми же изъятиями, которые были свойственны предыдущему УК. На Общую часть приходилось более четверти всего объема кодекса (57 статей), а структурировалась она на 6 разделов; Особенная часть, напротив, подразделялась на главы (общее число – 10) в ранее принятой последовательности.

Новшества у «копии» 1926 года были небольшими: в Общей части появились разделы первый («О задачах уголовного законодательства РСФСР») и третий («Общие начала уголовной политики РСФСР»), а в Особенной – глава 10 «Преступления, составляющие пережитки местных обычаев», действие которой было

¹ Уголовное право. Общая часть. Издание второе, переработанное и дополненное. – М.: Юридат НКЮ СССР, 1939. – С. 12 (проф. Б.С. Ошерович).

² Кузнецова Н.Ф. Вопросы истории советского уголовного законодательства. Общая часть // Вестник МГУ. 1991. № 4. – С. 25.

³ Олицетворяли собой только Общую часть уголовного законодательства нового (восстановленного) государства и включали 39 статей, поделённые на 4 раздела, а также преамбулу (Вводные положения). – См.: Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР. 1917-1952 гг. / Под ред. И.Т. Голякова. – М., 1953. – С. 199-207.

⁴ Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР. 1917-1952 гг., С. 257-266.

ограничено территориями, где перечисленные преступления (выкуп за убийство, уклонение от примирения, калым, принуждение женщины к вступлению в брак, вступление в брак или принуждение к заключению такого с лицом, не достигшим брачного возраста, двоежёнство и многожёнство, баранта, межплеменное насилие, присвоение судебных полномочий, принудительное взимание сборов на религиозные цели) «являются пережитками родового быта для проживающих на данной территории национальностей» (ст. 205).

Уголовный кодекс РСФСР 1960 года¹, принятый на волне либерального оживления, вызванного политическими изменениями в СССР после смерти И.В. Сталина, и с опорой на Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1958 года² состоял из 269 статей, поделённых на 18 глав, из которых 63 статьи и 6 глав выпадали на Общую часть (23,42%). Текст содержал только 5 специально оформленных в тексте примечаний, и все они располагались в Особенной части (статьи 89 и 144 – расширительное толкование повторности для хищений; ст. 170 – понятие должностного лица; статьи 174 и 218 – условия освобождения от уголовной ответственности взяткодателя и хранителя оружия), хотя нормативных положений, созвучных примечаниям и могущих быть таковыми, значительно больше. Достаточно назвать содержание: ч. 2 ст. 36 (особый режим поведения уголовного суда при избрании наказания в виде лишения званий и наград), статей 73, 101 и 151 (распространение действия УК на соответствующие российским преступления против интересов государств социалистической ориентации), ст. 236 (ограничение действия УК по территории РСФСР) и пр. Фактически на «правах» примечания включены во многие статьи главы о воинских преступлениях повторяющиеся положения о том, что смягчающие обстоятельства переводят уголовно-правовой деликт в разряд дисциплинарного проступка (пункт «б» части первой статей 239, 241, 243, 244, 250, 255-258, 260; пункт «г» части 1 ст. 245; пункт «д» части 1 ст. 259 УК). Очевидно, что здесь законодатель повёл себя очень затратно; вместо формулирования общей нормы исключительного характера в ст. 237, посвящённой понятию воинского преступления – в виде части или примечания, он учредил 12 похожих как две капли воды оговорки об освобождении от уголовной ответственности и вклинил их (даже не завершил или не заключил, а именно вклинил!), вопреки логике, в списки составов, влекущих ответственность.

Прочие структурные необычности и даже новшества УК 1960 года таковы: 1) он содержал в виде официального Приложения «Перечень имущества, не подлежащего конфискации по приго-

¹ Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1960. № 40. Ст. 591.

² Состав: 47 статей, 4 раздела (Общие положения; о преступлении; о наказании; о назначении наказания и об освобождении от наказания), а содержание – Общая часть в привычном понимании. – Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР (1953-1991 гг.). Часть 1. Законодательство СССР. // Составители Н.С. Захаров и В.П. Малков. – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1992. – С. 37-52.

вору суда». Такого не было прежде и нет в действующем УК РФ. Формально необходимость появления Приложения объяснялась в ч. 2 ст. 35, где было сказано, что «не подлежат конфискации предметы, необходимые для осужденного и лиц, находящихся на его иждивении, согласно перечню, данному в приложении к настоящему Кодексу», а по существу – технической невозможностью включения в статью такой части или пункта, объём которых превосходил бы в десятки раз объём обычной статьи Общей части. Дополнительная причина появления именно данного Приложения заключается в отсутствии на тот момент кодифицированного пенитенциарного кодекса, где вопросы исполнения конфискации регулировались бы в нужных подробностях; 2) только одна глава Особенной части (I-я – «Государственные преступления») дифференцирована на две части или отдела (I – «Особо опасные государственные преступления»; II – «Иные государственные преступления»), что, вне сомнения, порождено структурой общесоюзного закона «Об уголовной ответственности за государственные преступления»¹, является её повторением; 3) значительное число статей Особенной части УК РСФСР 1960 года, регулирующих уголовную ответственность за воинские преступления, в структурном отношении оформлено необычно – части обозначены буквенной индексацией (статьи 238-247, 249-251, 255-260, 262, 265, 268)², что также обусловлено механическим повторением техники и структуры общесоюзного Закона об уголовной ответственности за воинские преступления³.

В последнее десятилетие XX века Россия (в составе СССР) очередной раз меняет свой строй, что закономерно сопровождается неразберихой в управлении, падением жизненного уровня и нравственных опор населения, ростом преступности и попытками власти выйти из кризиса. Объявив о своей легитимации и о новых принципах организации общества конституционным путём, обновившаяся элита принялась и за укрепление нормативных основ управленческой деятельности; вначале – с созидательных отраслей, затем пришел черёд и криминальных. Благо, научно-техническая почва к этому времени была создана – теоретическая модель УК, подготовленная коллективом сотрудников ИГП АН СССР, и *Основы уголовного законодательства Союза ССР и республик 1991 года*⁴ с отлагательным сроком вступления в силу, оказавшимся нереальным вследствие распада страны. Попутно ищется идеологическое оправдание новациям, как исстари водится, на Западе. Социально-экономическая фантазия о коммунизме в исполнении прошлого режима интенсивно обругана и заменяется на более прагматичную социально-юридическую обманку – на искусные обещания всем многочисленных прав и свобод с хитрым

¹ Ведомости Верховного Совета СССР. 1959. № 1. Ст. 8.

² Подобный метод употреблён законодателем ещё только один раз – в ст. 64 УК РСФСР.

³ Ведомости Верховного Совета СССР. 1959. № 1. Ст. 10.

⁴ Приняты Верховным Советом СССР 2 июля 1991 г. (Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1991. № 30. Ст. 862), но в силу так и не вошли из-за распада страны. Содержали в своем составе 71 статью, которые были поделены на 8 разделов.

умолчанием об обязанностях. Фокус оболщания, как и в 1917 году, удался: постоянно обманываемая в своих ожиданиях инертная масса народа поддавалась искушению в очередной раз; позволила безропотно забрать недра, средства производства и власть 3%-му меньшинству в нелепой надежде, что этим строится рай как раз для неё (для большинства).

На исходе весны 1996 года, после жёстких дебатов в оппозиционной Госдуме и, что важнее для формирующейся элиты, в канун президентских выборов, исполнительной власти удалось организовать принятие **Уголовного кодекса РФ**¹ и тем «своевременно» уверить население в исключительной заботе Центра о безопасности граждан. И содержательно, и по структуре новый закон должен был быть другим; уж больно много сфер жизни затронул экономический передел. Так и случилось: УК-96 оказался более предыдущего по объёму (на 91 статью) и гораздо сложнее по внутренней организации: 34 главы вместо 18 и к тому же объединение их в 12 разделов, чего прежде не было; случилось и восьмикратное увеличение примечаний (с 5 к 5 статьям в 1960 г. – до 43 в 1996 г.). Оценим данную структурную революцию.

Первое. Увеличение числа глав нужно оценивать как положительный факт, улучшающий управление в сфере борьбы с преступностью и пользование текстом УК. Попробуем вывести некий **индекс структурирования**, понимая под этим количество статей на одну внутреннюю строительную «перегородку» текста УК (раздел, глава, отделение, отдел, параграф и т.д.). Возьмём для анализа только ближний XX век, когда основной водораздел (Общая – Особенная части) обозначился неизбежно, и тогда явится следующая картина: в Уголовном уложении 1903 г. количество статей на общее число структурных уровней составило в среднем 11,08 единиц; в УК РСФСР 1922 г. – 17,31; в УК РСФСР 1926 г. – 12,81; в УК РСФСР 1960 г. – 13,45; в УК РФ 1996 г. – 8,02 единиц. Комментируем эту линию развития как устойчивую тенденцию в пользу более детальной сортировки нормативного материала, как свидетельство нахождения общих мест там, где их вчера ещё не видели. И по этому показателю подтверждается почти единодушное мнение об Уложении 1903 года как о шедевре своего времени (у него лучший индекс структурирования вплоть до УК 1996 года). Данное генеральное движение законодательной техники катализируется двумя внешними факторами – развитием уголовно-правовой теории (1), а также ростом и обобществлением преступлений в новых сферах жизнедеятельности человека (2).

Доказательства очевидны: только благодаря прогрессу доктрины, работам авторитетов отраслевой науки стало возможным обособление и понятийное обеспечение глав о вине (труды С.В. Векленко, Б.С. Волкова, Е.В. Ворошилина, П.С. Дагеля, А.Ф. Зелинского, Г.А. Злобина, Д.П. Котова, Г.А. Кригера, В.В. Лунева, В.А. Нерсеяна, Б.С. Никифорова, Б.Я. Петелина, А.И. Рарога, К.Ф. Тихонова, А.М. Трухина, И.Г. Филиановского, В.А. Яку-

¹ Принят как № 63-ФЗ от 13 июня 1996 г. // Собрание законодательства РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

шина), неоконченном посягательстве (работы В.Д. Иванова, В.Д. Караулова, А.П. Козлова, Н.Ф. Кузнецовой, К.А. Панько, А.А. Тер-Акопова), соучастии (исследования А.А. Арутюнова, Ф.Г. Бурчака, В.В. Быкова, Р.Р. Галиакбарова, Н.Г. Иванова, А.П. Козлова, М.И. Ковалева, П.Ф. Тельнова, А.М. Царегородцева, А.В. Шеслера), форс-мажорных обстоятельствах (работы Ю.В. Баулина, Н.П. Берестового, В.Л. Зуева, В.Н. Козака, А.Н. Красикова, С.Ф. Милюкова, А.Н. Попова, И.С. Тишкевича, В.И. Ткаченко, Ю.Н. Юшкова), освобождении от уголовной ответственности (исследования Х.Д. Аликперова, Г.Б. Виттенберга, С.Г. Келиной, П.В. Коробова, А.С. Молодцова, С.Н. Сабанина, Ю.М. Ткачевского, В.Д. Филимонова) и особом режиме преследования несовершеннолетних (труды В.А. Авдеева, З.А. Астемирова, Г.И. Забрянского, Г.М. Миньковского, В.С. Орлова, В.Я. Рыбальской, К.К. Сперанского).

С другой стороны, научно-технический прогресс понудил российские власти к выделению в структуре УК-96 группы преступлений экологических (глава 26) и транспортных (глава 27), заставил переименовать и существенно обновить (увеличив объём) главу 22, ибо коммерческий гон за прибылью перевёрнул все прежние представления о допустимом поведении в сфере хозяйствования, учредить новые главы о компьютерных (глава 28) преступлениях – чего в 1960 году даже фантастам представить было невозможно, и преступления против конституционных прав и свобод человека и гражданина (глава 19) – тут заявила о себе общеправовая (конституционная) нагрузка на отрасль, возвысить прежние монолиты – главы 3-ю (преступления против жизни, здоровья, свободы и достоинства личности) и 10-ю (преступления против общественной безопасности, общественного порядка и здоровья населения) УК РСФСР 1960 года – до уровня разделов и дифференцировать их затем на главы.

Второе. В УК РФ 1996 г. появился новый структурный уровень, объединяющий привычные уже главы, – *раздел*. Очередное правотворческое обобщение, конечно же, опиралось на данные науки, но и подстегнуло доктринальный интерес к структуре закона. В эпицентре обсуждения оказался критерий выделения раздела; поскольку же этот структурный уровень введён одновременно и в Общую, и в Особенную части УК, можно предвидеть различные основы деления закона. Дифференциация *Общей части* обычно проводится по институтам (крупным нормативным образованиям внутри отрасли). Таковые давно известны криминалистами – собственно уголовный закон, преступление и наказание. Выделения в качестве самостоятельного и последнего по очередности¹ раздела УК заслуживает и целый блок исключительных норм уголовного права (раздел IV и форс-мажорная 8-я глава действующего УК). Некоторым логическим диссонансом в этом смысле выглядят за-

¹ Давно известны необходимость нормативных исключений, которые самим своим существованием доказывают ценность общих правил – *exceptio probat regulam*. Менее известен завет древних римлян, что исключительные нормы надлежит размещать именно в конце текста закона, раздела или главы (*exceptio simper ultima ponenda est*).

конодательные разделы, посвящённые уголовной ответственности несовершеннолетних (V) и принудительным мерам медицинского характера (VI). Положения первого из этих разделов являются естественной частью главы 4 кодекса («Лица, подлежащие уголовной ответственности»), а второго – IV раздела («Освобождение от уголовной ответственности и от наказания»).

Сортировка норм *Особенной части*, как известно, производится «по сходству и различию в объекте посягательства»¹, а не по институтам. Последние – *po sensu* для этой части уголовного закона, суперобобщения составляют исключительный удел *Общей части*. Деление же *Особенной части* УК и на разделы, и на главы возвращает специалиста отрасли к разговору о классификации объектов уголовно-правовой охраны и её критериях. Общая теория объекта преступления давно и плодотворно разрабатывается в отечественной науке, начиная с царской эпохи (труды Л.С. Белогриц-Котляревского, П.А. Калмыкова, А.Ф. Кистяковского, Г.В. Колоколова, Н.А. Неклюдова, С.В. Познышева, П.П. Пусторослева, В.Д. Спасовича, Н.Д. Сергеевского, Н.С. Таганцева, И.Я. Фойницкого), а затем получила продолжение в советской уголовно-правовой доктрине. В частности, по данной теме защищены докторские диссертации В.К. Глистина², Н.И. Коржанского³, Б.С. Никифорова⁴, Г.П. Новоселова⁵, она анализировалась в фундаментальных монографиях И.В. Вишняковой и А.И. Марцева⁶, В.Я. Тацья⁷, С.И. Улезько и И.А. Фаргиева⁸, Е.А. Фролова⁹. За советский период в отечественной науке выкристаллизовалось следующее господствующее понимание объекта преступления: он – общественное отношение, находящееся под охраной государства; любое преступление посягает на эти общественные отношения и разрушает их, приобретая вследствие этого генеральное свойство «общественной опасности»; власть пытается восстано-

¹ Курс советского уголовного права. Особенная часть. Том 1. – М.: Госюриздат, 1955. – С. 70 (А.А. Пионтковский). См. также: Пионтковский А.А. Система особенной части уголовного права // Советское право (Журнал Института советского права). 1926. № 2 (20). – М.-Л.: Госиздат, 1926. – С. 54.

² Глистин В.К. Общее учение об объекте преступления: Дисс. докт. юрид. наук. – Л.: ЛГУ, 1981.

³ Коржанский Н.И. Объект и предмет уголовно-правовой охраны в СССР: Дисс. докт. юрид. наук. – М.: ВНИИ МВД СССР, 1981.

⁴ Никифоров Б.С. Объект преступления по советскому уголовному праву: Дисс. докт. юрид. наук. – М., 1958.

⁵ Новоселов Г.П. Актуальные вопросы учения об объекте преступления: методологические аспекты: Дисс. докт. юрид. наук. – Екатеринбург: УрГЮА, 2001.

⁶ Марцев А.И., Вишнякова И.В. Развитие учения об объекте преступления. – Омск: Омск. Академия МВД РФ, 2002.

⁷ Тацкий В.Я. Объект и предмет преступлений в советском уголовном праве. – Харьков: Вища школа, 1988.

⁸ Фаргиев И.А., Улезько С.И. Объект преступления в уголовном праве: Монография. – Ростов-н/Д: РГЭУ, 2000.

⁹ Фролов Е.А. Спорные вопросы общего учения об объекте преступления: Сборник учен. трудов СвЮИ. Вып.10. – Свердловск: СвЮИ, 1969.

вить нарушенное преступлением социальное равновесие и делает это посредством наказания¹.

Но объект объекту – рознь, а области общественных отношений могут различаться между собой по объёму человеческих контактов. Посему в уголовно-правовой науке не утихают споры по поводу классификации объектов; а победа в дискуссии почти наверняка отзовётся на законодательной структуре Особенной части УК. По укоренившимся в 50-70-х гг. представлениям чаще всего упоминалась и сегодня пропагандируется трёхчленная сортировка объектов на его общий, родовой (специальный) и непосредственный разновидности². При этом, поскольку любое преступление и его состав предусматривают определённую социально-правовую систему, компоненты которой находятся в определённой взаимозависимости и взаимодействии, постольку тот или иной объект должен соотноситься (или соответствовать) с тем или иным видом состава преступления. Установление такого соотношения абсолютно необходимо по элементарной причине: любые общественные отношения приобретают качество уголовно-правовой категории «объект» только в случае преступного их нарушения. Уголовно-противоправное деяние лица, посягающее на определённые общественные отношения, включает их в систему преступления и сообщает нарушенному социальному благу значение объекта уголовно-правовой охраны.

Возвращаясь к упомянутой выше трёхчленной классификации объектов преступления, необходимо отметить, что из неё выпало важное звено – видовой объект, идея выделения которого в едином классификационном ряду не нова для науки. Она обстоятельно обоснована и в докторской диссертации Н.И. Коржанского, и в ряде его публикаций³. Концепция четырёхчленной классификации объектов преступлений на общий, родовой, видовой и непосредственный уровни сегодня мало у кого вызывает возражения. Особняком выглядит лишь мнение Г.П. Новосёлова. В его представлении «широко используемое в настоящее время так называемое деление объектов преступления по вертикали на общий, родовой и непосредственный действительно является классификацией, но не самих объектов, а признаков, их характеризующих... Подобно тому, как всякое преступление не может быть общим и родовым, его объект также всегда конкретен и не может быть общим и родовым»⁴. Но при таком подходе: утрачивается регулирующее значение уголовного права вообще; ликвидируется систематизационная основа уголов-

¹ См. раздел «Вопросы системы Особенной части в истории науки советского уголовного права» в специализированном сборнике ИПАН СССР: Уголовное право. История юридической науки. – М.: Наука, 1978. – С. 141-164 (Г.Л. Кригер).

² См., например: *Брайнин Я.М.* Уголовная ответственность и её основание в советском уголовном праве. – М., 1963. – С. 163-170; *Кудрявцев В.Н.* Теоретические основы квалификации преступлений. – М., 1961. – С. 165-170; *Никифоров Б.С.* Объект преступления по советскому уголовному праву. – М., 1960. – С. 17; Курс советского уголовного права. Том II (глава V). – М.: Наука, 1970. – С. 11-124 (А.А. Пионтковский).

³ См., например: *Коржанский Н.И.* Объект и предмет уголовно-правовой охраны. – М., 1980.

⁴ *Новосёлов Г.П.* Актуальные вопросы учения об объекте преступления: методологические аспекты: Автореферат дисс. докт. юрид. наук. – Екатеринбург: УрГЮА, 2001. – С. 7.

ного законодательства; нет почвы для нравственно-политических сравнений различных деликтов; как бы закрывается возможность научных и законодательных обобщений. Г.П. Новоселов прав, что всякое (одно – А.Б.) преступление и его объект конкретны; но для группы посягательств поражаемая социальная сфера значительно увеличивается. Речь идёт не только о точности терминологии, хотя она и чрезвычайно важна в науке, а о существе дела.

Уголовный закон оперирует понятиями не об отдельных частных и индивидуально-неповторимых фактах криминального поведения (это – уровень правоохранительных органов), а обо всей их совокупности, рассматриваемой и оцениваемой на уровне массовидного явления. Понятие (законодательное, научное) об этом явлении может иметь различный уровень абстракции. Таковыми разноуровневыми понятиями выступают родовая (чаще всего в теории) и видовой (всегда закрепляемый в Особенной части УК) составы преступлений. Непосредственный же объект есть индивидуальная форма проявления равного ему по классу обобщения видового объекта, но последний олицетворяет конечную ступеньку законодательного обобщения жизни, а первый – её реальное проявление. Эту мысль хорошо выразил крупный теоретик права профессор С.Н. Братусь, который отметил, что отдельные, конкретные отношения и вся их совокупность находятся в диалектическом единстве объективного и субъективного, общего и отдельного, общественного и индивидуального¹.

В связи с усложнением структуры Уголовного кодекса в 1996 году возникает необходимость в уточнении наших представлений о видах объектов «по вертикали». Поднимаемый сегодня вопрос не нов для отечественной науки. Ещё за 10 лет до принятия действующего УК РФ профессор Ю.И. Ляпунов в новаторской публикации обосновал идею о необходимости выделения для ряда групп однородных или «родственных» посягательств единого надгруппового, сложносочинённого или, как он назвал его, *интегрированного* объекта уголовно-правовой охраны². Мы разделяем данную позицию и считаем, что «вертикальная» классификация объектов посягательств, созвучная нынешней структуре УК, должна выглядеть следующим образом: *общий объект* – вся совокупность норм Особенной части; *интегрированный объект* – разделы; *родовой объект* – главы; *видовой объект* – статьи; *непосредственный объект* – не имеет и не может иметь отражения в законодательстве, поскольку служит формой индивидуального проявления видового объекта или последней ступени типизации общественных отношений; он суть разрушенное преступлением конкретно существующее благо, частная форма контактов между людьми, случайный вариант жизни.

В УК РФ 1996 года как бы заявлено 6 интегрированных объектов преступных посягательств: личность, экономический уклад,

¹ Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. – М., 1963. – С. 13.

² См.: Ляпунов Ю.И. Экономическая система СССР как интегрированный объект уголовно-правовой охраны // Уголовно-правовая охрана экономической системы СССР: Сборник трудов Всесоюзного научно-исследовательского института проблем укрепления законности и правопорядка. – М., 1987. – С. 17-24.

общественная безопасность и общественный порядок, государственная власть, интересы воинской службы, мир и безопасность всего человечества. Логические изъяны подобной классификации известны: в названии третьего по счёту раздела куда-то запропастились «здоровье населения» и «общественная нравственность», не вполне покрываемые категорией «общественной безопасности»; группа норм о воинских преступлениях, обозначенная в УК как самостоятельный раздел, является безусловным компонентом такого интегрированного объекта как «государственная власть»; преступления в сфере компьютерной информации (глава 28 в разделе IX – «Преступления против общественной безопасности и общественного порядка») частью своего содержания адресуются и управленческому (X) разделу УК. Наконец, можно предвидеть дальнейшее уплотнение структуры Особенной части с помощью укрупнения объектов уголовно-правовой охраны до того уровня, который может быть назван, допустим, **универсальными объектами**. Именно такую перспективу предлагал в 1994 году профессор П.Н. Панченко, отталкиваясь от новой триединой идеологемы «личность – общество – государство». Особенная часть проектируемого тогда Уголовного кодекса в его представлении должна была состоять из 4-х разделов: преступления против личности; преступления против общества; преступления против государства; преступления против мира и безопасности человечества¹.

Приведённая нами историческая справка показывает, что структура уголовного законодательства меняется и усложняется по ходу эволюции, что власть с опорой на доктрину натужно ищет наиболее оптимальную композицию нормативного материала (преамбулы, части, разделы, главы, отделения, отделы, статьи, заглавия, примечания, приложения и т.д.). При этом нельзя не видеть две постоянных детерминанты обновлённых решений: 1) давление внешней среды (экономики, международных обязательств, политики, доктринальной эволюции и доктринальных зигзагов², преступности etc.), понуждающее учреждать новые и упразднять старые объекты уголовно-правовой охраны³; 2) потребность в со-

¹ **Панченко П.Н.** Система уголовного законодательства: состояние и перспективы // Современные тенденции развития уголовной политики и уголовного законодательства. – М.: ИПП РАН, 1994. – С. 47-48.

² Замена классического наказания «мерами социальной защиты» и соответствующие структурные преобразования в Основах 1924 года, а также в УК РСФСР 1926 года отражали триумф социологической школы уголовного права в первой четверти XX века. – См.: **Герцезон А.** Из истории советского общесоюзного уголовного законодательства // Соц. законность. 1967. № 6. – С. 23.

³ Показательно, что докторант **Ю.И. Кулишов** в первом же пункте положений, выносимых на защиту, сформулировал такое положение: «в результате проведённого исследования выявлено, что структурное обособление преступлений против правосудия в самостоятельную главу УК РФ является закономерностью, базирующейся на историческом опыте законодательного конструирования уголовной ответственности дореволюционного периода России, а также мирового опыта поиска эффективных средств борьбы с данными видами общественно опасных посягательств». – Преступления против правосудия: проблемы теории, законотворчества и правоприменения: Автореферат дисс. докт. юрид. наук. – Владивосток: ДВГУ, 2007. – С. 11.

хранении цельности (действующего, изменяемого или вновь принимаемого) закона, внутренней упорядоченности его содержания, которая осознается наиболее чётко в кодификационные периоды – крупное и многовекторное изменение текста УК всегда ставит под сомнение прочность и достаточность его прежней структуры.

Затевавший разговор о функциональных связях правовых норм В.А. Киринов фактически пришёл к этому же выводу, хотя специально и не выделяет его: «как правило, стимулом разработки проекта новой правовой нормы, подготовки предложений об изменении или отмене действующей правовой нормы (закона) служат изменения, происходящие в жизни общества, в общественных отношениях, появление новых социальных задач, перемещение центра тяжести в ходе разрешения ранее возникших социальных проблем и т.п.». Сложность же юридического отражения социальных потребностей (среды) «проявляется в следующем: 1) формулировка правовой нормы должна с максимальной точностью выражать предписываемую норме функцию и не оставлять возможности иного её понимания, чем это предусмотрено законодателем; 2) проект нормы должен быть согласован с нормами действующего законодательства, не подвергающимися изменению; 3) проект нормы должен быть согласован с проектами других правовых норм в той же области общественных отношений (если такие проекты готовятся одновременно); 4) проект нормы должен быть исследован с точки зрения того, не требует ли её принятие одновременной или последующей разработки и принятия какой-либо иной правовой нормы»¹.

В связи с изложенным считаем возможным предположить существование двух типов положений в уголовном законе, которые приспособляют его содержание к обновившейся жизни, в том числе и к более важным (специфичным) нормативным актам (во-первых), а также обслуживают нормативный материал изнутри, обеспечивая ему логическую стройность и простоту пользования (во-вторых). Первую группу норм мы бы назвали **адаптационными**, а вторую – **гомеостазисными**; причём именно в такой последовательности, ибо появление новых объектов уголовно-правовой охраны, международных обязательств, конституционных директив и прочих внешних зависимостей с неизбежностью нарушают прежний логический порядок закона и понуждают юристов к усовершенствованию его структуры. Посмотрим с этих позиций на содержание УК РФ 1996 года.

1. Положения **адаптационного** характера имеются в обоих основных структурах. *Общая часть*: 1) содержание УК базируется на Конституции и международном праве (ч. 2 ст. 1); 2) кодекс призван решать социальные задачи (ч. 1 ст. 2, ч. 1 ст. 7); 3) в регулировании кардинальных вопросов борьбы с преступностью приоритет остаётся за УК, а не бланкетными (внешними) источниками (ч. 1 ст. 3); 4) закон не может ни приспособливаться к одной из важнейших координат человеческой жизни – времени (статья 9, 10, 78,

¹ Киринов В.А. Функциональные связи правовых норм // Сов. государство и право. 1972. № 5. – С. 36.

83, 86); 5) в статьях 11-13 декларируется зависимость уголовной ответственности от таких внешних факторов, как суверенитет и сопровождающие его национальная юрисдикция, территория, госграница, а также государственно-правовой статус лиц, совершающих общественно-опасные деяния, и международных договоров; 6) в социуме действуют и более высокие, чем привычные для уголовного права мотивы поведения и расчёты (статьи 37, 38, 41); 7) вид и место отбывания наказания определяется не в УК, а местными властями (ч. 1 ст. 49 и ч. 1 ст. 50); 8) изменение социальной обстановки диктует отказ от традиционных режимов уголовного преследования (ст. 80¹); 9) высшие органы власти и управления могут, на основании Конституции, вмешиваться в типовую работу юридической машины (статьи 84 и 85); 10) реакция на случаи совершения общественно опасных поступков дополнительно к УК регулируется другими отраслями законодательства страны (части 3 и 4 ст. 97; ч. 4 ст. 102; части 2 и 3 ст. 104).

Особенная часть: 1) учёт случаев утраты (общей или профессиональной) трудоспособности потерпевшего, что регулируется нормативными актами иной отраслевой принадлежности (статьи 111 ч. 1, 112 ч. 1 и 115 ч. 1); 2) факт перемещения потерпевшего через государственную границу Российской Федерации (пункт «Г» ч. 2 ст. 127¹); 3) привязка уголовной ответственности к данным Государственного земельного кадастра (ст. 170); 4) указание на зависимость предмета преступления от законодательства РФ о ценных бумагах (ст. 185¹); 5) базирование уголовной ответственности на российском законодательстве о налогах и сборах (статьи 198, 199, 199¹, 199²) либо на законодательстве о континентальном шельфе и исключительной экономической зоне (ст. 253); 6) специальная оговорка о том, что объектом посягательства являются и специальные правила поведения (правоотношения), регулируемые не уголовным законом – статьи 216-219, 228², 236, 246-249, 251-252, 255, 263-264, 268-269, 271, 284, 340-344, 348-352; 7) зависимость отраслевой ответственности от содержания Красной книги Российской Федерации (ст. 259); 8) о бланкетной основе отрасли («законодательство Российской Федерации») упоминается в также в статьях 285² и 322 ч. 1; 9) на необходимость специального законодательства РФ «военного времени» как обязательного условия преследования за преступления против военной службы указывает положение, содержащееся в ч. 3 ст. 331; 10) аналогично наличие международного договора объявлено обязательным компонентом национального уголовно-правового запрета в статьях 355 и 356 УК².

II. Положения **гомеостазисного** характера более многочисленны и представляют собой некие оговорки к тексту, структурные

¹ Странно, что в диспозициях либо заглавиях статей о хищениях нет упоминания о ГК РФ, регулирующем право собственности, более всего становящиеся объектом посягательства.

² К адапционным положениям можно отнести и многочисленные квалифицирующие признаки, упомянутые в диспозициях статей Особенной части УК, но мы оставим их без учёта в силу мелкотемья и произвольности их употребления законодателем, что (хотя) не раз было предметом замечаний, справедливых и колких, в научных публикациях.

(внутренние по своей направленности) компоненты закона с ярко выраженной управленческой, эксплуатационной нагрузкой. В *Общей части*¹ УК РФ 1996 года к ним могут быть отнесены следующие нормативы: 1) все частные расчёты по борьбе с отдельными преступлениями должны быть нанизаны на универсальный институт отрасли – состав преступления (ст. 8); 2) диалектическое противоречие между содержанием (общественная опасность деяния) и формой (противоправность деяния) всегда должно разрешаться в пользу содержания (ч. 2 ст. 14) – наставление для применения большинства статей *Особенной части*²; 3) в ст. 15 зафиксированы внутриотраслевые условности, влияющие на решение многих вопросов уголовного права, предопределяющие содержание частных регламентов (дифференциация и применение норм о судимости, сроках давности, стадиях, соучастии, условно-досрочном освобождении и замене неотбытого наказания более мягким видом, освобождении от уголовной ответственности и т.п.); 4) генеральное указание по разрешению конкуренции внутри УК, между его отдельными нормами оформлено в ч. 3 ст. 17; 5) особенности психики и вообще личности отраслевого правонарушителя, входящие за пределы общих признаков субъекта преступления, но влияющие на уголовную ответственность и наказание, предложено использовать как дополнительный внутриотраслевой норматив в статьях 20 ч. 3, 22, 23, 81 и 82, главе 14; 6) общий рецепт по ограничению уголовной ответственности за неосторожные преступления для всей *Особенной части* имеется в ч. 2 ст. 24; 7) предложение для реагирования на нестандартную ситуацию (две классические формы вины в одном поступке) дано в ст. 27; 8) установки на пользование альтернативными и относительно-определёнными санкциями сосредоточены в большинстве статей главы 10 УК, включая даже пропорции между карательным содержанием различных наказаний; 9) в ч. 2 ст. 75 объявлено, что деятельное раскаяние, вопреки общему правилу (ч. 1 ст. 75), может влечь освобождение от уголовной ответственности за тяжкие и особо тяжкие посяательства, но при условии специальных оговорок законодателя в статьях *Особенной части*, чем он не преминул многократно воспользоваться.

В *Особенной части* гомеостатические (укрепляющие) решения выражены оговорками ограничительного характера либо в диспозициях отдельных статей, либо примечаниями. Примерами первого рода могут служить положения, содержащиеся в статьях: 117 ч. 1 – не должно быть последствий, указанных в других статьях (111

¹ В принципе практически все нормы *Общей части* нацелены на достижение внутренней гармонии кодекса, олицетворяют собой технологии борьбы с преступностью по-крупному, но мы продемонстрируем ниже лишь те «ударные места» первой части УК, где управленческая ценность норм специально помечена законодателем.

² Установка вполне применима к *материальным* (преступление как союз деяния и последствий), трудно реализуема в отношении *формальных* (преступление – только деяние) и совершенно непригодна для так называемых *усечённых* (преступление – лишь угроза будущего посяательства) составов. Иногда подобные генеральные предписания дублируются (ч. 2 ст. 30), что есть не лучший, с точки зрения экономии нормативного материала, ход законодателя.

и 112) кодекса; 174 и 174¹ – легализация (отмыwanie) охватывает случаи сделок с денежными средствами или иным имуществом, приобретёнными в результате любых преступлений, за исключением 6-ти, специально оговоренных (предусмотренных статьями 193, 194, 198, 199, 199¹ и 199²); 189 ч. 1 – по этой статье виновные в запрещённом экспорте сырья, материалов, оборудования, технологий и научно-технической информации, а также в выполнении работ и оказании услуг, которые могут быть использованы для создания оружия массового поражения, осуждаются лишь в том случае, если в содеянном ими отсутствуют признаки составов контрабанды или государственной измены; 205¹ – преступлениями террористического характера, вовлечение в которые наказуемо, предписано понимать 6 посягательств, предусмотренных статьями 205, 206, 208, 211, 277 и 360 УК; 268 ч. 1 – уточнение субъекта преступления (им не может быть водитель железнодорожного, воздушного, водного, автомобильного и прочего транспорта, для которых ответственность установлена в статьях 263 и 264, а лишь пассажир или пешеход); 282¹ ч. 1 – в диспозиции исчерпывающим образом названы 8 преступлений так называемой «экстремистской направленности», организационные усилия для совершения которых преследуются по настоящей статье; 331 ч. 1 и 2 – обозначены и уточнены объект и субъект воинских преступлений с оговоркой, что данное положение распространяется лишь на главу 33 УК.

§ 3. Феномен примечаний в уголовном законодательстве

Что касается гомеостазисного вклада *примечаний* в структуру УК РФ, то этот приём законодательной техники заслуживает особого разговора. Их (примечаний) весьма много в кодексе (43 – на момент принятия и уже 59 к 51 статье – на момент выполнения настоящей работы), ими снабжена почти каждая восьмая (теперь – шестая) статья. Оценим эти законодательные оговорки (в первоначальной редакции УК) с точки зрения качества и увидим, что делятся они всего на три разряда: 18 примечаний посвящены особым условиям освобождения от уголовной ответственности, 13 – уточнению размера ущерба от преступлений и 12 – легальному толкованию употреблённых в тексте понятий. Большого разброса содержания, получается, нет. Законодатель дополнительно к основному тексту говорит об одном и том же неоднократно, недвусмысленно намекая, что можно и заменить такие ремарки одним типовым толкованием (ограничением), однако сам поступает иначе, что плохо. *Повторяемым* примечаниям не место в Особенной части; по осмыслению и типизации они должны быть размещены в первых статьях разделов либо глав, а впоследствии (в далёком будущем) эвакуированы в Общую часть – уже как универсальное руководство для всех преступлений. Верим в эту перспективу и призываем готовить доктринальную почву для её достойной реализации.

Поскольку внимание к этому приёму законодательной техники в науке в последнее время растёт и уже выполнены бухгалтер-

ские обсчёты примечаний УК, а также предложены их доктринальные классификации¹, представим лишь краткую справку о данном типе оговорок, сосредоточив усилия на погрешностях кодекса в этом плане, на способах их устранения и перспективах использования примечаний. В Общей части закона примечаний нет, что естественно; естественно в том смысле, что вся она есть набор примечаний и оговорок к правилам применения конкретных составов в том идеальном виде, как они зафиксированы в диспозициях статей Особенной части (один обособленный во времени и в пространстве акт поведения одного субъекта, направленный на один объект и приносящий одно определённое последствие). К тому же Общая часть включает и общие положения, и исключения к ним; последние могли быть оформлены и в виде примечаний, но сегодняшний законодатель выражает их отдельными статьями (10, 36, 73), частями статей (части 2 к статьям 3, 5, 6, 7, 14, 17, 20, 24, 61; ч. 4 ст. 18; ч. 4 ст. 46; целый ряд ограничений по применению отдельных видов наказаний – статьи главы 9; большая часть специальных правил назначения наказания выглядят как примечания к ст. 60, устанавливающей общие начала выбора судом вида и меры наказания) либо даже главами (8-я – «Обстоятельства, исключающие преступность деяния») и разделами (IV-й – «Освобождение от уголовной ответственности и наказания», V-й – «Уголовная ответственность несовершеннолетних»).

В Особенной же части примечания прямо и названы примечаниями, однако косвенно подобная нагрузка падает и на многочисленные уточнения (оговорки, поправки, коррективы) к общим решениям, которые по сложившейся традиции имеют вид отсылочных (ссылочных) диспозиций. В этом смысле легальные примечания есть также продолжение основных диспозиций закона, «отсылочные диспозиции в квадрате» или «суперотсылочные диспозиции». Фактически же разница между ними еще большая:

¹ См., например, работы: *Баранов В.М., Кузнецов А.П., Изосимов С.В., Бокова И.Н., Кондаков Д.С.* Примечания в российском праве. – Н. Новгород, 2006; *Войтович А.П.* Примечания в уголовном законе (сравнительно-правовое исследование): Монография. – Владимир, 2006. – 172 с.; *его же.* Примечания-дефиниции в статьях Уголовного кодекса // Законность. 2006. № 11. – С. 4-8; *Кобзева И.В., Пуклич Т.И.* Примечание к ст. 228 УК РФ: проблемы применения // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: Сб. материалов третьей Международной научно-практической конференции. – М.: МГЮА, 2006. – С. 239-240; *Кузнецов А.П.* Примечание, как одно из технико-юридических приёмов, при регламентации налоговых преступлений // Следователь. 2001. № 5. – С. 2-6; *Кузнецов А.П., Изосимов С.В., Бокова И.Н., Кондаков Д.С.* Использование примечаний в российском уголовном законодательстве // Следователь. 2002. № 1. – С. 2-26; *Латишин В.Ф.* Уголовно-правовое значение примечания как приёма законодательной техники на примере составов экономических преступлений // Российский юридический журнал. 2005. № 2 (46); *Петерский И.* Примечания в законе (Один из вопросов законодательной техники) // Сов. право. 1928. № 2. – С. 69-71; *Сафин Э.* Проблемы применения примечания к статье 198 УК РФ // Уголовное право. 2000. № 4. – С. 28; *Степанов А.Л.* Реализация норм-примечаний к ст. 201 УК РФ при привлечении к уголовной ответственности лиц, осуществляющих управленческие функции в коммерческой или иной организации // «Черные дыры» в Российском Законодательстве». 2006. № 2. – С. 109-114.

отсылочные диспозиции продолжают один логический ряд, ограничиваются пределами одной статьи, дифференцируют ответственность за одно преступление посредством учета признаков, касающихся какой-либо одной стороны основного состава; примечания же по преимуществу адресуются целой группе преступлений (главам или разделам), а иногда – и всему кодексу. Рассмотрим и оценим эту практику.

Семь примечаний (к статьям 117, 139, 158 – № 1, 285 – № 2, 3 и 4, 318) волею законодателя распространены в своем действии *на весь кодекс*, и все они посвящены легитимному толкованию употребляемых понятий. Тут не может быть претензий по содержанию, но с точки зрения структуры очевидно, что данные дефиниции достойны возвышения над отдельными статьями; они должны войти в Терминологический словарь УК и составить его сердцевину; место же последнего либо в Разделе I («Уголовный закон»), либо, что предпочтительнее, – статус самостоятельного приложения к кодексу, к чему давно призывают законодателя учёные.

Девять примечаний к статьям Особенной части прямым указанием парламента обладают силой только *в пределах соответствующих глав*, из них 4 касаются трактовки такого общего для трёх глав квалифицирующего признака как ущерб (ст.ст. 158 – № 2 и 4; 169; 216), 4 – посвящены расшифровке понятий (ст.ст. 158 – № 3; 201 – № 1; 285 – № 1) и 2 – процессуальным условиям преследования (ст. 201 – № 2 и 3). В большинстве случаев законодателю нельзя отказать в логике: 8 из 9 примечаний расположены в первых статьях глав, что должно приветствоваться, и лишь в одном случае (ст. 216) понятие крупного ущерба даётся в 12-й по счёту статье главы, что может быть оправдано отсутствием такового квалифицирующего признака в предыдущих статьях. Но в 1998 г.¹ в кодекс включена ст. 215¹, основная диспозиция которой содержит на правах конститутивного признака «крупный ущерб», да вот перемещения примечания из ст. 216 в более раннюю по порядку ст. 215¹ не случилось. «Добавка» 1998 г. в УК привела и к ещё одному структурному дисбалансу: в диспозиции первой части ст. 215¹ одним из возможных субъектов преступления названо «лицо, выполняющее управленческие функции в коммерческой или иной организации»; содержание же примечания 1 к ст. 201, где давалось официальное толкование данного субъекта, и область действия этого толкования (глава 23 и ст. 196 УК), не изменились. Всего-то и следовало сделать, что внести дополнение в примечание 1 к ст. 201 о распространении его действия на ст. 215¹, но это очевидное техническое мероприятие не выполнено. В результате трактовка субъектного состава преступления, предусмотренного ст. 215¹, оказалась без должного законодательного обеспечения. Наконец, упречными выглядят и примечания № 2 (прежде всего) и № 3 (во вторую очередь) к ст. 201. Им не место в УК по двум причинам: *основная* – примечаниями решаются не материально-правовые, а процессуальные вопросы; *дополнительная* причина – к делам частного и частно-публичного

¹ № 77-ФЗ от 27. 05. 1998 г. – «О дополнении Уголовного кодекса Российской Федерации статьей 215¹» // Собрание законодательства РФ. № 22. 01. 06. 1998. Ст. 2332.

обвинения, «возбуждаемым не иначе как по заявлению потерпевшего», относятся дела о 13 преступлениях (предусмотрены статьями 115, 116, 129 – ч. 1, 130, 131 – ч. 1, 132 – ч. 1, 136 – ч. 1, 137 – ч. 1, 138 – ч. 1, 139 – ч. 1, 145, 146 – ч. 1 и 147 – ч. 1) – ст. 20 УПК РФ¹. Почему же эти статьи законодатель не снабдил аналогичными примечаниями? Неужели интересы коммерческих организаций выше прав и свобод частных лиц?

Оставшиеся примечания общим числом 43 распределены в действующем УК следующим образом: на толкование понятий употреблено всего 5 примечаний, для уточнения последствий преступления – 14, а на реализацию общей оговорки (ч. 2 ст. 75) о допустимости освобождения от уголовной ответственности по специальному указанию законодателя в статьях Особенной части потрачено более всего примечаний – 24.

«Понятийные» примечания неравноценны по исполнению, но ещё более важна та мысль, что относительно совершенные разъяснения (эксплуатации человека – примечание 2 к ст. 127¹, специального субъекта преступления в сфере внешнеэкономической деятельности – примечание к ст. 189, наёмника – примечание к ст. 359) достойны распространения своего влияния на весь кодекс. Право слово, чем эти понятия невыразительнее или даже хуже понятий «жилища», «должностного лица», «хищения», «пытки», «представителя власти», обязательных для всего кодекса. Не выдерживает критики содержание примечаний к статьям 174 и 264: в первом случае аутентичное толкование ни на одну букву не отличается от комментируемого таким образом словосочетания из основной диспозиции («финансовые операции и другие сделки с денежными средствами или иным имуществом» есть «финансовые операции и другие сделки с денежными средствами или иным имуществом»), в примечании дополнительно сообщается лишь размер этих операций – свыше одного миллиона рублей; во втором случае, взявшись расшифровывать диспозитивный признак «*другого* (курсив здесь и ниже наш – А.Б.) механического транспортного средства», законодатель работу не выполнил – назвал для приличия и дополнительно троллейбусы, трактора, мотоциклы, а также «*иные* самоходные машины» и «*иные* механические транспортные средства», но перечень транспортных средств так и остался открытым. Grosh цена таким урезанным разъяснениям в базарный день²; не нужны в УК примечания такого качества (требующие дополнительных примечаний)!

¹ Собрание законодательства РФ. 24. 12. 2001. № 52 (ч. 1). Ст. 4921.

² О том же пишет и прокурор Челябинской области: «с точки зрения формальной логики имеет место определение неизвестного через неизвестное. Примечание к ст. 264 не только не определяет границ понятия механического транспортного средства, но, напротив, «размывает» их». В силу этого возникает вопрос о целесообразности подобного примечания, ведь «бланкетный характер нормы, предусмотренной в ст. 264, позволяет избежать загромождения закона определением, содержащимся в нормативном акте иной отраслевой принадлежности». – *Войтович А.* Примечания-дефиниции в статьях Уголовного кодекса // Законность. 2006. № 11. – С. 8. Иными словами, наш парламент загромодил УК неудачным примечанием.

Но ещё более упречным выглядит тот разряд оговорок, с помощью которых законодатель уточняет преступные последствия. Примечания к статьям 178, 185, 193, 194, 285¹, 290 и 293 без всякого ущерба для качества закона, но в целях упрощения его структуры и сокращения объёма должны быть упразднены: какая необходимость устраивать отдельные оговорки, что крупным размером признаётся ущерб на сумму более одного (ст.ст. 178 и 185), полутора (ст. 285¹) или пяти миллионов рублей (ст. 193), ста (ст. 293), ста пятидесяти (ст. 290) или пятисот тысяч рублей (ст. 194). Эти сведения могут быть легко размещены в самих диспозициях. Вторая половина примечаний, посвящённых аутентичному разъяснению ущерба от преступлений, может быть сохранена в тексте УК и вот по каким причинам: 1) конкретизация признаков состава требует значительного числа слов, а потому перевод примечаний в диспозиции сделает последние очень громоздкими и трудными для понимания и употребления (примечания к статьям 141¹, 146, 198, 199, 228 – № 2 и 260); 2) по тем же соображениям заслуживает сохранения и примечание к ст. 231, хотя оно и необычно по содержанию: объём запрещенных к возделыванию растений исчерпывающим образом не определяется, пользователю УК рекомендовано искать его в постановлениях Правительства страны.

Самая многочисленная группа примечаний (24) использована законодателем для установления особых условий освобождения от уголовной ответственности в случае деятельного раскаяния – с ограничением пределов действия этих оговорок рамками одной или (реже) нескольких статей УК. Здесь не избежать внутренней классификации. Текст закона дает основание для деления 24 примечаний на 4 группы: а) освобождение от уголовной ответственности производится с учётом поведения потерпевшего – ст. 122; б) те же последствия объясняются санкцией властей на осуществление действий, которые могут выглядеть типичным преступлением, – ст. 230; в) освобождение от уголовной ответственности диктуется различными вынуждающими лицо обстоятельствами – ст.ст. 151, 204, 291, 308, 316, 322, 337 и 338, что открывает возможность объединения их в одно генеральное руководство для применения в рамках отдельных глав или всего кодекса¹; г) наконец, оставшиеся 14 примечаний (к

¹ Установки на освобождение от уголовной ответственности за преступления, вызванные родственными чувствами (ст.ст. 308 и 316 УК), явно одного корня и к тому же посягают на один родовый объект уголовно-правовой охраны. Можно надеяться поэтому на обобщение этих декриминализационных расчётов до уровня руководства всей главы с попутным обсуждением перспективы распространения данного сводного примечания и на преступление, предусмотренное ст. 307 УК РФ. Идея декриминализации недоносительства, заранее не обещанного укрывательства и прочих похожих «преступлений родственников» давно высказывается в науке. – См., например: *Ковалев М.И.* Правосознание и правотворчество в области уголовного законодательства // Уголовно-правовые исследования: Сборник, посвящённый 80-летию со дня рождения Т.В. Церетели. – Тбилиси: Изд-во «Мецниереба», 1987. – С. 33. Оговорим также, что для освобождения от уголовной ответственности за коммерческий подкуп (ст. 204) и дачу взятки (ст. 291) законодатель выставил на альтернативной основе два условия – вынуждающее обстоятельство либо деятельное раскаяние. Тем самым конкуренция с общей нормой (ч. 2 ст. 75 УК) становится нереальной, а необходимость обособленного существования примечаний к статьям 204 и 291 – очевидной.

статьям 126, 127¹ – № 1, 205, 205¹, 206, 208, 210, 222, 223, 228 – № 1, 275, 282¹, 282² и 307) декларируют свободу от уголовного ответственности на основании классического деятельного раскаяния¹. В этом анклавом оговорок наш парламент также предоставил множество поводов для критики его непрофессионализма.

Общая норма, изложенная в первой части кодекса, содержит, как известно, 3 условия для освобождения от уголовной ответственности: а) собственно деятельное раскаяние; б) ограничение только преступлениями 1-й и 2-й категорий; в) их совершение – первый подобный факт в биографии позднокающегося преступника (ч. 1 ст. 75). Поскольку в ч. 2 той же статьи сформулирована оговорка о допустимости уголовно-правового поощрения в случае совершения преступления иной категории, соответствующие примечания в статьях Особенной части допустимы, если: а) деятельно раскаявшееся лицо до того совершило тяжкое или особо тяжкое преступление; б) сделало это впервые. Отсюда: а) необходимости в примечаниях об освобождении от ответственности за преступления небольшой или средней тяжести нет, поскольку данная проблема снимается ссылкой на ст. 75; б) если же законодатель идёт на подобный шаг, он должен оправдать себя тем, что сошлётся в тексте примечания на факт повторного совершения преступления небольшой или средней тяжести.

Посмотрим на указанные фрагменты действующего УК и увидим много погрешностей. 1. Строго по тексту примечания 1 к ст. 127¹ его действие распространено на основной состав (преступление средней тяжести) при условии, что деяние совершено впервые – но такая норма излишня, поскольку дублирует ст. 75 УК. В отношении второго преступления, покрываемого данным примечанием (купля-продажа двух и более лиц – пункт «а» части 2 ст. 127¹), почему-то выставлено условие, чтобы виновный добровольно освободил только одного (!?) потерпевшего. 2. Аналогичные изъяны (освобождение только одного похищенного или одного заложника из двух или большего числа потерпевших) свойственны примечаниям к статьям 126 и 206. Утверждаем так, поскольку действие данных оговорок не ограничивается по закону частью первой каждой из названных выше статей. 3. Примечание к ст. 208 УК посвящено «лицам, добровольно прекратившим участие» (курсив наш – А.Б.) в незаконном вооружённом формировании», но этот вид преступления (ч. 2 ст. 208) относится, в соответствии с санкцией, к категории средней тяжести, а потому деятельное раскаяние виновного может быть учтено на основании общей нормы (ч. 1 ст. 75). В противном случае законодатель

¹ Состав теракта (в редакции Федерального закона № 153-ФЗ от 27 июля 2006 г. – «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О ратификации Конвенции Совета Европы о предупреждении терроризма» и Федерального закона «О противодействии терроризму» // Собрание законодательства РФ. 31. 07. 06, № 31 (1 ч.). Ст. 3452) представляет собой редкий и странный симбиоз материального и усечённого составов даже в пределах основной диспозиции, где говорится как о «взрывах или поджогах», так и об «угрозе совершения указанных действий». Тем самым освобождение от уголовной ответственности на основании примечания к ст. 205 производится в случаях и добровольного отказа, и деятельного раскаяния.

обязан был оговорить факт многократности вхождения активно кающегося преступника в состав НВФ. Аналогичный упрек стоит адресовать примечаниям к статьям 307 (содержит составы преступлений небольшой и средней тяжести), 282¹ (частично)¹ и 282² УК. 4. Руководствуясь той же логикой, в примечаниях к статьям 222, 223 и 228 – № 1 законодатель должен был оговорить, что они распространяются на преступления, предусмотренные соответственно: частями 2 и 3; частями 2 и 3; частью 2.

Наш анализ примечаний действующего Кодекса приговаривает к печальному выводу: российский парламент пока демонстрирует низкую культуру пользования данным приёмом законодательной техники, загромождая структуру УК и усложняя правоприменительную практику. Подтвердим это наглядно, с помощью таблицы.

Развитие структуры
российского уголовного закона в XIX–XX веках

Таблица 1

Нормативный акт	Общая часть (внутренняя структура и количество статей на момент принятия)	Особенная часть (внутренняя структура и количество статей на момент принятия)	Количество примечаний
Уложение 1845 года	5 глав, 13 отделений, 6 отделов, 181 статья, 5 примечаний	11 разделов, 74 главы, 2043 статьи	нет
Устав 1864 года	1 глава, 28 статей	13 глав, 8 отделов, 153 статьи	6 примечаний
Уголовное уложение 1903 года	1 глава, 8 отделений, 72 статьи	36 главы, 615 статей	нет
Руководящие начала 1919 года	8 разделов, 27 статей	нет	нет
УК 1922 года	5 цифровых рубрик, 56 статей	8 глав, 169 статей	нет
Основы 1924 года	4 раздела, 39 статей	нет	нет
УК 1926 года	6 разделов, 57 статей	10 глав, 148 статей	27

¹ «Частично» в силу таких причин: примечание к ст. 282¹ относится ко всем частям статьи, где устанавливается правило об освобождении от уголовной ответственности за участие в экстремистском сообществе, но менее квалифицированный вариант участия (ч. 2) карается до двух лет лишения свободы; и лишь часть 3 статьи, охватывая своей диспозицией содержание первых двух частей, снабжена санкцией в виде лишения свободы до 6 лет, что и оправдывает примечание. Но записать его надлежит в иной редакции: «Лицо, добровольно прекратившее участие в экстремистском сообществе с использованием своего служебного положения, освобождается от уголовной ответственности, если в его действиях не содержится иного состава преступления».

Окончание таблицы 1

Нормативный акт	Общая часть (внутренняя структура и количество статей на момент принятия)	Особенная часть (внутренняя структура и количество статей на момент принятия)	Количество примечаний
Основы 1958 года	4 раздела, 47 статей	нет	нет
УК 1960 года	6 глав, 63 статьи	12 глав, 2 «отдела», 206 статей	5
Основы 1991 года	8 разделов, 71 статья	нет	нет
УК 1996 года	6 разделов, 15 глав, 104 статьи	6 разделов, 19 глав, 256 статей	43

§ 4. Доктрина – о структуре уголовного закона

Нужно прямо сказать, что наука уголовного права уделяет недостаточно внимания изучению и объяснению структуры уголовного закона, отдавая предпочтение анализу его содержания, что может быть оправдано лишь частично. Всё многообразие высказываний по поводу архитектоники кодекса легко дифференцируется на три разряда: 1) суждения об основной или первичной структуре (Общая – Особенная части); 2) размышления о юридических конструкциях в УК вообще; 3) критические взгляды о целесообразности и качестве примечаний (оговорок) в тексте уголовного закона. Представим краткий обзор доктринальных мнений по этим группам.

И. Все исследователи в один голос признают эволюционную важность выделения в структуре УК Общей части и её генетическую связь с Особенной частью¹. Но прежде большую ценность видели в последнем структурном фрагменте, усматривая в нём гарантии против произвола властей. Так, уже цитировавшийся нами проф. И.Я. Фойницкий указывал, что «первоначально всё уголовное право... сводилось всецело к особенной части... Практическая же важность её состоит в том, что построением особенной части определяется мера ограничения свободы личной деятельности карательной властью государства. Особенная часть уголовного кодекса нужна не в интересах государства, а в интересах личности»².

¹ Возразив А.Н. Трайнину, видевшему в первом структурном компоненте уголовного закона некую «общую линию карательной политики» или набор деклараций (статьи Общей части имеют императивный характер), Н.Д. Дурманов заявил: «соотношение Общей и Особенной частей... – соотношение общего и единичного при единстве содержания». – Советский уголовный закон. – М.: Изд-во МГУ, 1967. – С. 74.

² Фойницкий И.Я. Курс уголовного права. Часть Особенная. Посягательства личные и имущественные. – Пг.: Типография М. Меркушева, 1916. – С. 1-2.

В XX веке взгляды корректируются; теперь принято в большей степени отдавать должное Общей части (уголовного) закона, причём не забывается её питательная почва – Особенная часть. Крупнейший авторитет советской законографии, проф. А.А. Ушаков писал об этом так: «мы утверждаем, что общая часть того или иного законодательного акта состоит не из норм права, а из элементов правовых норм, которые неразрывно связаны с особенной частью. Ни общая, ни особенная части в отдельности не применяются на практике, а только вместе. И в этом вопросе... авторы допускают смешение системы права с системой законодательства, с юридической техникой. Деление на общую и особенную части является величайшим достижением юридической техники, которая свела на нет юридическую казуистику, господствовавшую не так давно при построении законодательной системы»¹. Отсюда структура есть положительное средство для уголовно-правового регулирования.

Н.Д. Дурманов без оснований полагал, что «статьи Общей части принимаются во внимание каждый раз, когда речь идет о статье Особенной части»², подчёркивая тем самым универсальный характер первого структурного компонента кодекса, а И.И. Карпец находил, что «Общая часть – это своего рода этическая основа уголовного права и законодательства»³. С последним суждением можно согласиться по преимуществу как с историческим фактом; в прошлом Общая часть уголовно-правовых знаний действительно служила резервуаром нравственных и, более узко, естественно-правовых идей – достаточно вспомнить практически обязательный компонент учебников XIX века, излагавший нравственные начала карательной деятельности государства или «обоснование права наказывать». Но время идёт, и криминальный закон становится всё более технологичным, то есть свободным от прямого или скрытого морализования.

В.П. Коняхин находит, что именно «предписания Общей части служат основным алгоритмом для восстановления полного содержания (распыленной по всему тексту УК – А.Б.) уголовно-правовой нормы», что «подобное структурирование... является удобным для правоприменителя, поскольку позволяет ему избавиться от анализа лишней информации («информационного шума»), но и быстро восстановить содержание «в скобках», что «предписания, объединённые в Общей части уголовного права, выполняют системообразующую функцию по отношению ко всем нормам уголовного права»⁴.

¹ Ушаков А.А. К вопросу о системе советского права (из монографии «Юридическая техника», подготовленной автором к печати) // Учёные записки Пермского гос. ун-та. Том XIV. Книга 4. Часть 1 (Юридические науки). – Пермь: Пермский гос. ун-т, 1959. – С. 61 (сноска).

² Дурманов Н.Д. Советский уголовный закон. – М.: МГУ, 1967. – С. 74.

³ Карпец И.И. Уголовное право и этика. – М.: Юрид. литература, 1985. – С. 10.

⁴ Коняхин В.П. Системообразующая функция общей части российского уголовного права // Предмет уголовного права и его роль в формировании уголовного законодательства Российской Федерации: Научно-практ. конф., посвящ. памяти проф. А.Н. Красикова (25-26 апреля 2002 г.) // Отв. ред. Б.Т. Разгильдиев. – Саратов: Изд-во СГАП, 2002. – С. 62, 64.

Очень обстоятельно высказывался о значении Общей части, её происхождении и назначении в структуре уголовного закона В.М. Коган¹. «Всё содержание Общей части, – писал он в одном из тематических сборников, – выступает как метод правового регулирования. Каждое отдельное положение Общей части есть элемент метода, но не все элементы метода воплощаются в положениях Особенной части одним и тем же способом» (с. 108). Кроме того: а) «деление на Общую и Особенную части имеет целью упрощение внешней формы права. Но само по себе оно есть больше чем упрощение. Посредством деления на Общую и Особенную части уголовное право² ясно выступает как дедуктивная система» (с. 109)³; б) «общие положения уголовного права значительно моложе его особенных положений и предполагают эти особенные положения в качестве исторической базы» (с. 109); в) положения Общей части имеют характер аксиом. Положения Особенной части уголовного права имеют характер теорем» (с. 109); г) «каждое положение уголовного права непосредственно согласуется не только с действительностью, которую оно отражает и на которую призвано воздействовать, но и с другими положениями уголовного права... Но, выигрывая во внутренней согласованности, уголовное право нередко проигрывает в адекватности отражения действительности, на которую призвано воздействовать» (с. 112); д) формализованная структура закона хороша, но и опасна, поскольку система отраслевых запретов «как бы окостеневает, ограничивая себя от всего, что не есть уголовное право... Уголовно-правовой формализм чреват несправедливостью, которая связана с тем, что могут не учитываться особенности каждого отдельного случая» (с. 113). Оказывается, вопреки мнению того же А.А. Ушакова, что структуризация уголовного закона или, более широко, формализация – плохой помощник уголовному правосудию; избавившись с помощью основной структуры закона от казуистики, юристы и население попадают впросак, отрываются от жизни. Это – диалектика⁴; структура – момент развития и средство его фиксации в целях самосохранения объекта; но внешнее давление на объект никогда не прекращается, порождая всё новые структурные решения.

П. Диапазон суждений о допустимости, назначении и видах юридических конструкций в уголовном законе весьма широк. Встречаются и крайности. В частности, полезно будет напомнить,

¹ Ниже цитируется его статья: *Коган В.М.* К вопросу о формализации отраслей права // Вопросы кибернетики и право. – М.: Наука, 1967. – С. 100-114.

² Конечно, здесь и ниже точнее говорить о структуре (Общей и Особенной частях) писаного уголовного закона, а не «бестелесного» права.

³ «Каждое положение Особенной части, – пишет цитируемый учёный в сноске, – может быть представлено полностью: к нему следует приписать всю Общую часть. Но такая формула на естественном языке, которым пользуется право, окажется чрезвычайно громоздкой» (с. 109).

⁴ В другой, монографической работе *В.М. Коган* диалектично смягчает свою позицию: «формализм содержания в уголовном праве полезен. Он есть господство над изменчивым. Он есть свобода от случая независимо от того, выступает случаем обстоятельство или личность». – Логико-юридическая структура советского уголовного закона. – Алма-Ата: Казахстан, 1966. – С. 25.

что в начале XX века нормативный конструктивизм, ведущий к обособлению абстракций в Общей части, виделся опасной болезнью под названием «пандектитис» или «пандектомания», а вирусологами мыслились древнеримские юристы¹. Однако со временем позиция смягчилась, и структурные решения в законе стали рассматриваться как вполне естественный и допустимый приём правоприменения и теоретических обобщений, с помощью которого предполагалось охватить всё содержание правовых установлений без нарушения его системного единства. Жёсткая структура кодекса начала оцениваться как средство сохранения самостоятельности отрасли в условиях постоянного, сильного и разнообразного давления нескольких системных сред. Юриспруденция даже вооружилась афоризмом «внутренний порядок стоит внешней безопасности»².

Частных оценок структурного (не)совершенства уголовного закона в литературе накоплено достаточно. Назовём и прокомментируем лишь некоторые высказывания: а) А.Л. Цветинович – неработающие или «мёртвые» нормы не красят уголовный кодекс, но особенно нетерпимы они в рамках Общей части³. Это верно, ибо поле деятельности для них мыслится очень широким, а пустоцвет на больших площадях подобен сорняку; б) положения общего характера имеют двойную нагрузку – они адресуются не только людям, но и управляют содержанием самого УК. Посему требования к отсылкам, например, должны быть выше, чем к обычным запретам: «вряд ли стоит подчёркивать, что техника отсылки должна использоваться с особой тщательностью, что отсылка должна быть точной, чтобы не вызывать затруднений при определении правового режима имеющихся ею в виду ситуаций»⁴; в) авторы сборника – утверждают, что «сложные и большие по объёму нормативные акты следует разбивать на разделы, главы, параграфы, подразделы и т.д. Это упрощает пользование такими актами и облегчает их систематизацию» – возражений не может быть, ибо с необходимостью и боги не спорят. Не менее аксиоматична мысль, что «нельзя признавать правильным, когда при полной возможности поместить санкцию в одной статье с другими элементами нормы (например, в уголовном праве) она не указывается в данной статье, а лишь делается ссылка на какую-либо иную статью, где эта санкция сформулирована»⁵. Обеспечительный характер нашей отрасли означает, что ей свойственны бланкетные диспозиции, но санкции, напротив, не могут быть бланкетными; этот приём пригож только

¹ См.: *Люблинский П.И.* Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса // Записки юрид. факультета Петроградского ун-та, вып. V – Пг., 1917. – С. 135.

² *Шершеневич Г.* О чувстве законности // Учёные записки Казанского ун-та. 1898. Т. 65. Кн. 2. – С. 72.

³ *Цветинович А.Л.* Проблемы повышения эффективности законодательства об уголовном наказании // Вопросы повышения эффективности правосудия по уголовным делам: Межвузовский сборник, вып. 8. – Калининград, 1980. – С. 69.

⁴ *Наиц А.* Правотворчество. Теория и законодательная техника. – М.: Прогресс, 1974. – С. 182-183.

⁵ Теоретические вопросы систематизации советского законодательства. – М.: Госюриздат, 1962. – С. 204, 212.

для других отраслей, пользующихся защитными услугами уголовного закона; г) Иванов В.Н. – как бы в развитие предыдущего тезиса справедливо требует, чтобы каждой статье УК адресовалась только одна санкция («при этом не имеет значения, из одной или нескольких частей состоит данная статья»), и протестует против (редкой в прошлом) практики включения в санкции квалифицирующих обстоятельств, т.е. возврата к диспозиции¹. Первое соображение выглядит как минимум спорным, поскольку соображения индивидуализации давно претворились в изготовление квалифицированных составов, формой закрепления которых как раз и выступают части статей; а каждой части должна соответствовать адекватная санкция – иначе нельзя; д) простота хуже воровства. Структурные упрощения не могут считаться единственным вариантом совершенствования УК, нельзя доводить дело до абсурда. «В своё время П.И. Стучка считал целесообразным писать кодексы в виде вопросов и ответов². Доходчивость изложения нельзя, однако, делать самоцелью и превращать законодательный акт в какой-то справочник»³; е) пробельность уголовного закона допустимо устранять и структурными решениями. Например, в советское время многие криминалисты, отмечавшие неудовлетворительность нормы Общей части о замене исправительных работ лишением свободы в случае злостного уклонения осужденного от отбывания назначенного ему наказания, предлагали кардинальное решение проблемы – учреждение в главе о преступлениях против правосудия (Особенная часть) самостоятельного состава, посвященного уклонению от наказания по приговору суда⁴; ж) разумным примером содержательно-структурного решения, на которое пошёл законодатель в 1970 году, было введение в оборот особой меры уголовно-правового воздействия – «условного осуждения к лишению свободы с обязательным привлечением осужденного к труду»; благодаря ему был ликвидирован неестественный (непропорционально большой) карательный разрыв между соседними видами наказаний в их системе (ст. 21 УК РСФСР 1960 года – между лишением свободы и исправительными работами)⁵; з) в своё время Г.А. Кригер подметил структурную непрофильность ст. 93² УК РСФСР 1960 года, размещённой законодателем в Особенной части в то время, как она не содержала признаков определённого состава престу-

¹ *Иванов В.Н.* Законодательная техника и новое уголовное законодательство // Сов. государство и право. 1959. № 9. – С. 87.

² Революция права. 1929. № 5. – С. 19.

³ *Брайде И.Л.* Вопросы законодательной техники // Сов. государство и право. 1957. № 8. – С. 57.

⁴ См.: *Гуськов В.* Борьба с преступностью среди осужденных к исправительным работам // Соц. законность. 1965. № 10. – С. 58-59; *Гуськов В., Михлин А.* Исправительные работы как мера наказания // Сов. юстиция. 1967. № 13. – С. 25-26; *Климов И.* Изменить порядок замены исправительных работ лишением свободы // Сов. юстиция. 1958. № 1. – С. 40-41; *Ковач К., Шутлов Ю.* Замена исправительных работ лишением свободы // Сов. юстиция. 1974. № 7. – С. 12-14; *Кулаков В., Дагель П.* Участие общественности в перевоспитании осужденных к исправительным работам // Соц. законность. 1963. № 10. – С. 41-42;

⁵ См. обоснование: *Виттенберг Г.Б.* О системе наказаний и путях её совершенствования // Вопросы государства и права в свете решений XXIV съезда КПСС: Межвузовский тематический сборник. Вып. I и II. – Иркутск, 1970. – С. 54.

пления, а лишь служила целям индивидуализации наказания, что составляет обычно назначение норм Общей части¹.

Обсаянком в ряду «оценщиков» и критиков структуры УК стоит эксклюзивная монография Н.Г. Иванова². Поставив перед собой, помимо прочего, задачи «создания непротиворечивой, внутренне согласованной системы норм, создающих базовую основу комплексного подхода к формированию Общей части УК», автор сразу объявляет о необходимости «отказаться от подразделения нормативного материала по разделам, главам, статьям, оставив лишь главы, состоящие из частей» (с. 9-10). Упрощение внутренней архитектуры кодекса Н.Г. Иванов мотивирует, помимо явных, хотя и незначительных промахов законодателя, тем доводом, что «структурное подразделение на разделы, главы и статьи породило в теории уголовного права удивительные эпифеномены, решительно ничего не дающие практике. Так, в одном из учебников по уголовному праву наряду с родовым и непосредственным объектом преступления появился интегрированный или надгрупповой объект» (с. 12). Здесь нельзя не возразить. Во-первых, эпифеномены появляются в нашей науке по различным поводам (вне зависимости от структурных модификаций кодекса) и даже без повода. Во-вторых, богатство содержания (а объём Общей части УК увеличился в 1996 году по сравнению с предыдущим УК на 40%) объективно требует и более богатой (сложной) структуры.

В то же время нельзя не согласиться с предложениями Н.Г. Иванова: 1) о перемещении группы преступлений против мира и безопасности человечества на первое место в иерархии охраняемых законом ценностей (с. 16-17); 2) о дополнении главы, посвященной действию УК во времени, пространстве и по кругу лиц нормой о преюдициальном значении приговоров иностранных государств, что с очевидностью соответствует прогрессу международного уголовного права и расширяет системный кругозор законодателя (с. 130); 3) о дифференциации «обстоятельств, исключающих преступность деяний» (действующая глава 8 УК) на группу изначально правомерных действий и собственно исключающих преступность деяний (с. 134-137).

III. Отношение к примечаниям в тексте УК было и остаётся противоречивым. Когда-то пионерской статьёй по этому «мелкому» вопросу законодательной техники отметился проф. И.С. Перетерский³. От увидел, что примечания «к различным статьям закона составляют одно из распространённых явлений советского законодательства» («в 4 издании «Собрания Кодексов РСФСР» на 1011 страниц текста мы насчитали 763 примечания»), в то время как данный законодательно-технический приём «не является

¹ Кригер Г.А. Квалификация хищений социалистического имущества. – М.: Юрид. литература, 1974. – С. 311.

² Иванов Н.Г. Модельный уголовный кодекс: Общая часть. Опус № 1: Монография. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2003. – 143 с.

³ Перетерский И. Примечания в законе (Один из вопросов законодательной техники) // Сов. право. 1928. № 2. – С. 69-71.

необходимым спутником закона: в этом убеждают поставленные на большую техническую высоту законодательства Франции и Германии...». Корни увлечений примечаниями, по мнению И.С. Перетерского, сугубо канцелярские и тянутся они в царские времена, когда сложилась практика ежегодного выпуска «Продолжений Свода Законов; «чтобы не ломать текста статьи (считавшегося незабываемым и не допускающим «кодификационного воздействия») новые законы, и в особенности сепаратные и временные, формулировались государственной канцелярией в виде примечаний к статьям Свода Законов». Справедливости ради нужно сказать, что уже в предреволюционные годы стало складываться «резко отрицательное отношение к примечаниям. В изданных в 1913 г. официальных «Правилах изложения законопроектов», которыми руководствовались и министерства, и законодательные учреждения, содержалась специальная ст. 5: «избегать примечаний; к отделам же общей части законопроектов не допускать их вовсе».

Виднейший теоретик права дореволюционной и советской России не комментирует последние слова запрета, а мы сделаем это, попутно похвалив специалистов царской эпохи за разумные ограничения. Общая часть (занимающая 27% содержания современного УК) и так состоит в большинстве своём из оговорок, исключений, поправок, т.е. из своего рода примечаний к статьям Основной части, представляющей собой тот рафинированный сегмент кодекса, где описываются идеальные варианты деликтов: одно лицо – одно посягательство – на один объект уголовно-правовой охраны – одно последствие этого посягательства. Какие уж тут примечания к статьям Общей части! Но читаем И.С. Перетерского дальше. Он находит обилие примечаний далеко не безобидным делом, поскольку они 1) «затрудняют усвоение закона», 2) «не имеют одинаковой авторитетности» с основным текстом, 3) «удлиняют ссылки на закон и часто затрудняют цитирование закона, особенно тогда, когда имеются примечания не к целой статье, а к отдельным пунктам какой-нибудь статьи».

Изучив 100 примечаний к тогдашнему Гражданскому кодексу и классифицировав их на 5 групп, профессор резюмирует так: примечаниями не должны оформляться самостоятельные юридические правила; «едва ли может содержать содержание примечаний и пояснение текста закона: закон не должен походить на комментарий, и легальные определения (где таковые неизбежны) должны даваться в (основном – А.Б.) тексте статей»; «изменение объёма норм может составлять предмет примечаний лишь в самых редких случаях, при установлении какой-либо сепаратной... локальной нормы»; «и лишь ссылки на специальные законы целесообразно вводить в примечания, так как это действительно является технически удобным приёмом». И.С. Перетерский парирует возможным оправдание примечаний лакедемонским стремлением к меньшему объёму текста; он называет подобные расчёты надеждами на «призрачную и вредную краткость». В целом его позиция ясна – примечания суть опасный приём законодательной техники, который можно оправдать лишь нуждою.

В.М. Чхиквадзе и Д.А. Керимов оценивали состоятельность данного структурного приёма через призму детализации и заявляли: «если допустимо в необходимых случаях подразделять статью закона на пункты, то, по-видимому, следует отказаться от примечаний, нередко включаемых в текст закона. Это требование диктуется тем, что примечания в наших законах содержат во многих случаях самостоятельные правила и поэтому должны быть изложены в виде отдельных статей... Отказавшись от применения примечаний, мы достигнем равноценного значения всех правил, включаемых в закон. Это будет способствовать всестороннему усвоению и правильному использованию этих правил. Правда, введением примечаний уменьшается число статей и создаётся видимость краткости закона. Но такая искусственная экономия не может быть оправдана никакими рациональными соображениями»¹. Кратко суть позиции цитируемых учёных может быть выражена и так: употреблению примечаний следует предпочесть разбивку статей на части.

Чуть позже авторы специализированного сборника утверждали, что «использовать примечания при выработке проектов нормативных актов следует лишь в исключительных случаях, формируя в них только те нормативные положения, которые имеют вспомогательное, прикладное значение; во вводной части актов примечания недопустимы». Причины отрицательного отношения к данному структурному механизму объявлены тут же: «чёткость структуры многих прежних кодексов серьёзно страдала из-за наличия в них многочисленных примечаний и приложений». Отсюда и рецепт: «новые кодексы должны быть построены таким образом, чтобы не содержать дополнений и, по возможности, приложений к ним и как можно меньше содержать примечаний»².

В представлении Н.Д. Дурманова примечания необходимы для целей разъяснения, как форма указаний на изъятие либо на более широкое применение отдельных правовых предписаний³. Ныне отношение к примечаниям более чем терпимое. В.С. Комиссаров полагает, что «вполне возможно (даже дальнейшее – А.Б.) расширение круга примечаний в Особенной части УК об освобождении от уголовной ответственности. Например, введение соответствующего примечания в ст. 210 УК не только отвечало бы принципу гуманизма, но и способствовало бы повышению эффективности борьбы с организованной преступностью»⁴. К.К. Панько особо выделяет такое свойство примечания как его нетипичность: «оно выполняет особую функцию конкретизации положений, содержащихся в общих нор-

¹ Чхиквадзе В.М., Керимов Д.А. Роль советской правовой науки в совершенствовании законодательства // Вопросы кодификации. – М.: Госюриздат, 1957. – С. 25-26.

² Теоретические вопросы систематизации советского законодательства, С. 214, 207, 208.

³ Советский уголовный закон, С. 87.

⁴ Комиссаров В.С. Оценка состояния Уголовного кодекса Российской Федерации и перспективная характеристика законодательной деятельности // Пять лет действия УК РФ: итоги и перспективы. Материалы II Международной научно-практической конференции, состоявшейся на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова 30-31 мая 2002 г. – М.: «ЛексЭст», 2003. – С. 15.

мах; дополнение исходной нормы, т.е. установление предписания (правила), которое регулировало бы не регламентированные ранее либо частично регламентированные законодателем общественные отношения, включенные им в сферу правового регулирования; либо исключение из правил (положений) общей нормы, которым законодатель изменяет действие общей нормы»¹. А.П. Войтович сомневается в «научной обоснованности утилитарного взгляда на функции примечаний как такого технико-юридического средства, которым достигается конкретизация, уточнение или дополнение содержания уголовно-правовой нормы». Ему «представляется, что их функции являются более значительными для системы уголовного права и имеют под собой не только технико-юридические, но и политико-правовые основания»².

Анита Нашиц рассматривала примечания в рамках более общего приёма «отсылки» и через призму соотношения общих и специальных норм: «таким путём достигается «экономия» средств правового регулирования и исключается повторение в одном и том же нормативном акте одних и тех же положений... В то же время подобное техническое решение подчёркивает единство правовых постановлений и общность целей, достижению которых они служат». Другое соображение «практического порядка», оправдывающее примечания и отсылки, заключается в том, что «при помощи таких норм нормативные акты могут выявлять (лучше «демонстрировать» или «реализовывать» – А.Б.) логическую связь, существующую между различными текстами». Техника отсылки оправдывается, таким образом, «соображениями практического характера, и от неё можно не отказываться (лишь – А.Б.) при условии, если она будет применяться в разумных пределах...». Отсылки и примечания в законодательстве – вариант сочетания общих, специальных и исключительных норм, их существование отражает «стремление к целостности и компактному изложению нормативного материала»³. Примечания, стало быть, – оговорка к общему решению, путь к системной целостности права, особое структурное решение законодателя, позволяющее обеспечить лаконичность, цельность и связность текста в условиях богатства и переменчивости описываемой в законе реальности.

Профессор А.П. Кузнецов⁴, посетовав, что правовая природа примечаний «до сих пор ни теорией права, ни уголовно-правовой теорией не изучена», что «они не выступали объектом какого-либо серьёзного научного анализа» (с. 2), своё исследование посвятил совершенству примечаний к статьям о налоговых преступлениях,

¹ *Панько К.К.* Методология и теория законодательной техники уголовного права России. – Воронеж: Изд-во Воронежского ун-та, 2004. – С. 189.

² *Войтович А.П.* Феномен примечаний в Уголовном кодексе // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: Сб. материалов третьей Международной научно-практической конференции. – М.: МГЮА, 2006. – С. 48.

³ *Нашиц А.* Правотворчество. Теория и законодательная техника. – М.: Прогресс, 1974. – С. 182-183.

⁴ *Кузнецов А.П.* Примечание, как одно из технико-юридических приёмов, при регламентации налоговых преступлений // Следователь. 2001. № 5. – С. 2-6.

по существу сконцентрировавшись на выяснении сравнительной силы общей (ч. 1 ст. 75 УК) и специальных (примечания в статьях Особенной части УК) норм. Сравнив общую норму и правотворческие оговорки к статье 198 УК, автор совершенно справедливо заключает: «законодателю в примечании к статье Особенной части достаточно было сделать ссылку на часть 2 статьи 75 УК РФ либо употребить слова «в связи с деятельным раскаянием», чтобы «увязать» эту «специальную», как утверждается, норму с общей – ст. 75 УК. При этом в примечании отпала бы необходимость повторения всех или некоторых условий освобождения от уголовной ответственности, уже закреплённых в части 1 статьи 75 УК РФ. Ссылка же на статью 75 УК РФ необходима потому, что в примечаниях к статьям Особенной части УК РФ существуют и иные, не связанные с деятельным раскаянием, основания для освобождения от уголовной ответственности» (с. 3). А общий приговор специалиста таков: «примечание в праве вообще и в уголовном праве, в частности, является относительно самостоятельным понятием, имеющим своеобразную функциональную нагрузку и вполне определенное место в системе данной отрасли права» (с. 6). Какое место и каковы перспективы примечаний, автор не уточняет, что обязывает нас продолжить разговор о данном структурном приёме.

Группа ведомственных криминалистов из Нижнего Новгорода, куда входит и только что цитировавшийся учёный, выступила с очень обстоятельной статьёй о примечаниях в российском уголовном законодательстве, в силу объёма и других параметров явно не рассчитанной на контингент следователей¹. В ней присутствует попытка поиска общих лингвистических основ примечаний в письменной речи, представлена обширнейшая архивная справка об использовании данного типа оговорок в отечественном криминальном законодательстве, предложена их классификация по 4-м критериям (по их количеству в приложении к одной статье УК; по сфере распространения; по степени сложности и по уголовно-правовому значению), констатируется распространённая практика неправильного применения примечаний, в том числе по причине несовершенства закона и ошибочности доктринальных комментариев. В частности, справедливо отмечается как непригодная установка на применение норм, содержащихся в примечаниях к статьям 126, 198, 206, 222 и 228 УК РФ, без учёта положений ст. 75: «поскольку часть 2 статьи 75 УК противоречит большинству норм, устанавливающих специальные случаи освобождения от уголовной ответственности..., применяться должны именно примечания как специальные нормы» (с. 14).

Очевидно, что здесь как бы подразумевается конкуренция общей и специальной норм. В науке общеизвестен стандарт для разрешения подобного сорта правовых противоречий: применяемая должна норма с более частным содержанием, т.е. специальная. Казалось бы, А.П. Кузнецов и его коллеги не правы. Однако это не так. Специальные правила освобождения от уголовной ответ-

¹ Кузнецов А.П., Изосимов С.В., Бокова И.Н., Кондаков Д.С. Использование примечаний в российском уголовном законодательстве // Следователь. 2002. № 1. – С. 2-26.

ственности, изложенные в примечаниях к статьям Особенной части, конкурируют с нормой Общей части (ст. 75) лишь по одному фрагменту – категоричности преступления. В остальном: активное раскаяние в содеянном (явка с повинной, помощь следствию, возмещение ущерба) плюс первичный факт криминального поведения в биографии виновного, приоритет имеет норма Общей части; её положение игнорировать нельзя. Нижегородские криминалисты рассуждают несколько по-иному: часть 2 ст. 75 УК «содержит не общую, а отсылочную норму, которая должна применяться не вместо, а вместе с примечаниями к статьям Особенной части УК. Образу говоря, указанные статьи действуют в тандеме» (с. 15)¹. Можно согласиться с такой логикой сопряжения частных примечаний с содержанием только ч. 2 ст. 75, но ведь остаётся без охвата (вне конкуренции) ч. 1 ст. 75, по отношению к которой вторая часть общей нормы сама выглядит как бы примечанием. Посему находим нашу мотивировку – с тем же исходом – более убедительной.

Авторы особо выделяют признаки (или особенности) примечаний: 1) самобытный приём законодательной техники; 2) установление законодателя, имеющее обязательное значение для правоприменения; 3) большой вес для сферы правотворчества; 4) сопроводительный характер по отношению к обычным (базовым) нормам УК; 5) обособленное (вне дополняемой нормы) закрепление в структуре закона (с. 22-23). Итоговый же приговор нижегородских специалистов выглядит так: «исходя из того, что в действующем УК РФ законодатель значительно увеличил число примечаний, можно с уверенностью констатировать, что современная российская уголовно-правовая доктрина приняла на вооружение этот технико-юридический приём и не относит его к числу второстепенных» (с. 19).

Конечно же, мы не имеем права пройти в данном вопросе мимо специализированной монографии А.П. Войтовича – единственного монографического исследования о примечаниях к отраслевому закону². Пролетаем её страницы в поисках необычных суждений о системно-структурной природе данного феномена законодательной юриспруденции. 1. Оказывается, учёный мир обоснованно связывает «использование примечаний только с теми законодательными текстами, нормативное содержание которых имеет ярко выраженную структуру» (с. 9). И ведомо: без основного текста, содержащего основной же смысл предписания, нечего и дополнять; а примечание не затеряется в массе общих положений лишь в том случае, если весь материал хорошо структурирован и любой пользователь законодательного текста легко поймёт, к какому фрагменту относится то или иное пояснение.

2. На с. 14-15 книги автор затеял дискуссию со специалистами из Н. Новгорода по поводу того, можно ли считать части статей

¹ Удачный, на взгляд авторов, термин заимствован ими у П.С. Яни. См. его: Специальный случай освобождения от уголовной ответственности за налоговые преступления // Российская юстиция. 2000. № 1. – С. 45.

² Войтович А.П. Примечания в уголовном законе (сравнительно-правовое исследование) / Отв. ред. А.И. Чучаев. – Владимир (издательство не указано), 2006. – 172 с.

Уголовного кодекса, именованные самим законодателем дополнениями, разновидностью примечаний, и отвечает на данный вопрос отрицательно, что вряд ли убедительно. Правотворческая власть использует в нормативных актах, в том числе по борьбе с преступностью, разнообразные поправочные коэффициенты, называя их по ходу истории «толк», «дополнение», «примечание», «разъяснение» и т.д. От этого (терминологического обозначения) их служебное предназначение не меняется.

3. А.П. Войтович обозревает картину приливов и отливов количества примечаний в истории уголовного законодательства и решает на следующее обобщение: «если правы те авторы, которые утверждают, что примечания исполняют позитивные функции конкретизации, дополнения, коррекции вербальной (почему вербальной? – А.Б.) формы выражения правовой нормы, или её содержания, то указанная динамика является негативной. В противном случае можно предположить, что примечания к статьям УК РФ не обладают теми полезными свойствами, которые им приписывают» (с. 17). Колебания числа примечаний не обязательно свидетельствуют о плохой работе парламента или о негодности примечаний вообще; данный приём оговорок зависит от среды уголовного права, которая постоянно модифицируется; даже уровень правосознания населения и отраслевой доктрины влияют на необходимость изменений в соотношении основных и уточняющих предписаний.

4. Весьма проблематичное заключение вынес автор из знакомства с зарубежным законодательством: за границей используются многочисленные и разнообразные приёмы закрепления примечаний. «Следовательно, их структурное выделение или обособление в нормативных актах для уголовного права значения не имеет и на качество уголовно-правового регулирования не влияет, оно может свидетельствовать только о качестве самого закона» (с. 40). Странные выводы: если примечания совершенно не влияют на качество уголовно-правового регулирования, зачем они нужны вовсе? и чем можно объяснить существенный рост их численности в действующем УК РФ – только заблуждением законодателя, не знакомого со взглядами А.П. Войтовича? качество нормативного текста не скажется на качестве правоприменительной деятельности?

5. Более приемлем другой генеральный вывод, последовавший из сравнения нашего УК с иностранными: «примечания как структурные элементы законодательного текста, несущие нормативную нагрузку, выделяются только в таких законодательных текстах, которые связаны с логической структурой правовой нормы» (с. 50). Да, примечания в основном дополняют диспозиции основных правил (логический компонент предписания), используемых в правоприменении, но это не значит, что они обслуживают только логику и не могут быть задействованы законодателем для этимологического толкования отдельных терминов либо для установления логических связей нескольких норм (а не одной, как у А.П. Войтовича).

6. Верно схвачено, что примечание суть принадлежность к главной вещи (норме): «содержание примечания к статье УК РФ – часть содержания уголовно-правовой нормы, но не самостоятельная и обособленная, а принадлежащая к уже известным её элемен-

там» (с. 55). 7. Ещё более ценным выглядит позаимствованная¹ и разделённая автором мысль о зависимости «структуры права от социально-юридических особенностей правового регулирования» (с. 59). Общее строение уголовного закона и мелкий уточняющий фрагмент его структуры – примечания действительно зависят от среды, в которой принуждено работать уголовное право, и от тех социальных задач, которые перед ним ставятся. 8. Двусмысленно утверждение, будто «правовым понятием является не само «примечание», а то, что им определяется» (с. 61). Даже сам термин «понятие» может быть истолкован в качестве «понятия»; почему же следует обижать термин «примечание», тем более что в его понимании так много нюансов, что позволило автору написать целое сочинение про данный феномен законодательства.

9. Вряд ли кем-то будет бита мысль, что «назвать примечания нетипичным структурным элементом текста уголовного закона нельзя, как минимум, в силу его распространённости» (с. 62), что «примечания – закономерное явление» (с. 64). Браво: нетипичность – это случайность, редкость; а в УК РФ около трети статей подкреплены уточняющими положениями, названными примечаниями. И перспективы у них хорошие: «тенденция развития общественной жизни и её правового регулирования (включая появление новых сфер) не позволяют рассчитывать на упрощение и ясность новой законодательной терминологии (и структуры, добавили бы мы – А.Б.)» (с. 71).

10. Многозначительны и симпатичны итоговые мысли А.П. Войтовича о примечаниях в УК РФ: а) «примечания к статьям УК являются самостоятельными структурными элементами текста уголовного закона» (с. 150); б) «наличие примечаний в тексте закона, ориентированного на логическую структуру правовой нормы, – явление закономерное и, следовательно, типичное» (с. 150). Из них читатель способен уяснить, что примечания были, есть и будут в нормативных текстах, поскольку они приспособливают закон к сложной и меняющейся окружающей среде и делают его более компактным и связным (цельным).

Как видим, суждений о примечаниях к (уголовному) закону великое множество, а некоторые из них даже противоречат друг другу. В таких условиях знающие люди пользуются двумя методами: либо поднимают уровень обсуждения проблемы на более высокую ступень абстракции, либо, напротив, прибегают к примитивным этимологическим справкам. Задействуем оба приёма, но в обратном порядке. Вначале обратимся к энциклопедистам. У В.И. Даля прочитаем, что примечание – это «отдельное от статьи пояснительное прибавление»², а вот его последователи-лингвисты толкуют примечание более обстоятельно – как дополнительное объяснение, заметку позади текста или в сноске под текстом; замечание, обращение внимания³, как «дополни-

¹ В тексте идёт сноска на работу: *Дазель Б.А.* Классификация норм советского социалистического права. – Саратов, 1977.

² *В. Даль.* Толковый словарь живого русского языка. Том 3. 2-е изд., испр. и доп. – М.: Государственное издательство иностранных и национальных словарей, 1939. – С. 428.

³ Толковый словарь русского языка под ред. проф. *Д.Н. Ушакова.* – М.: Государственное издательство иностранных и национальных словарей, 1939. – С. 818.

тельную заметку, обращение к тексту»¹, как «замечание, объяснение к тексту»². В отличие от примечаний «сноска» есть «дополнительный текст, помещённый в самом низу страницы под основным текстом и отделённый от него прямой чертой», а «приложение» – «то, что является добавлением к чему-либо, что придано, приложено»³. Виднейший энциклопедист современности, плодотворно обмирщающий глубинные философские знания, готовит читателя к поглощению своих разъяснений любомудрия тем, что указывает: содержащиеся в подстрочниках его книги и специально выделенные фрагменты («сведения вторичного плана») нужны для раскрытия смысла, уточнения деталей, задания векторов внимания, дополнения к уже прозвучавшим обоснованиям и потому выглядят как «существенные», «просветительские» примечания или «примечания к примечаниям»⁴.

Оказывается, на верхней ступени гносеологии возможны и двухступенчатые пояснения. Поймут ли их обыватели и рядовые юристы, привыкшие к тому, что «пояснительные выражения объясняют тёмные мысли»⁵, и предпочитают действовать по методу героя И. Ильфа: «он не знал (всех – А.Б.) нюансов языка и говорил ей сразу: О, я хотел бы видеть вас голый!»⁶. Как мы уже показали, многие законодательные оговорки и уточнения к действующему УК РФ двусмысленны, вносят путаницу, а не ясность в основной текст. Подтверждается прописная истина, что внимательность и благоразумие призываются интеллектом только накануне больших дел (в нашем случае – для изготовления базовых криминальных правил), после чего аккуратность мысли и письма исчезает. При технической доработке, после достижения основного результата, осторожность обычно покидает человека, даже законодателя. Низкое качество примечаний к УК и гонка за их большим количеством здорово напоминает болезненную страсть у людей, которых в литературоведении называют «примечанистами и переплетологами» (А.М. Флит)⁷.

Тогда обратимся за разъяснениями о примечаниях и похожих на них оговорках к филологам, в первую очередь к тем из них, кто занимается корректурой чужих творений, издательским делом, кто первым читает чужие мысли и обнаруживает в них прорехи, неясности и даже глупости. Вот их толкование: а) в памятной книге редактора определения примечаний нет, но они классифицируются на внутритекстовые, связанные с основным текстом и

¹ Ожегов С.И. и Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка: 72 500 слов и 7 500 фразеологических выражений. – М.: Азъ, 1993. – С. 613.

² Словарь русского языка в 4-х томах. Том III. – М.: Изд-во «Русский язык», 1983. – С. 424.

³ Там же, соответственно том IV, С. 167 и том III, С. 420-421.

⁴ Таранов П.С. Интеллектуальные крылья. – М.: ООО «Фирма «Издательство АСТ», 2000. – С. 9.

⁵ Сочинения Козьмы Пруткова. – Казань: Таткнигоиздат, 1956. – С. 128.

⁶ Ильф И. Записные книжки. – М.: Сов. писатель, 1957. – С. 115.

⁷ А.С. Бухов в связи с этим ядовито подсовывал современникам следующие историко-филологические «разъяснения»: а) Троя – множественное число от слова «трёх»; б) Приам – древний грек (по некоторым источникам – мужчина); в) Тюильри – предместье Парижа в Лондоне; г) Лета – река в мифологии, которая по Версальскому договору отошла к Исландии и пр. (См.: Убийство на ходу. – М., 1934).

затекстовые, на типовые и повторные, адресуемые цитатам и таблицам; кроме того, предложено отличать их от помет (о языке перевода и об авторской принадлежности текста)¹; б) в стандартах по издательскому делу примечание определено как «элемент аппарата издания, содержащий дополнения к основному тексту; итоги, разъяснения, переводы иностранных текстов, ссылки и т.д. – принадлежащие автору, редактору, переводчику и др. лицам». Тут же следует примечание, что «в отличие от комментариев примечания не содержат толкований текста издания». *Внутри-текстовые примечания* – «П., включающие мелкие разъяснения, размещенные непосредственно за текстом, к которому они относятся». *Субкомментарий* – комментарий к комментариям и другим элементам научно-вспомогательного аппарата». В отличие от примечаний «сноска» есть «элемент аппарата издания, содержащий вспомогательный текст пояснительного или справочного характера (библиографические ссылки, примечания, перекрёстные ссылки), помещаемый внизу полосы и снабжённый для связи с текстом знаком сноски», а «ссылка» – «элемент аппарата издания, содержащий указания на источник, в котором размещаются или уточняются сведения, приводимые в основном тексте издания» (ссылки бывают внутритекстовые, подстрочные, затекстовые и перекрёстные)²; в) в энциклопедическом книговедческом словаре³ примечания определяются как «краткие дополнения, пояснения и уточнения к основному тексту произведения. Они принадлежат автору или редактору, составителю, переводчику. Издательские П. входят в справочный аппарат издания (помогают лучше, точнее понимать основной текст)» (с. 427). От примечаний предложено отличать: *сноски* – помещаемые под основным текстом полосы примечания или библиографические ссылки, а также примечания под таблицей (с. 484)⁴; *схоллии* – объяснения, толкования, примечания на полях (с. 524); *ссылки* – указания места термина, имени, имени, географического названия и др. в данном или другом издании (с. 515); *комментарии* – заметки, толкования, пояснения к тексту, которые как правило исходят от издателя, а не от автора, и включают истолкование авторских намёков и подтекста, лингвистические пояснения, идейные и научные интерпретации. Комментарии должны быть экономными и удобными для пользования; помещаются обычно после текста и

¹ Памятная книга редактора // Абрамов В.А. и др. – 2-е изд, перераб. и доп. // Сост. Мильчин А.Э. – М.: Книга, 1988. – С. 119-121.

² Стандарты по издательскому делу // Сост. А.А. Джиго, С.Ю. Калинин. – М.: Юрист, 1998. – С. 298.

³ Книговедение. Энциклопедический словарь. – М.: Сов. энциклопедия, 1982.

⁴ Филологи дефинируют сноски «принадлежностью справочного аппарата книг и одной из характерных особенностей научного стиля, способствующих проявлению такой его стилевой черты, как точность изложения», а равно классифицируют сноски на: сноски-указатели, отсылки, пояснения, сравнения, рассуждения, оценки, толкования терминов, распространители основного текста, информанты, конкретизаторы, обобщения, переводы. – См.: *Васякова Л.В., Маевский Н.Н.* Типология сносок в «Острове Сахалине» // Проблемы языка и стиля А.П. Чехова. – Ростов н/Д: Изд-во Рост. ун-та, 1983. – С. 58, 60-62 (соответственно).

имеют вид статей или отдельных справок, а также сносок (с. 282); г) у А.Э. Мильчина¹ узнаём, что «примечания – элемент аппарата издания, сравнительно краткие дополнения к основному тексту или пояснения небольших фрагментов его, носящие характер справки и не содержащие, в отличие от комментариев, толкования этих фрагментов. Пояснения в П. не должны, однако, носить безотносительный к основному тексту характер общенциклопедической справки, а пояснять фрагмент применительно к его контексту» (с. 309). Примечания напоминают *приложения* – «дополнительные к основному тексту материалы справочного, документального или иного характера, как правило, обогащающие издание». Их (приложений) назначение: не пояснять, а дополнять текст материалами, которые либо нецелесообразно, или невозможно вводить в основной текст вообще или в полном объёме, либо удобнее для читателя выделить в самостоятельный справочный отдел» (с. 308).

Как видим, функциональная роль примечаний – поставлять дополнительную информацию; они употребимы лишь по крайней необходимости, призваны дополнять и уплотнять речь (текст), а не вести дело к избыточности или к путанице. Примечания адресуются обычно особо сложным ситуациям, которые трудно выразить краткой (законодательной) речью вообще и которые имеют широкий диапазон значений (смыслов), нуждающийся поэтому в поправочных коэффициентах.

В юридической науке эти литературоведческие и книгоиздательские «откровения» насчёт примечаний в основном усвоены, иногда до такой степени, что правоведы решаются даже на производство рекордно длинных дефиниций, на что не отваживаются и специалисты книгопечатания. Например: примечание определяется юристами как «относительно самостоятельный объективно существующий и реально функционирующий приём юридической техники, представляющий собой государственно-властное нормативное *нетипичное* (выделив данный признак курсивом, мы тем самым признаём за ним самое значимое или, точнее, специфическое свойство примечаний в том длинном ряду характеристик, которыми можно и пожертвовать – А.Б.) установление должного, запрещаемого, возможного, поощряемого либо рекомендуемого варианта юридически значимой деятельности, предназначенное для специального содержательного текстового либо символического подчёркивания, обособления этой деятельности, носящее «сопроводительный» характер, выступающее формой конкретизации, дополнения, изменения объёма правовой регуляции, имеющее особые обозначения, расположенное вне юридической нормы (нормативного акта), обладающее определённой юридической силой и влекущее юридические последствия»².

¹ Мильчин А.Э. Издательский словарь-справочник. – М.: Юристъ, 1998.

² Баранов В.М., Кондаков Д.С. Примечания в российском праве: природа, виды, проблемы реализации // Проблемы юридической техники: Сборник статей / Под ред. В.М. Баранова. – Нижний Новгород, 2000. – С. 346.

Приведём ещё несколько соображений по поводу законодательных примечаний, созвучных филологическим постулатам: 1) частные примечания к статьям Особенной части УК способны поставить под сомнение классические устои уголовного права: так, Я.И. Акимов утверждает, что «в российском уголовном законодательстве примечание 2 к статье 198 УК РФ фактически включило в сферу деятельности этой отрасли восстановительную функцию»¹; 2) в науке по-прежнему встречаются призывы к отказу от законодательной эксплуатации данного вспомогательно-технического приёма: «надо изъять из примечаний все определения (например, определение «должностного лица», «хищения») и предпослать эти дефинитивно-обязывающие по своей сути нормы запрещающим нормам соответствующего профиля»². По сути мы имеем дело с предложением преобразовать примечания в общие нормы-дефиниции, что стратегически верно, но может быть осуществлено лишь посредством учреждения Терминологического словаря ко всему УК; 3) с помощью примечаний («манипулирования» ими) производится соединение в комплексы с большими регулирующими возможностями обязывающих и управомочивающих норм Общей части УК с преимущественно запрещающими нормами Особенной части³.

Таким образом, примечания – своеобразный лимфатический узел нашей отрасли: во-первых, они есть отклик на меняющуюся и многостороннюю среду, в рамках которой функционирует уголовное право и на которую оно призвано (не может ни) откликаться; а во-вторых, примечания – средство лаконизации законодательных текстов и обеспечения их внутреннего и внешнего (с нормативами других отраслей права) единства либо связности. Без примечаний (более общее название – «оговорки», ибо современный законодатель мог использовать в тексте УК даже петровский термин «толк», а в литературоведении примечание близко по смыслу другим вспомогательным приёмам конструирования речи) ныне не обойтись, поскольку современная уголовно-правовая «диспозиция никогда не содержит всех признаков состава преступления»⁴; они либо разбросаны по тексту всего УК и лишь правоприменительное искусство позволяет собрать их вместе (например, сведения об объекте можно почерпнуть из названия глав и разделов Особенной части закона, информацию об общем субъекте и вине – из соответствующих статей Общей части), либо специально оговариваются законодателем в форме примечаний, относящихся как к отдельным статьям Особенной части, но чаще – к группе таких статей.

¹ Акимов Я.И. О месте норм уголовного права в решении проблем налогового законодательства // Актуальные проблемы юридической ответственности за нарушения в сфере экономической деятельности и налогообложения: Материалы научно-практической конференции. – Ярославль, 2000. – С. 49.

² Поройко М.С. Пути повышения эффективности уголовно-правовых норм // Юридические записки Ярославского гос. ун-та им. П.Г. Демидова, вып. 2. – Ярославль: ЯрГУ, 1998. – С. 237.

³ См. цитируемую статью В.М. Баранова и Д.С. Кондакова, С. 350.

⁴ Курс советского уголовного права. Часть Общая. Том I. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1968. – С. 245.

Очерк уголовного законодательства в России и частичная схематизация данного процесса в таблице, приведённой выше, а также краткий обзор доктринальных мнений¹ позволяют нам вначале заявить ту главную мысль, что структура криминального кодекса отражает гомеостазисный процесс и его финальную актуализацию, а затем – сформулировать более конкретные итоговые соображения.

Резюме главы

1. Уголовное право, являясь структурным компонентом национальной системы права, имеет свою собственную структуру, выработанную многовековой практикой: прежде всего Общую и Особенную части². Общая часть, появившаяся исторически позднее конкретных запретов, выделилась из огромного массива частных предписаний посредством постепенного выведения за скобки наглядно повторяющихся от случая к случаю обстоятельств: возраст, вина, групповые посягательства, неоконченные преступные акты и пр. Плавная деструктуризация уголовного закона в пользу Общей части позволяет сделать текст кодексов более лаконичным, освободить его от повторяющихся общих условий преследования, оговорив их лишь однажды, в Общей части. Особенная же часть представляет собой своеобразный «прейскурантный минимум», сухой

¹ Здесь автор считает своим долгом сообщить лишь неподготовленным читателям, что проблемы сущего и должного в структуре уголовного закона являлись предметом интенсивного обсуждения и дискуссий в науке нашей страны всегда, и не все опубликованные мнения на сей счёт были нами процитированы. Проработанными нами при работе над темой, но не упомянутыми в тексте оказались, в частности: **Бернштейн Н.Я.** О систематизации преступлений в проекте Уголовного кодекса СССР // «Проблемы социалистического права». 1939. № 4-5; **Галкин В.М.** О предмете регулирования Общей части уголовного законодательства // Труды ВНИИ сов. гос. стр-ва и законодательства. 1990. № 48. – С. 90-102; **Дмитриев В.** Построение Особенной части УК УССР // Соц. законность. 1946. № 11-12. – С. 38-42; **Иванчин А.В.** Уголовно-правовые конструкции и их роль в построении уголовного законодательства: Автореферат дисс. канд. юрид. наук. – Екатеринбург: Ур-ГЮА, 2003; **Лысов М.Д.** Логико-структурный анализ понятий и признаков преступлений в действующем Уголовном кодексе РФ // Государство и право. 1997. № 12. – С. 74-78; **Немцев Н., Карницкий Д.** Принципы построения Уголовного кодекса // Ежедневник советской юстиции. 1929. № 20. – С. 449-450; **Новичков В.Е.** Системно-структурный анализ, казуистика и футурологическое толкование Общей части УК РФ. – Курск: КГТУ, 1997. – 137 с.; **Меньшагин В.Д.** К вопросу о разработке Особенной части Уголовных кодексов союзных республик // Сов. государство и право. 1959. № 7. – С. 96-105; **Савельева В.** О структуре Особенной части УК союзных республик // Сов. юстиция. 1989. № 5. – С. 26-27; **Трайнин А.Н., Маньковский Б.С., Меньшагин В.Д.** и др. Вопросы системы общей и особенной части социалистического уголовного права // Сов. государство и право. 1950. № 10. – С. 26-38; **Шаргородский М.Д.** Система Особенной части Уголовного кодекса СССР // Соц. законность. 1947. № 6. – С. 3-6; и др.

² Логично расположения нормативного материала внутри закона и связи между его частями иногда именуют «системой», но не «структурой». Так поступает, в частности, **Н.И. Коржанский**, когда пишет о том, что «системой уголовного закона называют взаимосвязь и соотношение его составных частей, иерархию его отделов и принципы их построения». – Очерки теории уголовного права. – Волгоград: ВСШ МВД РФ, 1992. – С. 34.

остаток, уплотняемый посредством распознавания всё новых обобщений и закономерностей, она – исчерпывающий свод частных заповестей с обозначенными «расценками» ответственности.

2. Основная тенденция внутренних перемен в уголовном законе – постепенный и преимущественный (по сравнению с Особенной частью) рост объёмов Общей части, а равно усложнение её внутренней структуры. Наличие, размеры и качество Общей части уголовного закона – главное свидетельство адаптационных способностей уголовного права вообще. Вначале Общая часть – отстойник естественно-правовых идей в «чистой» науке, идеологическая преамбула формирующейся доктрины; и лишь со временем она приобретает современную технологическую нагрузку (теория криминализации и пенализации деяний), становится ведущим структурным компонентом закона, квинтэссенцией универсальных решений по борьбе с преступностью, тысячами нитей связанных с более частными правилами, сосредоточенными в Особенной части УК, запасным резервуаром исключений и обременений, заготовленных на те случаи, когда идеальные варианты преступного поведения (единоличный и обособленный акт посягательства на один объект с одним последствием) не срабатывают.

3. Нужно видеть две базовые причины структурных изменений уголовного закона: а) *внешняя* – удовлетворение давлений внешней среды (появление глав о преступлениях транспортных, компьютерных, против конституционных прав и свобод человека и гражданина и пр.); б) *внутренняя* – самоорганизация, уплотнение нормативного материала по причине увеличения его объёмов – для более оперативного и качественного пользования (появление дополнительных структурных уровней, учреждение примечаний и других оговорок).

4. Последовательность расположения предписаний в Общей части строится на основании здравого смысла или «чистой» логики (закон – преступление – наказание – исключительные нормы), а Особенной – по политическим мотивам и расчётам (сегодня: личность – общество – государство).

5. Внутренняя же организация нормативного материала в Общей части производится на базе признанных доктриной институтов, в Особенной – по типовым (интегрированным и родовым) объектам посягательства.

6. Гипотеза («аще», «аже», «или», «а», «оже» и пр.) уходит из структуры статей Особенной части, но перемещается и временно располагается в статьях Общей части («если», «в случае», «когда» – ст. 10, 17, 20, 27, 31, 34 и пр. УК РФ 1996 года). При этом в Общей части закона гипотеза может следовать за диспозицией и даже санкцией (ст.ст. 11, 12, 25, 26, 28, 29, 31 и т.д. УК РФ 1996 года).

7. То обстоятельство, что закон является общей мерой, подлежащей применению к частным случаям¹, порождает потребность

¹ «В законах и отправлениях правосудия, – указывал великий философ, – есть... одна сторона, содержащая случайность и заключающаяся в том, что закон есть всеобщее определение, которое должно быть применено к отдельному случаю». – *Гегель*. Философия права. – М., 1990. – С. 252.

в оговорках, т.е. исключительных нормах, которые чаще всего оформляются примечаниями к УК. На этом участке законодательной техники пока царит вольница, переходящая в неразбериху или порождающая её. Рискнём (считаем дозволительным) предложить следующее операционное правило: 1) изначально большая нужда в примечаниях существует для норм Общей части УК, описывающей типовые варианты («случаи») преступного поведения; 2) Общая часть призвана реагировать на возмущения между жизнью и законом, а делает она это преимущественно посредством устройства исключительных норм; 3) в Особенной же части УК примечания должны составлять санкционно не обеспеченные нормативные положения (обобщённые понятия только для отдельных разделов или глав плюс особые ситуации только для отдельных составов, влекущие отказ от уголовной ответственности); 4) в Общую часть возможно включение (в форме примечаний) положений, вовсе не имеющих уголовно-правового содержания, но направленных на сочетание УК с предписаниями других отраслей права; 5) упомянутая выше «свобода» законодателя в пользовании примечаниями порождена отсутствием должного доктринального обеспечения и проявляется в том, что в тексте УК либо содержатся оговорки, вполне могущие претендовать на самостоятельные примечания (а), либо оформленные в виде примечаний предписания запросто могут раствориться в тексте как оговорки к более общим и вначале упоминаемым правилам (б); 6) примечания должны быть признаны элементом структуры УК, потому что они всегда обособляются в тексте и обозначаются словом «примечание»; 7) примечание – средство приспособления общего правила поведения к нетипичной среде.

Глава II. Место уголовного права в национальной правовой системе и проблема его самостоятельности

*Все мы – невежды, но в различных специальностях.
У. Роджерс*

По традиционным представлениям уголовное право входит в единую юридическую систему любой страны, в том числе и России, на правах самостоятельного, органичного элемента – отрасли. Это значит, помимо прочего, что оно тысячами нитей связано с установками других правовых отраслей, имеет сходный с ними юридический инструментарий и понятийный аппарат, подчиняется общим правилам субординации и специализации. Как мы уже отмечали, оно имеет жёсткую внутреннюю структуру, выработанную многовековой практикой: части, институты и нормы. Уголовно-правовых норм существует великое множество. Заключающиеся в них обобщения жизни, конечно, уступают по своей широте понятиям и категориям общественных наук, в первую очередь философии. Типовые формулы невменяемости, неуважения к суду, вандализма, неосторожности, кражи и т.д. проще, доступнее для понимания, нежели мысли о Вселенной, познаваемости мира, закономерностях бытия, времени и пространстве. Традиционные приёмы совершения преступлений распознать и зафиксировать, безусловно, легче, чем продвинуться в постижении основ мироздания.

Однако судьба юристов, занятых отслеживанием криминальных и криминологических закономерностей и особенностей, не легче, чем у философов. Кажущиеся простыми государственные правила по борьбе с преступностью и используемые при этом по-

нятия постоянно подвергаются испытаниям изощрённого ума преступников, настойчиво ищущих возможности реализовать свой умысел и уйти от ответственности. В итоге вчерашние отраслевые регламенты, казавшиеся теоретически верными и вполне приемлемыми для практики борьбы с преступностью, вынужденно признаются недостаточными, неполными, несовершенными.

Уголовно-правовые нормы *запрещают* определённые поступки (чаще они адресуются обывателям) либо *предписывают* определённые правила поведения (реже и в основном юристам). Вообще-то нормативов человеческой жизнедеятельности сегодня много, как много и их создателей: родители распределяют обязанности по дому между детьми; рецидивист-карманник обучает подростков приёмам «работы» с пассажирами («лохами») в транспорте и страховке своих подельников; режиссёры многочисленных шоу жёстко расписывают очередность выхода на подиум заранее подобранных и оплаченных «звёзд»; «вор в законе облагает братав подоходным налогом для общака»; руководитель отдаёт приказы своим подчинённым; и т.д., и т.п.

Но вот уголовно-правовые нормы в собственном понимании этих слов создают только государством или заимствуются им из готовых жизненных стереотипов. Государственный уровень уголовно-правового регулирования значит в обществе очень многое: подаёт надежду на беспристрастие юридических чиновников, не участвовавших в конфликте и не ослепленных желанием возмездия; единообразием своих установок возбуждает и поддерживает впечатление справедливости; позволяет гражданам планировать свою жизнь, знать последствия своих поступков. Государственный уровень закрепления и трактовки общих правил наиболее ожидаем, необходим и состоятелен именно в уголовном праве – области, где порок и необузданные страсти дают примеры своего торжества над разумом и состраданием, где задача самосохранения и предупреждения межобщинных (межэтнических) распрей решается ежедневно властью в обстановке, исключающей даже намёк на личную заинтересованность юриста.

Уголовно-правовые нормы, говоря словами Т.Гоббса, олицетворяют абсолютное право государства. В нём права на жизнь, честь, достоинство, здоровье, собственность и т.д., принадлежащие отдельным гражданам, передаются в общую копилку, делегируются государству с тем, чтобы гарантировалась безопасность всем и поодиночке. Уголовно-правовые нормы в государственном исполнении – это единообразие, реальность, справедливость (в равенстве). Требования по борьбе с преступностью закрепляются государством в уголовном законодательстве, т.е. в своде лаконичных, систематизированных, выраженных ясным и доступным для граждан¹, а иногда и профессиональным языком правил. Уголовное право всех стран характеризуется повышенной в сравнении с

¹ Екатерина II так отзывалась о тексте Соборного уложения 1649 года: «слог Уложения почти везде ясен, прост и краток, с удовольствием слушаешь из него выписки, никто не ошибается в смысле того, что слышит, его выражения понятны самому посредственному уму». – Развитие русского права в XV – первой половине XVII вв. – М., 1986. – С. 47.

другими отраслями нормативностью, то есть практикой обозначения всех запрещённых образцов поведения в сводном законе. Читайте, знайте, остерегайтесь...

Это очень важно для граждан и правоприменителей положение нашло отражение в специальном политико-юридическом обязательстве государства (ч. 1 ст. 1, ч. 1 ст. 3 УК РФ): единственный источник уголовной ответственности – всего один компактный уголовный закон, что обеспечивает его доступность для всех слоев общества и удобно в пользовании, подчёркивает особость и многозначительность отрасли, блокирует появление противоречий на стыке УК и подзаконных нормативных актов, заставляет самого законодателя инкорпорировать все новеллы в один текст, что гарантирует от упущений и дополнительно обеспечивает логическую стройность нормативного материала.

Отраслевые запреты общеизвестны, практически одинаковы у большинства стран, безостановочно «работают» в юридических присутствиях, подкреплены господствующей нравственностью и религиозными заповедями. Но преступления совершаются вновь и вновь. Государство вынуждено употреблять организованное насилие по отношению к нарушителям общественного порядка и спокойствия. Оно (насилие) идёт на подмогу тем, кто не может защититься самостоятельно, и заменяет прежнее право на самосуд, которым пользовались сильные. Советы жить в мире и согласии подкрепляются принуждением, что не решает всех проблем и не гарантирует от любого зла, но в состоянии дать чувствительный мотив к воздержанию от эксцессов, несколько снизить уровень преступности и беспорядка в обществе. Обеспеченность государственным принуждением – существеннейшая черта каждой уголовно-правовой нормы и уголовного права в целом.

Таким образом, уголовно-правовая отрасль управления и юриспруденции представляет собой согласованную совокупность запретов общественно опасного поведения и правил борьбы с преступностью, обеспечиваемых принудительными возможностями государства.

Профессионалы знают, что за словосочетанием «уголовное право» может таиться различное содержание. Во-первых, уголовное право – это представленная выше отрасль государственного управления, выраженная в специальных нормативах. Во-вторых, правовые регламенты и запреты в сфере борьбы с преступностью систематизируются и обозначаются властью в письменной форме – лаконичным, литературным, современным языком, к тому же признаваемым в установленной форме государственным. Говоря об уголовном праве, мы в этом случае подразумеваем законодательство. В-третьих, привычные ключевые слова могут аттестовать специальную науку. Она, в сравнении с правом и законодательством, имеет более широкий и меняющийся предмет и спектр увлечений специалистов: и собственно глоссаторство нормативного текста, и сравнительно-правовые обзоры, и исторические экскурсии, и наработка понятийно-категориального аппарата, и шлифовка методов исследования уголовно-правовой

действительности, и межотраслевые притирки регламентов, и стратегические прогнозы, и политико-нравственная экспертиза.

«Если наука требует вечного беспокойства, то преподавание – непоколебимой уверенности» (Ш. Пеги). Уголовное право означает, в четвёртых, *учебную дисциплину*. В ней находят отражение важнейшие положения уголовного закона, считающиеся общепризнанными научные постулаты, основные проблемы правоприменительной практики. Учебный курс есть тот познавательный интеллектуальный минимум информации об уголовном праве, который позволит выпускнику учебного заведения успешно стартовать, а по приобретении личного опыта стать подлинным профессионалом. Базовые требования к содержанию знаний об уголовном праве устанавливает государство.

Несмотря на свою имманентную несправедливость (как равной меры к неравным людям и обстоятельствам), уголовное право вынужденно используется властью как незаменимый способ поддержания гражданского мира, преодоления личных невзгод и общественных бедствий. В нём накоплен огромный опыт относительно бескровного сосуществования людей. Его сухие рациональные формулы пролагают дорогу порядку и держат в узде страсти. В праве официальная власть афиширует свою волю. «Образно говоря, право – это язык, при помощи которого государство формулирует свои властные веления. Это в известном смысле «вторая сигнальная система» государства...»¹. Можно ли считать уголовное право абсолютно автономным образованием в её составе?

§ 1. Проблема самостоятельности отрасли

Государственности и организованному правосмыслию восточных славян уже более 1000 лет; примерно такой же «трудовой стаж» и у уголовного права. Несмотря на преклонный возраст, что само по себе уже свидетельствует о его важности и необходимости (народы не ошибаются), в общей и отраслевой юриспруденции периодически высказываются соображения о том, что уголовное право не должно почитаться *самостоятельной отраслью* отечественного права. Начало положил, как известно, К. Биндинг, сводивший содержание уголовного закона только к санкции, в то время как противоправность преступлений в его понимании якобы определялась нормами других отраслей. Прошёл век, а на родине известнейшего криминалиста даже «ставится вопрос об отмене уголовного права, его несовместимости с правами человека и гражданина»². А вот наиболее характерные доводы и оценки последователей Биндинга в нынешней России.

В.Г. Беляев в своей великолепной по исполнению профессиональной беллетристике³, как бы смывающей наносную грязь по-

¹ Манов Г.Н. Государство и политическая организация общества. – М., 1974. – С. 30-31.

² Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. – М.: Проспект, 2008. – С. 16.

³ Беляев В.Г. Уголовное право. Заметки доцента. – Волгоград: Изд-во ВАГС. 2003. – 395 с.

следних лет с культурных основ уголовного права, выдвигает на роль центрального института отрасли не привычные преступление и наказание, а уголовную ответственность и даже отождествляет с ней всё уголовное право (с. 36). С этим можно предварительно согласиться, ибо уголовная ответственность действительно адсорбирует в себе особое сочетание преступления и наказания как в теории, так и в реальной жизни¹. А дальше у цитируемого автора следует такой пассаж: «конституционная природа уголовной ответственности и производная от неё конституционная природа уголовного права (= права уголовной ответственности) предопределяет общеправовой, общегосударственный, конституционный подход к его изучению и преподаванию, к использованию его духовного арсенала в профессиональном становлении юриста любой специальности...» (с. 130). Плюс: «в уголовном праве источником нормативных предписаний может быть только закон конституционного ранга» (с. 131).

Предчувствие того, что уголовному праву будет отведена роль органичного раздела конституционного права, посещающее читателя на страницах этой книги, становится реальностью после знакомства с другим, более привычным для отраслевого уха (по содержанию), трудом того же автора². В нём: 1) главной проблемой права вообще объявляется институт ответственности (с. 4, 14); 2) утверждается, что «ответственность – первична, а свобода – производна от неё» (с. 33), поскольку «ответственность... рождает власть – прямо пропорционально самой себе» (с. 48); 3) автор находит, что любое уголовное дело может и не закончиться разбирательством в отраслевых рамках, а способно дорасти до Конституционного (и Европейского – А.Б.) суда (с. 36), в то время как истинно самостоятельными могут считаться лишь те отрасли, «которые располагают механизмом собственной ответственности за соблюдение и несоблюдение своих предписаний» (с. 42); 4) отсюда *«уголовная ответственность есть такое последствие преступления, в силу которого, с санкции Конституции и в её пределах, легитимно изменяются конституционные взаимоотношения государства с субъектом преступления – в частности, изменяется конституционно-правовое положение субъекта преступления как гражданина и личности: оно становится правовым положением общественно опасного, виновного и наказуемого лица»* (с. 62); 5) да и вообще констатируется «исчерпанность сугубо внутриотраслевых подходов, интерпретации уголовно-правовых проблем в рамках понятийно-категориального аппарата самого уголовного права» (с. 73); 6) следствием конституционной природы уголовной ответственности является необходимость в придании уголовному закону качества ФКЗ (с. 76); 7) предвидя естественные вопросы:

¹ Т.Г. Понятовская бескомпромиссно утверждает, что в уголовном праве на титул «категория» могут претендовать только три понятия и явления: преступление, наказание и уголовная ответственность. – Концептуальные основы системы понятий и институтов уголовного и уголовно-процессуального права. – Ижевск, 1996. – С. 151-152.

² Беляев В.Г. Применение уголовного закона. 2-е издание. – Архангельск: Международный институт управления, 2005. – 412 с.

а как быть с действующим несколько веков Уголовным кодексом или уложением? не должен ли он стать юридическим приложением к Основному закону страны? – учёный отвечает так: «нормы Конституции определяют самое главное – саму природу уголовной ответственности, её исходные начала. Но Конституция не в состоянии и не должна определять конкретные основания, пределы и условия уголовной ответственности – такие монографические вопросы, которые по логике вещей и по вековому мировому опыту практичнее всего регулировать монографическим законом, а именно Уголовным кодексом» (с. 77).

С позиций естественно-правовой доктрины и теории правового государства обрывается на самостоятельность уголовного права Г.К. Мишин¹. В его представлении классическое уголовное право должно исходить из обусловленности своих догм всей правовой системой страны, а не сугубо отраслевыми расчётами, из «связанности (подчинённости) уголовных запретов и наказаний за их нарушение вышестоящими в системе права конституционными нормами» (с. 8). Государство надлежит считать договорным порученцем гражданского общества в целях управления, а потому «основания и пределы государственного регулирования, его вмешательства в жизнь общества определяются договором, который носит название Конституции или Основного закона страны» (с. 17). Отсюда ясно, что формы уголовного преследования, пределы криминализации и порядок назначения наказаний должны базироваться на Основном законе: «главная задача Конституции страны заключается в юридическом оформлении отношений, во-первых, между обществом и государством, во-вторых, между государством и гражданином, как договорных обязательственных отношений. Все разновидности иных правоотношений, включая уголовно-правовые, являются производными от этого основного конституционного договора» (с. 19). Всякое же преступление, исходя из этой концепции, «является конкретизированным в уголовном законе нарушением обязательств по конституционному правоотношению» (с. 22).

Данная книга и содержащиеся в ней взгляды – благородный пример восхваления одной, благородной теории под названием «правовое государство»; пример доведения её до абсолюта, до якобы возможного практического применения. Но абсолютом или идеалом логичнее считать эталонным материалом, который используется для конечной (внешней) корректировки понятий, подходов и решений, вырабатываемых в кругу более «примитивных» (рабочих – то есть) знаний.

Хорошо, что В.Г. Беляев и Г.К. Мишин видят и обозначают конституционную заданность нашей отрасли. Сие есть дополнительное свидетельство системности уголовного права, его внешних зависимостей, неизбежности гомеостатических подстраиваний отрасли в этом направлении, а также выработки специфических решений законодателя и соответствующих доктринальных раз-

¹ *Мишин Г.К.* Теория правового государства и вопросы уголовного права. – М.: Академия МВД России, 1995. – 41 с.

мышлений. Но зависимость и даже много зависимостей объекта автоматически не лишают его свойства самостоятельной единицы бытия; и архиепископ чихает строго по-человечески (Чехов), и монарх сидит на троне всего лишь задницей (Монтень), да и Россия за всю свою историю «так и не решила проблему собственной Конституции», которой (в подлинном смысле) «у нас не было и нет». «Конституция «чья-то» или «под кого-то» (не под Россию) неизбежно рождала и рождает разлад в обществе»¹. Как видим, и сами проповедники взгляда на уголовное право как на органичный раздел Конституции не всегда верят в чистоту принятия Основного закона и его способность быть интегральным явлением для отраслевого нормативного акта и отраслевого правосознания. Мы бы, в унисон заботам цитируемых и очень уважаемых нами коллег, посоветовали им технически реализовать свои знания о соотношении Конституции и уголовного права на другом направлении – потребовать криминализации посягательств на *все* конституционные права и свободы, а не на выборочные (содержание главы 19 УК РФ 1996 года), и повышения санкций за это конституционное святотатство хотя бы до категории тяжких преступлений².

Кстати, представители конституционного права отнюдь не абсолютизируют Основной закон страны и его возможности, а уж тем более – не возрадуются перспективе включения в сверкающий позолотой и сладкими декларациями учредительный акт социума жёстких норм какой-то «черноробочей» отрасли. Вот мнение конституционалиста, косвенно отвергающего идею причисления уголовного права к разряду механических приложений к Конституции: «деление на отрасли и предметы их регулирования весьма условно и имеет (всего лишь – *А.Б.*) кодифицирующее и научно-учебное значение. Выделение предмета отрасли ведёт (всего лишь – *А.Б.*) к систематизации её норм, облегчает процесс устранения коллизий между ними». И далее: «появление в Конституции Российской Федерации 1993 г. указания на прямое её действие (ч. 1 ст. 15) способствует усилению её роли в регулировании конкретных правоотношений, относящихся к объекту правового регулирования иных (помимо конституционного) отраслей права. (Только – *А.Б.*) на этом основании можно говорить о наличии конституционно-административного, конституционно-уголовного, конституционно-гражданского, конституционно-семейного, конституционно-муниципального и даже конституционно-государственного и иных подобных отраслей или подотраслей права»³.

¹ *Беляев В.Г.* Применение уголовного закона, С. 5, 6.

² См. об этом наше: *Бойко А.И.* Преступления против конституционных прав и свобод человека и гражданина // Уголовное право. Особенная часть: Учебник / Под ред. проф. В.Н. Петрашева. – М.: «Изд-во ПРИОР», 1999. – С. 101-102; Идеологические основы уголовных кодексов Беларуси, России и Украины // Пять лет действия УК РФ: итоги и перспективы. – М.: «ЛексЭст», 2003. – С. 18-24.

³ *Мухачев И.В.* Актуальные проблемы гомеостаза российской правовой системы: Монография / Под ред. В.П. Сальникова. – СПб.: Санкт-Петербургский университет МВД России, 2000. – С. 28, 31.

Защитников отраслевой самостоятельности уголовного права, конечно же, не мерено. Но главное здесь – разумные доводы, а не биологическая заинтересованность кулика в существовании своего болотца. Потому воспользуемся обильными размышлениями проф. А.В. Наумова, которыми и начинается его представление отрасли в академическом учебнике¹. Он пишет, что «в общей теории права получила распространение точка зрения, согласно которой уголовное право лишено самостоятельного предмета регулирования, а общественные отношения регулируют другие отрасли права (конституционное, административное, гражданское и др.). Уголовное же право лишь охраняет эти отношения, являясь своеобразным средством их обеспечения»². Получается, что проблема идентификации уголовного права как отрасли переводится в плоскость трактовки функций, точнее – наличия у него (обязательности) регулятивных способностей.

А.В. Наумов возражает: если «право диктует исходящие от государства общеобязательные правила, оно есть регулятор поведения людей в обществе. В этом смысле не является исключением и право уголовное». Нормы каждой отрасли обычно и охраняют свои предписания. Нельзя дело представлять таким образом, что наша отрасль будет обслуживать принуждением все предписания всех отраслей, что «будет явным преувеличением охранительной роли уголовного права. Кроме того, в юриспруденции давно известна и практикуется позиция, согласно которой противопоставление регулятивных и охранительных норм (отраслей) противостоит и даже опасно, ибо «деление норм права на запрещающие и предписывающие не имеет абсолютного характера»³, а одна и то же норма может быть регулятивной в одном отношении и охранительной – в другом⁴. «В уголовном праве регулятивная функция есть проявление его охранительной функции, форма и способ её осуществления». Самостоятельность не сводима к абсолютной автономности, в том числе к определению противоправности независимо от позиций других отраслей. «Многие уголовно-правовые нормы включают в себя нормы самых различных отраслей» и «нет такой отрасли права, нормы которой не входили бы органически в уголовно-правовые».

В подтверждение своей позиции известнейший учёный современности выделяет три сорта правоотношений, порождаемых фактом совершения преступлений и обслуживаемых уголовным правом – *охранительные* (между нарушителей запретов и государством), *профилактические* (между потенциальным злодеем и государством) и *гарантийные*⁵ (между посягателем, защит-

¹ Уголовное право России. Общая часть: Учебник / Под ред. В.Н. Кудрявцева, В.В. Лунева, А.В. Наумова. – М.: Юристъ, 2004. – С. 11-13.

² Сноска А.В. Наумова на: Теория государства и права / Отв. ред. А.И. Королев, Л.С. Явич. – Л.: ЛГУ, 1987. – С. 407.

³ Коркунов Н.М. Общее учение о праве. – СПб., 1885. – С. 114.

⁴ Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право. – М., 1973. – С. 261-262.

⁵ Названия второго и третьего разряда правоотношений – наши, поскольку А.В. Наумов оставил их без терминологического обозначения.

ником и государством). И утверждает, что на всех трёх рубежах присутствует момент регуляции или управления: для уже случившихся преступлений власть заблаговременно устанавливает уголовную ответственность (размер и порядок реализации); на стадии угрозы наказания «запрет налагает на граждан обязанность воздерживаться от совершения преступления и потому призван регулировать поведение людей в обществе; а ситуации с необходимой обороной и пр. нужно «именовать регулятивными уголовно-правовыми отношениями», поскольку они посвящены «правомерному поведению лица, являющемуся одновременно и социально-полезным».

Предоставим читателю сведения о взглядах (подходах, аргументах) и других инициативных защитников самостоятельности нашей отрасли. Н.Д. Дурманов, разбиравший всё дальше уходящую в глубь времён теорию К. Биндинга, будто уголовный закон не содержит норм права вообще, поскольку они оприходованы в других отраслях права, возражал ему так: уголовно-правовая норма самостоятельна, она не воспроизводит правовые нормы из других отраслей права. «Она создаётся по иным основаниям, чем нормы других отраслей права, по признаку общественной опасности деяния»¹. Слово теоретику общей юриспруденции: «существование в системе советского права уголовного права в качестве отдельной отрасли, также как и гражданского права, ни у кого не вызывает сомнений. Внутреннее единство этой отрасли права обусловлено наличием особого метода и способа охраны общественных отношений – наказания. Угрожая наказанием, советское уголовное право тем самым защищает систему советских общественных отношений, выраженную в системе советского права. Нормы уголовного права очерчивают круг уголовно-правового начала, т.е. преступление и наказание, определяемое и выносимое в порядке уголовно-судебной защиты»².

Частные, может быть даже косвенные, соображения в поддержку самостоятельности или отраслевой титульности уголовного права мы видим: 1) в попытках наградить его не только охранительной, но и регулятивной функцией³; 2) в мнении административистов о том, что межотраслевое понятие должностного лица должно, тем не менее, иметь специфику и самостоятельное закрепление в уголовном законе⁴; 3) в настроении криминалистов

¹ Дурманов Н.Д. Советский уголовный закон. – М.: Изд-во МГУ, 1967. – С. 99.

² Ушаков А.А. К вопросу о системе советского права (из монографии «Юридическая техника», подготовленной автором к печати) // Учёные записки Пермского государственного университета. Том XIV. Книга 4. Часть 1 (Юридические науки). – Пермь: ПГУ, 1959. – С. 62.

³ См., например: Фёфелов П.А. Общественная опасность преступного деяния и особенности охранительной функции уголовного права // Уголовный закон и совершенствование мер борьбы с преступностью: Межвузовский сборник научных трудов. – Свердловск: УрГУ, 1981. – С. 33-34.

⁴ Воронков А.В. Понятие должностного лица в административном праве // Правоведение. 1999. № 1. – С. 64; Стариков Ю.Н. Курс общего административного права: В 3 т. – М., 2002. т. 1. – С. 102.

не отождествлять уголовное право только с уголовным законом, видеть в первом самостоятельное явление, прочно связанное с УК, но не ассоциируемое с ним: «исключение того или иного института из системы уголовного законодательства не должно (да и не может) автоматически исключать целый пласт мыслительных конструкций из догмы уголовного права. Это означало бы движение назад, а не вперёд; обеднение профессионального мышления, а не его обогащение»¹.

Присоединимся к данной, господствующей точке зрения, но с дополнительными аргументами. *Во-первых*, все архетипы письменной юриспруденции всех стран и народов всех эпох развития цивилизации содержат в своём составе и уголовно-правовые запреты, а с Нового времени стало привычным существование монографических законов по борьбе с преступностью. Народы и нации, как известно, не ошибаются. Если этносы тысячи лет эксплуатируют антикриминальные правила и давно перешли к их кодификационным собраниям, значит, уголовное право заслужило право на признание в качестве обособленного фрагмента человеческой культуры или, более узко – как самостоятельной отрасли правовой системы. В основе такого выделения и обособления – социально-экономические потребности. «Из всего изложенного следует, что «ход идей, как говорит один знаменитый итальянец, соответствует всегда ходу вещей». Все науки выросли из общественных нужд и потребностей народов. В этом смысле и наука уголовного права не представляет исключения. В разные исторические моменты общественной жизни как содержание, так и форма права были различные, но в каждую данную эпоху они находились в соответствии общественным отношениям конкретной хозяйственно социальной структуры... Публичная защита собственности, насколько нам известно, предшествует защите личности. Личность защищается лишь с того момента, как... она начинает приобретать значение фактора производительной силы общества»².

Во-вторых, проблема самостоятельности любой отрасли права давно замечена в отечественной юриспруденции, а в годы реформ, геополитических изменений, научно-технического прогресса и века информатизации, связанных с появлением новых «претендентов» на звание отрасли права (компьютерное, образовательное, информационное, избирательное, служебное и т.д. право) – только усиливается в своем звучании. Наука реагирует на неё выдвиганием общих критериев самостоятельности отрасли, к которым уже давно и прочно относятся такие условности, как наличие фирменного предмета правового регулирования, а также адекватного

¹ Кирюшкин М.В. Историческая взаимосвязь формы и догмы уголовного права в контексте современного законодательного процесса // История развития уголовного права и её значение для современности: Материалы V Международной научно-практической конференции, состоявшейся на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова 26-27 мая 2005 г. – М.: ЛексЭст, 2006. – С. 159.

² Ларский М. Диалектика и наука уголовного права // Вопросы изучения преступности на Северном Кавказе. Выпуск 2-й. – Ростов н/Д: «Севкавкнига», 1927. – С. 12-13.

ему и в той же степени особенного метода воздействия на предмет¹. С учётом современного уровня кодификации и вообще законодательного обеспечения общезнания мы бы полагали необходимым выдвигание ещё одного, технического требования к «новичкам» – наличие специализированного (обособленного, монографического) нормативного акта, в котором бы предмет и метод отрасли убедительно отражались и с помощью которого были бы чётко видны границы отраслевого регулирования и его технология.

Приложим данные требования к нашей отрасли. 1. Уголовное право имеет свой фирменный и неприкасаемый предмет – особую сферу человеческого бытия, связанную с совершением наиболее вызывающих поступков и их преследованием, т.е. преступность. Тут даже бессмысленно возражать; хотя бы той причине, что у нашей отрасли нет конкурентов – кто же будет выговаривать себе право на обслуживание такого неприглядного участка жизни? Стоит заглянуть в дежурную часть РОВД после полуночи, посмотреть на публику, которая свозится сюда для разбирательств; и желающих заполучить в управление исконный предмет уголовного права унесёт ветром. Это вам не сфера рейдерства или рассмотрения коммерческих споров, не споры о банкротстве, не регистрация объектов недвижимости, не жирная таможенная граница, не контроль за торговыми предприятиями, где вращаются большие деньги, где обязательно присутствует благоухающий «белый воротничок» и процветают юридические мародеры!

2. Научная литература, посвящённая методам правового регулирования, достаточно внушительна по объёму и всё время разрастается, производя по мере развития новые вопросы и ответы. Можно, тем не менее, утверждать, что само понимание того, что есть метод правового регулирования, выглядит удовлетворительно. Когда-то М.Д. Шаргородский и О.С. Иоффе дефинировали его как специфический способ, при помощи которого государство на основе совокупности норм обеспечивает нужное ему поведение людей как участников правоотношений². У С.С. Алексеева метод «определяет общее правовое положение субъектов отрасли, юридические основания... возникновения конкретных прав и обязанностей, содержание правоотношения и меры ответственности за правонарушения»³. Для Н.И. Матузова и А.В. Малько метод представляется «набором юридического инструментария», посредством которого власть оказывает необходимое воздействие на

¹ См. например: *Иванников И.А.* Теория государства и права: Учебное пособие. – Ростов н/Д: Изд-во Рост. ун-та, 2001. – С. 197; *Коваленко А.И.* Общая теория государства и права (в вопросах и ответах): Учебное пособие. – М.: ТЕИС, 1996. – С. 56; *Малько А.В.* Теория государства и права в вопросах и ответах: Учебно-методическое пособие. – М.: Юрист, 1997. – С. 122; *Общая теория государства и права: Учебник / Под ред. В.В. Лазарева.* – М.: Юрист, 1994. – С. 136 (*А.Г. Братко, Н.Л. Гранат и В.В. Лазарев*); *Проблемы теории государства и права: Учебник / Под ред. С.С. Алексеева.* – М.: Юрид. литература, 1987. – С. 207 (*С.С. Алексеев*) и др.

² *Шаргородский М.Д., Иоффе О.С.* О системе советского права // Сов. государство и право. 1957. № 6. – С. 104.

³ *Алексеев С.С.* Предмет советского социалистического гражданского права: Учен. труды СВЮИ. Том 1. – Свердловск, 1959. – С. 259.

общественные отношения в целях придания им желаемого вида и развития¹. Таким образом, под методом правового регулирования, если отбросить небольшие уточняющие поправки, наука понимает совокупность приёмов управления (влияния, воздействия, регулирования) отдельной сферой жизни.

Теоретики права также различают некий *общий* метод правового регулирования, содержащий в себе базовые модели юридического воздействия на общественные отношения, и *отраслевые* методы, дополняющие общий вариант управления применением специфических приёмов или их комбинаций. Так, по А.М. Витченко общий метод позволяет ограничивать именно правовое регулирование от иных государственных форм целенаправленного воздействия на общественные отношения, а отраслевые методы представляют совокупность юридических приёмов, средств и способов, отражающих своеобразие воздействия именно данной отрасли права на общество². Весьма важные для нашей работы дополнения производят Д.А. Керимов и В.Д. Сорокин. Первый указывает, что отраслевой метод диктуется в основном предметом отрасли, но зависит также от задач и интересов государства, что влечёт использование различных средств воздействия на общественные отношения³. Второй настаивает на характеристике метода как системного явления, поскольку эффективно регулировать систему социальных связей и явлений, входящих в предмет отрасли, можно лишь при условии, если все средства и способы (метод правового регулирования) выступают не разрозненно, не в изоляции, а в тесном взаимодействии⁴.

Л.С. Явич пытается корректировать одну из укоренившихся в отечественном правоведении позиций: «метод правового регулирования всегда зависит в конечном счёте от совокупности существующих общественных отношений... Но это бесспорное и вполне доказанное советскими юристами положение не означает, что предмет автоматически определяет метод... тот или иной вид общественных отношений становится предметом самостоятельной отрасли лишь в случае, когда задачи, которые ставятся перед его регулированием, могут быть достигнуты лишь при помощи определённого метода правового воздействия. Если данный вид общественного отношения с точки зрения возможностей правовой регуляции не достаточно обособился и не требует определённого метода регулирования, то группа юридических норм, призванных на него воздействовать, не составляет самостоятельной отрасли права»⁵.

¹ Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. 2-е издание. – М., 2000. – С. 401.

² Витченко А.М. Метод правового регулирования социалистических общественных отношений. – Саратов: СЮИ, 1974. – С. 52, 60.

³ Керимов Д.А. Философские проблемы права. – М.: Мысль, 1972. – С. 289.

⁴ Сорокин В.Д. Метод правового регулирования. Теоретические проблемы. – М.: Юрид. литература, 1976. – С. 102-103.

⁵ Теоретические вопросы систематизации советского законодательства / Под ред. С.Н. Бра- туся и И.С. Самощенко. – М.: Госюриздат, 1962. – С. 254-255.

С.С. Алексеев для обоснования критериев выделения или идентификации отраслей как самостоятельных единиц юридической системы использует понятие «правовой режим». По его мнению, правовой или юридический режим есть особая, целостная система регулирующего воздействия, которая характеризуется несколькими свойствами (особый порядок формирования и возникновения прав и обязанностей, специфика санкций, действие единых принципов и т.д.). Юридический режим в рамках соответствующего участка правовой действительности пронизывает все частицы правовой ткани (*suu generis* суверенность юридического режима)¹.

Уточняющие соображения авторитетов общей юриспруденции, приведённые выше, в полной мере подкрепляются в нашей отрасли: а) переливы (встречные перемены) в предмете уголовного права зависят и от метода, от предельных возможностей использования юридического насилия в отношении собственного народа, когда «переданная уголовно-правовая компетенция может быть обществом у публичной власти отозвана или, говоря иначе, сокращена, ограничена, преобразована»² (в первую очередь в ситуациях чрезмерной распространённости прежде криминализированных деликтов, когда возникает опасность «непереносимости» уголовно-правового метода или репрессии); б) уголовное право, как и другие отрасли, эксплуатирует собственный метод или даже юридический режим – набор отточенных за века приёмов и способов определения преступного и непроступного поведения, правил дозировки ответственности за преступления, общепредупредительной мотивировки поведения населения и т.д.

3. Наконец, отрасль располагает и третьим (или формальным) признаком своей идентификации – она опирается на систематизированный нормативный акт по борьбе с преступностью (ныне – Уголовный кодекс РФ, прежде – Правды, Судебники, Уставы, Наказы, Артикулы, Уложения, Начала, Основы и пр.). То мнение, что наличие монографического закона служит надёжным показателем самостоятельности правовой отрасли, давно признано в юриспруденции. Например, один из участников общесоюзной дискуссии 1982 года по проблемам систематизации утверждал, что «в ряде случаев возникновение правовой отрасли связывается с появлением соответствующего кодификационного акта». Правда, кодификации может и не быть, что не страшно; она ведь является высшей формой систематизации, а когда её нет, отраслевое хозяйство приводится в относительно гармоничное состояние иными средствами и способами. «В то же время явное «отклонение» правовой системы от развития (кодифицированного – А.Б.) законодательства нельзя рассматривать как нечто нормальное»³. Автора

¹ Алексеев С.С. Отрасли советского права: проблемы, исходные положения // Сов. государство и право. 1979. № 9. – С. 18.

² Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ, С. 84.

³ Система советского права и перспективы её развития // Сов. государство и право. 1982. № 8. – С. 55 (К.Ф. Егоров).

этих мыслей поддержал другой участник дискуссии, заявивший, будто «нормативный акт (или акты), в котором нормы объединены, выступает в качестве системообразующего фактора»¹.

Таким образом, экспертиза свода правил по борьбе с преступностью, именуемого «уголовным правом», произведённая на основании добытого исторического опыта и общетеоретических критериев, позволяет утвердительно ответить на вопрос о самостоятельности данной отрасли. «Вечность» преступности в качестве предмета уголовно-правового регулирования и её повышенная опасность в общем массиве правонарушительного поведения предполагают целесообразность относительно обособленного блока юридических предписаний: «всё множество людей, не выработавших в себе волевого характера, не имеющих ни «царя в голове», ни властвующих святых в сердце, доказывают каждым своим поступком свою неспособность к самоуправлению и свою потребность в (особом и обособленном – *А.Б.*) социальном воспитании»².

Сомнения в самостоятельности уголовного права появляются, на наш взгляд, и по причине «неосторожного» отождествления в науке двух основных ипостасей существования отрасли – как невидимого, но цельного блока защитных мер социума (отрасль права) и как его письменного собрата или поверхностного субъективного артефакта (отрасль законодательства). Базирующаяся на опыте прошлых веков и необходимостях нынешнего времени система естественной саморегуляции этноса включает в себя и общую превенцию, и воспитание, и классическую регламентацию человеческого поведения, и охранительно-карательные акции, а в каждой норме присутствуют и гипотеза, и диспозиция, и санкция. Но в писаном или позитивном праве, как продукте правотворчества, по сугубо практическим соображениям (стремление к лаконичности текстов в силу роста их объёмов, потребность в быстром поиске нужной юридической информации, нужда в сопряжении прежде дифференцированных материальных и процессуальных норм) произведено разъединение единого по своей природе права на отрасли с попутным сокращением некоторых логичных частей в каждой отрасли с расчётом на извлечение нужной информации из другой отрасли. Как славно сказано Ю.С. Жидинским: «без диспозиции (единая полновесная – *А.Б.*) норма (любой отрасли современного права – *А.Б.*) немислима, без гипотезы – бессмысленна, без санкции – бессильна». Как славно, что единство всего правового массива любой страны обнаруживается именно с помощью системного метода, в том числе при попытках обосновать либо опровергнуть самостоятельность отдельных отраслей.

Защита «права на жизнь» для уголовного права, однако, должна иметь продолжение – в плане целесообразности системных наблюдений и манипуляций над ним. К таковым операциям относятся вопросы бланкетности, отраслевого либо междисциплинарного толкования, функций уголовного права, направления

¹ Система советского права и перспективы её развития // Сов. государство и право. 1982. № 6. – С. 105 (*А.А. Пушкин*).

² *Ильин И.А.* О сопротивлении злу насилиям // Путь к очевидности. – М., 1994. – С. 24.

обменных операций (основное и вторичное), конкуренции и т.д. В качестве образца сошлёмся на статью И.В. Шишко, в которой по частному поводу (всего лишь одна «компилятивная» глава 22 УК) нарисована целая программа системного разговора¹. В частности, она утверждает, что: а) «нормы гл. 22 УК... все относятся к числу бланкетных», а в уголовно-правовой науке, тем не менее, преобладает «сугубо отраслевое толкование встречающихся в них терминов» (с. 171), именуемое ею поэтому «*уголовно-правовым сепаратизмом*» (с. 172); б) нормы именно главы 22 «соприкасаются» с множеством отраслей права, самостоятельность части которых не общепризнанна (с. 172); в) «ключ к решению проблемы соотношения... следует искать в учении о функциях уголовного права, из которых непосредственное отношение к проблеме имеют охранительная и регулятивная» (с. 172); г) во взаимодействии с предписаниями созидательных отраслей права «информационное и ценностно-ориентационное воздействие уголовного права вторичны» (с. 173); д) «современному периоду присуще *чёткое обозначение функционального назначения того или иного закона*», а в УК РФ 1996 г. «определены только две задачи – охрана прав и свобод, собственности, других объектов и предупреждение преступлений» (с. 173); е) «*круг преступных деяний в сфере экономической деятельности... обусловлен нормами иных отраслей, регулирующих позитивные общественные отношения в этой области*» (с. 173); ж) при юридическом обслуживании экономических преступлений «речь идёт не о выборе одной из (сугубо отраслевых – А.Б.) норм, а комплексном применении нескольких» (с. 174); з) из предусмотренных главой 22 УК РФ «каждое преступление – это одновременно и иноотраслевой деликт, влекущий «свои» правовые последствия (включая меры ответственности), которые применяются «наряду» с уголовно-правовыми» (с. 174); и) «межотраслевая конкуренция норм УК возникает только с деликтными нормами других отраслей, если законодательно закреплена их «несовместимость» (с. 174).

Представленные положения говорят об одном: системный обзор и идентификация уголовного права предполагает, среди прочего, обсуждение характера взаимодействия нашей отрасли с другими и её местоположение в общем нормативном массиве страны. Кстати, в одной из заметных работ по теории права последнего времени специально отмечается, что «специфическим признаком (любой – А.Б.) отрасли права является то обстоятельство, что данная группа правовых норм способна взаимодействовать с другими отраслями права как элементами данной системы»². Тем самым заявлен ещё один, *четвёртый* по нашей классификации и порядку рассмотрения, критерий самостоятельности и идентификации отрасли. Для

¹ Шишко И.В. О характере взаимодействия «экономических» норм УК и норм регулятивных отраслей права // Пять лет действия УК РФ: итоги и перспективы. Материалы II Международной научно-практической конференции, состоявшейся на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова 30-31 мая 2002 г. – М.: «ЛексЭст», 2003. – С. 171-174.

² Общая теория права: Курс лекций / Под общей редакцией профессора В.К. Бабаева. – Нижний Новгород: НГ ВШ МВД РФ, 1993. – С. 342-343 (Н.Н. Волленко).

уголовного права данное требование весьма кстати, ибо показательно и выигрывает, а также укладывается в нашу концепцию системно-структурной характеристики отрасли. Вот его-то мы и рассмотрим в следующем параграфе настоящей главы.

§ 2. Место уголовного права в национальной юриспруденции

Исследований и высказываний по поводу места уголовного права в российской правовой системе и его связи (соотношении) с другими отраслями много, и вся трудность будет заключаться не в поиске доказательств приведённого тезиса, а в отборе наиболее ярких, лучше с большим давностным сроком пользования, научных суждений. Приведём их и выделим в них после этого, так сказать, «сухой остаток».

1. У А. Фейербаха «уголовное право... есть часть «всеобщего публичного права» и отличается от государственного права, как сопряжённой (coordinate) ему части всеобщего права, поскольку государственное право означает право, основанное на государственном установлении (constitution)»¹. Но уголовное право покоится, и во времена А. Фейербаха тоже базировалось, на государственных правилах; отсюда ценное в цитате то, что европейский авторитет и в определённой степени родоначальник отрасли видит в уголовном праве близость с государственным по признаку общих публичных основ. Наш П. Соколов назначение уголовно-правовых норм видел «в охране всех остальных законов», то есть относил их к разряду норм сугубо охранительных, подчёркивая тем самым неразрывную связь различных отраслей российского законодательства: «под уголовными (законами) разумеются такие, кои имеют предметом рассматривание преступлений поданных против законов гражданских и наказания за сии преступления»². Эти мысли в свое время были использованы комиссией М.М. Сперанского для структурирования Свода законов Российской империи. Здесь главное в том, что *уголовное право имеет публичный стержень и охранительное (обеспечительное) предназначение*.

2. По Белингу, обстоятельства, исключаяющие преступность деяния, определяются с помощью норм всех отраслей права – гражданского, государственного, административного, уголовного и пр.³ Сходные мысли высказывали и отечественные криминалисты той эпохи: Л.Е. Владимиров – «уголовные кодексы не вычисляют всех легальных оправданий, так как они разбросаны во всем законодательстве, – уголовные кодексы указывают только на те из них, которые не могут найти места в другой части

¹ Уголовное право. Сочинения доктора *Павла Ансельма Фейербаха* (в 3-х книгах). – СПб., 1810-1827. Книга I. – С. 1-2.

² Систематическое руководство к познанию российского законодательства, собранное трудами *Павла Соколова*. Часть 1. – М., 1819. – С. 3.

³ *Привожу по: Ляс Н.В.* Проблемы вины и уголовной ответственности в современных буржуазных теориях. – Л.: ЛГУ, 1977. – С. 21.

законодательства»¹; Э.Я. Немировский – «изъятие из противоправности может устанавливаться не только в уголовном кодексе, но и в других областях законодательства»². Конечно, эти мысли современный юрист, настроенный на бдительную защиту отраслевых рубежей, в большинстве случаев не поддержит; для него определение любых правовых последствий общественно опасных деяний – как положительных для субъекта, так и отрицательных, – выглядит исключительной прерогативой уголовного права. Но есть и приемлемые компромиссные истины. Они в том, что фактические жизненные происшествия не всегда поддаются юридической систематике, придуманной учёными и закреплённой в законодательстве; что межвание отраслей – самое трудное и постоянное дело юристов; что соперничество по предмету и давление соседних отраслей благотворно сказывается на развитии уголовного права и его гомеостазисном укреплении. Квинтэссенция: *в одиночку своих задач уголовное право не решит.*

3. В.И. Каминская – «исходя из подчинённой роли уголовно-процессуального законодательства по отношению к уголовному, представляется, что логика законодательства не допускает такого положения, чтобы при употреблении в уголовно-процессуальном законе уголовно-правового понятия ему придавалось иное значение по сравнению с уголовным законом либо же чтобы в процессуальном законе конструировались или просто употреблялись какие-либо уголовно-правовые понятия, отсутствующие в самом уголовном законе»³. Мораль: пользуйтесь чужим отраслевым материалом, но в том значении, которое в них вложено в «чужой» отрасли права! Специалисты из некогда могучего юридического вуза великой страны говорят – многие понятия и институты уголовного права основываются на нормах других отраслей права, но это не вызывает сомнения в их отраслевой принадлежности, когда речь идет об уголовной ответственности⁴. Вытяжка из этого суждения такова: взаимовлияние и взаимопомощь отраслей – норма. Для уголовного же права, выходящего на вахту последним и выполняющего, помимо прочего, обеспечительные обязанности перед так называемыми созидательными отраслями юриспруденции, подобные зависимости имеют без преувеличения жизненный характер. Без их предварительных (и по времени, и по технологии управления обществом) установлений уголовные запреты во многом бессмысленны. Но: дружба – дружбой, а табачок – врозь. Спасибо за помощь, однако в кардинальных для отрасли вопросах мы будем суверенными правителями! Выводное заключение: *пользуйся чужой помощью, но с умом!*

4. Неожиданное суждение, больше похожее на предположение, выдвинул полвека назад чехословацкий криминалист: законодатель потому вводит в отдельные составы преступлений

¹ *Владимиров Л.Е.* Учебник русского уголовного права. Общая часть. – Харьков, 1899. – С. 63.

² *Немировский Э.Я.* Основы начала уголовного права. – Одесса, 1916. – С. 421.

³ *Каминская В.И.* Взаимоотношение уголовного и уголовно-процессуального права // Вопросы борьбы с преступностью, вып. 22. – М.: Юрид. литература, 1975. – С. 99.

⁴ Уголовное право. Часть Общая. – Волгоград: ВСШ МВД СССР, 1973. – С. 69.

указание на противоправность, чтобы предписать правоприменителям проверять правомерность совершённого деяния на основании других отраслей права¹. Группа специалистов Дальневосточного университета, обсуждая допустимость признания субъектами преступлений юридических лиц, даёт отрицательное заключение, но попутно высказывает любопытные доводы: «Мы считаем, во-первых, что для ответственности юридического лица достаточно довольно эффективных норм и санкций гражданского (и административного) законодательства. «Разбавление» же уголовного права нормами других отраслей (гражданского, административного и др.), «растаскивание» его по частям, может привести к ликвидации уголовного права как самостоятельной отрасли права и законодательства, как науки и учебной дисциплины, превратить его в свод норм различных правовых дисциплин, труднодоступных для применения в борьбе с преступностью. Мы, во-вторых, исходим из того, что такой подход не только не повысит эффективность уголовно-правовых норм, а, напротив, серьёзно снизит социальную ценность, действенность и эффективность гражданско-правовых норм в условиях становления рыночных отношений в российском обществе»². Если следовать этой логике, надо убрать из УК главу о преступлениях против собственности, поскольку последняя представляет центральный институт гражданского права, которое его и разрабатывает, хотя и не настолько эффективно, чтобы частные лица и корпорации блюли святость и неприкосновенность чужого имущества. Итог: *уголовное право не может не ориентироваться на бланкетные установления, но в кардинальных вопросах решения принимаются с опорой на нормы уголовного закона.*

5. Проф. А.Э. Жалинский произносит здравицу в честь сотрудничества двух основных отраслей российской системы права («по природе права и в силу идеальных помыслов законодателя... взаимодействие уголовного и гражданского права позитивно влияет на состояние правовой системы и экономики, которую эта система регулирует»), но затем сетует, что на практике «нормы уголовного и гражданского права либо противоречат друг другу, либо не обеспечивают регулятивными нормами применение необходимой ответственности, либо... нормы уголовного права ограничивают действие гражданско-правовых норм»³. Комментарировать здесь нечего по причине представления учёным былинной правды. Но вот что любопытно: некоторые цивилисты занялись проблемой своих отраслевых запретов⁴, а из стана уголовного

¹ Шуберт Л. Об общественной опасности деяния. – М.: Госюриздат, 1960. – С. 97.

² Михеев Р.И., Корчагин А.Г., Шевченко А.С. Уголовная ответственность юридических лиц: за и против. – Владивосток: Изд-во ДВГУ, 1999. – С. 13.

³ Жалинский А.Э. О соотношении уголовного и гражданского права в сфере экономики // Государство и право. 1999. № 12. – С. 47.

⁴ См., например: Слесарев В.Л. Понятие и значение запретов в гражданском праве // Актуальные вопросы правоведения на современном этапе. – Томск, 1986; его же. Юридические запреты и противоправность по советскому гражданскому праву // Вопросы теории и практики гражданско-правового регулирования. – Томск, 1987. – С. 115-118.

права никто и не возражает, не заявляет претензий по поводу нарушения «авторского права», то есть монополии криминалистов на употребление этой разновидности правового метода. Виднейший специалист нашей отрасли как бы говорит в назидание: *плохие контакты имеет уголовное право с гражданским, и их надо прочистить.*

Если обобщить все эти, избранные суждения до максимума, то сводная мысль будет звучать так: **всё в праве – относительно; у отдельных отраслей нет и не может быть абсолютной автономности; напротив, все они, включая уголовное, запрограммированы на контакты с другими юридическими анклавами, реализуя через них и с их помощью своё социальное (управленческое) предназначение.**

Приведём в подтверждение данного генерального тезиса ещё несколько доктринальных высказываний и позиций. П.Б. Евграфов затрагивал в ходе дискуссии 1982 года проблему отраслевой аренды или лизинга норм другой дисциплинарной принадлежности и утверждал в итоге, что при субсидиарном применении юридических предписаний они включаются в правовой режим «приёмной» отрасли и подчиняются её правилам, а не правилам той отрасли, которой они генетически принадлежат¹. Проф. С.Ф. Милюков свою небольшую статью (выступление на международной конференции) начинает безапелляционно: «деление права на отрасли достаточно условно. Право в целом выступает как единый (социальный – А.Б.) институт, своего рода способ навязывания своей воли одной (как правило, меньшей) части общества другой»². Технологи законодательного текста утверждают, что «между отраслями нет и не может быть неодолимой пропасти. Грани между ними в реальной жизни подвижны из-за взаимного переплетения и подвижности самих общественных отношений, подвергаемых правовой регуляции»³. По размышлению С.Ф. Кечекьяна, «действительное применение принуждения составляет лишь необходимое следствие нарушения норм права, но не является атрибутом самой нормы. Что же касается *возможности* принуждения, то она стоит за каждой нормой социалистического права»⁴. Получается, что уголовное право входит в систему национальной юриспруденции на правах «отложенной угрозы»; оно – важный мотивационный знак, потенциально-принудительная добавка к мягким, уполномочивающим и разрешительным правилам; отрасли приговорены су-

¹ Система советского права и перспективы её развития // Сов. государство и право. 1982. № 6. – С. 87 (П.Б. Евграфов).

² Милюков С.Ф. Административное и уголовное законодательство: рядом или вместе? // Соотношение преступлений и иных правонарушений: современные проблемы: материалы IV Междунар. науч.-практ. конф., посвящ. 250-летию образования Моск. гос. ун-та им. М.В. Ломоносова и состоявшейся на юрид. фак. МГУ им. М.В. Ломоносова 27-28 мая 2004 г. – М.: ЛексЭст, 2005. – С. 376.

³ Законодательная техника / Под ред. проф. Д.А. Керимова. – Л.: Изд-во ЛГУ, 19965. – С. 103.

⁴ Кечекьян С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. – М.: АН СССР, 1958. – С. 66-67.

ществовать с опорой на соседей; рафинированного обособления не получится¹.

Итак, юридические отрасли не автономны, а взаимосвязаны друг с другом. Означает ли это, что все они равнозначны по своему весу, не имеют рассогласований, а если имеют, то разрешают их без сравнения различной юридической силы отраслей, без их ранжирования на более важные (первостепенные) и вторичные отрасли, с помощью только внешнего арбитра (Конституция, международные стандарты, нравственность или религия и проч.)? Нет сомнения, что ответ должен быть отрицательным. «Бог и пальцы не уравниал». Если какие-то обстоятельства, объекты, ценности или правила постоянно конкурируют друг с другом, общая гармония немыслима без разбивки «соперников» на различные весовые категории. Если же эта (общая, первая) логическая операция производится, за нею немедленно выстраивается вторая проблема или задача: объявление одних правил либо целых отраслей первичными, а других – вторичными, подчинёнными.

У В.Г. Беляева читаем, что «уголовная ответственность – институт и категория материального права и по своему происхождению, и по характеру своих последствий. В этом смысле уголовная ответственность самодостаточна – её материально-правовое содержание исчерпывается материально-правовыми компонентами. Процессуальная деятельность дознания, следствия, суда и других учреждений правосудия (лишь – А.Б.) технологически создаёт внешние условия для реализации уголовной ответственности конкретных лиц, но содержательным, материально-правовым, элементом самой уголовной, материально-правовой, ответственности не выступает»². Данная цитата не только подтверждает давно известную всем истину о тесном взаимодействии материального и процедурного права, но и направляет нас к разговору об уточнении места уголовного права в национальной юридической системе – с учётом его особых взаимоотношений с родственными отраслями, минимум с уголовно-процессуальным и уголовно-исполнительным.

Обычно уголовному праву отводят двойственную позицию: оно одновременно зависимо от созидательных отраслей и выполняет координаторские функции для прочих криминальных отраслей. Первая позиция традиционно не оспаривается, и что примечательно, даже представителями уголовно-правовой науки. Статус же материнской отрасли приходится завоёвывать в дискуссиях с процессуалистами, для убедительности ища доводы у представителей тех юридических дисциплин, которых невозможно заподозрить в

¹ На этом фоне явным диссонансом выглядят призывы к стерильности дисциплинарных перегородок внутри правовой системы. Так, А.Б. Сахаров писал, что «замена... уголовной ответственности за преступление административной или иной ответственностью является юридическим нонсенсом, противоречит делению права на различные отрасли, размывает границы между различными по своей социальной сущности деликтами и формами государственной реакции на них». – Перспективы развития советского уголовного права // Сов. государство и право. 1983. № 7. – С. 82.

² Беляев В.Г. Применение уголовного закона, С. 62-63.

пристрастии и потому дать отвод их аргументации. Предоставим слово конституционалисту – профессору Ростовского университета В.А. Ржевскому. Деление права на отрасли, считает он, «зависит от «внешней» и «внутренней» систематизации общественных отношений, выступающих в качестве оснований всех процессов дифференциации и интеграции в праве». Отсюда следует, что вес или место каждой юридической отрасли в системе правового регулирования зависит от «внутренней упорядоченности, организованности и целенаправленности общественных отношений, последовательности их расположения в процессе функционирования механизма организации общества»¹. Нет сомнения, что при наладке государственного управления обществом вначале монтируются положительные требования к населению и тем они приобретают особый вес; затем власть определяется с понятием и видами преступлений и наказаний (предмет уголовного права); наконец, приходит черёд регламентации судопроизводственных процедур и пенитенциарных режимов. Если помнить об этой технологической последовательности, заказанной самой жизнью, любой беспристрастный исследователь заключит, что режиссёрская палочка для организации борьбы с преступностью должна быть отдана именно уголовному, а не уголовно-процессуальному либо уголовно-исполнительному праву.

Как водится, представители материального права декларируют свой особый статус (приоритет) в среде криминальных отраслей, процессуалисты – ропщут², а знатоки пенитенциарного дела большей частью молчат, возможно, по причине совсем недавнего отпочкования от материнской груди (уголовного права) в 1969 и 1983 годах. Посему нужны независимые арбитражные мнения независимых экспертов, не ангажированных принадлежностью к блоку криминальных отраслей права. Пожалуйста: а) в президентском распоряжении Б.Н. Ельцина от 19. 10. 1992 года, сопровождавшем проект Уголовного кодекса в Верховный Совет России, были и такие строки: «Действующий Уголовный кодекс РСФСР, закрепляя идеологию старой системы, создаёт серьёзные препятствия на пути демократических преобразований и формирования рыночных отношений в России. Дальнейшая бессистемная работа по его «модификации» может привести к опасным перекосам в уголовно-правовой политике. Принятие нового Уголовного кодекса является *важнейшим* (курсив наш – А.Б.) элементом судебной реформы и *неизменным условием* (курсив наш – А.Б.) для разработки уголовно-исполнительного и уголовно-процессуального ко-

¹ Система советского права и перспективы её развития // Сов. государство и право. 1982. № 8. – С. 51, 52 (В.А. Ржевский).

² Классический образец: «следует установить самостоятельность уголовно-процессуального права по отношению к уголовному праву... Уголовно-процессуальное право есть отдельная от уголовного права отрасль права, не часть уголовного права, не форма уголовного права и не производное от уголовного права... Следует решительно отвергнуть много раз повторяющуюся ошибочную точку зрения, согласно которой отношение уголовно-процессуального права и уголовного права есть отношение формы и содержания». – *Строгович М.С.* Уголовно-процессуальное право в системе советского права // Сов. государство и право. 1957. № 4. – С. 103, 104.

дексов, Закона о судоустройстве и ряда других законов»¹; б) проф. С.С. Алексеев – «подчеркнём ещё раз: процессуальные отрасли занимают в системе советского права самостоятельное место. Но так как «процесс есть форма жизни закона», по своим главным функциям отрасли процессуального права занимают зависимое и подчинённое положение по сравнению с отраслями «материального права»²; в) другие представители общей юриспруденции находят, что «процессуальные отрасли права являются известной «надстройкой», «формой» материальных отраслей права, точнее, формой применения норм материального права (уголовного, гражданского и других отраслей права)»³; г) опять же теоретики права полагают, что исторически процессуальное право обязано своим возникновением материальному праву (уголовному, гражданскому, административному и т.д.)⁴; д) И.В. Мухачев свой ранжир отраслей строит на очень простом, но и сильном фундаменте – «в большинстве случаев материальные нормы предшествуют процессуальным, в силу чего последние занимают по отношению к ним подчинённое положение»⁵; е) в постановлении Президиума Верховного Суда РФ от 13 октября 2004 г., № 313п2004 прямо употреблён следующий словооборот: «вследствие приоритета (курсив наш – А.Б.) норм материального закона над процессуальным»⁶.

Ещё убедительнее выглядит та информация, что сами процессуалисты видят содержание уголовного процесса в «деятельности компетентных органов по реализации *уголовно-правовых отношений* (курсив наш – А.Б.)»⁷, а под уголовно-процессуальной политикой понимают «основные направления правотворческой деятельности государства и правоприменительной деятельности компетентных органов по борьбе с преступностью путем реализации *уголовного закона* (курсив наш – А.Б.) при строжайшем соблюдении социалистической законности, а также путём выявления и устранения причин и условий, способствующих совершению преступлений»⁸.

«Материальные нормы, – пишут В.М. Горшенёв и П.Е. Недбайло, – имеют своим главным назначением регулирование социальных связей с точки зрения их содержания; процессуальные –

¹ Цит. по: Кузнецова Н.Ф. Наука российского уголовного права и законотворчество // История развития уголовного права и её значение для современности: Материалы V Международной научно-практической конференции в МГУ. – М.: «ЛексЭст», 2006. – С. 260-281.

² Алексеев С.С. Общие теоретические проблемы системы советского права. – М.: Госюриздат, 1961. – С. 140.

³ Законодательная техника, С. 113.

⁴ См.: Общая теория государства и права. Академический курс в трёх томах. Том 2. – М., 2001. – С. 334-335.

⁵ Цит. соч., С. 69.

⁶ Материал взят из СПС «Гарант», а в разъяснении к компьютерной информации сказано, что документ (постановление) не был опубликован.

⁷ Даев В.Г. Взаимосвязь уголовного права и процесса. – Л.: ЛГУ, 1982. – С. 12.

⁸ Алексеев Н.С., Даев В.Г. Уголовно-процессуальная политика Советского государства на современном этапе // Правоведение. 1977. № 5. – С. 98.

предназначены обеспечивать реализацию материально-правового содержания в соответствующей, наиболее рациональной форме. Отсюда следует по крайней мере три вывода... любая отрасль материального права вызывает к жизни соответствующие процессуальные нормы, поскольку для реализации его норм необходима определенная правоприменительная деятельность уполномоченных на то субъектов... Под процессуальной формой следует понимать совокупность однородных процедурных требований, предъявляемых к действиям участников процесса и направленных на достижение определенного материально-правового результата»¹.

Особо многозначительно выглядит тот факт, что многие известные процессуалисты современности откровенно пишут о производном характере, детерминационной зависимости процедурных правил от материально-правовых распоряжений государства: а) «бытие уголовного процесса обусловлено прежде всего необходимостью реализации норм уголовного права в форме их применения. (Но, к тому же, однако – А.Б.) из этого не следует, что уголовный процесс есть универсальная и единственная форма реализации норм уголовного права. Уголовный закон реализуется и вне уголовного процесса, когда граждане добровольно выполняют его предписания»²; б) уголовный процесс докторант В.Г. Даев рассматривал как «специфическую сферу государственной деятельности, порождаемой необходимостью борьбы с преступностью путём реализации требований уголовного законодательства», находил, что сами по себе процессуальные отношения складываются «в связи с необходимостью принудительной реализации норм материального права», что уголовный процесс направлен «на реализацию уголовной ответственности» и потому складывается «под воздействием материального (уголовного) права»³; в) Б.Т. Безлепкин – существование норм уголовно-процессуального права вне уголовного права лишено смысла⁴; г) «наиболее близко данная (уголовно-процессуальная – А.Б.) отрасль права примыкает к уголовному праву, поскольку она определяет порядок реализации мер воздействия, устанавливаемых за совершение преступлений». И далее К.Ф. Гуценко утверждает, что «содержание уголовно-процессуального права в значительной степени предопределяется содержанием норм уголовного права», а именно официальными и научными представлениями о составе преступления, вменяемости и т.д.⁵

Соображения справедливости требуют завершить анализ взглядов на проблему со стороны самих процессуалистов вполне очевидной истиной, что в их среде со времен М.С. Строговича⁶

¹ Юридическая процессуальная форма: теория и практика. – М.: Юрид. литература, 1976. – С. 4, 12, 13.

² *Божьев В.П.* Уголовно-процессуальные отношения. – М., 1975. – С. 119.

³ *Даев В.Г.* Взаимосвязь советского уголовного права и процесса: Автореферат дисс. докт. юрид. наук. – Л.: ЛГУ, 1983. – С. 9, 12, 13.

⁴ Советский уголовный процесс. – М., 1990. – С. 21-22.

⁵ Уголовный процесс. – М., 1996. – С. 15 (*Гуценко К.Ф.*).

⁶ *Строгович М.С.* Курс советского уголовного процесса. Том 1. – М., 1968. – С. 85-87.

превалируют сторонники признания не столько ведущей роли материального права, сколько генетической связи обоих отраслей. Пожертвовать постоянно цитируемыми взглядами А.Д. Войкова, П.А. Лупинской и других, а приведём менее известные позиции: соискатель пограничной темы акцентировал внимание не на сравнительной силе двух отраслей, а на их генетических, предметно-системных и структурных связях, в результате чего даже «противоречия между нормами УК и УПК РФ» объявлены свидетелями «взаимосвязей между ними»¹; tandem учёных из Волгограда убеждает читателей, что «материальные и процессуальные правовые отрасли, так сказать, косубстанциональны, что означает невыводимость их друг из друга», что «нет никаких оснований утверждать приоритетность одной отрасли перед другой», что часто звучащая мысль «о вторичном, производном, подчинённом значении процессуальной формы обесценивает значение процессуального права в целом, скрывает в общем-то очевидную мысль о том, что юридическая процедура, её стабильность, неизблемость значимы сами по себе»²; А.Д. Прошляков даже нашёл и привёл в монографии, как ему кажется, весьма образные и потому убеждающие более обычного слова о единстве (а не иерархии) двух обсуждаемых отраслей: «уголовное, уголовно-процессуальное и уголовно-исполнительное право – это тело, душа и воля. Тело без души мертво, душа без тела – призрак, а отсутствие воли может привести живой организм к параличу»³.

Эти суждения, явно не ангажированные близостью авторов к материальному праву и не лоббированные кем-либо из его представителей (исключено), делают постановку вопроса об особом статусе уголовного права вполне корректной. Мы знаем, что нормативный материал любой современной страны, культивирующей континентальную правовую идеологию, для быстроты и удобства пользования подразделяется на отрасли, институты и нормы. При этом отдельные, самостоятельные отрасли права могут тяготеть друг к другу, фактически образовывая национальные подсистемы права. Причина такой генетической близости кроется в единстве обслуживаемого предмета: уголовное, процессуальное и пенитенциарное право заняты борьбой с преступностью, но выполняют эту работу и своё предназначение с помощью различных методов. Материальное право устанавливает перечень преступных деяний и основания ответственности за них, а также виды и размер наказания за отдельные посягательства; процессуальное – технологию преследования за эти деяния; уголовно-исполнительное – режим отбывания наказания.

¹ *Гончаров Д.Ю.* Взаимосвязи и коллизии норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства: Автореферат дисс. канд. юрид. наук. – Екатеринбург: УрГЮА, 2004. – С. 8-10.

² *Колосович С.А., Кузнецов И.А.* О соотношении уголовно-процессуального и уголовного права (В свете современной концепции судебной реформы) // Государство и право. 1996. № 1. – С. 78, 81.

³ *Прошляков А.Д.* Взаимосвязь материального и процессуального уголовного права. – Екатеринбург: Изд-во Гуманитарного ун-та, 1997. – С. 22.

По этим причинам в отечественной юриспруденции говорят об охранительной подсистеме (комплексе охранительных отраслей) права. Профессор Н.А. Стручков, многолетний глава советской исправительно-трудовой науки, именно так очерчивал проблему, говоря о нормативном комплексе, создаваемом уголовным, уголовно-процессуальным и исправительно-трудовым правом¹, а И.В. Шаров награждал этот же, уже существующий в его глазах нормативный комплекс единством воспитательной функции². Интегрирующее начало, связующий материал для образования правовой подсистемы – межотраслевые институты. Например, наказание, предусмотренное материнской отраслью (уголовным правом), назначается судом в строгом процессуальном порядке, регламентированным УПК, и реализуется потом специальными органами государства на основе детальных узаконений, содержащихся в Уголовно-исполнительном кодексе. Таким образом, уголовное право – это самостоятельная отрасль национальной системы права, но дополнительно выполняющая роль материнского ядра в охранительной подсистеме. Никаких отраслевых и творческих «обид» такое мнение не должно влечь: никто не сомневается в исключительной важности для дела борьбы с преступностью процессуальной и пенитенциарной деятельности; нет никаких поводов говорить об интеллектуальном превосходстве материально-правовых идей и разработок; более того, материнская отрасль никогда не заработает в полную и требуемую силу без процессуального и пенитенциарного сопровождения. Приоритет уголовного права объясняется по древнеримской заповеди «кто первый во времени – тот сильнее в праве». Материальный закон содержит *технологически первичные* распоряжения для дела борьбы с преступностью – что такое преступление, каковы их списки, зачем нужны наказания и каковы их виды, дозировка наказаний за отдельные деликты. Регламенты УПК и УИК возможны *только после* этих определённости и во исполнение их; здесь не должно быть спора. А стартующая в пределах одного для всех предмета правового регулирования (преступности) отрасль «должна» (и даже «не может ни») включать в своё содержание ориентиры для последышей.

В то же время, задавая тональность предписаниям родственных отраслей, само уголовное право играет обеспечительную роль по отношению к так называемым созидательным отраслям – гражданскому, предпринимательскому, экологическому, налоговому и пр. Их регламенты положительного поведения подкрепляются уголовно-правовыми запретами. Карательное воздействие, осуществляемое на основании уголовно-правовых норм, служит до-

¹ «Система советского социалистического права складывается из различных отраслей права, образуя их комплексы. Один такой комплекс создаёт уголовное право, уголовно-процессуальное право и исправительно-трудовое право». – Стручков Н.А. Советская исправительно-трудовая политика и её роль в борьбе с преступностью. – Саратов, 1970. – С. 84.

² Шаров И.В. Воспитательная функция отраслей права, регулирующих борьбу с преступностью // Сов. государство и право. 1980. № 7. – С. 62.

полнительным стимулом законопослушания и правопорядка. Выступая гарантом действенности других отраслей, само уголовное право должно быть «настолько совершенной системой, которая могла бы обеспечить свою самореализацию, исключать сбой, бездействие...»¹.

Местоположение уголовного права в системе нормативных требований государства предопределяет и последовательность законопроектных работ, определённую зависимость (субординацию) содержания одних отраслевых предписаний от других. Наиболее целесообразной следует признать такую последовательность нормотворчества, при которой реформирование общества начинается с самых общих вопросов устройства жизни, власти, порядка – т.е. с конституционных новшеств. Затем приходит черёд созидательных отраслей, устанавливающих одобряемые варианты деяний. На случай, если нравственных сил общества и правовых стимулов законопослушного поведения не хватит, власть и диктует гражданам уголовные запреты, обеспеченные принуждением. Их действенность, в свою очередь, достигается процессуальными строгостями официального правосудия и деятельностью пенитенциарных учреждений.

Вышеприведённые зависимости (последовательность выработки и субординация в применении смежных, но разноотраслевых правил по борьбе с преступностью) не всегда соблюдаются российским законодателем, что плохо сказывается на результатах деятельности правоохранительных органов. Позволительно будет привести здесь несколько фрагментов из доклада проф. Ю.В. Голика на специализированной конференции криминалистов в МГУ²: 1) «мы должны буквально пропитаться мыслью, что без системного анализа всего блока законов в сфере борьбы с преступностью... никаких заметных успехов... не будет» (с. 101); 2) «ещё в конце 80-х годов... много говорилось о пакетном принятии названной (УК, УИК и УПК – А.Б.) группы кодексов. По разным причинам этого (сказано с сожалением – А.Б.) не получилось» (с. 102); 3) «во многих странах нет такого деления: УК и УПК, есть только один кодекс – уголовный, где расписаны и процессуальные нормы. Значит, уголовный процесс может существовать только на основе материального уголовного права, которое процессуалисты в этой связи просто обязаны знать... Но они его даже не читали! Или читали «по диагонали» (с. 103)³; 4) «(вновь принятый – А.Б.) УПК не только не способствует достижению цели борьбы с преступностью... но и по многим позициям препятствует её достижению... В то время, как преступность буквально звереет, мы без малейших

¹ Коржанский Н.И. Очерки теории уголовного права. – Волгоград: ВСШ МВД РФ, 1992. – С. 33.

² Голик Ю.В. Проблемы кодификации законодательства в сфере борьбы с преступностью // Международное и национальное уголовное законодательство: проблемы юридической техники. Материалы III Междунар. науч.-практ. конф., состоявшейся на юрид. фак. МГУ им. М.В. Ломоносова, 29-30 мая 2003 г. – М.: ЛексЭст, 2004. – С. 101-106.

³ Пафос вызван некачественным УПК РФ 2001 года и тем обстоятельством, что разработчики кодекса готовили его в определённом отрыве от положений ранее принятого материального закона.

к тому оснований... донельзя либерализуем наше процессуальное законодательство, в очередной раз изучая прогрессивное человечество» (с. 103); 5) «задача УК – бороться с преступностью, задача УИК – исполнять назначенные судом наказания. Задач же УПК нет вовсе» (с. 104-105).

Закономерный вывод: «в таком виде Уголовно-процессуальный кодекс РФ не только не способствует делу борьбы с преступностью, но по многим направлениям этому делу мешает. Работать он не будет и судьбу будет иметь незавидную: его или искромсают до неузнаваемости, или, чтобы не мучиться, примут новый» (с. 105). И далее, самое главное: «расплачиваться за (бессистемное, не учитывающее связи и субординации криминальных отраслей права – А. Б.) творчество (нашего парламента – А.Б.) приходится всему населению страны. Это факт, от которого нельзя отвернуться» (с. 105). Ю.В. Голику ассистирует А.Е. Якубов, также критически оценивший рассогласованность УК и УПК, можно сказать, намеренное игнорирование разработчиками процессуального кодекса уже работающие в обществе и приоритетные для процедурного права технологии уголовного закона. «Телегу поставили впереди лошади, – справедливо иронизирует он, – не уголовный процесс «обслуживает» уголовное право, а уголовный закон должен применяться в соответствии с положениями УПК РФ, и уголовное законодательство следует приводить в соответствие с законодательством уголовно-процессуальным»¹.

§ 3. Специфика уголовно-правовой отрасли

Проблема самостоятельности уголовного права, его места в национальной юриспруденции и его специфических взаимоотношений с родственными отраслями естественным образом связана с его **видовыми отличиями или особенностями**. Нет сомнения, что от их числа и содержания зависит способность отрасли к самосохранению при системном давлении внешней среды. Таковых особенностей мы видим несколько:

1. Уголовное право – классический образец *публичной* отрасли (ПОПа²). Оно строится на общегосударственных расчётах, должно доставлять общую пользу в большей мере, чем следовать ожиданиям и требованиям отдельного потерпевшего. Жестокость криминальных дел и ужас, поселяемый ими в душах обывателей, понуждает общество ставить коллективные интересы выше частных, руководствоваться при отыскании и наказаниях виновных кооперативными, а не эгоистическими началами. Предыдущие века человеческой истории показали закономерность и неизбежность ставки на публичные расчёты взамен прежней практики удовлетворения индивидуальных притязаний жертв; пришло вре-

¹ Якубов А.Е. Опыт не для подражания // Международное и национальное уголовное законодательство: проблемы юридической техники, С. 192.

² Здесь и ниже последние буквы в аббревиатуре означают «отрасль права», а первая – название специфической черты отрасли (Автор).

мя, когда «права общественного мстителя вполне и окончательно переходят к представителю государства»¹, а он обязан по своему положению блюсти именно публичный интерес.

Когда-то Фукидид сказал, что «государство есть общество, где все перестают быть вынужденными носить оружие для самообороны, где общественное спокойствие гарантируется общиной, – общество, члены которого безопасно могут заниматься своими собственными делами». Таковую возможность людям когда-то впервые предоставила и предоставляет поныне выделившаяся из родоплеменной организации публичная администрация. Её конёк или путеводительное начало – именно общественное благо или коммунальный интерес, отражённые в праве. Но всегда ли «публичная» сумма важнее слагаемых (индивидуальных притязаний)?

Древние римляне, первыми предложившие деление права на частное и публичное, задали себе и потомкам тяжёлую задачу; с тех пор мы и решаем, а так ли уж важен этот цивилизационный водораздел? нужно ли упиваться различием или выгоднее опираться на союз публичного и частного начал? Юридические решения, построенные на абсолютизации одной из конкурирующих ценностей, часто давали сбой. В том же Древнем Риме, например, прошла испытание попытка отказа от публичной инициативы в преследовании правонарушителей. Согласно введённому в действие принципу *accusatio* правоохранительным органам (магистратам и судам) запрещалось самостоятельно возбуждать уголовное преследование. Нужно было ждать инициативы обиженного частника, его заявления в правоохранительные инстанции. Этот материально-процессуальный феномен ушедшей эпохи специально исследован в статье известного романиста проф. И.А. Покровского. Он объяснял появление и функционирование принципа *accusatio* практическими соображениями: а) если никто из общественной среды не ропщет на конкретный эксцесс, значит общее законоположение (о юридической ответственности за подобные деликты) не жизненно; б) такой судоустройственный и процессуальный принцип придаёт особое величие юридическим порядкам; в) благодаря переложению обвинительной нагрузки на частника магистраты и весь госаппарат освобождаются от части обычных (никчёмных) хлопот и переключаются на другие (более важные) дела².

Мы бы предложили от себя ещё одно объяснение столь смелому рецепту апеннинской юриспруденции: добровольная прокуратура стала возможной в те времена и потому, что свободные римляне были окружены враждебными для них силами – рабами и второсортными (в правовом отношении) жителями покорённых провинций. Отсюда, хочешь – не хочешь, но каждому нужно проявлять бдительность и совокупную общественную нетерпимость к лю-

¹ Таганцев Н.С. Лекции по русскому уголовному праву. Часть Общая. – СПб., 1890. Вып. 3. – С. 1089.

² Покровский И.А. Частная защита общественных интересов в Древнем Риме // Древнее право. 1999. № 2 (5). – С. 190-200.

бым нарушениям рабовладельческих порядков, отсюда *accusatio*. Частно-правовой опыт со временем закончился с отрицательным результатом: большинство преступлений и административных деликтов оставались нераскрытыми; в римском обществе образовались целые компании, желающие обвинять кого угодно, в чём угодно и во что бы то ни стало (доносчикам-денунциантам ведь полагалось солидное вознаграждение). Латиняне хотели как лучше, но получилось по фольклорному завету В.С. Черномырдина. Казавшаяся верной в силу своей прагматичности ставка на частный интерес в исконно публичном деле потерпела крах. Это была закономерность или шалость Его Величество Случая? Мир спасёт публичное или частное право – поодиночке или в союзе?

В юридической науке нашей страны и в переводных публикациях постоянно отмечалась сложность затеянного римлянами деления. «Мы думаем и твёрдо уверены, – писал ещё в середине XIX века К. Кавелин, – что сопоставление и противоположение публичного и приватного, государственного и частного, не может и не должно служить основанием для разграничения прав и юридических отношений публичных от гражданских, потому что нет такого юридического явления, которое бы не имело, в одно и то же время, и публичного, и приватного характера»¹. Именно в альтернативе определял обсуждаемую пару Н.А. Гредескул, называя деление права на публичное и частное «одним из тех контроверзных вопросов, по поводу которых юристы делятся на разные лагеря. Одни говорят одно, другие – другое, и какого-либо господствующего решения не получается. Это – один из самых крупных контроверз в области юриспруденции»². Его поддержал через 6 лет другой авторитет: «во всех странах и у всех народов законы (а за сим и право вообще) разделяются и разделялись на две большие области, на законы публичного права и на законы частного, гражданского права. Необходимость и возможность разделения права на эти две области чувствуется всеми, причём понятия частного и публичного права представляются нам как нечто ясное и простое, на вопрос же о том, в чём именно заключается эта разница и на чём именно она основана, в науке права до сих пор ещё не выработалась общепризнанного и удовлетворительного ответа»³.

Непререкаемый знаток публичных порядков, общепризнанный профессионал европейского масштаба в толковании данного феномена определял публичное право так: это «*право, которое путём создания институтов и путём корпоративной персонификации политической организации упорядочивает область публичных отношений в целях свободы и справедливости*»⁴. Публичное право М. Наутио оправдывает или даже рекламирует следующим образом: «ни фикции публичной жизни, ни избирательная ложь,

¹ Кавелин К. Что есть гражданское право и где его пределы? – СПб, 1864. – С. 132.

² Гредескул Н.А. Общая теория права. – СПб., 1909. – С. 302.

³ Герваген Л.Л. На чём основано разделение права на публичное и частное, гражданское? – Пг., 1915. – С. 5.

⁴ Оруу М. Основы публичного права. – М.: Изд-во Коммунистической академии, 1929. – С. 23 (в оригинале выделенный нами курсивом текст напечатан с разрядкой – А.Б.).

ни даже грязные дела, обделываемые под предлогом общего интереса, – ничто не разочаровывает народного инстинкта, который видит лишь, что публичная жизнь и те силы, которые в ней могут действовать, оставляют открытой дверь для надежды, и что через эту полуоткрытую дверь виднеется лучшее существование и свобода». И далее: «добавим, что для тех лиц, которые являются в частной жизни подчинёнными, публичная жизнь даёт компенсацию свободы и независимости». Именно публичность власти позволяет «держаться презумпции, что каждый закон согласен с правом и что он, пока не доказано противное, должен быть обязательным для всех граждан»¹.

Обстоятельной специализированной статьёй откликнулась на обсуждаемую проблему проф. М. Карева², и начинается она своё исследование с истоков, со Свода Юстиниана, в котором деление права на публичное и частное, оказывается, было всего лишь «попыткой проникнуть в сущность права вообще, дать теоретический анализ понятия права, но отнюдь не клалось в основу действующей системы римского права, как принцип его разделения» (с. 18). В действительности «классическая формула о частном и публичном праве в Институциях начинается с указания, что учение о праве (а не действующее право) делится на публичное и частное... Речь здесь идёт, следовательно, не о противопоставлении *jus civile* в качестве частного права какому-то стоящему вне его праву, а об указании на наличие в *jus civile*, как едином целом, двух частей, или, точнее двух начал» (с. 18-19).

Наследники юридических сокровищ Рима вспоминали о знаменитом дуализме выборочно, по нужде: «в эпоху феодализма это деление не имеет места. Основным делением здесь выступает деление права на области канонического и светского права» (с. 19). И «лишь с XVIII века, отправляясь от идей, провозглашённых школой естественного права, буржуазная юриспруденция хватается за положение римских юристов о публичном и частном праве и вкладывает в него новый смысл, видя в нём формулу, которая помогает в области юриспруденции провести идеи просветительской философии... говоря языком Маркса, разложение феодального общества до его основания – эгоистического человека – проведённое буржуазной революцией, оставило неизгладимый след в сознании общества. Революция совершалась официально во имя прав человека, человеческой личности. Юридическое мировоззрение буржуазии, в противовес теологическому мировоззрению, господствовавшему до того, нашло своё выражение в том, что в качестве цели и основного содержания революции были выставлены права индивидуума» (с. 20).

Таким образом, по М. Каревой, «материальная база, обусловившая эту философию и её частное применение в области юриспруденции в виде утверждения о делении права на частное и публичное... – это экономические условия поднимающегося к вла-

¹ *цит соч.*, С. 385, 753.

² *Карев М.* К вопросу о делении права на публичное и частное // Сов. государство и право. 1939. № 4. – С. 14-27.

сти нового класса, буржуазии» (с. 20). Однако со временем «проблема деления права на публичное и частное начинает интерпретироваться как чисто юридическая проблема» (с. 20); «пытаясь научно обосновать систему права, буржуазные юристы смешали воедино... вопрос о сущности права с вопросом о системе права» (с. 21); «проблема деления права на публичное и частное – это не проблема системы и классификации действующего права, а проблема сущности права как сложного социального явления» (с. 21). Закономерен итоговый приговор, с которым солидаризуемся и мы: «смысл... дуалистического деления права на публичное и частное (заключается – А.Б.) лишь в... противопоставлении сфер публичного и частного интереса» (с. 27).

Примерно о том же, взвешенно рассуждает о содержании публичного интереса, не поддаётся общим нигилистическим настроениям К.Ю. Тотьев¹. Во-первых, стоящий за публичный отраслями права коммунальный интерес означает, что «его субъектом (носителем) выступает общество как организованное целое» (с. 22). Во-вторых, «почти всегда законодатель связывает общественные интересы с государственными...». Но «государственные интересы не следует противопоставлять общественным и наоборот» (с. 23). В-третьих, «категория «публичные интересы» охватывает как общественные, так и государственные потребности» (с. 24). В-четвёртых, «государственный аппарат выступает не носителем, а представителем (агентом) публичного интереса» (с. 24). Наконец, в-пятых, «публичный (общий) интерес следует определять как жизненно необходимое состояние больших социальных групп (включая общество в целом), обязанность по реализации... которого лежит на государстве» (с. 25).

Прицелимся к свойствам публичных отраслей права в современном изложении, которые, оказывается а) ориентируются на удовлетворение публичных интересов, б) предполагают одностороннее волеизъявление субъектов права, в) характеризуются широкой сферой усмотрения правоприменителей, г) ставят на иерархические отношения субъектов и соответствующую субординацию правовых актов и норм, д) содержат в своём составе по преимуществу директивно-обязательные нормы, е) оказывают нормативно-ориентирующее воздействие и ж) культивируют прямое применение санкций² – и согласимся, что все они характерны для уголовного права. Разгосударствление казённых предприятий и передача их в частные руки, заслуженные проклятия советскому тоталитаризму, переход к рыночному укладу хозяйствования в 90-е годы прошлого века, сопровождалось, как это всегда бывает в российской жизни и отлагается в ничему не обучающей нас истории, «психологией маятника», т.е. разнузданными нападками на публичный интерес и отрасли права, преимущественно его выражающие. Экономическая диспозиция, а вслед за ней и классовая

¹ *Тотьев К.Ю.* Публичный интерес в правовой доктрине и законодательстве // Государство и право. 2002. № 9. – С. 19-25.

² *Общая теория государства и права. Академический курс: Учебник для вузов / Под ред. М.Н. Марченко. Том 2. – М., 1998. – С. 258.*

структура общества поменялись, в результате чего реальные выгодоприобретатели (они же – дирижёры общественного мнения и социальные командиры, то есть знать) приказали возродить сильно обруганную вертикаль власти, до того принадлежавшую проигравшей элите, уравновесить публичные и частные начала в государственном управлении. Как следствие, возрождается научный интерес к (преимущественно) публичным отраслям юриспруденции¹.

2. Уголовное право имеет *карательный*, а не *восстановительный* характер (КОПа). Возмездие за преступление не сводится к удовлетворению пострадавшего, не тождественно частной пользе, не должно (да в большинстве случаев и не в состоянии) ограничиваться восстановлением нарушенного преступлением экономического, нравственного, правового равновесия. Его назначение глубже: покарать злодея; подтвердить всем жизненность тезиса об обязательности запретов и вседействии права; повлиять на причины и условия, способствовавшие совершению преступления; поощрить законопослушание; попытаться ресоциализировать преступника; предупредить новые посяательства. Как дико и смешно в глазах окружающих выглядела бы практика освобождения от уголовной ответственности вора, вернувшего по его задержанию похищенное, или беглого преступника, посеявшего панику в колонии и побившего стражу, но после ареста беспоследственно вернувшегося на нарты! Лишь в редчайших случаях и при особых обстоятельствах вопрос уголовного преследования ставится в зависимости от мнения пострадавшего (дела так называемого частного обвинения, примирение с потерпевшим).

Данная специфика имеет и другие аспекты: карательность отрасли означает, что в уголовном праве «не пряники раздают», а наказывают, т.е. ограничивают в правах и понуждают к новым обязанностям и ограничениям. Кара или принуждение в современном измерении предполагает к тому же государственную монополию на возмездие, заменившую частную (инстинктивную) месть: «обретя государственное сознание, человек пришёл к познанию насилия как возможного осуществления власти..., т.е. государство притязает на монополию легитимного применения насилия; применение насилия, которое было рассеяно (прежде, в первобытном обществе – А.Б.), теперь сконцентрировано... Государство есть власть, которая существует посредством угрозы применить насилие или выносит своё решение, осуществляя его»².

3. Уголовно-правовые нормы имеют *зеркальный вид*, построены от противного, являют изнанку права, выражены не в том, что

¹ См., например: Введение в публичное право / Под ред. Г.Н. Комковой. – Саратов, 1998; Публичное право: проблемы современного развития: Сборник статей / Под ред. Ю.Н. Старилова. – Воронеж, 1995; *Тихомиров Ю.А.* Публичное право. – М., 1995; *его же.* Публичное право: падения и взлёты // Государство и право. 1996. № 1; *Маштаков К.М.* Теоретические аспекты разграничения публичного и частного права: Монография. – Ростов н/Д: РЮИ МВД России, 2004. – 196 с.; и др.

² *Ясперс К.* Духовная ситуация времени // Смысл и назначение истории. – М., 1994. – С. 339-340.

делать, а чего делать запрещено (ЗОПа). Их контрольный ряд – образцы правомерного поведения. В нормах уголовного права в большинстве случаев сформулированы запреты: власть назидательно и в подробностях говорит, как *нельзя* поступать. Уголовное право – как бы виртуальная реальность. Но, несмотря на данную замысловатую характеристику, приемлемость и понятность отраслевых предписаний в среде обывателей не уменьшается, а лишь увеличивается. Причина в том, что приказ «не делать» выполнить во много раз легче, чем требование «поступать» – чаще всего по сложной схеме, с многочисленными технологическими подробностями. По-сему кажущаяся туманной особенностью отрасли («зеркальность») трансформируется в её достоинство («доступность»).

4. Уголовное право с письменно подтверждённой очевидностью есть отрасль, характеризующаяся *повышенной нормативностью* – в том смысле, что её единственным источником признается закон, а с 1996 года – только один («настоящий Кодекс» – ч. 1 ст. 3, ч. 1 ст. 1 УК РФ) закон (НОПа). Теперь криминалисты вправе говорить даже о *супернормативности* своей отрасли. Объяснение данной особенности нужно искать в двух благородных факторах. *Во-первых*, ярко выраженный принудительный характер уголовно-правового регулирования обеспечивает отрасли постоянную и пристрастную внешнюю критику, защита от которой предполагает передачу полномочий по изготовлению криминальных запретов выборной власти. Ваши официальные представители «придумали» преступления и наказания за них, говорит правящая элита своему народу, вот и не обижайтесь, пока терпите, а на будущее выбирайте более умных и совестливых, т.е. более достойных. Надежда на максимальную возможную справедливость в нормах, изготовленных именно парламентами, покоится не только на выборном происхождении данной ветви власти, но и на выпестованной за века технологии её законотворчества, а именно коллегиальности и гласности процедур принятия общих юридических правил. Эти три обстоятельства в совокупности (выборность, коллегиальность и гласность) в наибольшей степени страхуют население от былинных глупостей и политического непотребства в самой скандальной сфере управления – в области борьбы с преступностью. По этим же соображениям в мире сложилась цивилизационная традиция закрепления за представительными учреждениями, помимо функции (уголовного) законотворчества, ещё двух полномочий: 1) по обслуживанию общественной казны и 2) по контролю за поведением самой опасной (воровской) ветви власти – исполнительной. Сия опасна по причинам *назначаемости* (влекущей личную преданность вышестоящим чиновникам, а не самоотверженную работу на пользу всего населения управляемой территории) и *оперативности* функционирования (ежедневные искушения потратят общие ресурсы не по назначению в силу непредвиденных бюджетом катастроф и прочих происшествий, не забыв при этом собственный интерес).

Во-вторых, причиной повышенной нормативности уголовного права может быть объявлена древняя максима *ignorantia*

legis neminem excusat, которой уголовное (и не только) право пользуется с незапамятных времен. В соответствии с ней интеллектуальный компонент вины выражается только в правильном отражении фактов, связывается с пониманием общественной значимости (опасности) поступка. Осознание же противоправности или запрещённости преступления, то есть его официальной маркировки, ничтоже сумняшися презюмируется, юридического значения не имеет и не требует добывания доказательств на сей счёт. Ведь в противном случае служба обвинения и суды погрязли бы в спорах относительно уровня правосознания обвиняемых и подсудимых. Так, по крайней мере, считает доктрина, такова господствующая логика¹.

Криминалисты давно и привычно говорят о *презумпции* сознания именно отраслевой или *уголовной противоправности*, а вот расчёт на понимание причинителем вреда *иных юридических правил*, касающихся условий его деятельности, особенно в сфере функционирования общеопасных производств, более напоминает *аксиому*; всё потому, что допуск к осуществлению трудовых операций здесь производится лишь при условии знакомства исполнителя со своими юридическими обязанностями и с общим технологическим ритмом предприятия, с должностными инструкциями и содержанием контракта под роспись. В связи с этим нетрудно предвидеть, что понимание данной презумпции в уголовном праве желательно истолковывать ограничительно – как осознание лицом бланкетных, но не уголовно-правовых запретов². Такая перспектива приводит нас к следующей (помимо уже упоминавшегося статуса материнской отрасли в охранительной подсистеме права) *differentia specifica* уголовного права.

5. Ею является **бланкетность (БОПа)**. В отечественной науке за последний век бланкетность адресуется диспозициям уголовного закона и понимается как усложнённый (удлинённый, многоступенчатый) способ определения преступности деяния – когда часть его признаков в УК не обозначается, а их восполнение (на-

¹ См. наши обстоятельные рассуждения в отношении данной общеправовой презумпции в главе I второго тома, посвящённой конституционным основам уголовного права.

² Странно читать и слышать мнение, будто бланкетность подкашивает презумпцию знания уголовного закона, что «постулат «незнание закона не освобождает от уголовной ответственности» на современном этапе развития социума нуждается в некоторой модификации», поскольку «в Особенной части УК большое число норм представлено с бланкетной диспозицией, а бланкетная основа... столь велика и противоречива, что даже специалистам бывает весьма затруднительно разобраться в царящем правовом хаосе» (Иванов Н.Г. Уголовный кодекс России – прелюдия к оптимуму // *Весь мир живёт до тех пор, пока живёт память человека.* – М., 2006. – С. 41). Да, это так. Однако бланкетные, с позиций уголовного закона, источники не только принимают на себя черновую работу по первичной организации жизни общества, но и оттягивают на себя критику правила *ignorantia legis neminem excusat*, подставляют нашей отрасли плечо, а не подножку. Такова диалектика: бланкетные диспозиции не только увеличивают объём правовой информации для потребителя, но и способствуют более тщательному изучению криминальных правил соответствующими лицами. – См. об этом: *Зелинский А.Ф.* О предупредительном и воспитательном значении норм советского уголовного права // *Ученые записки (ВЮЗИ)*, вып. XV. – М., 1967. – С. 131.

хождение) производится посредством обращения к нормам других отраслей¹. Иногда к данному краткому трафарету ладятся важные добавки. Так, а известном курсе уголовного права Ленинградского университета 1968 года разъяснялось, что бланкетные диспозиции необходимы, дабы лишить уголовный закон свойство громоздкости и неудобства для пользования². Ещё прежде А.С. Шляпчиков рассматривал бланкетные диспозиции в качестве главной причины толкования уголовного закона³, а А.А. Герцензон указывал, что «бланкетная диспозиция конструируется в тех случаях, когда признаки состава преступления связаны с нарушением ряда законов и представляется затруднительным дать краткую формулировку диспозиции»⁴. Три причины существования бланкетного метода называл В.В. Соколов: особенности подлежащих уголовно-правовому воздействию общественных отношений; невозможность полного описания посягательств в рамках УК; напротив, присутствие искомых возможностей у бланкетного порядка конструирования статей⁵. Своё оправдание бланкетных диспозиций как средства борьбы с громоздкостью отраслевого текста предложила и Л.В. Иногамова-Хегай, особо добавляя, что «бланкетные диспозиции статей Особенной части УК являются неизбежным инструментом законодательной техники»⁶. В понимании Я.М. Брайнина назначение бланкетного метода конструирования закона заключается в «таком конструировании диспозиций, которое давало бы возможность применить закон к наибольшему числу преступлений определенного вида, но различающихся между собой индивидуальными особенностями»⁷. Очень важные соображения по бланкетности выдвинуты проф. А.В. Наумовым: что «они являются свидетельством взаимосвязи уголовного права с другими отраслями права»; что в них нет «ничего противоречащего самостоятельности уголовно-правового запрета»; что их необходимость оправдывается, помимо стремле-

¹ См.: *Галиакбаров Р.Р.* Уголовное право. Общая часть: Учебник. – Краснодар: КубГАУ, 1999. – С. 49; Курс уголовного права. Общая часть. Том 1: Учение о преступлении. Учебник для вузов / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой и И.М. Тяжковой. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. – С. 88 (*Ю.М. Ткачевский*); Советское уголовное право. Общая часть / Под ред. Г.А. Кригера и др. – М.: МГУ, 1981. – С. 47 (*Н.Д. Дурманов*); Уголовное право. Общая часть: Пособие для подготовки к экзаменам. – М.: Юрайт, 2000. – С. 19-20 (*А.В. Желудков*); Уголовное право. Общая часть: Учебник / Под ред. В.Н. Петрашева. – М.: Изд-во «ПРИОР», 1999. – С. 69-70 (*И.Я. Козаченко*); Уголовное право. Общая часть: Учебник для вузов / Отв. ред. ры – И.Я. Козаченко и З.А. Незнамова. – М.: ИНФРА-М – НОРМА, 1997. – С. 31 (*З.А. Незнамова*); Уголовное право Украины. Общая часть: Учебник для студентов / Под ред. М.И. Бажанова и др. – Харьков: Право, 1998. – С. 26 (*В.И. Борисов*) и др.

² Курс советского уголовного права (Часть Общая). Том I. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1968. – С. 79 (*И.И. Солодкин*).

³ *Шляпчиков А.С.* Толкование уголовного закона. – М.: Госюриздат, 1960. – С. 26.

⁴ Уголовное право. Общая часть. Изд-е 4-е. – М.: Юриздат МЮ СССР, 1948. – С. 234.

⁵ *Соколов В.В.* Применение бланкетного способа изложения диспозиций норм уголовного права // Уголовное право в борьбе с преступностью. – М.: ИПП АН СССР, 1981. – С. 88.

⁶ Российское уголовное право: в 2 т. Том 1. Общая часть: Учебник // Г.Н. Борзенков и др. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2006. – С. 33.

⁷ *Брайнин Я.М.* Уголовный закон и его применение. – М.: Госюриздат, 1963. – С. 52-53.

ния к латентности УК, целью достижения стабильности уголовного закона, поскольку указания на подзаконные акты даются в общей форме и обновление последних не сказывается на неизбывности уголовно-правовых запретов; что «бланкетные диспозиции уголовного закона имеют достоинства и недостатки, но обойтись без них нельзя»¹.

Учёные подмечают, что благородной цели стабильности уголовно-правовых запретов бланкетные диспозиции могут не только споспешествовать, но и затруднять движение к ней. «Рельефно проявилось это, – по мнению С.Ф. Милокова, – в Постановлении Правительства РФ от 6 мая 2004 г. № 231 «Об утверждении Правительством РФ средних разовых доз наркотических средств и психотропных веществ для целей статей 228, 228.1 и 229 Уголовного кодекса Российской Федерации». Без всякого внешнего вмешательства в уголовно-правовую ткань власть (к тому же исполнительная, а не законодательная) что называется росчерком пера декриминализовала тысячи общественно опасных актов поведения»². Конечно, *самостоятельное* вмешательство правительства в сферу регламентации уголовной ответственности граждан недопустимо; ещё хуже, когда бланкетные новации ухудшают достигнутую степень уголовно-правового регулирования. Но ведь законодатель *предписал* правительству подзаконное для нашей отрасли нормотворчество: «крупный и особо крупный размеры наркотических средств и психотропных веществ, – сказано в примечании 2 к ст. 228 УК РФ, – утверждаются Правительством Российской Федерации»³. Бланкетный помощник оказался не на высоте. Но и сам парламент, в случае отказа от подзаконных актов или попытки их замещения непосредственно в тексте УК, часто выглядит не лучше Правительства. Проф. А.И. Коробеев обращает внимание специалистов на негодный способ описания предмета транспортного преступления, когда часть определения содержится в диспозиции ч. 1 ст. 264 УК, а другая, никак не уточняющая базовую установку законодателя, – в примечании к этой статье⁴.

Конечно, бланкетность как многоступенчатый способ определения преступности деяния представляет собой известную трудность для теории и практики. В частности, «проблема использования в текстах уголовных законов бланкетных и бланкетно-описательных диспозиций, что весьма характерно для действующего УК», связывается, по Б.В. Волженкину, «с реализацией принципа законности»; распространённый технический приём покушается, оказывается, на юридическую святыню. Предложен и рецепт для частичного сглаживания негатива: «в статьях УК с бланкетной диспозицией допустимы ссылки только

¹ Уголовное право России. Общая часть: Учебник / Под ред. В.Н. Кудрявцева, В.В. Лунева, А.В. Наумова. – М.: Юрист, 2004. – С. 66-67.

² Милоков С.Ф. Административное и уголовное право: рядом или вместе?, С. 376-377.

³ В редакции № 11-ФЗ от 5 января 2006 года.

⁴ Коробеев А.И. Транспортные преступления. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. – С. 120.

на федеральное законодательство»¹. Конечно, данное предложение – полумера страусино типа; пропишем мы в кодексе подзаконную корневую основу криминальных правил или нет, ничего это не изменит в действительности; безразмерная среда всё равно потребует регламентации на различных этапах правотворчества и получит удовлетворение своим заказам. Мы лишь прикроем давно утраченное целомудрие фиговым листком, из-под которого при малейших колебаниях общественной атмосферы и правоприменительной практики будут обнажаться пятна пряможизненной и подзаконной детерминации, бесстыдно расположившиеся на породистой (непорочной) отраслевой законности. Ю.В. Баулин рекомендует другое средство врачевания недуга – непрерывный мониторинг бланкетных диспозиций Особенной части УК на предмет оперативного выявления системных рассогласований норм различной отраслевой принадлежности².

Бланкетность – фрагмент связи закона с его ближайшей (юридической) средой. В отраслевой доктрине данное специфическое свойство трактуют как вынужденную опору уголовного закона на *второстепенные* по своей юридической силе обстоятельства. Но текст УК может зависеть и от *более могущественных* факторов правового уровня. Как оценивать такую детерминацию? Одним из немногих представителей нашего цеха, кто обратил внимание на данный аспект бланкетности и попытался ответить на него, был А.П. Войтович. «В соответствии с ч. 2 ст. 1 УК РФ, – пишет он, – российский уголовный закон основывается на Конституции Российской Федерации и общепризнанных принципах и нормах международного права. Но это не означает, что уголовно-правовые нормы, соответствующие принципам и нормам международного права, имеют бланкетный характер и находятся в строгой зависимости от международно-правовых формул». Космополитические стандарты всего лишь «определяют идеи, которыми должен руководствоваться законодатель (государство), осуществляя правовое регулирование общественной жизни, устанавливая границы свободы личности, обеспечивая гарантии её прав и законных интересов. Эти идеи получают отражение в национальном законодательстве с различиями, обусловленными своеобразием предмета правового регулирования, отраслевых функций, целей и задач»³. Если милостиво отнестись к представленной нами позиции, то её автора можно объявить создателем «идейной» бланкетности. Однако: а) отрицая бланкетность или «строгую зависимость» УК от Основного закона и мировых стандартов по борьбе с преступностью, как мы объясним хотя бы работающие и известные всем нормативы,

¹ **Волженкин Б.В.** Российское уголовное право: традиции, современность, будущее // Российское уголовное право: традиции, современность, будущее: Материалы научной конференции, посвящённой памяти профессора М.Д. Шаргородского. – СПб., 2005. – С. 25.

² **Баулин Ю.В.** Десять уроков из первоначального опыта применения нового Уголовного кодекса Украины // Пять лет действия УК РФ: итоги и перспективы. Материалы II Международной научно-практической конференции, состоявшейся на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова 30-31 мая 2002 г. – М.: «ЛексЭст», 2003. – С. 67.

³ **Войтович А.П.** Примечания в уголовном законе: Монография. – Владимир, 2006. – С. 75.

закреплённые в частях 1 и 4 ст. 15 Конституции РФ; б) почему создательный закон (типа Гражданского кодекса) для уголовного закона бланкетей, а охранительный источник не может быть таковым? в) разве при бланкетности требуется «строгая зависимость» применяемого базового закона от вспомогательного реципиента? В рамках объёмной, но единой правовой системы страны все отрасли под единым Богом ходят, все они взаимно обязаны друг другу, все понемногу бланкетны, даже Конституция.

Одной из главных трудностей действующего УК России считает его бланкетность проф. Л.Д. Гаухман¹. В его понимании «проблема бланкетности заключается в следующих составляющих её обстоятельствах»: во-первых, «в УК отсутствует (общая – А.Б.) норма, регламентирующая допустимость бланкетных норм», в силу чего и формально «наличие бланкетных норм в УК РФ и их применение незаконно» (с. 48-49); во-вторых, «в ряде норм с бланкетными диспозициями сделаны ссылки... на целые правовые институты, порой, точно не очерченные... Подобное положение возлагает на практического работника, применяющего уголовно-правовые нормы, дополнительные (мыслится: ненужные, невыполнимые – А.Б.) обязанности» (с. 49); в-третьих, бланкетные источники нестабильны, что ещё более усугубляет ситуацию (с. 49-50); в-четвёртых, реципируемые акты и нормы «расконцентрированы по различным источникам... В этой связи представляется необходимым дополнить УК РФ приложениями к нему, содержащими тексты законов, на которые сделаны ссылки в бланкетных нормах УК РФ, или необходимые выдержки из них» (с. 50); в-пятых, ссылка в бланкетных нормах УК РФ не только на законы, но и на подзаконные нормативные акты «создаёт исполнительной власти возможность непосредственно влиять на изменение – расширение или ограничение – сферы уголовной ответственности, тогда как это является исключительной прерогативой законодательной власти, и тем самым вносит в процесс формирования правового государства элементы полицейского государства» (с. 51); в-шестых, «количество бланкетных норм в УК РФ 1996 г. значительно возросло по сравнению с числом таких норм, содержащихся в УК РСФСР 1960 г. Это, естественно, обуславливает необходимость кардинального реформирования и повышения эффективности всей системы образования юристов, в частности, системы повышения их квалификации» (с. 51); в-седьмых, содержащаяся в ч. 2 ст. 1 УК норма «по существу является бланкетной и притом неточной и декларативной, ибо УК РФ основывается не на всех и не на любых указанных принципах и нормах, а лишь тех, которые закреплены в международных договорах РФ» (с. 52); в-восьмых, в уголовном законодательстве иногда выстраивается целая цепочка бланкетности, когда в источниках, на которые ссылается УК, также «содержатся ссылки

¹ Ниже представляется, цитируется и оценивается публикация: Гаухман Л.Д. Проблемы УК РФ: бланкетность, декларативность, казуистичность // Уголовное право в XXI веке: Материалы Международной научной конференции на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова 31 мая – 1 июня 2001 г. – М.: «ЛексЭст», 2002. – С. 48-53.

на другие нормативные правовые акты, хотя отсутствуют какие-либо препятствия включению соответствующих положений» напрямую в криминальный закон (с. 52).

Завершает же своё исследование Л.Д. Гаухман целой серией предложений: 1) «предусмотреть в УК, что он основывается не только на Конституции, но и на других законах РФ, ссылки на которые сделаны в этом УК»; 2) «закрепить в УК положение, согласно которому в бланкетных нормах... допустимы ссылки только на законы, но не на другие нормативные акты» 3) «уточнить, что УК РФ основывается не на любых общепризнанных принципах и нормах международного права, а только на тех из них, которые зафиксированы в международных договорах РФ»; 4) «установить, что тексты законов, на которые сделаны ссылки в бланкетных нормах УК РФ или необходимые выдержки из них, являются обязательными приложениями к данному УК, и в эти приложения при изменении и дополнении (бланкетных, сопутствующих – А.Б.) законов вносятся соответствующие коррективы» (с. 52-53).

Специально исследовавший данную проблему на базе советского законодательства и на уровне диссертации Н.И. Пикуров¹ показал, что: а) отношение к бланкетности в науке и практике явно противоречивое; б) 2/3 подобных диспозиций содержат ссылки на административное право; в) они представляют собой «основную форму конструирования уголовно-правовых норм»; г) посягательства, нормативное описание которых даётся с помощью бланкетности, следует именовать «преступлениями со смешанной противоправностью» (поддержка взглядов В.Н. Кудрявцева и Н.Ф. Кузнецовой); д) «бланкетная диспозиция обращена в основном к лицам, в той или иной мере осведомлённым о содержании специальных правил, с которыми связан уголовный закон»; е) она позволяет эффективно сочетать неизбежность УК с подвижностью подзаконных (бланкетных) источников; ж) бланкетность олицетворяет «плановую конкуренцию» норм уголовного и административного права, которая всегда решается в пользу уголовного закона, поскольку «роль административного права здесь ограничивается только конкретизацией признаков соответствующего преступления»; з) в силу этого данную конкуренцию можно считать условной.

Н.Ф. Кузнецова² находит бланкетные диспозиции УК необходимым приёмом для охвата тех или иных меняющихся по опасности элементов составов преступлений. В Общей части УК на 1 января 2006 г. их не более десяти. В Особенной части на них приходится 65% статей. И процесс «бланкетизации» Кодекса всё более интенсифицируется по мере развития системы законода-

¹ *Пикуров Н.И.* Квалификация преступлений при бланкетной форме диспозиции уголовного закона (с конкретизацией запрета в административном праве): Автореферат дисс. канд. юрид. наук. – М.: МВШМ МВД СССР, 1982. – С. 2-3, 3, 8, 10, 11, 15, 18, 19 (последовательно).

² *Кузнецова Н.Ф.* Проблемы квалификации преступлений: Лекции по спецкурсу «Основы квалификации преступлений» / Науч. ред. и предисл. академика В.Н. Кудрявцева. – М.: Издательский Дом «Городец». 2007. (§ 4 главы II).

тельства, отражающей усложнение регулируемых общественных отношений» (с. 107). Важно лишь, чтобы этот процесс «не размывал границ преступлений и проступков», а для этого «надо чётко фиксировать в диспозициях норм УК криминообразующие признаки» (с. 108).

С учётом и в развитие приведённых взглядов по данному аспекту можно утверждать, *во-первых*, что постоянное усложнение и рост объёмов правового материала в стране делает проблему бланкетности уголовного права, расположенного на задах юридического регулирования, весьма актуальной; это свойство – одно из стратегических направлений развития отрасли¹. *Во-вторых*, бланкетность давно пора считать не рядовой разновидностью диспозиций (момент структуры), а визитной карточкой уголовного права. *В-третьих*, генетическое родство уголовного права с уголовно-процессуальным и уголовно-исполнительным правом и его директивный статус материнской отрасли исключает необходимость в бланкетных связях с названными отраслями; такой метод должен быть характерным для взаимоотношений с созидательными отраслями. *В-четвёртых*, бланкетность свойственна именно уголовному закону – как письменной форме существования уголовного права – и является в этих пределах техническим средством сокращения объёмов УК, а также (попутно) способом элегантно увязки норм различных отраслей. Наконец, *в-пятых*, бланкетность – очевидное свидетельство системности уголовного права, его эластичного приспособления ко всему нормативному массиву, действующему в пределах страны.

6. В число заметных особенностей отрасли можно засчитать её высочайшую мотивационную силу или общепредупредительный эффект, способность удерживать преступные намерения потенциальных злодеев до или помимо реального применения уголовного закона (МОПа). Давно сказано специалистом, что «из всех видов права уголовное право обладает способностью самым непосредственным и грубым образом задевать отдельную личность»². Но эта мысль банальна, введена и так называемым «нравственно неустойчивым лицам», а потому останавливает их: «охранительная деятельность в значительной степени связана с воздействием не только на акты законченного, но и на процессы формирующегося поведения с целью его урегулирования и согласованности с внешними условиями»³, т.е. с отраслевыми запретами.

¹ Как пишет *А.В. Мадьярова*, «бланкетные диспозиции всегда были и остаются особым объектом критики, так как чреваты возникновением коллизий между нормами уголовного и иных отраслей права, произвольным изменением содержания уголовно-правового запрета в связи с изменением корреспондирующих правовых актов. Вместе с тем отказаться от бланкетных диспозиций, по общему признанию, невозможно». – Разъяснения Верховного Суда Российской Федерации в механизме уголовно-правового регулирования. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. – С. 117.

² *Пашуканис Е.Б.* Общая теория права и марксизм. – М.: Комкакадемия, 1929. – С. 17.

³ *Сергеев А.В.* Вопросы теории и практики охраны общественного порядка // Теория и практика совершенствования охраны общественного порядка: Труды Академии МВД СССР. – М., 1985. – С. 17.

7. Наконец, в качестве седьмой и последней¹ специфики уголовного права объявим то общепризнанное обстоятельство, что отраслевое принуждение есть крайняя мера в борьбе с преступностью, «последний довод» в управленческой практике государства, его хирургический скальпель (ХОПа). Это – нравственная, политическая и юридическая одновременно аксиома. Терапия предпочтительнее хирургии; лишь то государство можно считать воистину демократическим и правовым, где власти озабочены социальным благополучием населения и надеются вследствие этого на инструменты саморегуляции, а надежды на сохранение социального мира преимущественно уголовными карами искренне считают опасными, запретными и даже преступными. Если уж принуждать, то лучше в административном порядке и с расчётом на общепреventивный эффект подобной практики. Посему переходим к оценке официально утраченного межотраслевого регулятора, своего рода «переводных стрелок» на юридических путях страны.

§ 4. Административная преюдиция: за и против

Важнейшим аспектом усилий по определению точных координат отрасли в рамках всего национального права, своего рода гордым узлом для «систематиков», любящих внешнюю открытость объекта наблюдения, и ортодоксальных сторонников жёстких дисциплинарных границ юриспруденции служит административная преюдиция. О её допустимости яростно спорят, пока она присутствует в законодательстве, и начинают сожалеть, когда её упраздняют; преюдиция олицетворяет временный пограничный столб, местоположение которого зависит от договорённостей соседей по меже; она суть лакмусовая бумажка для проверки опасных точек соприкосновения двух классических деликтных отраслей – административного и уголовного права.

*Par nobile fratrum*² – этот парадокс как ничто более подходит для оценки соотношения и степени близости административного и уголовного права. Безусловно, они – генетические родственники и конкуренты по управлению одновременно. Без пафосных преувеличений можно сказать, что обе юридические отрасли предполагают обязательное параллельное существование друг друга. Первая отрасль, именуемая еще управленческим правом, олицетворяет собою инициативно-наступательную, повседневно-привычную, широкоформатную и обильную, в общем естественную по народ-

¹ В науке называются и другие особенности нашей отрасли. Например, известнейший теоретик права специфичность уголовного права усматривал в том, что субъектом уголовной ответственности может быть только физическое лицо, что уголовное право более охраняет, чем регулирует, защищая не свои установления, а нормы других отраслей права. – Ушаков А.А. К вопросу о системе советского права, С. 65, 70. Проектные инициативы науки и власти накануне принятия действующего УК ввести в орбиту действия уголовного права и юридических лиц частично поколебали первую из названных А.А. Ушаковым специфику.

² Благородная пара братьев – *лат.*

ному восприятию специально-организующую практику властей. Криминальная отрасль права, напротив, работает спорадически, вторым уровнем, не постоянно, а лишь в форме ответной реакции на отдельные эксцессы. Если административное право посвящается исполнительно-распорядительной деятельности государства¹, пытающегося наладить общественную жизнь по единым стандартам, то уголовное подыгрывает ему в этих усилиях, включается в общий управленческий процесс по запасному варианту (когда нравственных запасов и правовых стимулов, а равно организационных усилий властей для правомерного поведения недостаёт), т.е. работает как служба по вызову. Э. Ферри не зря именовал криминальную отрасль «просто юридическим отделом, *заключительной* (курсив наш – А.Б.) главой уголовной социологии, техникой реализации усилий по обороне общества от преступности»². А предыдущим разделом юриспруденции, только более обширным и задающим тон как коммунальному сосуществованию людей, так и содержанию запасных (резервных, чрезвычайных) отраслей юридического регулирования, в числе которых находится и уголовное право, безусловно, является административное право.

О первой степени родства административного и уголовного права бесстрастно свидетельствует и сопоставление отраслевых кодексов: 1) по задачам (соответственно ст. 1.2 КоАП – ст. 2 УК)³; 2) по принципам преследования деликтов (1.4 и 1.6 – 4 и 3); 3) по формам вины (2.2 – 24, 25, 26); 4) по возрасту ответственности (2.3 – 20); 5) по крайней необходимости (2.7 – 39); 6) по невменяемости и её правовым последствиям (2.8 – 21); 7) по общим правилам назначения наказаний (4.1 – 60); 8) по спискам смягчающих и отягчающих наказание обстоятельств (4.2 и 4.3 – 61 и 63); 9) по срокам давности (4.5 – 78) и пр.

Значительное сходство административного и уголовного законодательства наблюдается и при сличении Особенной части обоих кодексов. Структурная композиция позже принятого КоАП, отражающая представления юристов об объекте управления и охраны (интегрированные и родовые объекты), во многом повторяет архитектуру УК. Главам об административных правонарушениях, посягающих на права граждан (гл. 5), здоровье населения и общественную нравственность (гл. 6), собственность (гл. 7), природную среду и природопользование (гл. 8), работу транспорта (гл. 11, 12), связи и информацию (гл. 13), порядок осуществления предпринимательской деятельности вообще и в отдельных хозяйственных секторах (гл. 14-16), государственные устои (гл. 17), порядок управления (гл. 19), общественный порядок и общественную безопасность (гл. 20), почти полностью соответствует внутренняя организация нормативного материала в УК РФ (соответственно – раздел VII, главы 25, 21, 26, 27, 28, 22, 29, 32, 24).

¹ См.: Юридический энциклопедический словарь / Гл. ред. А.Я. Сухарев. – М.: Сов. энциклопедия, 1984. – С. 17.

² Ферри Э. Уголовная социология. – СПб., 1910. Ч. 1. – С. 14.

³ Далее в целях сокращения текста автор указывает только номера статей в последовательности: вначале административного – затем уголовного кодексов.

Можно назвать и те статейные пары, содержание диспозиций которых фактически идентично. Сделаем это лишь применительно к главам 5-8 КоАП и соответствующим частям УК: 5.1-5.25 и 141, 142; 5.26 и 148; 5.27 и 143-145 прим.; 5.35 и 156; 5.37 и 154; 5.38 и 149; 5.39 и 140; 6.2 и 235; 6.3 и 236; 6.8 и 228; 6.10 и 151; 7.12 и 146, 147; 7.17 и 167; 7.27 и 158-160; 8.6 и 254; 8.28 и 260; 8.38 и 257. В качестве водораздела между отраслевыми деликтами чаще всего (более 60% случаев) используются данные об общественно опасных последствиях (вид и размер вреда), реже – сведения о способе (обман или злоупотребление доверием) либо мотиве (корыстные побуждения) злодеяния.

К какому приговору приглашает данная информация? В нашем понимании бесспорны следующие важнейшие выводы и предположения: а) социально-юридическое соседство административного и уголовного права запрограммировано предметом обслуживания отраслей и культивируемыми в них методами управления; б) на междисциплинарной границе скопилось огромное число схожих деликтов, и оно будет возрастать по причине постепенно-постоянного усложнения социальной организации человечества; в) поиски наиболее эффективных приёмов борьбы с правонарушениями, одновременно входящими в зону ответственности нескольких отраслей права, должно идти по двум взаимосвязанным векторам – чёткое обособление, если это возможно, «спорных» деликтов только в одной из конкурирующих отраслей (1) плюс использование технологий и информации одной отрасли для реагирования на сходные правонарушения в другой отрасли (2). Кажется, второе направление сегодня преобладает в забвении, а национальная доктрина занята только дифференциальными поисками и устремлениями. Жаль. В обозримой перспективе жизнь будет безжалостно ломать автономные перегородки, напоминая вновь и вновь о заказываемой внешней средой общей системности права, о соблюдении цельности юридического массива страны и гармоничном союзе отраслей, о той бесспорной истине, что «природа превосходит силы нашего ума» (Хрисипп).

Общезвестно, что законодательно выраженные правила представляют собой шаблоны поведения, рассчитанные на типичные ситуации и человека средних способностей. Нормативность, общеобязательность, формальная определённость и персонифицированность правовых предписаний при лаконичности законодательных текстов сообщают праву худую славу, репутацию бездушного и несправедливого орудия управления¹. Очень ярко порочность юридических методов звучит в одной из броских дефиниций права, (приписываемых классикам марксизма) как равной меры к неравным людям и обстоятельствам. Мириады людских высказываний, телодвижений и рациональных поступков делятся официальной властью всего на два сорта: положительное и отрицательное поведение, правомерное и запрещаемое. И ничего более. Черно-белые тона – постоянный спутник обезличенных государственных стандартов, вечное проклятие права.

¹ Общая теория права: Курс лекций / Под ред. В.К. Бабаева. – Нижний Новгород, 1993. – С. 112, 119, 282.

Предельная и порицаемая простота юридического подхода, всего-то двухмерность оценок человеческих поступков (правомерные – запрещённые) дополнительно и ощутимо отягощается отставанием законоположений от бурно развивающейся жизни, социально-экономическими и политическими переменами, идеологическими настроениями. Закономерны поэтому поиски компромисса между жизнью и правом, частным и общим. Диалектический конфликт общего и единичного в философии сглаживается категорией особенного. В праве же впечатление кричащей несправедливости приложения общего предписания к конкретному случаю может быть скорректировано двумя способами: разрешением правоприменителям «исправлять» закон в пользу индивидуальности события (передача законотворческих функций на места) или возможностью в самом законе устраивать нормы-исключения, т.е. своеобразные клапаны, позволяющие выпускать пар общественного негодования. Из обозначенных двух вариантов реагирования на неточность общих правовых предписаний предпочтительнее последний, ибо исключения на уровне правоприменения ставят юристов в гнетущую зависимость от местных условий и местной администрации, коржат незаменимый тезис об управлении через разделение властей, приучают обывателя к мысли, что его судьба зависит не от равных для всех запретов и дозволений, а от субъективного усмотрения местного чиновника.

Вот власть и пытается подправить имманентный недостаток правового регулирования учреждением в отраслях норм-исключений (например, об обратной силе закона) и различных переходных состояний, смягчающих юридическую жёсткость (например, превышение пределов необходимой обороны). Но этого мало, поскольку юридические нормативы многочисленны и поделены на сферы влияния, именуемые отраслями права, что создаёт возможности конкуренции норм, повторов и прочих неувязок текста, ошибок и недоразумений в профессиональной среде, споров и обид частного. Оказывается, мало учредить социально адекватные правила, затем нужно их умело рассортировать по нормативным актам и придумать средства гашения вероятных коллизий, особенно механизмы щадящего регулирования конфликтов междисциплинарного свойства. Одним из таких средств системного реагирования государства на эксцессы может (предварительно) рассматриваться и преюдиция¹. Что же она представляет собой?

¹ О сложностях юридического регулирования и возможностях субъективизма в правотворчестве дополнительно свидетельствует и девиантное поведение. Этот фантом позволяет раздвинуть узкие юридические представления о социально-значимом поведении, понуждает признавать, что не соответствующие официальным взглядам поступки со временем могут получить положительное звучание. Вчерашние и сегодняшние диссиденты завтра или послезавтра будут объявлены матадорами мысли и буревестниками общественных надежд, выражающими настроения народа лучше официальной власти. Примерами позднего признания правоты вперёдсмотрящих личностей пестрит история. Галилео Галилей (1564-1642), пострадавший от католической церкви за свои научные взгляды и мировоззрение более трёх веков назад, был реабилитирован этой конфессией только в 1979 году. Лишь в конце своей жизни получил возможность открыто апеллировать к российской общественности лауреат Нобелевской премии гуманист А.Б. Сахаров.

Этимологические трафареты обычно предваряют сущностные рассуждения, ибо научная мысль часто демонстрирует способность наполнять первозданный смысл терминов новым содержанием¹, да и вообще язык человеческий изначально – это собрание выцветших метафор (Ж. Поль). Сделаем в связи с этим одно отступление. За несколько тысячелетий развития нашей цивилизации, пытаясь гармонизировать совместное проживание людей с противоположными интересами, человек создал такую обширную *искусственную* или *вторичную реальность*, пользование которой сегодня во много крат сложнее, чем приспособление к хорошо изученной и медленно эволюционирующей природной среде. Имя ей – социальная организация, сердцевину которой занимает как раз нормативный массив, выполненный на государственном языке. Вот юристы и барахтаются, сочетая в своих конструкциях почти несочетаемое (суетную жизнь и оскостеневший закон), структурируя нормативные акты, иерархируя законодательную материю, договариваясь о принципах разрешения конкуренции и коллизий, постоянно тревожа филологов. Последние же дают по нашей теме следующие справки: 1) «*преюдициальный* (фр. *prejudicial*) – юр. правовой вопрос, без предварительного решения которого не может быть разрешено в суде данное дело»²; 2) «преюдициальность (от позднелат. *praepjudicialis* – относящийся к предыдущему судебному решению) – обязательность для всех судов, рассматривающих дело, принять без проверки и доказательств факты, ранее установленные вступившим в законную силу судебным решением или приговором по к.-л. др. делу»³.

Таким образом, преюдиция – юридическая информация, принимаемая за истину без проверки; это качество образуется лишь у проверенных надлежащим образом (в суде) данных. Они (данные) всегда есть только *часть* сведений, установленных предыдущим судебным решением и (или) требующихся для вынесения нового. По этому фрагменту преюдиция отличается от прецедента. Последним понятием обозначают юридический суррогат, подмену общих парламентских правил частным и удачным решением практиков; его со временем вся правоохранительная система страны начинает рассматривать в качестве вспомогательной нормативной основы. *Преюдиция же представляет особый способ верификации фактов, но не закона.* Здесь нет вторжения в сферу компетенции законодательной власти, и потому преюдиция как юридический инструмент воспринимается более терпимо. Прецедент же в странах континентальной системы права только расправляет крылья – по нужде. Как пишет проф. А.В. Наумов, не пущенный в дверь, он

¹ Во всех отраслях общественных наук систематически подтверждаются мрачная оценка **Я. Броунли** о «затемнении реальной стороны дела многочисленными теоретическими конструкциям» (Международное право (в двух книгах). Книга первая. – М.: Прогресс, 1977. – С. 101) и ядовитое наблюдение Мефистофеля о тружениках умственного труда: «из голых слов, ярься и спора, возводят здания теорий».

² Словарь иностранных слов. 18-е изд., стер. – М.: Рус. язык, 1989. – С. 408.

³ См.: Юридический энциклопедический словарь / Гл. ред. А.А. Сухарев. – М.: Сов. энциклопедия, 1984. – С. 296.

ворвётся в юридическую жизнь через окно¹. Очевидна классификация преюдиций на два сорта: внутри- и межотраслевые. Столь же очевидна повышенная цена и сложность применения именно межотраслевой преюдиции. Об административном подвиде межотраслевой преюдиции (судьбе, достоинствах и негативных свойствах) и пойдёт речь ниже.

Старый УК пользовался административной преюдицией, но в небольших дозах. При кардинальном обновлении уголовного законодательства в 1996 году российские власти отказались от этого средства, несмотря на то обстоятельство, что административная преюдиция не имела широкого хождения. Насколько оправдан был этот шаг, не «выплеснули ли мы вместе с водой и ребёнка»? Доводы «против» хорошо известны и они часто звучали в процессе публичных обсуждений проекта УК. По большому счёту их всего три. *Первое* соображение заключается в стремлении к дисциплинарной чистоте, к пурификации Уголовного кодекса от всего непрофильного, чужеродного, от нормативов других отраслей права. Упоминание об административном преследовании (в прошлом) субъекта (теперь) уголовной ответственности как раз и рассматривалось в качестве излишней информации, недопустимого выхода за пределы отраслевой компетенции. Настоящий довод, при всей его привлекательности, вряд ли состоятелен. Стерильность отрасли – не только трудноосуществимая, но даже и вредная надежда.

А для уголовного права – в особенности: ведь мы суть ассенизаторы общества; вступаем в работу последними, когда общие директивы по правомерному поведению, включая частные технологические наставления, уже розданы так называемыми «созидательными» отраслями права; отсюда неизбежные апелляции к бланкетной основе; отсюда постоянно возобновляемые разговоры о (не)самостоятельности уголовно-правовой отрасли. Кроме того, перманентные попытки преодоления «кошмара сложности» окружающего нас мира призывают к отказу от архаичной дисциплинарной организации науки, от ставки только на дифференциацию и механическое приращение знаний (по Гегелю – дурная бесконечность). Нужна систематизация накопленных фактов по укрупнённым схемам, нужен «проблемный метод организации знаний, при котором разнородные знания, методы и сообщества специалистов группируются не по дисциплинарным и остостеневшим парадигмам, а по динамичным, быстро сменяющимся и преобразующимся синтагмам»². О преимуществах междисциплинарных подходов говорят давно и много, как в традиционной науке, так и в художественной литературе: а) Боулдинг еще в XIX веке предупреждал о «глухоте специализации»; б) К. Прутков образно утверждал, что «узкий специалист подобен флюсу»; в) с призывом специализироваться не по наукам, а по проблемам, обращался к коллегам В.И. Вернадский³; г) патриарх классификационного

¹ *Наумов А.В.* О судебном прецеденте как источнике уголовного права // Современные тенденции развития уголовной политики и уголовного законодательства. – М.: ИПП РАН, 1994. – С. 31.

² *Философия, основные идеи и принципы.* – М., 1990. – С. 330.

³ *Вернадский В.И.* Размышления натуралиста. – М., 1977. Кн. 2. – С. 54.

метода Б.М. Кедров предпочитал замкнутости наук их взаимодействие, одноаспектности – комплексность, сепаратизму – глобальность¹; д) социолог В.А. Ядов ругает за «перенос центра внимания с исследования социальных структур на социальные процессы»²; изредка высказывавшиеся в европейской науке надежды на упразднение бланкетности и призывы к стерильной чистоте и автономности отраслей права постоянно отклонялись как неоправданные³.

Второй довод против административной преюдиции – она нарушает принцип *non bis in idem*; учёт факта административной ответственности в биографии лица при привлечении его к уголовной якобы означает практику повторной расправы за один и тот же поступок. Однако это не так. Древнейший правовой идеал, закреплённый и в Основном законе России (ч. 1 ст. 50), и в п. 7 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 года, и в ст. 4 Протокола № 7 к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года сформулирован не так, как его упрощённо трактуют: «Никто не может быть повторно осужден за одно и то же (курсив наш – А.Б.) преступление» (ст. 50 Конституции РФ). При административной преюдиции для целей уголовного суда используется в качестве истинной информации лишь факт привлечения подсудимого в прошлом к административной ответственности; уголовная кара настигает лицо не повторно за одно и то же (прежде наказанное) правонарушение, а за новое, но при условии прежнего административного деликта; государство могло бы засчитать за преступление и первичный проступок гражданина, но оно либеральничает, через «предварительную» административную ответственность как бы предупреждает виновного, что уж в следующий раз придётся отвечать по меркам Уголовного кодекса. Эта практика означает гуманизм законодателя, а не отступление его от идеи справедливости; она сильно напоминает практику сдвоенной или щадящей уголовной ответственности при множественности преступлений, двухобъектных составах, конкуренции уголовно-правовых норм, смешанной вине, посредственном причинении, эксцессе исполнителя и т.д., о чём мы рассуждали прежде, в первой главе II тома исследования.

Резко контрастирует с (мыслимыми) «грехами» преюдиции и практика учёта судимости в других отраслях права, учёта в форме дополнительных правоограничений по нормам трудового, семейного, разрешительного, служебного законодательства, против чего в юридической науке России как-то не слышно возражений. Конечно, в случаях прекращения трудового договора в связи с осуждением работника к лишению свободы, отказа в приёме на работу лиц, имеющих или имевших судимость, временного

¹ См.: Методологические проблемы междисциплинарных исследований (по материалам советской литературы) // Сб. обзоров. – М.: ИНИОН, 1989. – С. 162 и др.

² Ядов В.А. Социологическое исследование: методология, программа, методы. – Самара, 1995. – С. 13.

³ См.: *Нашиц А.* Правотворчество. Теория и законодательная техника. – М.: Прогресс, 1974. – С. 198.

ограничения выезда за границу и т.д. нет осуждения, тем более повторного (строго юридический взгляд), но присутствию дополнительных правоограничения (социальная сторона вопроса не уступает чисто правовой), вызванные фактом осуждения; а для граждан это существенно. Почему же мы обругиваем и отказываемся от (гипотетически вредной) административной преюдиции, которая совершенно не противоречит принципам *non bis in idem*, и оставляем без реагирования многоотраслевое преследование преступника!

Третье (и последнее)¹ возражение против административной преюдиции сводится к тому, что «такая конструкция противоречит общему основанию уголовной ответственности, которым является деяние, а не лицо», а сама «юридическая природа деяния не может измениться от того, что оно повторяется дважды (например, мелкое хищение, мелкая спекуляция)»². Серьёзные возражения, особенно для прошедшей эпохи. Но гуманитарные настроения сегодняшнего дня возвысили криминального деятеля в значительно большей мере, чем прежде, практически до небес; сегодня началась реализация прогноза Г.М. Миньковского о плавном переходе от юстиции деяния к юстиции субъекта. На наш взгляд, это магистральное направление отраслевой эволюции будет проходить по двум каналам: через увеличение числа спецсубъектов уголовного права – на стадии квалификации (1) и посредством более широкого учета субъективных признаков преступления – для целей назначения справедливого наказания (2). В этом отношении «разумное возрождение административной преюдиции», что «позволит пресечь на достаточно раннем этапе развитие общественно опасной «карьеры» правонарушителя» и «даст возможность сэкономить уголовную репрессию», а равно включение в список отягчающих наказание обстоятельств факта «привлечения в прошлом виновного к административной ответственности»³ оцениваются нами как вполне достойные контрдоводы противникам административной преюдиции.

Доводов «за» значительно больше и они, в силу своего положительного звучания, не нуждаются в подробной аргументации. 1. Административное и уголовное право – классические образцы публичных отраслей, что делает взаимный обмен инструментарием вполне естественным делом. Возрождение же государственного управления России на новых началах предполагает его более действенную

¹ Вряд ли серьёзно выглядит призыв избавиться от административной преюдиции в УК на том основании, что «в стране нет надлежащего учёта административных правонарушений» (Гуляев А.П. Смежные проблемы уголовно-правового и уголовно-процессуального регулирования // Современные тенденции развития уголовной политики и уголовного законодательства. – М.: ИГП РАН, 1994. – С. 33). Во-первых, такой учёт пока никто не организовывал, а во-вторых, уголовная статистика в нашей стране также оставяла и оставляет желать лучшего – всегда.

² Келина С.Г. Современные тенденции развития уголовного законодательства и уголовно-правовой теории // Современные тенденции развития уголовной политики и уголовного законодательства. – М.: ИГП РАН, 1994. – С. 42-43.

³ Милуков С.Ф. Административное и уголовное законодательство: рядом или вместе?, С. 378-379.

защиту, т.е. подкрепление возможностями уголовного права акций исполнительной власти. 2. Самая употребляемая граница между административным и уголовным правом сегодня – размер общественно опасных последствий поступка. Мы спрашиваем: разве всегда разовый, иногда непреднамеренный переход этой жёсткой границы выглядит убедительно для выбора именно уголовной ответственности; и не хуже ли выглядит постоянное хождение правонарушителя по отраслевой меже, на что теперь Уголовный кодекс предписывает взирать бесстрастно? 3. Административная преюдиция есть буферное средство для буферной же зоны, щадящий способ перехода от одной формы юридической ответственности к другой; административного злодея медленно вводят в область действия криминального закона; вместо разрешаемой по черно-белому варианту коллизии использование преюдиции выглядит дружественным совместным решением целого комплекса отраслей.

4. Административная преюдиция – вариант индивидуальной криминализации, «соучастия» виновного в решении собственной судьбы, что созвучно современным гуманитарным увлечениям; нарушение административного запрета накануне преступления выглядит как самостоятельный изготовленный индивидом повод (а по Гегелю повод – малая причина больших событий), но не основание (в качестве такового выступает состав преступления) уголовного преследования. 5. Классическое уголовное право медленно, но уверенно приближается к разрешению общественных проблем, которые оно не привыкло решать или не может решать классическими же методами (сопричинение при неосторожности, учёт статистических закономерностей в дополнение или вместо механических причинностей, допустимость прецедента, переход от юстиции деяния (*tat justiz*) к юстиции деятеля (*person justiz*) и пр.). Мы неминуемо приближаемся к необходимости реагирования на правонарушительную линию поведения, стиль жизни, на деятельность вместо отдельных актов поведения¹. Административная преюдиция – один из приемлемых каналов движения по этому пути. 6. Отказ от прошлой (советской) практики уже аукнется ростом рецидива и выглядит даже комично: исправившиеся лица, досрочно покидающие места лишения свободы, попадают под пенитенциарный присмотр, а закоренелые преступники никакому административному надзору не подлежат. Как следствие, Генеральная прокуратура возбуждает перед руководством страны вопрос о восстановлении и административной преюдиции, и административного надзора. Не странно ли, что *рецидив* или *внутренняя преюдиция* отрасли устоял при реформе уголовного законодательства, как прежде, так и теперь применяется для целей индивидуализации ответственности, а вот междисциплинарному регулятору отказано в этом? Почему же в годину высокопарных разговоров о гуманизме, правах и свободах личности эксплуатируются «знаки большей жестокости права» (рецидив как отягчающее наказание обстоятельство) и не применяются «знаки меньшей

¹ См. об этом наше: *Бойко А.И.* Преступное бездействие. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003, глава 6.

жестокости права»¹ (административная преюдиция)?

7. Человечество, а лучше сказать – власть, давно и нерешительно стоит перед болезненной проблемой учёта правовой осведомлённости преступника, перед возможностью официального включения юридических знаний индивида в структуру субъективной стороны преступления, а юридическая наука натужно ищет наиболее приемлемые варианты толкования презумпции правовой грамотности граждан². Дж. Флетчер, например, привлекает для разрешения названной проблемы представления естественно-правовой доктрины. «Теория правового государства, – говорит он, – строится на позитивном и негативном принципах. В соответствии с негативным принципом высшей целью правовой системы должна быть защита граждан от покушений на их права со стороны государства, которое постоянно навязывает им свою волю. Принцип разделения власти способствует обеспечению безопасности граждан от произвола государства. Негативный принцип законности исходит из правила *nulla poena sine lege* (нет наказания без упоминания о нём в законе). Правило это двусмысленно. Во-первых, в мире, где не существует единой морали, граждан следует предупреждать, какие из форм поведения противоречат уголовному праву. Конечно, граждане, как правило, знают, что является преступным действием, связанным с насилием и агрессией, но они могут не знать, являются ли нарушением закона супружеская измена, гомосексуализм, азартные игры или ложные показания полицейскому. Во-вторых, правило о предупреждении в законе служит ограничением для судей против проявления ими чрезвычайного усердия при принятии решений. Если судьи должны обосновывать свои решения, пользуясь терминологией действующего законодательства, разделяемого обществом в целом, то вероятность судебного произвола снижается»³. Прочитанный текст зарубежного маэстро как бы говорит о том, что приветствуются любые формы предупреждения населения о границах действия отрасли, а сама административная преюдиция и есть специализированный способ ознакомления с перспективой уголовной ответственности через административную ответственность за первичный акт общественно опасного поведения.

Сознание противоправности своего поведения лицом, как известно, в упрёк ему не ставится, находится за рамками вины с древнейших времен: *ignorantia legis neminem excusat* – незнание закона никого не извиняет. Вина в интеллектуальном отношении

¹ *Осип Иванович Горегляд* удачно именовал смягчающие вину обстоятельства «знаками меньшей жестокости права» и относил к ним случаи «воспрепятствования преступником худым последствиям преступления, старание виновного вознаградить нанесённый вред, раскаяние с представлением главного сообщника». – Опыт начертания Российского уголовного права. О преступлениях и наказаниях вообще. – СПб., 1815. – С. 89, 137.

² См. наши подробные рассуждения об этом в предыдущем томе исследования: *Бойко А.И.* Система и структура уголовного права: В 3-х т. Т. II: Системная среда уголовного права. – Ростов н/Д: Изд-во ЮФУ, 2007. – С. 96-108.

³ *Флетчер Дж., Наумов А.В.* Основные концепции современного уголовного права. – М.: Юрист, 1998. – С. 490.

связывается только с правильным пониманием фактов и общественной опасности (социальной значимости) поступка. Иначе нельзя: если законодатель обяжет юристов доказывать уровень правосознания преступников, ни один приговор не состоится. С другой стороны, презумпция правовой осведомленности правонарушителей, даже будучи вынужденной, власть не красит. В порядке нравственной реабилитации государство организует правовое воспитание, закрепляет в Конституциях правило об обязательном опубликовании законов, ограничивающих права и свободы граждан, приобщает последних к отправлению правосудия и прочих юридических дел в качестве своих официальных помощников, провозглашает и реализует гласность разбирательств правовых конфликтов. В число подобных мер закономерно входит (для сегодняшней России – входила, в прошлом) и административная преюдиция. Она есть официальное предостережение о недопустимости совершения преступлений, способ принудительного знакомства с уголовно-правовыми запретами, работающий канал передачи отраслевых знаний, будущее неопровержимое свидетельство знания противоправности своего поведения¹.

8. В подтверждение актуальности разговора о целесообразности этого вида межотраслевой преюдиции обсудим встречное движение – преюдициальное значение самой уголовно-правовой отрасли. Лишь один показательный пример: в новом ГПК РФ преюдициальное значение приговора, как ни странно, замалчивается, а обязательства гражданского арбитража, вытекающие из решений третейских (частных, договорных!) судов (ст. 423) и судов по делам с участием иностранных лиц (ст. 411) – пропагандируются. Жертва преступления вынуждена была долго ждать публичного удовлетворения в уголовно-процессуальном порядке, государство через приговор засвидетельствовало факт причинения ей вреда, но это обстоятельство вновь подлежит обсуждению – в другом суде и по полной гражданско-процессуальной программе, за счёт инициативы, усилий и средств потерпевшего-истца. Одно и то же лицо *дважды* доказывает в *государственных* судах *один и тот же факт* (причинения ему ущерба преступником), а власть не видит необходимости в каких-либо процессуальных упрощениях для рассмотрения иска потерпевшего в гражданском суде, хотя бы основанных на преюдиции.

9. Отменённая в 1996 году для целей уголовного права административная преюдиция есть классический, а потому наиболее известный и критически обсуждаемый вариант учёта позиции одной отрасли права в другой. Но преюдиция может являться и в других ипостасях: а) *общественная преюдиция* – впервые данный термин употребил С.Я. Булатов², чуть позже своеобразной формой повтор-

¹ Путём административной преюдиции власть заблаговременно предупреждает сегодня – пока административного правонарушителя, а завтра – потенциального преступника, об уголовно-правовом запрете и возможной уголовной ответственности. – См.: *Зелинский А.Ф.* О предупредительном и воспитательном значении норм советского уголовного права, С. 131.

² *Булатов С.* Основные черты Уголовного кодекса Казахской ССР // Учёные записки Казахского гос. ун-та им. С.М. Кирова, т. 49 (серия юридическая) вып. 6. – Алма-Ата, 1960. – С. 155.

ности объявил общественную преюдицию А.М. Яковлев¹, а почвой для формирования подобных настроений было советское уголовное законодательство, предусматривающее различные формы замены уголовной ответственности мерами общественного воздействия и воспитания. В частности, в ст. 52 УК РСФСР 1960 года было сказано: «на поруки не может быть передано лицо, которое ранее было осуждено за совершение умышленного преступления либо уже передавалось на поруки». Грубо говоря, факт предыдущей поблажки (применение мер общественного воздействия за малозначительное преступление) служил основанием для безвариантной уголовно-правовой расправы в случае повторного деликта той же категории. А.Г. Пшеничников понимал под общественной преюдицией «такое свойство применения мер общественного воздействия к лицу, совершившему определённый, установленный законом антиобщественный проступок, в силу которого совершённый в течение года этим лицом такой же проступок рассматривается законом как преступление, влекущее применение мер уголовного наказания»²; б) *международная преюдиция* – Н.Г. Иванов высказался за «необходимость законодательного закрепления преюдициального значения приговоров и других судебных решений, вынесенных за совершение преступления на территории иностранного государства»³; в) *судебная преюдиция* – пропагандируется проф. Н.Ф. Кузнецовой, которая предъявила российскому законодателю «претензии в несоблюдении аксиомы нормотворчества: если деяние не представляет большой общественной опасности и носит при этом относительно массовый характер, его не следует криминализировать, отдавая предпочтение другим отраслям права... Другой путь «оживления» не- или малодействующих уголовно-правовых норм – это установление в статьях судебной преюдиции...». Причины обращения к данному средству известны: «неопределённость границ между преступлениями и административными проступками», что «позволяет подменять волю законодателя правоприменительным усмотрением и, как правило, коррупционным путём» (1), а также игнорирование арбитражных решений (2). Действующий кодекс уже эксплуатирует данный приём: «в ч. 2 ст. 169 УК сказано, что уголовная ответственность за воспрепятствование законной предпринимательской деятельности наступает, «если деяние совершено в нарушение вступившего в силу судебного акта»⁴.

10. «Обратная сторона медали» или «административная преюдиция наоборот» предусматривалась УК РСФСР 1960 года в ст.

¹ Яковлев А.М. Квалификация повторных преступлений // Сов. юстиция. 1961. № 8. – С. 19.

² Пшеничников А.Г. Вопросы общественной преюдиции по советскому уголовному праву // «Вопросы государства и права»: Сборник трудов юрид. фак-та Казахского гос. ун-та им. С.М. Кирова. – Алма-Ата, 1963. – С. 263.

³ Иванов Н.Г. Некоторые вопросы проблемности уголовного законодательства России // Пять лет действия УК РФ: итоги и перспективы. Материалы II Международной научно-практической конференции, состоявшейся на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова 30-31 мая 2002 г. – М.: «ЛексЭст», 2003. – С. 27-28.

⁴ Кузнецова Н.Ф. Критерии эффективности уголовного закона // Пять лет действия УК РФ: итоги и перспективы, С. 38-39.

50¹, в соответствии с которой допускалось освобождение от уголовной ответственности с привлечением к административной ответственности лишь по делам о преступлениях, за которые законом устанавливалось наказание в виде лишения свободы до одного года либо более мягкая отраслевая кара. Налицо «*негативная уголовная преюдиция*». Эффект её был обратный: если позитивная административная преюдиция служила прологом для уголовного преследования повторных правонарушений, то негативная уголовная преюдиция, напротив, не препятствовала освобождению от уголовной ответственности по основаниям, предусмотренным ст. 50¹, и в тех случаях, когда уголовная ответственность предусматривалась за повторное или неоднократное совершение деяний, влекущих административную ответственность¹, а при совершении «счастливчиком» нового аналогичного преступления оно не могло рассматриваться в качестве обстоятельства, отягчающего ответственность или влияющего на квалификацию².

Сегодня законодательное решение о выведении административной преюдиции из арсенала уголовного права активно обсуждается в науке, причём не только российской, и в основном получает критическую прессу. Так, академик АПН Украины Ю.В. Баулин (Харьков) с огорчением говорил на конференции в МГУ: «в ситуациях, когда некоторые диспозиции статей КоАП и УК совпадают, возросла роль ч. 2 ст. 11 УК (Украины, аналог ч. 2 ст. 14 УК РФ – А.Б.) о малозначительности деяния. Поскольку Уголовный кодекс отказался от административной преюдиции, реальным отграничителем административного правонарушения от преступления является оценка правоприменителем степени общественной опасности совершённого деяния, что вряд ли является обоснованным (и достаточным – А.Б.)»³.

Настоящую программу реабилитации административной преюдиции предложил национальной юриспруденции проф. Н.И. Пикуров⁴, который отверг традиционные «грехи» данного метода, но обозначил главную причину или потребность его существования – «факт существования пограничных сфер регулирования» (с. 88). Конкуренцию на границе обычно выигрывает «административный метод регулирования общественных отношений (быстрота юридической реакции на правонарушение, экономный порядок разбирательства)», поскольку механизм уголовного-правового регулирования более тяжеловесен (с. 89). Нет слов: отказ от административной преюдиции позволил «освободить уголовное законодательство от малозначительных преступлений, подняв общую планку отграничения уголовно наказуемых деяний от прочих правонарушений. Вместе с тем, как представляется, законодатель

¹ Бюллетень Верховного Суда СССР. 1978. № 5. – С. 7.

² Бюллетень Верховного Суда СССР. 1978. № 5. – С. 10.

³ *Баулин Ю.В.* Десять уроков из первоначального опыта применения нового Уголовного кодекса Украины // Пять лет действия УК РФ: итоги и перспективы, С. 68.

⁴ *Пикуров Н.И.* Административная преюдиция в уголовном праве: возможна ли реабилитация? // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: материалы 4-й Международной научно-практической конференции. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – С. 88-93.

перенёс своё отрицательное отношение к этим составам на сам способ разграничения преступления и проступка, без достаточных оснований отвергнув рассматриваемый институт» (с. 89).

А далее следует целый веер оправданий и добросовестной рекламы административной преюдиции: а) «при административной преюдиции нет повторного осуждения, поскольку за первое правонарушение лицо привлекается не к уголовной, а к административной ответственности. Основанием же уголовной ответственности здесь является деяние со сложным составом» (с. 90); б) «различие между преступлением и проступком условно, оно зависит от многих меняющихся обстоятельств. У законодателя нет инструмента такой точности, которая позволяла бы провести чёткую границу между ними. Указанное обстоятельство не только даёт основание, но и диктует необходимость использования юридического буфера, позволяющего обеспечить справедливый переход от административных мер принуждения к уголовному наказанию. Эту роль может выполнить (только, как раз – А.Б.) административная преюдиция» (с. 90); в) «административная преюдиция – это особая форма взаимосвязи уголовного и административного права, которая представляет собой предусмотренный законом способ коррекции границы между преступлением и проступком применительно к конкретному деянию, представляющему собой систему однородных действий, причиняющих совокупный вред одним и тем же общественным отношениям. Каждое из этих действий в отдельности оценивается как административное правонарушение, но в своём единстве они образуют деяние качественно иного характера – преступление» (с. 91); г) «угроза уголовного наказания вносит свой вклад в предупреждение совершения (нового, очередного – А.Б.) административного проступка ещё до того, как совершено последнее правонарушение» (с. 91); д) «лицо, подвергнутое административно-правовому взысканию, более предметно представляет себе юридические последствия повторного совершения деяния. Оно официально предупреждено о возможности применения конкретной статьи УК РФ, с конкретной санкцией. Таким образом, административная преюдиция позволяет экономить меры уголовной репрессии, является эффективной формой предупреждения преступлений. Особенно важное значение имеет она для соблюдения принципа субъективного вменения в тех случаях, когда административные акты, нарушение которых является условием уголовной наказуемости, не известны гражданину, привлекаемому к уголовной ответственности» (с. 91); е) «с помощью административной преюдиции можно было бы решить и другие проблемы уголовной ответственности, в частности, противоречие между необходимостью криминализации деяния определённого вида и невозможностью осуществить это решение в силу высокого уровня распространения такого нарушения. Например, трудно осуществима в настоящее время идея ввести уголовную ответственность за управление транспортным средством в состоянии опьянения... Если масса таких нарушений особенно велика, можно использовать уже известную уголовному закону норму с двойной преюдицией, оставив в сфере действия уголовного закона лишь

второй или третий факт нарушения» (с. 92); ж) «конструирование уголовно-правовых норм с административной преюдицией, установление уголовной ответственности за неоднократные проступки являются объективно необходимой формой взаимосвязи норм уголовного и административного права... соединения наиболее работоспособных элементов отраслевых механизмов правового регулирования» (с. 93); з) в общем, следует «вернуть административную преюдицию в уголовное право» (с. 93).

Н.Ф. Кузнецова в последней своей монографии пишет о том желаемом состоянии, чтобы «повторное совершение в течение года нового уголовного проступка (или двух) имело бы преюдициальное значение для квалификации их уже как преступления. Такой вариант привел бы одновременно и к сокращению квалификационных ошибок, и к гуманизации уголовной ответственности. Можно лишь сожалеть, что он не был реализован из-за сопротивления группы разработчиков проекта УК РФ 1994 г., которые провозглашают себя либералами...»¹.

Вывод из приведённых позиций и размышлений напрашивается сам собой и в очевидной форме: состоявшееся в 1996 году решение об отказе от административной преюдиции оставляет почву для сомнений и противоречит современным тенденциям в развитии науки и управленческой практики. Доктрина должна вернуться к обсуждению вопроса о целесообразности и пределах использования межотраслевых преюдиций – на благо юриспруденции и для усиления социально-нравственной основы уголовно-правовых запретов. Мы – за возврат административной преюдиции в арсенал борьбы с преступностью.

Резюме главы

Таким образом, уголовное право – самостоятельный раздел национальной юриспруденции со статусом материнской отрасли; оно испытывает юридическое давление извне (Конституция, союзительные отрасли права), но и формирует директивы для всего (отдельного) комплекса норм охранительной подсистемы. Сфера осознания, выработки и применения правил по борьбе с преступностью демонстрирует приспособляемость всех криминальных отраслей к внешней среде на всех уровнях своего бытия (право – закон – наука – практика), но наиболее сложные формы и трудную постигаемость демонстрируют гомеостатические процессы именно на уровне уголовного права. Самые болезненные участки представлений об уголовном праве (о его самостоятельности, функциях, особенностях) отраслевика должны обращать в позитив, рассматривать как проявление системности уголовного права, его движения к самостоятельности и устойчивой идентификации в качестве обособленного, цельного объекта. Прогресс отрасли нуж-

¹ Кузнецова Н.Ф. Проблемы квалификации преступлений: Лекции по спецкурсу «Основы квалификации преступлений» / Науч. ред. и предисл. академика В.Н. Кудрявцева. – М.: Издательский Дом «Городец». 2007. – С. 37.

но усматривать не в её жёстком отграничении от смежных нормативных массивов, не в боязни отступлений от автономности¹, а в извлечении максимальной пользы от согласованного межотраслевого наступления на преступность. Наука уголовного права обязана выработать для этого соответствующий инструментарий. А наши итоговые соображения по настоящей главе таковы:

1. Минимальный уровень системного обозрения отрасли – расквартирование её в ближайшей (юридической) среде, в рамках так называемой правовой системы общества.

2. Многоуровневая зависимость и обеспечительное (по отношению к другим отраслям) предназначение уголовного права закономерно порождает сомнения и дискуссии по поводу его самостоятельности. Однако 1) тысячелетняя эксплуатация специальных правил по борьбе с преступностью с последующей, после овладения человечеством письменностью, консолидацией их в отдельных нормативных актах плюс 2) приложение к уголовному праву общеправовых критериев отраслевой самостоятельности (предмет, метод, кодифицированный акт) позволяют утверждать, что уголовное право – это самостоятельная, относительно обособленная, равноправная и связанная с другими юридическими сегментами отрасль.

3. Анализ доктринальных взглядов убеждает, что научный мир «приговаривает» уголовное право к сотрудничеству с другими отраслями, ибо оно не способно решить своих проблем и задач в одиночку. Всё в праве – относительно, в том числе эффект обособления; у отдельных отраслей нет и не может быть абсолютной автономности; напротив, все они, включая уголовное, запрограммированы на контакты с другими юридическими анклавами, реализуя через них и с их помощью своё социальное (управленческое) предназначение.

4. Взаимосвязь и взаимообусловленность юридических отраслей не препятствует их блокированию в различные (чаще – предметные) союзы, их ранжира и правил субординации между ними. Уголовное право – не просто один из рядовых разделов российской правовой системы, но материнская отрасль для процедурной и пенитенциарной отраслей, также задействованных на фронте борьбы с преступностью. Его управленческое превосходство объясняется чисто технологическими причинами, базируясь на логике очередности: вначале общество и власть определяются с понятием и видами преступлений и наказаний, а лишь затем – с порядком преследования деликтов и режимами отбывания наказаний.

5. Многовековое давление одних и тех же компонентов внешней среды, практически не меняющиеся социальные задачи и

¹ Вот пример отраслевого затворничества или дисциплинарной фобии: «принятие комплексных кодексов и законов, включающих систему норм разной отраслевой принадлежности, – пишет *Т.В. Кленова*, – способствовало бы рассогласованности Общей и Особенной частей уголовного законодательства, осложнило бы правоприменительную практику». – Особенности законодательного выражения уголовно-правовых норм в условиях кодификации и текущего правотворчества // Современные тенденции развития уголовной политики и уголовного законодательства. – М.: ИПП РАН, 1994. – С. 28.

принцип разделения труда сообщили уголовному праву несколько ярких специфических черт, наиболее значимыми из которых являются: публичность, карательный (а не восстановительный) характер, зеркальный вид (ставка на запреты, а не на стандарты положительного поведения), супернормативность (источник отрасли – только закон и в единственном экземпляре) и бланкетность.

6. Наиболее распространённый и сложный одновременно способ привязки уголовного права к окружающей его юридической среде – бланкетность. Она есть стратегический канал развития отрасли и её визитная карточка.

7. Уголовное право в наибольшей степени связано и даже конкурирует с другой классической деликтной отраслью – административным правом, а важнейшим средством межотраслевого регулирования на дисциплинарной границе могла бы быть (прежде была) административная преюдиция. Она есть упредительный приём гашения коллизий. Преюдиция – более эластичный, чем прецедент, вариант сглаживания противоречий между правом и жизнью, ибо она верифицирует факты, но не закон. Административная преюдиция как буферное средство для буферной же зоны, как шадящий способ перехода от одной формы юридической ответственности к другой, да ещё и при условии предварительного знакомства виновного с уголовной противоправностью своего потенциального криминального поступка должна быть возвращена в закон и в практику борьбы с преступностью и делинквентным поведением.

Глава III. Проблема источников уголовного права и культура толкования УК

*Потеря в правильности и корректности
(законодательной – А.Б.) мысли уравнивается
практической применимостью её.*

Р. Иеринг

Весьма правдоподобно предположение, что чёткость, полнота и оптимальность властных решений и научных представлений об источниках права имеет важнейшее значение в деле управления населением. Выверенная и справедливая нормативная основа жизни людей на ограниченной территории, в пределах государственных границ, континентов и регионов, или в масштабах всей Земли (к созданию чего мы постепенно приближаемся) создаёт почву для производительного труда, репродукции человечества, эстетики макросоциального и межличностного общения, расцвета отдельно взятой личности. Определённость в вопросах о том, на основании каких общих установлений организуется совместная жизнь, сколько их, какова их соотносительная сила (иерархия) и где с ними можно познакомиться, позволяет человеку планировать свои поступки, надеяться на встречное типовое поведение других лиц (контрагентов по общежитию), выбирать наиболее результативные варианты достижения своих целей и удовлетворения своих интересов, быстро отыскивать легальные (общепризнанные, пользующиеся массовым спросом и поддержкой властей) способы преодоления противоречий и эксцессов. Порядок (системность, полнота) в источниках права нужен и власти – для грамотного правотворчества и оперативного, но спокойного управления. В общем, как писали

К. Маркс и Ф. Энгельс в «Немецкой идеологии», «помимо того, что господствующие... индивиды должны конституировать свою силу в виде *государства*, они должны придать своей воле, обусловленной этими определёнными отношениями, всеобщее выражение в виде государственной воли, в виде закона, – выражение, содержание которого всегда даётся отношениями этого класса»¹.

О значимости правовых источников хорошо написал и проф. В.М. Баранов: а) «формы (источники) права имеют исключительно большое значение для укрепления законности в правовом государстве»; б) «сфера действия права не терпит пустоты. Если вовремя не появляется адекватная регулируемой деятельности форма права, то появляются любые другие (менее результативные либо негодные – А.Б.) формы»; в) «удачно найденная форма способна сделать правовое содержание эффективно-действующим. Неадекватная конкретному правовому содержанию форма в состоянии сделать юридическую норму «мёртвой»².

Добавим к сказанному, что в области уголовного права давно декларируемое в теории ограничение круга источников с 1996 года официально поддержано властью и доведено практически до абсолюта: ныне «преступность деяния, а также его наказуемость и иные уголовно-правовые последствия определяются только настоящим Кодексом» (ч. 1 ст. 3 УК РФ). Если для целей правоприменения закон – единственный источник, то сам кодекс вследствие данной установки ожидается системно адсорбным, учитывающим прошлое, настоящее и будущее, внутригосударственное право и международные директивы по борьбе с преступностью, а его создатель (парламент) необычайно мудрым. Так ли это и готовит ли отраслевая наука теоретическую почву для подобного состояния дел? Нет, отвечает проф. А.Э. Жалинский: «в систематических работах по уголовному праву (учебники, курсы, пособия, комментарии к УК РФ и пр.) проблема источников уголовного права исчерпывается обращением к анализу только уголовного закона и в относительно редких случаях – соображениями о восполнении его пробелов». Ещё хуже, что «в уголовном праве неполно используются достижения общей теории права, в которой проблеме источников права уделяется гораздо большее внимание». Между тем, по мнению цитируемого авторитета нашей отрасли, «теория источников уголовного права должна... стать одной из трёх составных частей Общей части уголовного права наряду с теорией преступления и теорией мер уголовно-правового характера или теорией уголовной ответственности». В назидание коллегам сообщается превентивная информация, согласно которой «в некоторых странах даже простое игнорирование анализа всех соотносимых со случаем источников права признаётся демонстрационным признаком наказуемого бездействия»³.

¹ Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., т. 3. – С. 322.

² Баранов В.М. Формы (источники) права // Общая теория права: Курс лекций / Под общей ред. проф. В.К. Бабаева. Часть II. – Н. Новгород: НГВШ МВД РФ, 1993. – С. 260, 262.

³ Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. С. 287-288, 289, 293.

Разделяя лишь частично приведённую критическую оценку состояния науки в обсуждаемом фрагменте, признаем тем не менее высокую значимость теоретического багажа для выработки оптимального круга источников в целях организации внятного и приемлемого населением уголовного преследования. Это соображение как бы обязывает нас обсудить представления об источниках 1) в рамках общей юриспруденции, 2) в теории уголовного права и 3) в международном правоведении, поскольку действующий в России Уголовный кодекс основывается и «на общепризнанных принципах и нормах международного права» (ч. 2 ст. 1 УК). И начнём с последнего сектора знаний.

§ 1. *Современные представления об источниках права.*

I. Трактовка источников в международном праве. Сразу скажем, что обычный предметный (и последовательный) анализ отдельных источников МУПа¹ нуждается в предварительном разговоре об общих вещах. Давно замечены трудности, лишь с осмыслением и (по возможности) преодолением которых достигнута ясность в понимании данной проблемы и/или выработка дельных соображений по наведению гармонии в этом секторе международной жизни. А таких трудностей или проблем несколько.

1. На планетарном уровне нет единого правотворческого института, основным назначением и безусловной прерогативой которого была бы разработка и принятие общеобязательных правил жизни для всех землян. Можно, конечно и легко, предположить, что на роль мирового парламента претендует Организация Объединённых Наций. Для проверки этой смелой презумпции обратимся к самому надёжному источнику – Уставу ООН, подписанному 26 июня 1945 года в г. Сан-Франциско на конференции Объединённых Наций и вступившему в силу 24 октября того же года. Вот содержание базовых статей Устава ООН: а) *ООН целиком* – преследует цели поддержки международного мира и безопасности, развития дружественных отношений между нациями, осуществления сотрудничества в разрешении международных проблем, по своему предназначению должна быть центром согласования действий наций (ст. 1), а равно обязана содействовать повышению уровня жизни и социально-экономическому прогрессу, разрешению международных проблем и всеобщему уважению и соблюдению прав и свобод человека (ст. 55); б) *Генеральная Ассамблея ООН* – уполномочивается по Уставу обсуждать любые вопросы, делать рекомендации, рассматривать общие принципы, а равно организует разнообразные исследования мировых проблем и делает рекомендации по их результатам, в том числе по мирному улаживанию ситуаций (глава IV, ст.ст. 10, 11, 13, 14); в) *Экономический и Социальный Совет (ЭКОСОС)* – уполномочивается по Уставу предпринимать исследования и составлять доклады по международным вопросам в различных областях с представлением соответствующих рекомен-

¹ МУП – международное уголовное право (наша аббревиатура в целях экономии текста).

даций ГА ООН, а равно подготавливать проекты конвенций и со­зывать международные конференции (ст. 62). Вывод однозначен: пока человечество не имеет мирового парламента, традиционной и основной функцией которого было бы изготовление космополитических стандартов по борьбе с преступностью.

2. Четкости юридических представлений о системе источников международного (уголовного) права объективно препятствует и отсутствие отлаженных механизмов кодификации (уже существующих) мировых правил. Это – факт, о котором говорят и пишут все. Естественно, что предпринимаются попытки найти причины создавшемуся положению. Так, С.С. Беляев главное препятствие для кодификации международно-правовых норм по борьбе с преступностью видит в живучей идее государственного суверенитета¹. Проф. Ю.А. Тихомиров справедливо отмечает «отставание» криминалистов мира в систематизации своих установлений и подчеркивает, что кодификация международного частного права случилась давно, в 1928 году, когда была подписана Конвенция о международном частном праве, «приложением к которой был Кодекс Бустаманте – Кодекс МЧП»².

А вот публичным предписаниям действительно «не везёт»: сегодня каждый просвещенный человек знает, что ООН ещё в 1946 году поставила задачу кодификации международных преступлений и создания международного суда, да дело движется медленно. Чуть позже, в 1947 году ООН образовала Комиссию по международному праву (КМП) и обязала ее, во-первых, сформулировать принципы международного права, а, во-вторых, разработать проект Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества³. Первые итоги деятельности КМП появились в 1954 году, когда заказчику (ГА ООН) был представлен проект Кодекса. Однако быстро обнаружилось сильное препятствие для ожидаемых международных договоренностей – трактовка понятия «агрессии»; в эпоху противоборства двух социально-политических систем, да и поныне, консенсус в этом болезненном вопросе для национальных правительств и региональных блоков очень труден. В итоге юристы-международники ждали еще 20 лет, а именно принятия в 1974 году специальной резолюцией ГА ООН международной трактовки агрессии, после чего аналитические и переговорные контакты возобновились. Наконец, в 1991 году КМП официально передала Генеральному Секретарю ООН согласованный проект Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества.

¹ *Беляев С.С.* Конституция Российской Федерации и международное уголовное право // Вестник МГУ. Серия 11. Право. 1995. № 3. – С. 67. Справедливости ради заметим, что цитируемая статья написана до принятия действующего УК РФ, который, как известно, кодифицировал международные преступления хотя бы на национальном уровне.

² *Тихомиров Ю.А.* Право: национальное, международное, сравнительное // Государство и право. 1999. № 8. – С. 9.

³ О подробностях этой трудной, многоэпизодной и медленной работы хорошо повествует в своих комментариях к появившемуся наконец-то проекту руководитель Международной ассоциации уголовного права, проф. *Ш. Бассиони*. – Commentaries on the draft Code of crimes against the peace and security of mankind. – Paris, 1991.

Можно предположить, что с принятием в 1998 году Римского статута Международного уголовного суда, содержащего и Общие принципы уголовного права (часть 3), и перечень «самых серьезных преступлений, вызывающих озабоченность всего международного сообщества» (геноцид, преступления против человечности, военные преступления и агрессия), кодификационные настроения усилятся.

3. Нужно понимать и помнить, что консолидированные в МУПе мысли о юридической базе борьбы с международной преступностью сформировались из национальных доктрин, отличающихся друг от друга по списку источников права и их иерархии, а именно: предпочтение писаному или прецедентному праву; отнесение аналогии, обычая, общих правовых принципов и научных мнений к числу фактов, на которые позволительно ссылаться правоприменительным инстанциям при постановлении приговоров. Alias, эклектика или алогичности, вынужденный и уязвимый по традиционным юридическим меркам консенсус правовых систем мира на данной ступени развития МУПа неизбежен. В той же степени, при отсутствии казуистичного уголовного закона (что имеет место на сегодняшний день, несмотря на провозглашение принципов *nullum crimen sine lege* и *nulla poena sine lege*, а равно на запрет аналогии по статьям 22 и 23 Римского статута МУСа), неизбежна большая свобода усмотрения международных правоохранительных инстанций и сравнительно высокая цена толкования (предположительно – выдающихся учёных в области международного права).

4. В космополитических актах по борьбе с преступностью сегодня одновременно присутствуют и материально-правовые, и процессуальные, и судоустройственные нормы, и, даже, директивы по исполнительному производству. Такая компоновка «уголовного» закона непривычна для современного юриста. Возьмём тот же Римский статут и увидим, что в нём содержатся: учредительные сведения, положения о юрисдикции МУСа, классификация и перечень преступлений, входящих в компетенцию МУСа, подробные процессуальные регламенты (приемлемость дел, статус Прокурора, расследование и судебное разбирательство, процедуры обжалования и пересмотра процессуальных решений), нормы о международном сотрудничестве и судебной помощи, общие принципы уголовной ответственности за международные преступления, меры наказания и их исполнение. Это – нормальная, а лучше – естественная практика с точки зрения генезиса МУПа; она есть свидетельству медленной кристаллизации и приращения общих правил, намека на последующую дифференциацию юридических нормативов на отрасли. В этом смысле МУПу предписано проходить тот же путь, который уже преодолело национальное право: впереди образование международного уголовно-процессуального и уголовно-исполнительного кодексов, т.е. передача в самостоятельное, покоящееся на внутриотраслевых находках и достижениях, управление процессуальных и санкционно-исполнительных вопросов; впереди увеличение числа собственных общих правил и принципов до такого

объема, когда становится неизбежным выделение и структурное обособление Общей части¹.

5. Значительная часть международных стандартов по борьбе с преступностью в момент их объявления привычной для юристов общеобязательностью не обладают, формально они имеют лишь рекомендательный характер, что явствует уже из названия этих источников. В первую очередь здесь следует упомянуть рекомендации самой ООН. Однако титульность обманывать не должна; никто не делает кислого расчёта на то, что применение данных актов базируется лишь на благоволении обязанных субъектов, то есть национальных правительств. Во-первых, ст. 56 Устава ООН предписывает государствам планеты тщательно и добросовестно следовать подобным рекомендациям. Во-вторых, как утверждает бывший мировой лидер Б. Бутрос-Гали, нормы ООН в области прав человека, например, внешне имеют форму рекомендаций, но сразу же приобретают такой авторитет, что большинство специалистов и государственных деятелей считают их общеобязательными, вводящими или подкрепляющими нормы международного обычного права². Рекомендации ООН образуют тот благотворный политический, интеллектуальный и нравственный фон, по которому национальные власти создают и проверяют свое внутреннее законодательство на предмет его соответствия международным стандартам.

Приложим добытые истины к источникам МУПа. Их огромное количество (по видам и фактическим единицам), их существенное различие по юридической силе (в понимании дипломатов, теоретиков международного права, руководителей государств и международных организаций), слабая вероятность их скорой кодификации и пр. обстоятельства понуждают специалистов искать своеобразную точку отсчёта. В качестве таковой традиционно рассматривается Устав Международного Суда, в ст. 38 которого прописано следующее:

«1. Суд, функцией которого является решение переданных ему споров на основании международного права, применяет:

а) международные конвенции, общие или специальные, устанавливающие правила, определенно признанные спорящими государствами;

б) международные обычаи, как свидетельства всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы;

в) общие принципы права, признанные цивилизованными нациями;

¹ Как подчёркивалось нами ранее, Общая часть, появившаяся исторически позднее конкретных запретов, стремительно увеличивает объём и значимость. Она выделилась из массива властных требований посредством постепенного выведения за скобки наглядно повторяющихся от случая к случаю обстоятельств: возраст, вина, групповые посягательства, неоконченные преступные акты и т.д. Плавная деструктуризация уголовного права в пользу Общей части позволяет сделать текст кодексов более лаконичным, освободить его от повторяющихся общих условий преследования, оговорив их лишь однажды, в Общей части. – Уголовное право. Общая часть: Учебник / Под ред. В.Н. Петрашева. – М.: «Издательство ПРИОР», 1999. – С. 9-10.

² *Бутрос-Гали Б.* Организация Объединённых Наций и права человека. – М., 1995. – С. 11.

г) судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов, представителей разных наций, как дополнительное средство определения законов.

2. Это положение не ограничивает права Суда разрешать дело *ex aequo et bono*, если стороны согласны на это».

К сожалению, в статье нет специальной оговорки о внутренней иерархии указанных в ней источников для реального правоприменения; потому, в случае возникновения коллизий между ними, следует исходить из простейшего – из последовательности перечисления источников МУПа по тексту. То есть договоры имеют безусловный приоритет, международные обычаи важнее правовых принципов, а последние «побеждают» в споре находки судебной практики и доктринальные мнения. Заметим одновременно, что список юридических основ международного правосудия далеко не полон и не имеет закрытого характера; чего стоит лишь оговорка в п. 2 ст. 38 Устава, позволяющая вершить суд не по формальному праву, а по неуловимой справедливости и почти ненормированной доброй совести. Будем помнить и о том, что правотворческие и кодификационные усилия мирового сообщества продолжаются.

II. Учение об источниках права в общей юриспруденции. При таких условиях или трудностях закономерно обращение к отечественной правовой доктрине, к её толкованию источников права. Для этого, как и принято у юристов, вначале откроем профессиональный словарь и прочтём, что «источники права – акты компетентных гос. органов, устанавливающие или санкционирующие нормы права; внешние формы выражения правотворческой деятельности гос-ва, с помощью к-рой воля законодателя становится обязательной для исполнения»¹.

Итак, источник права есть продукт правотворческой деятельности власти и одновременно особая (письменная) форма выражения и передачи идущих от власти общих правил жизни к потребителю, то есть обществу. Термин «источник права» откровенно коллидирует и даже опирается на известную философскую категорию «форма», дихотомичную пару для которой составляет «содержание», а не «источник». Впечатление логической некорректности (определение источника права через его форму) лишь усиливается, если мы обратимся к этимологическим корням русского языка. Первособиратель национального словаря сообщает, что источник – «всякое начало или основание, корень и причина, исход, исходная точка, запал или сила, из которой что-то истекает и рождается, происходит»². Современные толкователи русских слов придерживаются приблизительно тех же взглядов: источник – «то, что даёт начало чему-н., откуда исходит что-н.», а форма – «способ существования содержания, внешнее очертание, видимость, установленный образец, очертания»³.

¹ Юридический энциклопедический словарь. – М.: «Советская энциклопедия». 1984. – С. 133 (А.С. Пиголкин).

² Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка: в 4-х томах. – М., 1999, т. 2. – С. 59.

³ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка: 72500 слов и 7500 фразеологических выражений. – М.: Азъ, 1993. – С. 261, 887-888.

Теперь – черед юристов. А.Г. Братко и Н.Л. Гранат утверждают, что «терминологические споры отнюдь не всегда схоластические. Одни учёные называют нормативные правовые акты, обычаи, прецеденты формами права, другие – источниками. Но разные определения одних и тех же явлений только подчёркивают многообразие проявления их сущности. Поэтому можно использовать как то, так и другое понятие, уяснив предварительно содержание каждого»¹. Ну что же, последуем этому совету и совершим краткую экскурсию по страницам юридических изданий.

XIX век. Л.И. Петражицкий в полном согласии со своей научной концепцией трактовал источник права как представления индивида, которые способны вызвать в его психике соответствующую поведенческую реакцию на позитивное право². Ещё Е.Н. Трубецкой призывал «различать две основные формы позитивного права – *закон и обычай*» и несколько «побочных» (административные распоряжения, судебная практика и право юристов), но тут же оговаривался, что «перечисленные формы права нередко называются также источниками права». Его мнение о содержании этих понятий было следующим: «под источниками права следует понимать... вовсе не те причины, которые так или иначе влияют на *содержание* правовых норм, а только те именно причины или силы, которые сообщают тем или другим правилам значение правовых норм, т.е. обусловливают собой их *обязательность*». И далее: «первоначальным источником позитивного права является тот или другой авторитет, устанавливающий правовые нормы: закон, обычай и прецедент заслуживают название источников права лишь в качестве *способов проявления* общественного авторитета». Е.Н. Трубецкой рекомендовал различать собственно источники права и источники правоведения или источники наших знаний о действующем праве. Вот его запоминающийся пассаж: «закон у нас в России имеет обязательную силу не потому, что он помещён в Своде Законов, а потому, что он издан законодательной властью. Стало быть, Свод Законов ни в каком случае не есть источник права, а только источник нашего познания о праве, следовательно, – источник правоведения»³. От Н.М. Коркунова узнаём, что в самом общем смысле источник права есть субъективный разум человека⁴. В его книге содержится весьма показательный раздел под названием «Определение права по источнику», в котором безапелляционно утверждается, будто «определения юридических норм по их источнику более объективны, нежели определения по содержанию», а в итоге предложена классификация источников права на два разряда – «как нормы, устанавливаемые органами государственной власти», и как «общество в целом»⁵.

¹ Общая теория государства и права: Учебник / Под ред. В.В. Лазарева. – М.: Юрист, 1994. – С. 115.

² *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. – СПб., 2000. – С. 413-414.

³ *Трубецкой Е.Н.* Энциклопедия права. – СПб.: Издательство «Лань», 1998. – С. 96-99.

⁴ *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – С. 343-345.

⁵ *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права. – СПб., 1898. – С. 62.

Базовые направления и тон дискуссии заданы. Длительные споры о содержании и соотношении понятий форма и источник права спровоцированы и несколько раз вслыхивали в советскую эпоху, особенно же – в 60-80 гг. Стали вноситься предложения, «чтобы термин «источник права» применялся в его общеупотребительном или филологическом смысле, а не в качестве специального термина. То понятие, которое связано со специальным термином «источник права», предлагалось определять как «форму права», «форму выражения правовой нормы», «внешнюю форму права»¹. Первый вариант не отвергается, но считается менее удачным. Вот как писал об этом А.Ф. Шебанов: в использовании термина «источник права» («в формальном смысле») нет чего-либо порочного, как специальный термин юриспруденции он допустим и не упречен. Однако более предпочтительно слово «форма права»².

С тех пор данные представления остаются в силе. Вот одно из подобных, уточнённых обоснований: «применительно к отрасли права термин «источник» представляется не совсем адекватным, поскольку указывает на наличие какого-то движения, в то время как правовая норма... в основном воздействует на фактически сложившиеся отношения в их статике. Поэтому было бы правильнее, сохранив наименование «источник» применительно к науке..., аналогичный объект применительно к отрасли именовать «формой права»³. На взгляд А.Э. Жалинского, «употребление понятия источника в широком смысле как того, что порождает право, вызвано недоразумением, пусть не только в российской правовой доктрине. В соответствии с привычным обозначением того, что порождает иное явление или влияет на него, лучше говорить о факторах, детерминантах, движущих силах, условиях, процессах становления, происхождения и т.п.»⁴.

Но у термина «источник права» могут быть и другие контексты. С.Ф. Кечекьян, в частности, первым заговорил о необходимости использовать данный термин для описания способа придания государственным требованиям свойства общеобязательности⁵. Примерно в это же время творил другой известный авторитет советской науки Н.Г. Александров; в его представлении источник права в первую очередь есть «вид деятельности государства, заключающийся в установлении юридических норм», а именно за-

¹ Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Том 1: Основные институты и понятия. – М.: Юрид. литература, 1970. – С. 580. Здесь же приводятся ссылки на литературные источники той поры: *Иоффе О.С., Шаргородский М.Д.* Вопросы теории права. – М.: Госюриздат, 1961. – С. 134; *Кечекьян С.Ф.* О понятии источника права // Ученые записки МГУ. 1946. Вып. 116. Кн. 2; *Шебанов А.Ф.* О содержании и формах права // Правоведение. 1964. № 2. – С. 19.

² *Шебанов А.Ф.* Форма советского права. – М.: Юрид. литература, 19968. – С. 41-42.

³ *Мухачев И.В.* Актуальные проблемы гомеостаза российской правовой системы: Монография / Под ред. В.П. Сальникова. – СПб.: СПб университет МВД России, 2000. – С. 148.

⁴ *Жалинский А.Э.* Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ, С. 289.

⁵ *Кечекьян С.Ф.* О понятии источника права, С. 4.

конотворчество, судебная и административная практика¹. Чуть позже С.Ф. Кечекьяна поддержал П.Е. Недбайло: он отмечал, что без внешней объективизации, без юридической оболочки правовая норма существовать не может и потому не станет инструментом управления, не будет доведена до потребителя². Он же предложил уточнение: источник права как способ оформления юридических предписаний понимается тем самым «в формальном (юридическом) смысле».

Аналогичного взгляда придерживался и Д.А. Керимов³. А.Ф. Шебанов, не отрицая допустимости использовать термин «источник права», всё же отдавал предпочтение словам «форма права»⁴. С.Л. Зивс, посвятивший данной проблеме солидное исследование, в итоге предложил компромиссный вариант – «источник норм права». Вот его аргументация: «подобное уточнение могло бы избавить нас от эвентуального рецидива полемики о «двойственном» понятии источника права: наряду с формальным также и в материальном смысле». И далее: «мы предпочли бы замену понятия «источник права в материальном смысле» более точной характеристикой совокупности факторов, определяющих содержание права данного общества»⁵.

Авторы проблемного и очень интересного учебника, подготовленного в Свердловском юридическом институте, также обсуждали пути разрешения данного лексического неудобства (возникшего в связи с тем, что источником права стали называть не только его внешнюю форму, но и предпосылки, субъектов, организацию правотворчества), в том числе посредством замены термина «источник права» на «форму права». Этот вариант был найден приемлемым, ибо рекомендуемый новояз также многозначен, а словосочетание «источник права» уже прижилося в науке. Выход свердловчане увидели в другом: если «для обозначения форм выражения правовых норм целесообразно использовать термин «источник норм права» (С.Л. Зивс), тогда «источником права» можно обозначать социальные условия и предпосылки права, а «юридическим источником» (Р.О. Халфина) – правотворческое решение компетентного органа о принятии, изменении или отмене нормативного правового акта, правовых норм»⁶.

Наиболее известные участники дискуссии – отечественный авторитет общего правоправедения⁷ и специалист именно в области учения об источниках права⁸ согласованно утверждали, что объ-

¹ Александров Н.Г. Понятие источника права: Учен. труды ВИЮН, вып. VIII. – М., 1946. – С. 53.

² Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. – М.: Госюриздат, 1960. – С. 34.

³ Керимов Д.А. Философские проблемы права. – М.: Мысль, 1972. – С. 226.

⁴ Шебанов А.Ф. Форма советского права. – М.: Юрид. литература, 1968. – С. 41-42.

⁵ Зивс С.Л. Источники права. – М.: Наука, 1981. – С. 22.

⁶ Проблемы теории государства и права: Учебник / Под ред. С.С. Алексеева. – М.: Юрид. литература, 1987. – С. 328.

⁷ Алексеев С.С. Общая теория права: в 2-х томах. Том 1. – М.: Юрид. литература, 1981. – С. 314-316.

⁸ Имеется в виду проф. А.В. Мицкевич. – См.: Правотворчество в СССР / Под ред. А.В. Мицкевича. – М.: Юрид. литература, 1974. – С. 44.

ективированный в документальном виде акт правотворчества является юридическим источником соответствующих правовых норм и одновременно формой их официального бытия, существования.

Проф. А.И. Коваленко разумел под источником права «способ воплощения юридических норм, выражающих государственную волю господствующего класса или всего общества»¹. Способами закрепления и выражения правовых норм именуется источник права и В.Н. Хропанюк, но он идет дальше, все-таки отождествляя это понятие со специальным термином, который обычно употребляется для обозначения внешних форм выражения юридических норм². В представлении А.В. Малько нужно различать понятия «форма права» и «источник права», разумея под первым термином «способ выражения во вне государственной воли, юридических правил поведения», а источник права есть средоточие 3-х факторов: а) материальных условий жизни общества (источник в материальном смысле); б) правосознания и правовых учений (источник в идеологическом смысле); в) собственно формы права (источник в формально-юридическом смысле)³. Для многих специалистов общей юриспруденции термины «источник» и «форма» права рассматриваются как синонимы, поскольку в публикациях одно слово следует за другим в скобках. В частности, М.И. Байтин под формой (источником) права понимает «определённые способы (приёмы, средства) выражения государственной воли общества»⁴, а для А.В. Мицкевича юридическими источниками или формами права выглядят «официальные формы выражения и закрепления (изменения или отмены) правовых норм, действующих в данном государстве»⁵.

В общем можно согласиться с мнением И.А. Иванникова, что итогом дискуссии 60-80-х годов стало неприятие призыва о замене понятия «источник права» на понятие «форма права» (предложение С.Л. Зивса и А.Ф. Щербакова); большинство правоведов склонилось к мнению С.А. Голунского, С.Ф. Кечекьяна и М.С. Строговича, пропагандировавших термин «юридический (формальный) источник права». Однако, констатирует южнороссийский ученый, «в отечественной юридической науке до настоящего времени отсутствует общепринятое понятие «источник права»⁶. Это обстоятельство провоцирует дальнейшие искания истины и

¹ Коваленко А.И. Общая теория государства и права (в вопросах и ответах): Учебное пособие. – М.: ТЕИС, 1996. – С. 41.

² Хропанюк В.Н. Теория государства и права: Учебное пособие для вузов. – М.: «Дабатов, Ткачев, Димов», 1995. – С. 184.

³ Малько А.В. Теория государства и права в вопросах и ответах: Учебно-методическое пособие. – М.: Юристъ, 1997. – С. 110.

⁴ Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). – Саратов: Изд-во СГАП, 2001. – С. 67.

⁵ Общая теория государства и права. – М.: «Зерцало», 2002. – С. 230 (А.В. Мицкевич).

⁶ Иванников И.А. Теория государства и права. – Ростов н/Д: Изд-во Рост. ун-та, 2001. – С. 163.

доктринальные споры. И они продолжаются¹.

Кажется, наиболее подробную и убедительную попытку разобраться в данной проблеме, попытку, близкую к проставлению точки в доктринальном споре, предпринял В.М. Баранов. Он последовательно рекомендует различать *правовую форму* (всего лишь оболочка бурно развивающейся жизни) и *форму права* (лингвистическая, документационная упаковка общих правил жизни людей). В свою очередь форма права является специалистам своей *внешней* (источник права) и *внутренней* (структура) сторонами. Столь же сложно выглядит и сам источник права: он одновременно имеет *материальные* (общественные отношения, уклад жизни), *идеологические* (правосознание) и *формальные* (обособленные и структурно упорядоченные нормативные акты) корни. В рамках этих представлений понятия источник и форма права тождественны по своему содержанию лишь в том сочетании, когда форма права разумеется в своем внешнем или наружном бытии, а источник права понимается в формально-юридическом смысле².

Этот, становящийся классическим взгляд имеет многочисленных сторонников и их ряды множатся: быть внешней формой закрепления и выражения юридических норм видит назначение источников права А.Ф. Черданцев³; об источниках права как питательных для юриспруденции и правотворчества факторах, как исторических памятниках или архетипах права, как основе оценки или разрешения индивидуальных событий, пишут А.Г. Братко и Н.Л. Гранат⁴; целесообразность параллельного существования терминов «источник» и «форма» права отстаивает И.А. Иванников, допуская в то же время совпадение этих понятий на отдельных уровнях содержания⁵; делит источники права на материальные и формальные В.В. Глущенко, отnosi к последним правовые обычаи, нормативные акты, нормативные договоры и судебные прецеденты⁶.

Конечно же, наиболее солидным монографическим исследованием по теме в рамках общей юриспруденции надлежит признать

¹ См., например: **Борискова И.В.** Проблема понятия источников (форм) права // Вестник Воронежской высшей школы МВД РФ. 1998. № 1. – С. 3-4; **Гундарин О.Т.** Общее понятие и виды источников права // Ученые записки Санкт-Петербургского филиала Российской таможенной академии. 1997. № 1; **Марченко М.Н.** Источники права: Учебное пособие. – М.: Проспект, 2005; *его же.* Источники права: Учеб. пособие. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 760 с.; **Муромцев Г.И.** Источники права (теоретические аспекты проблемы) // Правоведение. 1992. № 2; **Разумова Н.Н.** Источники и формы права // Сов. государство и право. 1988. № 3; **Хачатурова Р.Л.** Источники права. – Тольятти, 1997; и др.

² Общая теория права: Курс лекций / Под общей ред. проф. В.К. Бабаева. Часть II. – Нижний Новгород: НГВШ МВД РФ, 1993. – С. 244-247.

³ **Черданцев А.Ф.** Теория государства и права: Учебник для вузов. – М.: ЮРАЙТ, 1999. – С. 249.

⁴ Общая теория государства и права: Учебник // Под ред В.В.Лазарева. – М.: Юрист, 1994. – С. 115.

⁵ *цит. соч.*, С. 164-166.

⁶ **Глущенко В.В.** Теория государства и права: системно-управленческий подход. – г. Железнодорожный Моск. обл.: ООО НПЦ «Крылья», 2000. – С. 321-322.

книгу проф. С.Л. Зивса¹. Пролистаем её страницы акцентированно, сосредоточившись на тех положениях, где присутствует хотя бы намёк на внешнюю детерминацию юридических предписаний, на их генетическую заданность окружающей социальной средой. «Улов» оказался небольшим. Как и «полагается» настоящему юристу, запрограммированному на преклонение перед правовой формой и законностью, понятия источника и формы права в основном связываются с объективацией государственной воли в нормативных актах как способом доставки властных распоряжений до потребителей (с. 3), с их государственным характером (с. 10) и с их обязательностью для практикующей юриспруденции (с. 9). С некоторой горечью С.Л. Зивс сообщает, что «научные споры, вызванные радикальными предложениями отказаться от употребления понятия «источники права» в условном, в «юридическом» смысле давно улеглись. Любопытно, правда, что представители конкретных отраслей права, обращаясь к исследованию системы нормативных актов, содержащих нормы отдельной отрасли права, без всяких колебаний оперируют термином «источники права». Демон сомнений их не смутил. Искусу поддались лишь некоторые «общие» теоретики права» (с. 21-22). Находим в сей раздельной ориентации присутствие объективных начал и рациональное зерно: представители общей юриспруденции, как им и «положено», «витают в облаках» абстракции, а вот отраслевки в силу близости к предмету регулирования и наличия кодифицированных актов, сориентированных на вполне определенные секторы общественной жизни, вынуждены оглядываться на те питательные силы, которые жёстко диктуют содержание частных предписаний. Тут не до искушений абстракциями и не до обольщения терминологическими дискуссиями. Отраслевик иногда интуитивно отдаёт предпочтение тому слову, которое более явно указывает на социальную основу юридических регламентов; а словосочетание «источник права» безусловно выигрывает в данном контексте «форме права».

Это понимает и сам С.Л. Зивс, когда итожит свой обзор доктринальных мнений: «если уже высказываться против какого-либо не самого логического употребления понятия «источник права», то мы предпочли бы замену понятия «источник права в материальном смысле» более точной характеристикой совокупности факторов, определяющих содержание права данного общества. К тому же нередко в поисках объективно-материальных источников права разные авторы рассматривали различные пласты общественного бытия и общественного сознания для обнаружения материальных источников права или «источников права в широком смысле» (с. 22). Пласты социального бытия и сознания как раз и есть движущая сила, резервуар фактов и идей для правообразования. Как бы не было привычно юристу любить законы, как не легко ему пользоваться краткими текстами, а обращаться к экономической, политической, языковой и вообще духовной осно-

¹ Имеется в виду, ниже приводятся цитаты и обобщённая информация по работе: Зивс С.Л. Источники права. – М.: Наука, 1981. – 239 с.

ве правовых предписаний ему придётся; и пользоваться термином «источник права» тоже.

В очень обстоятельной статье А.Ю. Калинина и С.А. Комарова приводятся 5 аспектов понимания термина «источник (или форма) права» в общей юриспруденции России: а) социально-экономические условия общежития, выступающие правообразующей силой – материальный смысл; б) система политико-правовых воззрений – идеологический смысл; в) приёмы структуризации и закрепления правовых требований государства в нормативных актах – формальный смысл; г) совокупность способов возведения в закон воли правящей элиты – формально-юридический смысл; д) археологические и прочие исторические памятники – гносеологический или познавательный смысл¹.

Наконец, пришло время обозреть последний капитальный труд по теме, почти в насмешку названный учебным пособием, а на деле представляющий собой классическое монографическое исследование, покоящееся на огромном научном материале предшественников, в том числе из лагеря зарубежных исследователей. В книге зав. кафедрой теории государства и права Московского университета, проф. М.Н. Марченко² особый интерес для нас представляет первая глава под названием «Общая теория источников права». В ней представление об источниках вообще и их круге в рамках той или иной правовой системы предложено рассматривать с учётом культуры правопонимания вообще. Выглядит это весьма убедительно.

Михаил Николаевич утверждает, что «светские правовые системы, независимо от их особенностей и принадлежности к тем или иным правовым семьям, ориентируют... на такие же по своей природе и характеру, «светские» формы, или источники права, как закон, декрет, постановление, указ и проч.» (с. 13). А вот «религиозные правовые системы... ориентируют исследователя, соответственно, на поиски и познание не светских, а религиозных форм, и или источников права, таких, как: Библия, Коран, Талмуд и др.» (с. 14). Представление об источниках зависит во вторую очередь от господствующих доктринальных представлений о праве вообще (естественно-правовая доктрина, психологическая или историческая школы права, узконормативное или широкое понимание действующего в обществе права и т.д.) – с. 15-29.

Традиционно посетовав на то обстоятельство, что «в отечественной юридической науке отсутствует общепринятое понятие источника права»³, отталкиваясь от бесспорного постулата о том, что «источник права как явление и отражающее его понятие следует рассматривать... одновременно с разных сторон и в разных

¹ Калинин А.Ю., Комаров С.А. Форма (источник) права как категория в теории государства и права // Правоведение. 2000. № 6. – С. 3. См. также: Бошко С.В. Соотношение понятий «источник» и «форма права» // Юрист. 2001. № 10. – С. 19-20.

² Марченко М.Н. Источники права: Учеб. пособие. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 760 с.

³ Гурова Т.В. Источники российского права: Автореферат дисс. канд. юрид. наук. – Саратов: СГАП, 1998. – С. 5.

аспектах» (с. 45-46), автор и показывает различные грани данного понятия (этимологические, социальные, культурологические, экономические, философские, формально-юридические и пр.). Тем самым и само собой подтверждается тезис о системной обусловленности источников права любой страны внешними обстоятельствами, прежде всего экономического или материального свойства. М.Н. Марченко высказывает отрицательное отношение к ставшим «модными и распространёнными» призывам «преодолеть марксистское представление» о приоритете базиса над надстройкой, чтобы наконец-то твёрдо встать «на подлинно правильный путь развития»¹. Такое страстное стремление покончить с ненавистным прошлым сродни пролеткультовскому или хунвэйбиновскому «мировоззрению», когда критический пафос не подкрепляется производством «новых рациональных идей (взамен прежних, беспощадно критикуемых – А.Б.) и глубоко обоснованных научных положений» (с. 49).

Широкая социальная детерминация источников закономерно приводит к тому, что «каждой национальной правовой системе и, соответственно, системе права свойственна своя собственная система источников права и, наоборот» (с. 52), что в рамках отдельных правовых систем и семей для набора юридических источников присущ «субординационный» или «иерархический» характер (с. 53). Наиболее рельефно это проявляется в подразделении источников права на первичные (материальные, социальные) и вторичные (формально-юридические). Весьма важно и то наблюдение, что «субординационный характер отношений, существующих (именно – А.Б.) между первичными источниками права, носит скорее скрытый, нежели открытый характер. И «вычисляется» он исходя из практики взаимоотношений друг с другом первичных источников права и здравого смысла, скорее теоретически, нежели эмпирически» (с. 54). Мы бы прокомментировали эти мысли так: поскольку процесс вызревания «нужных» для общества норм проходит естественным путём, т.е. стихийно или не контролируется разумом, то влияющие на правообразование факторы не поддаются командам на «построение по росту»; а вот рукотворное правотворчество осуществляется по заранее запланированным технологиям и потому его продукт («вторичная реальность») сортируется по своей юридической силе минимум на законы и подзаконные акты.

В научной и даже учебной среде стало почти традицией сопоставлять или даже отождествлять «источник права» с «формой права». Не проходит мимо этого фрагмента теории и М.Н. Марченко. Оценивая дискуссии коллег по цеху, особенно непримиримые варианты взглядов (источник = форма; источник ≠ форма), цитируемый автор пытается занять компромиссную позицию, осуждая чрезмерную прямолинейность адептов из двух юридических лагерей. По его мнению, «совпадение формы и источника права имеет место тогда, когда речь идёт о вторичных, формально-

¹ Следует в качестве образца сноска на работу: *Раянов Ф.М.* Юриспруденция: Курс лекций. – Уфа, 2001. – С. 324.

юридических источников права»; «что же касается *первичных источников права*, рассматриваемых сами по себе, в виде материальных, социальных и иных факторов, оказывающих постоянное влияние и предопределяющих процессы правообразования..., то *здесь совпадения источников права с формами права нет и не может быть*» (с. 57). В нашем представлении категорию «источник» следует понимать только в её первичном или этимологическом смысле – как того социального резервуара, из которого «будущее» право черпает своё пока ещё не формализованное содержание. Именно так (как «правотворящие факторы») трактовали понятие источника первопрородцы отечественной юриспруденции¹. Что касается уже «рождённого» государством права (продукта правотворчества), то оно может рассматриваться лишь как «источник правоприменения», но не самого (ещё не оформившегося) права. Попутно выскажем отрицательное отношение и к другому распространённому в общей юриспруденции понятию, используемому для аргументации права на жизнь для так называемых «формальных источников права» – к понятию «внутренняя форма права». «Форма» может быть только внешней или наружной; «внутренняя форма» есть нонсенс, а в пропагандируемом отдельными юристами значении замещается испытанной для этих целей категорией «структура».

В завершение же обзора отечественных научных взглядов сообщим, что наши правоведы традиционно относят к числу источников права законы и прочие нормативные акты, пока осторожно относят с правовыми обычаями и юридическими (административными и судебными) прецедентами, а ещё реже рассматривают в качестве таковых нормативные договоры (договоры нормативного содержания), юридическую доктрину (взгляды авторитетов от науки), нормативные акты общественных и частных организаций, референдумы, международные и государственно-правовые договоры.

Итожим: несмотря на отшумевшие общенациональные дискуссии юристов и спонтанно возобновляемые споры частного порядка, ясно одно: нормативные предписания имеют и должны иметь прочную социальную почву для их возникновения (сковывающую откровенный волюнтаризм властей), а равно быть надлежащим образом оформленными (что потребно для единообразного применения права). При этом термин «источник» в юриспруденции всегда будет иметь различную смысловую нагрузку – от фактора правообразования до юридической основы оценки и разрешения конкретного события. О форме же права, в нашем представлении, целесообразно говорить лишь в смысле внешнем; словосочетание «внутренняя форма права» значительно ущербнее, должно быть вытеснено привычным термином «структура права». Для целей будущего повествования условимся употреблять лишь термин «источник права», подразумевая под ним (преимущественно) обособленные и структурированные нормативные акты.

III. Учение об источниках уголовного права, конечно же, привлекало внимание криминалистов, но реализовывалось оно преи-

¹ См., например: *Михайловский И.В.* Очерки философии права. Том 1. – Томск, 1914. – С. 237.

мушественно в форме признания таковым закона и в последующих рассуждениях о правилах его эксплуатации в пространственно-временном отношении, а также канализировалось в дискуссиях о юридической природе и силе руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда. Материализовывались такие научные размышления обыкновенно в учебной литературе и периодике, иногда и на монографическом уровне, но как попутный материал для смежных тем. Так, исследователь истории и перспектив судебного прецедента для нашей отрасли К.В. Ображиев¹ и он же, но в соавторстве с М.А. Ибрагимовым – при изучении нормативных актов прочих отраслей права в качестве претендентов на роль специфического источника уголовного права², выступили с инициативой признать *полиисточниковый характер* уголовно-правовой доктрины, в основе чего расположена богатая социально-правовая обусловленность источников. Кстати, в рецензии на эти книги предложен оригинальный рецепт по использованию терминологического многообразия («источник уголовного законодательства», «источник уголовно-правовой нормы», «источник уголовного права», «источник познания права», «источник толкования уголовно-правовых норм», «источник уголовно-правового регулирования» «источник уголовно-правового воздействия») для определения статуса источника у необычных фрагментов социально-правовой реальности типа прецедента, бланкетных правил и пр.³

И лишь недавно О.Н. Бибик предпринял специализированное монографическое исследование именно проблемы источников уголовного права⁴. На наш взгляд, допустимо и полезно представить проделанный им труд тезисно, концентрируясь при этом на социальной основе юридических предписаний и на целесообразности официального ограничения круга источников отрасли только текстом действующего Уголовного кодекса.

О.Н. Бибик как раз начинает свою книгу с вопроса об ограниченной нормативности уголовного права. «В уголовном праве, – пишет он, – долгое время господствовала точка зрения, согласно которой единственным источником уголовного права выступал только Уголовный кодекс. В результате основным объектом исследования стал УК, его структура. При этом из поля зрения выпали иные источники, содержащие большое количество норм уголовного права. Между тем есть основания считать, что УК – основной, но далеко не единственный источник уголовного права» (с. 4). Позиция автора уже просматривается, и на следующей странице она представле-

¹ **Ображиев К.В.** Судебный прецедент в уголовном праве России. – Ставрополь, 2002.

² **Ибрагимов М.А., Ображиев К.В.** Нормативные акты иных отраслей права как источники уголовного права. – Ставрополь, 2005.

³ См. об этом: **Юрий Пудовочкин.** Новый взгляд на источники уголовного права (рецензия на монографию: Ображиев К.В. Судебный прецедент в уголовном праве России. – Ставрополь, 2002; Ибрагимов М.А., Ображиев К.В. Нормативные акты иных отраслей права как источники уголовного права. – Ставрополь, 2005) // Уголовное право. 2006. № 3. – С. 143-144.

⁴ **Бибик О.Н.** Источники уголовного права Российской Федерации. – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. – 243 с.

на более рельефно: «в настоящее время существуют предпосылки для пересмотра подходов к понятию источника уголовного права», появилась объективная необходимость «рассмотрения вопроса о расширении перечня источников уголовно-правовых норм» (с. 5).

Представив множество точек зрения по поводу смысла терминов «источник» и «форма» права, О.Н. Бибик резюмирует так: «очевидно, что понятие источника права не должно иметь столько значений, его содержание должно быть более ограниченным и функциональным» (с. 9). Критика легка, искусство мудрено. Высказав претензии к коллегам за придание искомому понятию многих смыслов, сам автор исследования по существу находится на тех же позициях. Так, на с. 19-20 он предлагает дифференцировать источники права на 1) *формальные* – «заранее определяемые в качестве таковых государством, де-юре признаваемые им, соответствующие некоей заранее установленной, требуемой форме» и 2) *фактические* – «де-факто признаваемые государством, используемые в практике государственных органов». Позже (по тексту) источники предложено понимать «в широком смысле слова – факторы, которые оказывают влияние на формирование и реализацию норм уголовного права (*социальные*¹ источники...)» и «в узком смысле слова – явления правовой действительности, облеченные в определённую форму...» (с. 74), а также делить их на ординарные и экстраординарные (с. 53), объективные и субъективные (с. 59). Итак, прямо пропагандируя либо сочувственно цитируя чужие мнения, О.Н. Бибик видит в источниках права социальный, фактический и формальный смыслы, рекомендует смотреть на них и широко, и узко.

Привычно и бесспорно, что наиболее важные и ответственные мысли авторы особо выделяют в текстах. Вот и в нашем случае обратим внимание на те фрагменты рецензируемой книги, в которых О.Н. Бибик итожит свои позиции посредством курсива. Во-первых, *под источниками права необходимо понимать: 1) в широком смысле слова – факторы, которые оказывают влияние на формирование и реализацию норм права; 2) в узком смысле слова – явления, в которых содержатся нормы права*» (с. 10, 31). Во-вторых, социальные источники права понимаются как «*факторы, влияющие на возникновение правовых норм, определяющие их содержание как в момент создания (правотворчества), так и в момент реализации указанных норм*» (с. 25, 55). В-третьих, источник собственно уголовного права толкуется как «*явление правовой действительности, облечённое в определённую форму, признаваемое государством, содержащее уголовно-правовые нормы либо их элементы, которые регулируют уголовно-правовые отношения в Российской Федерации и относятся к её правовой системе*» (с. 44, 207). Эти дефиниции показывают, что автор: а) отдаёт предпочтение термину «источник» перед термином «форма» права; б) по существу уравнивает понятия источника права в формальном и узком смыслах, равно как социальный, фактический и широкий аспекты толкования понятия «источник права»;

¹ Курсив наш – А.Б.

в) всё это предпринимается в целях расширения круга источников нашей отрасли.

В нашем представлении особо важными выглядят следующие позиции автора. 1. На с. 11 оспаривается мнение диссертантки Т.В. Гуровой о том, что политическим источником права надлежит считать государство¹. Нет, возражает О.Н. Бибики: «норма права может быть создана и без участия государства, которое осуществляет только её санкционирование... Издавая нормы права, государство удовлетворяет потребности, возникающие в ходе развития общественных отношений... Поэтому в данном случае более обоснованным представляется рассматривать общественные отношения в целом как источник права» (с. 11). 2. «Нельзя посредством заранее установленных требований к форме права устранить потребность общества в иных источниках права. Если существует такая потребность, значит, её нужно учитывать и по возможности удовлетворять» (с. 15-16). 3. «Процесс правотворчества... не в состоянии охватить всего многообразия общественных отношений», а «затрагивает лишь наиболее существенные их черты»². В силу этого «при применении правовая норма вступает во взаимодействие с иными социальными нормами, включающимися в таком случае опосредовано в правовое регулирование» (с. 28), т.е. работающими как глубинный источник юридических предписаний. 4. История цивилизации и России показывает, что прежде народы (официально) использовали для целей юридического регулирования многие формальные источники (обычай, прецедент, судебную практику и т.д.), а вот современный УК «является уникальным в своём роде нормативным правовым актом, претендующим на статус единственного источника уголовного права РФ» (с. 39). О.Н. Бибики возражает против такого «одиночного», на его взгляд, установления и говорит почему: «мы не можем, во-первых, согласиться с наличием традиции существования единственного источника уголовного права в России, во-вторых, признать достаточно обоснованными попытки воплотить в жизнь эту идею, которая исторически не в полной мере соответствует потребностям уголовно-правового регулирования» (там же). 5. Число сторонников расширения круга источников уголовного права постепенно и постоянно расширяется (А.Э. Жалинский, Г.А. Злобин, В.В. Кулыгин, З.А. Незнамова, Н.И. Пикуров и др.)³.

¹ Гурова Т.В. Актуальные проблемы теории источников права: Дисс. канд. юрид. наук. – Самара, 2000. – С. 8, 105.

² Идёт ссылка на работы: Спиридонов Л.И. Социология уголовного права. – М.: Юрид. литература, 1986. – С. 94; Черданцев А.Ф. Толкование советского права. – М.: Юрид. литература, 1979. – С. 30; Першина И.В. Интерес в праве: Автореферат дисс. канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2002. – С. 29.

³ Даже те учёные, которые безапелляционно выступали за признание источником уголовного права только закона, видели изъяны в подобной позиции. Например, Н.А. Беляев провозгласив такой взгляд, ставит вопрос: а как быть с бланкетными и отсылочными диспозициями и подзаконными нормативными актами? И отвечает, что регламенты иных отраслей, способствующие решению вопроса об основаниях уголовной ответственности, должны быть включены в Свод законов страны и тогда проблема будет решена. – Актуальные вопросы уголовно-правовой охраны социалистических общественных отношений // Правоведение. 1977. № 5. – С. 89-90.

6. В разделе, посвящённом социальным источникам уголовного права (с. 54-74), показана зависимость отраслевых запретов от *религии* (выступает в качестве источника уголовного права в основном в процессе правотворчества, а также в ограниченном объёме в процессе реализации норм права – с. 62), *политических норм* (влияют на формирование принципиальных основ уголовного права – с. 62), *обычаев* (которые, не создавая новых составов преступлений, могут иметь значение для установления конкретного объёма определённого законом преступного деяния¹ – с. 64), *судебной практики* (передача законодателю сигналов о неблагополучии в нормативном регулировании уголовной ответственности, содействие редакционному совершенствованию закона, наполнение уголовно-правовых норм фактическим содержанием – с. 65), *науки* (помощь нормотворчеству и правоприменению – с. 66), *правосознания* (полезно сопровождает все стадии жизни уголовного закона – с. 67). 7. В тексте приводятся очень ценные мысли авторитетов отечественной науки, убедительно подтверждающие необходимость расширения круга официально признаваемых источников отрасли, в первую очередь по линии социальных детерминант отрасли, которые по объективным либо субъективным причинам неполно или некачественно отражаются в тексте УК, но явно требуют учёта на стадии правоприменения. В частности, академик В.Н. Кудрявцев отмечал в своём исследовании по квалификации преступлений, что за пределами нормативного текста часто скрываются «подразумеваемые» или «латентные» признаки составов, которые практику нужно искать с опорой на социальные источники². А по рассуждению Л.И. Спиридонова, уголовное «право неотделимо от других явлений, и потому практическое применение уголовного закона обусловлено целым рядом иных – неправовых – факторов»³. Иными словами, практику могут не помочь не только ритуальные ссылки на текст Уголовного кодекса, но и на другие законоположения; ситуация иногда требует прямого обращения к социальным факторам не юридического профиля.

Нетрудно заметить, что рассуждения о социальных источниках практически идентичны обсуждению процесса правообразования или, похоже, влияния на уголовное право внешней среды. Практически О.Н. Бибики по частному вопросу вышел на уровень системных объяснений отрасли. Вот характерное высказывание: «уголовно-правовые нормы не содержат всей

¹ Автор не с. 65 оговаривается, что «социальными источниками уголовного права могут выступать лишь те обычные нормы, которые являются не только общепризнанными, но и не противоречащими собственно нормам права». Думается, упор следует делать не на политические мотивы перевода обычных норм в юридические, а на то обстоятельство, что санкция государства даётся только для вырвавшихся в социальной среде обыкновений: «правильно было бы одобрить своим молчанием то, что уже было узаконено обычаем. – Французские просветители XVIII в. о религии. – М.: Госполитиздат, 1960. – С. 89 (Ж. Мелье).

² Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. – М.: Юристъ, 1999. – С. 84-87.

³ Спиридонов Л.И. Социология уголовного права. – М.: Юрид. литература, 1986. – С. 190.

полноты информации, касающейся соответствующих правил поведения. Несовершенным является (и – А. Б.) язык уголовного закона. В связи с этим субъект правоприменения вынужден обращаться к социальным источникам уголовного права, таким как наука, судебная практика, для их использования в решении соответствующих проблем, т.е. социальные источники уголовного права в некоторых случаях объективно необходимы для уточнения и конкретизации уголовно-правовых норм, определения их реального содержания в силу некоторого несовершенства текстуального выражения указанных норм» (с. 69). Признавая и приветствуя такой методологический поворот, который, правда, не замечен и не объявлен самим автором, считаем необходимым сказать следующее: системный подход выигрывает у такого фрагмента учения об источниках права как их социальная обусловленность тем, что системология позволяет охватывать оба разряда источников (формальные и социальные или фактические), встраивать их в более широкую среду, объяснять обратное влияние отраслевых предписаний на их социальные детерминанты. Но в любом случае мы видим в исследовании О.Н. Вибика подтверждение состоятельности и полезности нашего системно-структурного подхода к уголовному праву.

Необычный ход, доказывающий недостаточность ориентации правоприменения только на один уголовный закон, его социальные корни, найден и продемонстрирован автором на с. 72 книги. Отметив разнообразие используемых в кодексе понятий и опираясь на их классификацию Я.М. Брайниним (общепотребительные, чисто уголовно-правовые, неюридические и оценочные)¹, он заключает: «уголовно-правовые понятия, которые приводятся в уголовном законе и в редких случаях им определяются, играют далеко не ведущую роль в изложении уголовно-правовых норм. Следовательно, понятия, используемые в уголовно-правовых нормах (лучше бы, в статьях Уголовного кодекса – А.Б.), в основном содержательно определяются социальными источниками уголовного права». И далее: «содержание уголовно-правовых норм определяется именно социальными источниками уголовного права, которые являются их базой или первоисточником, формируют содержание соответствующих норм, во многом определяют порядок их реализации» (с. 73).

Итак, ратуя за расширение круга источников уголовного права, О.Н. Вибик как бы «обязан» назвать претендентов на эту роль. Автор обсуждаемой книги и делает это, заявляя в «Заключении», что «вопреки сложившемуся мнению, УК РФ не является единственным источником норм уголовного права России. Источниками уголовного права РФ выступают Конституция РФ, источники, содержащие общепризнанные нормы и принципы международного права, ратифицированные международные договоры РФ, решения, принятые на референдуме РФ, уголовное

¹ Брайнин Я.М. Уголовный закон и его применение. – М.: Юрид. литература, 1967. – С. 59-63.

законодательство РФ, отдельные акты иных отраслей законодательства РФ, в том числе законодательства РФ военного времени, решения Конституционного Суда РФ, постановления Пленума Верховного Суда РФ» (с. 207-208). Отношение к прецеденту более осторожное: в работе лишь ставится вопрос о «целесообразности признания судебного прецедента источником уголовного права. Это необходимо в целях реализации принципа равенства граждан перед уголовным законом, ограничения судебного усмотрения, удовлетворения потребностей практики, использования потенциала казуистического способа регулирования уголовно-правовых отношений» (с. 211).

Завершаем анализ книги двумя соображениями. *Первое.* Генеральный вывод О.Н. Бибика о недостаточности одного (формального, писаного, государственного, запрограммированного) на типовые ситуации и «среднего» обывателя источника для выражения содержания отрасли и применения её предписаний льёт воду на мельницу тех, кто ищет объяснение структуры, содержания и эволюции уголовного права в его зависимости от внешней среды, в его системной заданности. И это здорово. *Второе.* Поддерживая автора в этой оценке, всё же упрекиём его в том, что им не ищутся и не объявляются читателю мотивы законодательного ограничения круга источников отрасли. В чём причины такой «самоубийственной» позиции? В нашем представлении столь жёсткий ход центральной власти продиктован её генетической боязнью перед так называемой свободой судебного и прочего практического усмотрения на местах, ведь правосудие у нас со времён графа Кюстрина устойчиво почитается всего лишь как достопримечательность; вот столичные стратеги и рассчитывают самонадеянно, что их заведомо несовершеннолетний правотворческий продукт будет всё-таки лучше произвола индивидуального правоприменителя. Это выдвинутое нами объяснение пролагает дорогу рассуждениям о возможности отнесения к категории формальных источников уголовного права актов толкования УК высшей судебной инстанцией России. О.Н. Бибик предлагает «рассматривать постановления Пленума Верховного Суда РФ в качестве источников уголовного права только *в той мере, в какой они развивают положения уголовного закона и не противоречат ему*» (с. 154). Не претворяя решение данного вопроса на основании простого присоединения к чужому мнению либо отвержения последнего, а, напротив, усматривая в данной проблеме многие острые грани и предвкушая их обсуждение, рассмотрим её отдельно.

§ 2. Юридическая природа и значение актов толкования уголовного закона Верховным Судом РФ

Сам О. Н. Бибик предпослал собственному итоговому мнению солидный обзор научных позиций, которые по справедливости делятся им на два сорта: одни специалисты отрицают роль источников (уголовного) права за постановлениями Пленума Верхов-

ного Суда¹, другие – признают², пусть и с оговорками («незаконный источник» – В.П. Коныхин, «подзаконный характер» – Г.Т. Ткешелиадзе и т.д.). Конечно, в принятии либо критике той или иной стороны дискуссии часто имеет значение научный вес адептов из спорящих лагерей. Но важнее их аргументы. О.Н. Бибиц приводит самые распространённые доводы сторонников и противников статуса источника отрасли у актов толкования закона высшим судом общей юрисдикции. Вот они: 1) противники находят, что у Верховного Суда нет полномочий законодателя и сам он не рассматривает себя в качестве правотворца, что в его разъяснениях отсутствуют собственно нормы, но наличествуют интерпретационные положения, что его акты толкования лишены свойства общеобязательности и не могут быть таковыми для нижестоящих судов, которые по Конституции независимы и подчиняются только закону; 2) сторонники, напротив, заявляют об обязательности разъяснений ВС РФ, поскольку в реальной практике нижестоящие суды и представители других юридических ведомств ссылаются в своих процессуальных решениях на акты

¹ *Алексеев С.С.* Общая теория права: В 2 т. – М.: Юрид. литература, 1981, т. I. – С. 355; *Гаухман Л.Д.* Квалификация преступлений: закон, теория, практика. – М.: ЦентрЮрИнфор, 2001. – С. 268; *Дурманов Н.Д.* Советский уголовный закон. – М.: МГУ, 1967. – С. 44; *Звечаровский И.Э.* Современное уголовное право России: понятие, принципы, политика. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – С. 44; Курс уголовного права России. Общая часть. Т. I: Учение о преступлении. Учебник для вузов / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. – С. 110-111 (*Ю.М. Ткачевский*); *Карпов Д.В.* Конституционно-правовые основания актов судебной власти: технико-юридический аспект // Проблемы юридической техники. – Нижний Новгород, 2000. – С. 83; Комментарий к Федеральному конституционному закону «О судебной системе Российской Федерации» / Под ред. В.И. Радченко. – М., 2000. – С. 79; *Нерсесянц В.С.* Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право (о равноприменительной природе судебных актов) // Судебная практика как источник права. – М., 1997. – С. 39; *Петрухин И.Л.* Проблема судебной власти в современной России // Государство и право. 2000. № 7. – С. 18; *Рагоз А.И.* Правовое значение разъяснений Пленума Верховного Суда РФ // Государство и право. 2001. № 2. – С. 53-57; *Черданцев А.Ф.* Толкование советского права. – М.: Юрид. литература, 1979. – С. 29, 117, 121-123; *Шаргородский М.Д.* Уголовный закон // Избранные труды по уголовному праву. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – С. 148; *Щепельков В.Ф.* Формально-логические основания толкования уголовного закона: Дисс. канд. юрид. наук. – Волгоград, 1998. – С. 15-17; и др.

² См.: *Дроздов Г.В.* Правовая природа разъяснений закона высшими органами судебной власти // государство и право. 1992. № 2. – С. 71-74; *Коняхин В.П.* Теоретические основы построения Общей части российского уголовного права. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 126-127; *его же.* Источники уголовно-правовых норм Общей части // Правоведение. 1988. № 1. – С. 42-43; *Кропачев Н.М.* Уголовно-правовое регулирование. Механизм и система. – СПб., 1999. – С. 206-208; *Кудрявцев В.Н.* Общая теория квалификации преступлений. – М.: Юрист, 1999. – С. 102; *Кулыгин В.В.* Этнокультура уголовного права: Автореферат дисс. канд. юрид. наук. – М., 1985. – С. 39; *Наумов А.В.* Источники уголовного права // Уголовное право: новые идеи. – М.: ИГП РАН, 1994. – С. 20; *его же.* Судебный прецедент как источник уголовного права // Рос. юстиция. 1994. № 1. – С. 8-11; *Пудовочкин Ю.Е., Пирвагидов С.С.* Понятие, принципы и источники уголовного права: Сравнительно-правовой анализ законодательства России и стран Содружества Независимых Государств. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – С. 213-217; *Стецюковский Ю.И.* Судебная власть. – М., 1999. – С. 73-81; *Ткаченко В.И.* Толкование уголовного закона в практике Пленума Верховного суда СССР // Сов. государство и право. 1988. № 4. – С. 76-82; *Ткешелиадзе Г.Т.* Судебная практика и уголовный закон. – Тбилиси, 1975. – С. 31-35; и др.

толкования ВС РФ, и утверждают, что при расширительной и ограничительной интерпретации уголовного закона появляются новые нормы (с. 139-140).

О.Н. Бибикич зачислил себя в лагерь сторонников статуса источника права у актов толкования Пленума ВС РФ и мотивировал позицию теми доводами, что: а) отсутствие конституционной записи именно о *руководящем* характере разъяснений «не может определять их юридическую природу» (не влияет на их обязательность – А.Б.) – с. 142; б) «принцип независимости судей не способен опровергнуть обязательность постановлений Пленума Верховного Суда РФ» (с. 143); в) «отрицание общеобязательности разъяснений Верховного Суда РФ имело бы весьма негативные последствия... привело бы к повышению субъективизма в принятии правоприменительных актов» (с. 144); г) «поскольку ограничительное и расширительное толкование уголовно-правовых норм имеет место (как «доопределение» их содержания – А.Б.), есть основания рассматривать акты, содержащие результаты такого толкования, как источники уголовного права» (с. 145-146); д) «толкование есть познавательный, творческий процесс, результатом которого являются зачастую новые знания о содержании нормы права» (с. 146-147); е) «официальное толкование закона (а Верховный Суд наделён правом и обязанностью такой деятельности – А.Б.) есть продолжение законотворческой деятельности (которая и рождает классические источники права – А.Б.) – с. 147; ж) при толковании уголовно-правовых норм на верхнем этапе судебной власти фактический процесс создания новых юридических предписаний как бы маскируется под правоприменение, хотя по существу подобная интерпретация рождает полноценные нормативные положения (с. 148); з) «на общеобязательность и нормативность постановлений Пленума Верховного Суда РФ... указывает технология, применяемая при их корректировке. Данные акты, как и иные нормативно-правовые акты, признаются утратившими силу, в них вносятся таким же образом изменения и дополнения» (с. 155).

Трудно возражать против подобной логики. Но ведь оппоненты есть, и их доводы были приведены выше. Укажем, что даже в царскую эпоху, предположительно более свободную в толковании и соблюдении правил разделения властей, большинство учёных придерживалось того мнения, что у решений Кассационных департаментов Правительствующего Сената нет обязательной силы¹. В таких условиях принято искать и другие аргументы. А работа существенно облегчается тем, что в нашей науке некоторое время назад появилось специализированное монографическое исследование юридической природы разъяснений Пленума Верховного

¹ См., например: *Васьковский Е.В.* Руководство к толкованию и применению законов: Для начинающих юристов. – М.: Бр. Башмаковы, 1913. – С. 41-42; *Познышев С.В.* Основные начала науки уголовного права. Общая часть уголовного права. – М., 1912. – С. 91-92; *Розин Н.И.* Уголовное судопроизводство. – СПб., 1916. – С. 84; *Фойницкий И.Я.* Курс уголовного судопроизводства. – СПб., 1884. Т. 1. – С. 179-181; *Шершеневич Г.Ф.* Применение права // Журнал Министерства юстиции (ЖМЮ). 1903. № 1. – С. 63; и др.

Суда РФ¹, направленное на то, чтобы преодолеть «традиционную недооценку их самостоятельного научно-практического статуса» (с. 15). Уже во введении к книге её автор отличается целым рядом весьма ценных наблюдений: что акты толкования высшей судебной инстанции являются составной частью «иных, более общих тем: об источниках права, о юридической (судебной) практике, о применении и толковании законодательства, о статусе судов и природе судебных актов» (с. 9); что «уголовное право больше, нежели все прочие отрасли права, стремится к обеспечению максимума правовой регламентации», а это обстоятельство предопределяет важность вопроса о «содержании и объёме праворазъяснительных полномочий Верховного суда», тем более что дача им разъяснений «представляет собой практически единственный способ *официального* (курсив наш – А.Б.) комментирования уголовного закона» (с. 11), что в первые годы советского периода развития страны разъяснения «рассматривались как легитимный источник права», поскольку толкование на этом уровне «неизбежно содержит нормотворческие элементы»² (с. 12), однако и сегодня продолжает жить мнение, будто «Верховный Суд вовсе не в далёком прошлом, а всегда создавал и продолжает создавать правовые нормы»³ (с. 14); что «правовое значение разъяснений может существенно разниться с учётом специфики конкретных отраслей права» (с. 16).

В первой, концептуальной главе («Общетеоретические и конституционно-правовые основы праворазъяснительной деятельности Верховного Суда Российской Федерации») автор пытается доказать, что состоявшаяся в новое время официальная корректировка предмета ведения ВС РФ с дачи «руководящих (и обязательных для нижестоящих инстанций – А.Б.) разъяснений судам по вопросам применения законодательства, возникающим при рассмотрении судебных дел» на «дачу (простых, но не руководящих – А.Б.) разъяснений по вопросам (только – А.Б.) судебной практики ничего не изменила, поскольку: а) «в уголовном праве трудно выделить «чисто судебные» вопросы. Стремление разграничить вопросы, возникающие в судебной практике, на «судебные» и «комплексные» способно свести практически к нулю праворазъяснительную компетенцию Верховного Суда Российской Федерации» (с. 29); что отсутствие в действующем позитивном праве оговорки о «руководящем» характере актов толкования закона Пленума ВС РФ не означает официального отказа от

¹ *Мадьярова А.В.* Разъяснения Верховного Суда Российской Федерации в механизме уголовно-правового регулирования. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. – 405 с.

² Приводятся источники: *Исаев М.* Судебная практика Пленума Верховного Суда СССР как источник советского уголовного права // Ученые записки ВЮИОН. Вып. 5. – М., 1947. – С. 73-88; *Каминская В.И.* Роль Верховного Суда СССР в развитии советского социалистического права // Сов. государство и право. 1948. № 6. – С. 33-43; О юридической природе руководящих указаний Пленума Верховного Суда СССР (редакционная статья) // Сов. государство и право. 1956. № 8. – С. 15-18; *Шаргородский М.Д.* Вопросы Общей части уголовного права (законодательство и судебная практика) – Л.: ЛГУ, 1955. – С. 4.

³ Приводятся сноски на публикации Г.В. Дроздова, А.В. Наумова, А.И. Рагова, Ю.И. Стецовского и В.И. Ткаченко.

их «обязательности»¹, ведь в советский период дискуссии на эту тему уже велись, и власть вынуждена была откликнуться на неё Законами о Верховном Суде СССР 1979 года и о судостроительстве РСФСР 1981 года, в которых «появилось прямое указание на обязательный характер разъяснений», ибо «долгое время разъяснения именовались в законодательстве руководителями, но не наделялись обязательной юридической силой» (с. 33), ибо в ст. 13 ФКЗ «Об арбитражных судах Российской Федерации» чётко прописана обязательность всех постановлений Пленума ВАС РФ (с. 32).

В представлении А.В. Мадьяровой «дача разъяснений по вопросам судебной практики» не равнозначна «толкованию», на чём настаивают большинство учёных, поскольку разъяснительный вариант толкования предполагает интерпретационную монополию, т.е. полномочие предписывать другим инстанциям и должностным лицам определённое понимание нормативного текста (с. 35). Этого полномочия у ВС РФ нет, так как он вправе обратиться за аутентичным толкованием в парламент, а право подобной инициативы «с точки зрения системы организации государственной власти есть способ добиться принятия определённого решения компетентным органом при отсутствии у органа-инициатора необходимых для этого прямых властных полномочий» (с. 37)². Здесь А.В. Мадьяровой можно возразить. На наш взгляд, данный норматив припасён на тот случай, когда внешняя среда явно выходит за рамки текста закона и предусмотрительности парламента, а толкование Верховного Суда наверняка превратится в классическое правотворчество, т.е. не будет выглядеть **формой типовой организации знаний о содержании уголовного закона**, а банальными интервенциями в закон. И ещё одно соображение: поскольку закон абстрактен и отражает видение жизни в момент его принятия государством, поскольку его лингвистические рамки рассчитаны на все юридически значимые случаи в будущем, которые правотворческая власть заведомо не в состоянии предусмотреть и выразить в силу ограниченности интеллекта и языка нации, поскольку давно известны слабости прогнозирования развития страны её элитой, а также иссушающее воздействие идеологических оков и предубеждений, то и толкование-разъяснение типовых смыслов уголовного закона в исполнении суда (как последней правоприменительной инстанции) было и останется спасительным выходом из ситуации. Сближение жизни и закона в процессе толкования и правоприменения вообще осуществляется в нескольких вариантах: ограничительное и расширительное толкование, аналогия, прецедент...

¹ Весьма странно, что в приложении к книге, собравшем авторские предложения типа *de lege ferenda*, зафиксирована совершенно противоположная позиция: «Толкование положений настоящего Кодекса, данное в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации, не является обязательным для судов, иных органов и должностных лиц, применяющих Кодекс, и учитывается при уяснении его положений, исходя из внутреннего убеждения лица, применяющего закон» (с. 373).

² Отсюда предлагается трансформировать проблематику: Центр тяжести вопроса в другом – можно ли видеть в актах толкования закона и практики Верховным Судом некий «правопреобразовательный и тем более нормотворческий потенциал», считать их нормативными по своей природе и выполняющими функции источника права (с. 36).

Но самый лучший, проверенный в течение полутора столетий в нашей отечественной истории способ – руководящие разъяснения в исполнении Кассационных департаментов Правительствующего Сената и Пленума Верховного Суда, которые представляют собой творческое, специально-организованное и застрахованное от субъективизма, временно восполняющее недостатки закона и частично спасающее практику от трудностей и ошибок средства приспособления только одной официальной формы права к окружающей его системной среде. Отсюда мы не можем разделить итоговую оценку цитируемого автора о том, что «системный анализ закона склоняет к отрицанию интерпретационной компетенции у Верховного Суда РФ» (с. 39).

А.В. Мадьярова верно и полезно акцентирует внимание на том, что Конституция и профильное законодательство страны выделяют 3 функции высшей судебной инстанции – собственно правосудие по уголовным делам, надзор за законностью приговоров, определений и постановлений нижестоящих судов, а также дачу разъяснений, из чего логично делает вывод о внепроцессуальном (за рамками рассмотрения конкретных уголовных дел) характере последнего полномочия (с. 41). Но на этом она не останавливается: поскольку «дача разъяснений рассматривается как особое, самостоятельное направление деятельности высшей судебной инстанции страны», требуется воплощение «результатов данной деятельности в полноценной, строго определённой правовой форме – законодательно закреплённой, обеспеченной определённой процедурой принятия» (с. 43). Верно, скажем мы. Конечно, ВС РФ – диктатор в толковании смыслов уголовного закона для всей правоприменительной системы, ибо все придут за окончательным решением казуса именно в суд, а приговоры нижестоящих судов поднадзорны Верховному Суду. Но для того, чтобы разъяснения Пленума ВС РФ не превратились в банальный образец ведомственного толкования и не держались расчётом только на процессуальную силу, а сохраняли во всех случаях формальную легитимность и содержательную обоснованность, нужно продумать целую систему мер по повышению качества праворазъяснительной деятельности ВС РФ.

Наша страна уже накопила известное число страховочных нормативов подобного типа. Так, в Законе РСФСР 1981 года «О судостроительстве РСФСР» подробно расписывались процедуры предварительной подготовки постановлений Пленума и голосования по ним, а именно: при обсуждении проектов заслушиваются сообщения председателей нижестоящих судов о практике применения соответствующего законодательства (п. 1 ст. 58); в заседаниях Пленума участвуют – в обязательном порядке Генеральный прокурор, а также Министр юстиции страны и – по приглашению Председателя ВС – члены Научно-консультативного совета при Верховном суде, плюс представители государственных учреждений и общественных организаций (ч. 2 и 3 ст. 57); заготовленные проекты направляются заблаговременно (за 10 дней) всем членам Пленума, Генеральному прокурору и Министру юстиции (ч. 2 ст. 60); в необходимых случаях Пленум образует редакционную ко-

миссию из числа своих членов (ч. 2 ст. 59); в особых случаях истребуется заключение Генерального прокурора по обсуждаемому на Пленуме вопросу (п. 1 ст. 58). Считаем целесообразным дополнить эти установки нормой об обязательном предварительном обсуждении проектов постановлений в судах субъектов Федерации, что уже практикуется от случая к случаю, а также сделать правилом, чтобы на заседаниях Пленума выступали с изложением своих позиций представители основных соперничающих сторон – прокуратуры и адвокатуры.

Обычно, пишет А.В. Мадьярова, в науке считается, что в процессе толкования, в том числе на уровне Пленума ВС РФ, не должны создаваться новые, оригинальные нормы права, изменяющие либо дополняющие уголовный закон, поскольку толкование не равноценно правотворчеству¹ (с. 45). Такая позиция тождественна отрицанию у актов толкования Пленума ВС такого свойства, как «нормативная новизна» и влечёт обсуждение ещё одного распространённого в современной науке понятия – «конкретизация» закона и его сопряжение с пониманием существа нормотворчества и толкования. Автор долго рассуждает о том, что есть конкретизация и как она выражается в актах толкования высшей судебной инстанции страны, в результате чего заявляет: «если новое правило содержится не в надлежащем источнике права», логично считать, «что орган, закрепивший данное правило, создаёт правовые нормы не в установленном порядке правотворчества, а в рамках правотолковательной деятельности» (с. 51). Такие интерпретационные или вторичные нормы по своему статусу и назначению занимают промежуточное положение между классической нормой права и её адресатом, они близки норме права, но не являются ею (с. 50-51).

Цитируемый специалист различает нормативную и информационную новизну (с. 52), вследствие чего наделяет неодинаковой смысловой самостоятельностью (оригинальностью) правовые нормы и интерпретационные положения. Призывается «на помощь» и проф. А.Ф. Черданцев, согласно которому конкретизация правотворческая и интерпретационная не одно и то же, ибо при выведении одних норм из других, как акте интерпретации, важно, чтобы выводимая норма была более конкретной и целиком поглощала официальным юридическим правилом, из которого она выводится, дабы интерпретация не трансформировалась в нормотворчество². Однако неправ будет тот, кто поймёт данные рассуждения как пример абсолютно правоприменительного понимания разъ-

¹ Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. – М., 1999. – С. 138-139; Братусь С.Н., Венгеров А.Б. Понятие, содержание и формы судебной практики // Судебная практика в советской правовой системе. – М.: Юрид. литература, 1975. – С. 71-72; Дурманов Н.Д. Советский уголовный закон. – М.: МГУ, 1967. – С. 46; Лазарев В.В. Липень С.В. Теория государства и права. – М., 1998. – С. 323; Пиголкин А.С. Толкование нормативных актов в СССР. – М., 1962. – С. 124; ego же. Толкование норм права и правотворчество: проблемы соотношения // Закон: создание и толкование. – М., 1998. – С. 69; Сырых В.М. Теория государства и права. – М., 1998. – С. 232;

² Черданцев А.Ф. Вопросы толкования советского права. – Свердловск: СвЮИ, 1972. – С. 42-43, 46.

яснений. Вновь цитируется А.Ф. Черданцев (на каждый исторический момент право не есть «беспробельная, аксиоматическая, дедуктивная система»¹), из чего следует, что оно – застывший слепок вчерашней мысли, в которой наличная окружающая среда на момент правотворчества всегда отражена лучше, чем наличная окружающая среда на момент правоприменения. В результате является регулятивная недостаточность текста закона, которая на правоохранительном рубеже преодолевается лишь с помощью нормативно-преобразовательных решений, связанных с выбором одного из нескольких законодательных вариантов правового регулирования (с. 55-56), что на деле есть правосозидание или нормотворчество (с. 56). Толкование допустимо мыслить и в узком (отвлечённое познание содержания правовой нормы), и в широком (конструирование правоприменительного решения с опорой на прежде уяснённый смысл закона) смыслах. Автор убеждена, что *«выбор одного из нескольких соответствующих закону вариантов понимания (уточнения, развития) нормы всегда является не толкованием, а созданием новой нормы права»* (с. 56).

Рассматривая разъяснительные акты Пленума ВС РФ через призму учения об источниках права (§ 3 главы I), А.В. Мадьярова предварительно замечает, что в последние годы в российской юриспруденции «прослеживается тенденция на «либерализацию» круга источников отечественного права, построение его на началах плюрализма», что «активно обсуждается идея о придании прецеденту (судебной практике) статуса официально признаваемого источника российского права» и т.д. (с. 63). Такие доктринальные настроения «провоцируют» цитируемого специалиста нашей отрасли на сравнение прецедентных норм и праворазъяснительных положений. Различие между двумя формами судебной практики даже сведены в таблицу (с. 67), из которой явствует, что первые рождаются в ходе рассмотрения конкретных уголовных дел, а общее толкование производится в особой процедуре обсуждения и пленарного принятия, что прецеденты воплощаются в «частных» приговорах и определениях, а противоположения оформляются в специальные постановления Пленума, носящие абстрактный характер, что прецеденты предназначены для индивидуального реагирования, а разъяснения Пленума рассчитаны на неограниченное число случаев, что применение прецедента базируется на аналогии и схожести жизненных случаев, в то время как толкование ВС РФ используется посредством опоры на общие признаки, изложенные в постановлениях Пленума.

Попутно А.В. Мадьяровой отвергаются как несостоятельные пограничные предложения: а) толкование – выход за пределы текста закона в мир естественного права (взгляды С.С. Алексеева, В.С. Нерсисяна, В.А. Четвернина); б) разъяснения Пленума ВС РФ – прецедентное, но не судебное толкование (позиция А.В. Наумова и других). Вывод предпрешён: *«разъяснения Верховного Суда Российской Федерации не обладают признаками судебного прецедента как самостоятельного вида источников права»* (с. 68).

¹ Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. – Екатеринбург: УрГЮА, 1993. – С. 118.

Предпринята в тексте анализируемой книги и попытка сличения актов толкования ВС РФ с так называемой «судебной практикой». Это не равноценные правовые феномены, говорит А.В. Мадьярова: если практика образуется на базе казусов, то праворазъяснение процессуально отделено от «индивидуального правосудия» (с. 71). Разъяснения не есть правоприменение либо судебная практика, они производны от классического правосудия (с. 72), представляют собой средство информирования судов о созданных «наверху» нормах (с. 74). Акты толкования ВС РФ не могут считаться формой судебной практики, пишет А.В. Мадьярова, поскольку Пленум вырабатывает собственную позицию, а не фиксирует чью-то, учитывает и мнения других ведомств (прокуратура, Минюст) либо корпуса учёных, не ссылается в обоснование на конкретные решения нижестоящих судов по юридическим делам. Кроме того, «механизм издания разъяснений именно правотворческий, а не правоприменительный. Судебная же практика играет роль эмпирической базы...» (с. 77). В отличие от судебной практики разъяснения могут основываться на мнении меньшинства судей, вообще не отражать его (в случае срочного толкования законодательной новеллы) либо устанавливать новый вариант понимания закона, не известный судебной практике или даже противоположный ей (с. 75).

А.В. Мадьярова находит, что «за попытками отнестись к разъяснениям Верховного Суда к судебной практике или обосновать их прецедентный характер стоит прежде всего стремление признать важную роль в отечественной правовой системе судейского нормотворчества вообще и легализовать нормоустанавливающую деятельность Верховного Суда РФ, в частности, найти его разъяснениям нишу в системе источников права» (с. 77). Её мнение таково: «руководящие разъяснения имеют самостоятельную природу и не являются одной из форм судебной практики»¹ (с. 76), но представляют собой вторичный источник права (с. 82).

Интересны и полезны книжные рассуждения А.В. Мадьяровой о «конституционно-правовых основах праворазъяснительных полномочий ВС РФ». В её понимании, дача разъяснений – специфический способ осуществления судебной власти (с. 82), в чём убеждают и факты из нашей юридической истории: а) вначале судебное разъяснение закона (в СССР) производилось в рамках строгой процессуально-надзорной функции (Верховный Суд издавал указания только судам только на базе изучения судебной практики) – с. 83; б) но по ст. 346 УПК РСФСР 1960 года неправильное толкование закона, противоречащее его точному смыслу, уже рассценивалось как вариант неправильного применения кодекса любыми инстанциями (с. 84).

¹ В этих фрагментах своих рассуждений автор опирается на опубликованные мнения *И.Ю. Богдановской* (Прецедентное право. – М., 1993. – С. 15), что «постановления (Пленума Верховного Суда – А.Б.) демонстрируют переходную грань от неписаного к писаному праву» и «условность этой грани», и *Р.З. Лившица* (Судебная практика как источник права // Судебная практика как источник права. – М., 1997. – С. 5), будто разъяснения высшей судебной инстанции страны есть «наименее судебные» из всех актов судов, выглядят как «типичный акт органа законодательства или управления».

Ещё три острых угла в понимании актов толкования ВС РФ, особенно для тех, кто признаёт их правосозидающее и обязательное значение, связаны с приложением данных качеств к идеям разделения властей, независимости судей и законности. 1. А.В. Мадыаровой, конечно же, известна крылатая фраза Ш. Монтескье и Ч. Беккариа, определявших суд как уста, всего лишь провозносящие волю государства¹; но она твёрдо убеждена в том, что с началом XX века «принцип разделения властей претерпел значительные изменения», стал толковаться более как единство, а не как дифференциация власти (с. 86), что пришёл конец монополии одной ветви власти на правотворчество – теперь суд стал рассматриваться в качестве канала обратной связи, «через который гражданскому обществу порой удаётся докричаться до государства» (Концепция судебной реформы в Российской Федерации). Главное заключается в том, что судебное нормотворчество ныне не является «совершенно недопустимой» практикой, а, напротив, «имеет определённые перспективы развития» (с. 96), его предлагается рассматривать в качестве «пусть неизбежного, но всё же побочного продукта теории разделения властей» (с. 90), всего как «восполнение регулятивной недостаточности закона, связанное с потребностью его применения» (с. 96), имеющее лишь вторичный и субсидиарный по отношению к закону характер, а также вынужденное происхождение и правообеспечительное назначение (с. 96-97).

Здесь она не одинока. Представители Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации утверждают, что «отечественная юридическая наука... признаёт позитивное значение судебного правотворчества. К числу таких судебных актов нормативного характера относятся: 1) решения и правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации; акты, закрепляющие нормативное толкование Пленума Верховного Суда Российской Федерации; 3) решения судов общей юрисдикции, отменяющие нормативные акты субъектов Российской Федерации в случае их противоречия федеральному законодательству; 4) решения судов по аналогии закона и права, а также на основе норм права, содержащих некоторые оценочные понятия; 5) решения Европейского Суда по правам человека»².

2. Несмотря на то обстоятельство, что Основной учредительный акт страны предусматривает обязательность подчинения судей в своей профессиональной деятельности только Конституции и федеральному законодательству (ч. 1 ст. 120 Конституции), по мысли А.В. Мадыаровой, «независимость судей подразумевает (их – А.В.) действие на нормативно-правовой основе (в противо-

¹ Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. – М.: Фирма «Стелс-БИМПА», 1995. – С. 75; Монтескье Ш. О духе законов. – М., 1964. – С. 194.

² Судебная практика по уголовным делам Конституционного Суда Российской Федерации, Верховного Суда Российской Федерации и Европейского Суда по правам человека (1996-2004 гг.) / Сост. Е.Н. Трикоз. – М.: «Издательский Дом «Городец», 2006. – С. 8 (В.П. Кауценов и Е.Н. Трикоз).

вес возможным неправовым мотивам)», и она (независимость) «не подвергается ущемлению, если объективной основой для принятия решения (судей – А.Б.) выступают в том числе разъяснения Верховного Суда РФ» (с. 100). И автор добавляет: «в последнее время принцип независимости судей всё более устойчиво начинает восприниматься как подразумевающий свободу индивидуального судейского убеждения при решении вопросов права» (там же). Мы тоже не считаем покушением на священную независимость судей давнишнюю практику согласования частных вердиктов с коллективными наставлениями высшей судебной инстанции. Разъяснения Верховного Суда есть дополнительный способ привязки несовершенного закона к социальной среде.

3. Некоторая напряжённость в оправдании праворазъяснительной деятельности ВС РФ проистекает из того, что принцип законности в классическом понимании означает неукоснительное соблюдение всеми, в том числе и судами, требований материального и процессуального законодательства. Но если Верховный Суд видит изъяны в кодексе и пытается восполнить (исправить) их самостоятельно для целей общегосударственного регулирования, не будет ли подобная практика отступлением от идеи законности? Нет, отвечает А.В. Мадьярова. «Требование законности подразумевает исполнение норм позитивного права в целом, которое включает все официально признаваемые в государстве источники права, в том числе обычное право, судебные и административные прецеденты и т.д. Поэтому при официальном (непосредственно в законодательстве) признании судебных актов источниками права (признании судебного прецедента, судебной практики, нормативно-правовой природы руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда РФ) проблема соблюдения позитивно-правового содержания принципа законности снимается с повестки дня» (с. 91). А в целом, «с материально-правовых позиций принцип законности создаёт предпосылки для признания судебного нормотворчества, но в процессуально-правовом плане достаточной нормативной базы (пока – А.Б.) не существует» (с. 95-96).

Надо отметить, что в своём стремлении доказать нормативную природу и обязательность актов толкования уголовного закона в форме разъяснений Пленума ВС РФ, автор анализируемой монографии сохраняет беспристрастность, критически относится и к тем позициям, которые по существу созвучны его идее. Так, А.В. Мадьярова отвергает возможность пропаганды *концепции правозаконности*, согласно которой судебная власть должна выйти из прокрустова ложа закона, представляющего собой «неполноценную» форму опосредования идеального права, и стать настоящим источником юридического регулирования, приближенным к жизни, но свободным от пристрастий. Наш автор протестует против подобных призывов: «в конструкции правозаконности происходит смешение законности и целесообразности в правовой реальности, которые рассматриваются как равноправные основы судебного правоприменения... понятие законности должно остаться в рамках позитивного права, а не выводиться на весьма эфемерный уровень правовых идей в их самостоятельном бытии. Идея правозакон-

ности может служить лишь идеологическому, но не формально-юридическому обоснованию судебного нормотворчества» (с. 93).

Выше нами представлено в конспективном духе изложение взглядов А.В. Мадьяровой на юридическую природу и назначение праворазъяснительной деятельности Верховного Суда. Она «удостоилась» такой чести в основном по причине монографического уровня её исследования и по темпоральным (одна из последних работ)¹ соображениям. Но не всеми разделялись и разделяются её позиции. Посему кратко охарактеризуем другие взгляды на статус разъяснений закона в исполнении ВС РФ.

А.В. Мадьярова, как было показано, не относит акты толкования Пленума к формам судебной практики. А вот, по мнению профессора С.Н. Братуся², «наука... исходит из правильных методологических позиций в определении судебной практики как деятельности судов по применению законов при разрешении спорных, подлежащих их компетенции ситуаций и использованию опыта и результатов этой деятельности в надлежащем осуществлении правосудия» (с. 3); она выглядит как единство двух компонентов – «деятельности по применению правовых норм, которая связана с выработкой определённых правоположений на основе раскрытия смысла и содержания применяемых норм, а в необходимых случаях и их конкретизации и детализации» плюс «итога этой деятельности (самих положений)» (с. 4-5, 16-17)³. Следственно, изготовление актов толкования признаётся компонентом судебной практики. Внимательный читатель обнаружит в предисловии к книге ещё несколько важных в методологическом отношении высказываний патриарха общей юриспруденции СССР: 1) судебная практика действует как фактор правообразования (с. 3), а также нужна для обеспечения единообразия правоприменительной деятельности и совершенствования законодательства (с. 6); 2) «чем более общий характер имеет закон», тем в большей степени он «должен быть опосредован другими нормами, являющимися также общими правилами, подчинёнными закону, но более детализированного порядка» (с. 5); 3) в науке наблюдается широкий спектр анализа руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда – они раскрывают смысл закона или конкретизируют его, используются при выработке разъяснений, расширительное и ограничительное виды толкования, а равно аналогия, когда именно возникает нужда в руководящих разъяснениях, а когда – в законодательной инициативе (с. 4); 4) содержащиеся в актах общеобязательного толкования закона Верховными Суда нормы следует именовать **правоположениями**, но не правовыми нормами, поскольку право-

¹ В сфере науки известное юридическое правило *lex posteriori derogate priori* работает не всегда – *авт.*

² Ниже будет представлена (цитирование, сноски) известнейшая и профильная для нашей темы книга советской эпохи: Судебная практика в советской правовой системе / Под ред. С.Н. Братуся. – М.: Юрид. литература, 1975. – 328 с.

³ В первой главе (с. 53) данное суждение несколько уточняется: судебная практика объективируется в двух основных формах – руководящие разъяснения и принципиальные решения по конкретным делам разных уровней (прецеденты – ?)

положения «имеют силу авторитета, а не авторитет силы... Однако исполнение правоположений, сформулированных в руководящих разъяснениях Пленума... обеспечено возможностью своеобразного принуждения: решения нижестоящих судебных инстанций, противоречащие этим правоположениям, обычно отменяются вышестоящими судебными инстанциями» (с. 5-6).

В первой, общетеоретической главе сборника, написанной С.Н. Братусем и А.Б. Венгеровым, весь материал как бы поделён на 4 относительно обособленных раздела – о конкретизации правовых норм в рамках судебной практики, о соотношении судебного толкования и конкретизации, об аналогии и о формах судебной практики. Все эти аспекты представляют интерес для нас, но последний фрагмент уже обсуждён, а метод аналогии для уголовного права планируется оценить позже. Посему оценим только два первых фрагмента. Но будем вынуждены предварить эту работу оговоркой, что несмотря на кажущуюся простоту термина «судебная практика» и его активное использование в научной литературе последних лет «в связи с проводимой в стране судебной реформой и возникшими при этом спорами», «среди отечественных и зарубежных авторов... нет общего представления ни о её понятии, ни о содержании, ни о формах её выражения и проявления»¹. Сам М.Н. Марченко тем не менее отмечает, что «судебная практика в широком смысле как некое целостное явление, охватывающее собой всю деятельность судебных органов и весь опыт их функционирования, ... *фактически творит* «нормативные» судебные акты...»².

Конкретизация и судебная практика. Тандем названных учёных *предпосылками* конкретизации считает «повышение степени абстрактности правовых норм по мере их исторического развития» (с. 17), а также толкование, предшествующее применению закона (с. 19). *Условий* же для того, чтобы «та или иная правовая норма в практике своего применения подверглась конкретизации» (с. 23), выдвинуто три: а) изменение общественно-политической обстановки (с. 23); б) чрезмерно абстрактный характер нормы, которая «без соответствующего разъяснения и уточнения не может быть правильно применена» (с. 25); в) наличие понятий и терминов оценочного типа (с. 25). Авторы особо подчёркивают, что «у правоположений отсутствует механизм, обеспечивающий их безусловную реализацию, отсутствует санкция... А «пока этого нет, можно лишь утверждать, что правоположения – наиболее приближающиеся к правовым нормам образования» (с. 26). В связи с этим следует предложение о введении в закон нормы об обязательности руководящих разъяснений для практики (с. 26), а до того они представляют собой «особую категорию» актов (с. 27).

Своё мнение о соотношении процессов судебного толкования и конкретизации С.Н. Братусь и А.Б. Венгеров строят на базе оценки мнений многих авторитетов советского правосудия – И. Б.

¹ *Марченко М.Н.* Судебное правотворчество и судейское право. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 100-101.

² *Там же*, С. 109.

Новицкого, И.С. Тишкевича, Л.С. Явича, А.В. Мицкевича, В.И. Каминской, А.Ф. Черданцева, К.И. Комисарова, Н.Б. Зейдера, М.А. Гурвича, В.В. Лазарева, А.К. Безиной, С.И. Вильнянского, С.С. Алексеева, А.С. Пиголкина, В.П. Реутова и других. Их приговор таков: а) конкретизация норм неразрывно связана с их толкованием (особенно внушительно отстаивает подобный союз А.Ф. Черданцев); б) конкретизация – естественный процесс, «связанный с переводом абстрактных положений закона в более конкретные положения» (с. 38); в) «в случае (же – А.Б.) конкретизации оценочных критериев правильнее говорить не о дозволенном законом правотворчестве суда, а о предоставлении законодателем суду широкой возможности осуществлять выработку правоположений» (с. 37); г) особенно сочувственно авторы цитируют позицию проф. С.С. Алексеева, согласно которой наличие правоположений, вырабатываемых судебной практикой – несомненный факт и порождён он таким объективным свойством права, как его динамизм¹. Правоположения в оценках С.С. Алексеева выглядят специфическими «сгустками» правосознания на грани перерастания в «настоящие» юридические нормы; а в постановлениях Пленума эта грань уже пройдена, руководящие разъяснения являются предписаниями подзаконного уровня.

На сегодняшний день рассуждения о конкретизации правовых норм как разделе правоприменения и, в частности, судебной практики, о связи этой деятельности с праворазъяснительной активностью Верховного Суда трудно представить себе в отрыве от усилий и результатов нижегородской школы юриспруденции, давно находящейся в авангарде исследований законодательной техники, а с недавних пор захватившей флагманские позиции и в вопросах конкретизации права. В прошлом году теоретики Нижегородского исследовательского научно-прикладного центра «Юридическая техника» организовали и провели Международный симпозиум, посвящённый проблемам конкретизации законодательства, по материалам которого был выпущен настоящий фолиант объёмом в 67 п.л.² В целях уточнения ранее добытых в национальной юриспруденции знаний о конкретизации обратимся лишь к первой статье мэтров теории права, в которой, надо полагать, не только по заглавию, но и по содержанию расставлены новые или более проверенные акценты.

В.М. Баранов и В.В. Лазарев («Конкретизация права: понятие и пределы», с. 16-33) предприняли попытку «изложить некоторые

¹ Алексеев С.С. Социальная ценность права в советском обществе. – М.: Юрид. литература, 1971. – С. 135. В другой работе этот же учёный пишет: «будучи объективированным результатом судебной и иной индивидуально-правовой деятельности компетентных органов, правоположения, не сливаясь с действующими нормами, представляют собой относительно самостоятельные правовые явления, специфическую разновидность правовой реальности». – Алексеев С.С. Общая теория права: Курс в 2-х т. – М.: Юрид. литература, 1982, т. 1. – СМ. 351.

² Конкретизация законодательства как технико-юридический приём нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики: Материалы Международного симпозиума (Геленджик, 27-28 сентября 2007 года) / Под ред. В.М. Баранова. – Нижний Новгород: Нижегородская академия МВД России, 2008. – 1134 с.

исходные положения, которые... должны приниматься во внимание при исследовании разных сторон процессов конкретизации, в какой бы сфере они не наблюдались» (с. 16). И вот, что из этого получилось. 1. Любой теоретик юриспруденции «в первую очередь должен озадачиваться и обременяться вопросами конкретизации естественного права», которое «не сформулировано в качестве чётких формализованных установлений и (потому – А.Б.) нуждается в законодательном закреплении, в позитивном правотворческом оформлении». Можно сказать и так: «всякое возведение естественного права в закон является его конкретизацией» (там же). Справедливо, но нуждается в уточнении такого порядка. Термин «естественное право» и то содержание, которое в него традиционно вкладывается учёными и просветителями, не вполне корректны, поскольку отражают узкий, политико-правовой подход к санации государственной юриспруденции; точнее говорить и думать не о некоем естественном праве, а о совокупности *идеальных культурных* (сплав нравственных, религиозных, идеологических, мировоззренческих, политических и юридических стандартов) правил по юридическому обслуживанию населения на планете Земля.

2. Авторы отдают предпочтение конкретизации права, а не законодательства «по той причине, что весьма актуальна проблема конкретизации принципов права», когда «непрерывно возникает проблема пределов» уточнения юридического содержания – «всегда ли нужно подменять принцип конкретной нормой, не обеспечивается ли принцип от такой операции» (с. 17). На наш взгляд, те идеальные и выстраданные начала коллективной жизни, которые именуются «принципами права или управления», должны иметь такой высокий уровень обывательской понятности, что насыщенной потребности в конкретизации этих руководящих идей нет; другое дело – целесообразность их фиксации в нормативных памятниках. Мы говорим «да» такой фиксации, поскольку публично-официальное объявление властью своих генеральных юридических начал облагораживает управленческую практику и даёт гражданам шанс апеллировать к высшим ценностям, которые обязалась уважать публичная администрация.

3. Общеизвестно правило о прямом действии Конституции, в результате чего выглядит безупречно-дедуктивным вывод, «что и без конкретизации будет действовать соответствующая (конституционная – А.Б.) норма». Но «большинство юристов сойдутся во мнении, что отраслевое законодательство (непрерывно – А.Б.) конкретизирует Конституцию, её дух, её смысл, заложенные в ней общие принципы, установленный в ней строй, основные права и свободы человека и гражданина» (с. 18). На наш взгляд, некий порог либо разрыв в степени обобщения политико-юридических или общеуправленческих порядков, зафиксированных в Основном и отраслевом законодательстве, будет существовать всегда, и никакая, самая квалифицированная конкретизация не ликвидируют этот лаг в принципе.

4. Справедливо суждение, будто «создание прецедента (принимается он отраслевой доктриной или всем правосознанием в принципе либо не принимается – А. Б.) есть всегда конкретизация

права, её наиболее работающий «техничко-юридический приём» (с. 20). 5. Было время, когда конкретизация рассматривалась преимущественно в рамках правоприменения¹, в качестве зазора между толкованием и правотворчеством, между правотворчеством и индивидуализацией права, т.е. в узком смысле слова. Однако пора ставить вопрос и о содержании конкретизации в сфере правотворчества, ведь «делегированное правотворчество достаточно убедительно демонстрирует эту разновидность конкретизации» (с. 20-21).

5. Авторы ставят вопрос о том, что «значительным своеобразием отличается конкретизация в рамках толкования», поскольку «ни само толкование.., ни конкретизация акта толкования... ничего к содержанию правовых норм не прибавляют». Тут «имеет место банальная «праворазъяснительная конкретизация» (с. 21). 6. Терминологическая или понятийная конкретизация различается по сферам юридического промысла. Если в правотворческой области её возможности ограничены, то в правоприменительной сфере она процветает; более того, именно здесь вырабатываются особые правовые положения (с. 21).

7. Особого и объёмного разговора заслуживает конкретизация так называемых оценочных понятий – *sui generis* юридического резервуара, «который субъекты реализации наполняют самыми разнообразными обстоятельствами конкретного характера». В любом случае «доминирующей стороной функционирования любого правового оценочного понятия является конкретизация каждого его элемента, каждой «линии» связи между ними, каждого значимого момента его развития» (с. 25). От себя добавим, что высшая судебная инстанция России в одном из универсальных правовых положений предписывает нижестоящим судам не механически фиксировать наличие предусмотренного в уголовном законе оценочного признака в пределах юридического случая, но и детально конкретизировать его в приговоре: «признавая подсудимого виновным в совершении преступления по признакам, относящимся к оценочным категориям (тяжкие или особо тяжкие последствия, крупный или значительный ущерб, существенный вред, ответственное должностное положение подсудимого и другие), суд не должен ограничиваться ссылкой на соответствующий признак, а обязан привести в описательной части приговора обстоятельства, послужившие основанием для вывода о наличии в содеянном указанного признака»².

Таким образом, конкретизация как особый способ уточнения закона работает на обоих этапах юридического здания (правотворчество и правоприменение) и выражается в детализации Конституции федеральными законами, а последних – подзаконными

¹ *Безина А.К., Лазарев В.В.* Конкретизация права в судебной практике // Советская юстиция. 1968. № 2.

² Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 апреля 1996 г., № 1 – «О судебном приговоре» (пункт 8). – Судебная практика по уголовным делам в 2-х частях. Часть 1: Сборник постановлений Пленумов Верховных Судов СССР, РСФСР и Российской Федерации / Сост. С.А. Подзоров. – М.: «Экзамен», 2001. – С. 470.

актами, в бланкетных диспозициях и оговорках парламента, даже в доктринальных спорах о том, что «хотел» сказать нормодатель, да высказался в тексте туманно либо чрезмерно общим образом. В то же время следует признать, что более всего конкретизация обнаруживает себя в сфере практикующей юриспруденции, ибо «в законах и отправлении правосудия есть... одна сторона, содержащая случайность и заключающаяся в том, что закон есть всеобщее определение, которое должно быть применено к отдельному случаю»¹. Вот тысячи специалистов, причём ежедневно, и тщатся раскодировать абстрактно выраженный смысл закона в приложении к частному случаю, сблизить право и жизнь, доказать, будто и данное индивидуальное преступление имел в виду несколько лет назад парламент и надеялся на грамотного толкователя текста. Особое искусство конкретизирующей расшифровки закона демонстрирует Верховный Суд в своих разъяснениях, где с помощью типовых мыслительных ходов всем реализаторам действующего права предлагается методическая помощь.

Проблема судейского усмотрения. Праворазъяснительная деятельность была бы невозможной без права юристов на определённую свободу профессиональной мысли и деятельности. Но эта «вольница», внешне реализуемая в конкретизации, есть и нравственный долг одновременно: «судия, который не истощает всего своего внимания, судя человека в уголовном деле, или хотя и с малым небрежением осуждает его на тяжкую казнь, столько же сам её заслуживает... если не больше»². То, что диспозитивность не абсолютна, констатируется и в современных исследованиях. Свобода правоприменителя в его усмотрении по делу, подчёркивает Ю.В. Грачёва, относительна, ибо 1) допускается законодателем, а не им самим, и 2) направлена на установление плюс соблюдение смысла закона, а не на субъективизм³.

Очень убедительной статьёй по данному вопросу, посвящённой памяти В.А. Владимирова, отметился проф. Б.В. Яцеленко⁴. В ней он утверждает, что хотя в ст. 3 УК РФ и говорится об императивном методе отраслевого регулирования, «уголовное право не лишено элементов диспозитивности, особенно когда речь идёт о нормативном опосредовании и практической реализации институтов назначения наказания, освобождения от уголовной ответственности и наказания» (с. 166); судейское усмотрение не противоречит закреплённому в ст. 3 УК принципу законности, поскольку оно оформлено в самом позитивном праве с помощью управомочивающих либо запрещающих норм (с. 171). Стандартно мнение, будто диспозитивный метод связывается с наличием в законе управо-

¹ Гегель. Философия права. – М., 1990. – С. 252.

² Записки некоторых обстоятельств жизни службы д.т.с. сенат. *И.В. Лопухина*, сочин. им самим // Чтения в имп. Общ. ист. и др. росс. – СПб., 1860, кн. 2 – С. 8.

³ *Грачёва Ю.В.* Проблемы судейского усмотрения в российском уголовном праве. – Владимир, 2005. – С. 110-114.

⁴ *Яцеленко Б.В.* Судейское усмотрение и его виды в уголовном праве // Весь мир живёт до тех пор, пока живёт память человека / Под общей ред. проф. В.С. Комиссарова. – М., 2006. – С. 166-174.

мочивающих норм. Это так, однако диспозитивность реализуется в отрасли и с помощью так называемого судейского усмотрения, которое выражается в праве судьи, прокурора, следователя или лица, производящего дознание, на выбор юридически значимого решения в пределах, очерченных законом (с. 167).

Б.В. Яцеленко подмечает: «несмотря на то, что термин «судейское усмотрение» не известен уголовному и уголовно-процессуальному законодательству, само явление – судейское усмотрение – нормативно в нём присутствует» (с. 167). И приводит в подтверждение соответствующие нормы (ч. 2 ст. 61 УК, ст. 17 УПК). Подчёркнут весьма важный момент: если «выраженное в уголовном законодательстве уголовное право в статическом состоянии представляет собой строго объективированную систему норм и институтов (объективное право), существование которой не зависит от усмотрения отдельных лиц», то «напротив, реализация уголовно-правовых предписаний невозможна вне субъективного права, элементов усмотрения использующих, соблюдающих или применяющих нормы уголовного права лиц» (с. 168). Лицами, наделёнными свободой усмотрения, могут быть и рядовые граждане (право на необходимую оборону с известными допусками на его реализацию).

Право на судейское усмотрение может быть выражено либо *опосредовано* (наличие альтернативных санкций, «молчаливо» предполагающих выбор одного из нескольких наказаний), либо *прямо* – словами «может быть», «вправе», «может», «решается» (например, в ч. 2 ст. 60, ч. 2 ст. 61, ч. 2 ст. 64, ч. 5 ст. 73, ч. 1-4 ст. 74, ч. 1 ст. 75, ст. 76, ч. 1 и 2 ст. 79, ч. 1 ст. 80, ч. 1 и 2 ст. 82 УК РФ). Автор определяет судейское усмотрение в виде законодательного допущения и субъективного права лица одновременно, а именно как «предоставленную уголовным законом субъекту правоприменительной деятельности юридическую свободу выбора, (вместе с тем, тем не менее – А.В.) исключающую произвольное применение уголовно-правовых норм» (с. 171).

По мнению Б.В. Яцеленко, судейское усмотрение может и не основываться на законе, а в качестве примера он приводит практику расширительного и ограничительного толкования, определяя её в виде «приёмов отступления от буквы и духа закона» (с. 171). Вряд ли это так. Если о какой-то дистанции между «буквой» (текстом) и небуквальным толкованием говорить обоснованно и позволительно, то «дух закона» как раз и ищется с помощью расширительного и ограничительного толкования. А сам законодатель как бы провоцирует подобные виды интерпретации; говорит, вот я не смог или не пожелал чётко выразить свои требования, а вам предстоит домыслить столь широкое предписание в приложении к индивидуальному случаю на базе некоего духа, т.е. совокупности общих идей, трудно добываемых практикой, с различной степенью искусства обосновываемых в науке, исчерпывающим для данного времени или неполным образом закрепляемых законодателем в виде принципов юридического регулирования, выражаемых в виде аксиом, презумпций, фикций и прочих «сгустков» правосознания. В связи с этим мы не можем разделить рекомендацию Б.В.

Яцеленко о дополнении статьи 3 УК положением о том, что «содержание уголовного закона следует понимать в точном соответствии с его текстом» – якобы для блокирования расширительного и ограничительного толкования, а также исключения «основанного на нём неоправданного судейского усмотрения» (с. 174).

Если бы всё это было возможно, и проблема решалась так просто – запретом гипотетически опасных в применении средств; но ведь необходимость в них порождена проблемой, решение которой «стерильными» или абсолютно безвредными, не влекущими побочного эффекта приёмами пока недостижимо. Практика расширительного и ограничительного толкования, а также основанного на ней и живущего вне неё судейского усмотрения, вне сомнения, вынужденно сохранится. Следовательно, нужно искать дополнительные способы нейтрализации негативных издержек небуквальной интерпретации. Наиболее вероятная и перспективная магистраль этих поисков – селекция и апробация общеправовых и уголовно-правовых презумпций, пока дремлющих в глубинах культурного, нравственно-религиозного и юридического опыта. Наши рассуждения о презумпциях (упоминаемых и ждущих своего часа), их роли в отрасли и целесообразности их дихотомичной спайки с принципами состоятся в последней главе настоящего тома.

Б.В. Яцеленко выделяет две разновидности судейского усмотрения – 1) «допущенное судом при вынесении решения по конкретному уголовному делу» и 2) «допущенное высшей судебной инстанцией в процессе толкования уголовного закона (речь идёт о разъяснениях уголовного закона, содержащихся в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ по отдельным категориям уголовных дел)» (с. 172). Бесспорно, что второй сорт судейского усмотрения наиболее важен, а предъявляемые к нему требования всегда были и будут выше, равно как и ожидания убедительного недвусмысленного толкования «тёмных» положений кодекса. Вот с этих позиций и рассмотрим в заключение вопрос о юридической природе и значении актов толкования ВС РФ.

Проф. А.И. Рарог, в объёме знаний и компетенции которого, наверное, не дано сомневаться никому, очень объективно характеризует усилия Верховного Суда Российской Федерации по обеспечению единообразия судебной практики в области применения уголовного закона¹. Во-первых, пишет он, высшие судебные инстанции нашей страны (СССР, РСФСР и РФ – А.Б.) «давали массу разъяснений и рекомендаций, имеющих огромное значение как для формирования правильной и единообразной судебной практики, так и для развития теории уголовного права» (с. 6). Во-вторых, в отдельных случаях Пленум ВС РФ менял свою позицию в трактовке законодательных положений, не подвергавшихся изменениям (с. 7), что вряд ли можно отнести к позитиву в части влияния на правосознание судей страны. Но главный упрёк, в-третьих,

¹ Рарог А.И. Роль Верховного Суда РФ в формировании судебной практики по уголовным делам // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: материалы 4-й Международной научно-практической конференции. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – С. 4-10.

состоит в наличии «сомнительных» или даже «явно ошибочных» рекомендаций Пленума, что «является серьёзным препятствием к формированию судебной практики, основанной на законе» (с. 8). Далее (с. 8-10) известнейший специалист отрасли приводит несколько примеров некачественного интерпретирования УК Пленумом ВС РФ. Аналогично, «странными» называет целый ряд рекомендаций практики со стороны Пленума ВС РФ Н.Г. Иванов и приводит доказательство своей оценки¹.

Рекомендация А.И. Рарога, вытекающая из текста статьи, ожидаема, очевидная и вполне здравая: «для достижения единообразия в правоприменительной деятельности Верховному Суду РФ следовало бы более требовательно подходить к обращенным к судам разъяснениям и рекомендациям, не допуская неточностей, противоречий и отступлений от буквы закона» (с. 10). Согласимся с этим приговором во всём, кроме последней части фразы, ибо если бы не было необходимости в ограничительном либо расширительном толковании слишком общего текста УК в направлении более точного постижения смысла («духа») уголовного закона через единообразное прочтение его «буквы», не нужен был бы и Верховный Суд с конституционным полномочием и обязанностью по разъяснению вопросов судебной практики.

Как известно, «читать дух» в «букве» надобно уметь, и мы не подвергаем сомнению это искусство в исполнении ВС РФ, поскольку последний опирается в своих рекомендациях на огромную практику в низовых звеньях судебной системы, т.е. видит, понимает и чувствует за абстрактным текстом закона жизненный пульс лучше, чем какая-либо иная инстанция. Однако есть ещё одно непреложное требование к деятельности по обеспечению единообразия судопроизводства – умение чётко и эстетично излагать «руководящие» мысли в акте толкования. Вот этого-то как раз и недостаёт на Олимпе правосудия. Рубленая революционная фраза и командный стиль однопартийной эпохи, кажется, трансформировались в казёнщину, от прочтения которой профессионального азарта на низах правоприменительной лестницы точно не прибавится. Прочтите любое постановление Пленума последних десятилетий, и вы встретите в его тексте банальности, расположенные по изъезженной колее: важность сферы правоприменения – в основном всё хорошо, но есть отдельные недостатки – вследствие этого даются разъяснения и рекомендации – обратить внимание, иметь в виду, исходить из того, следует считать *ets...* При этом мнение Пленума по самым трудоёмким вопросам толкования текста Уголовного кодекса часто выражено двусмысленным или оценочным образом. Утратили наши верховные жрецы юриспруденции искусство лексического убеждения.

¹ *Иванов Н.Г.* Состояние и тенденции развития уголовного законодательства // Соотношение преступлений и иных правонарушений: современные проблемы: материалы IV Междунар. науч.-практ. конф., посвящ. 250-летию образования Моск. гос. у-та им. М.В. Ломоносова и состоявшейся на юрид. фак. МГУ им. М.В. Ломоносова 27-28 мая 2004 г. – М.: ЛексЭст, 2005. – С. 191.

А ведь ещё совсем недавно по историческим меркам Правительствующий Сенат выпускал для судебной и административной системы Отечества, а также для вузов суперысканные наставления, полностью соответствующие народной поговорке той эпохи: «по суду и скорпиона приятно проглотить». Выборочно пролистаем в подтверждение этой мысли тексты решений лишь Общего собрания первого и кассационного департаментов Правительствующего Сената конца XIX века¹ – несмотря на то обстоятельство, что большинство разъяснительных актов Соединённого присутствия посвящались «пререканиям о подсудности» и вопросам «ограничений для мест проживания либо приобретения недвижимости евреями» – и насладимся, ограничившись цитированием решений по проблемам материального уголовного права. Предварительно отметим лишь несколько общих достоинств опубликованных решений: а) вначале чётко излагается суть рассматриваемого вопроса и кто его вносит на рассмотрение Сената; б) далее излагается фабула юридического казуса, потребовавшего разъяснений закона на вершине правосудия; в) в мотивировочной части подробно и эстетично оценивается доказательственная база, но более всего действующее законодательство и предыдущие разъяснения Сената; г) за сим следует окончательный вердикт в одном из двух вариантов – либо отлично сложенный текст решения по существу дела, либо краткое резюме, что поставленный в запросе вопрос решается утвердительно или отрицательно; д) поскольку в то время высшая судебная инстанция Российской империи ещё не выносила универсальных постановлений по целым категориям дел, то каждый акт разъяснения продвигал доктрину вперед и по частному вопросу, и по базовым позициям юриспруденции. Покажем это...

1. 30 января 1889 г. слушался вопрос об уголовной ответственности должностного лица, обвинявшегося в вымогательстве взятки: бывший учётик Изюмского мещанского общества Решетняков, обнаружив возможность производства начёта в 700 рублей на мещанского старосту Бородай, стал требовать с последнего 200 рублей под условием уничтожения свидетельств денежных проделок старосты. Бородай с предложением учётика не согласился, и тогда Решетняков дал производству по делу ход. Эти обстоятельства были установлены следствием, но между прокурором Изюмского окружного суда и Харьковским губернским правлением явилось «разномыслие» по поводу квалификации содеянного, что и «подняло» вопрос «наверх». Сенат в мотивировочной части своего решения нашёл, что налицо покушение на вымогательство, поскольку данное преступление «может быть признано оконченным лишь по переходе вымогаемого имущества, денег или обязательства на имущество в обладание вымогателя», чего не случилось, а в подтверждение общего вывода записал: 1) требованием пере-

¹ Ниже приводятся сведения и цитируются решения Сената по сборнику: Полный свод решений Общего собрания первого и кассационного департаментов Правительствующего Сената: С подробным предметным, алфавитным и поставейным указателями, составленными кандидатом прав *Л.М. Ротенбергом* (за 1886-1896 гг.). – Екатеринбург: Типография М.С. Копылова. Проспект, соб. дом, 1909.

дачи имущества, как действием, составляющим существенный признак вымогателства и потому относящимся к составу этого преступления, начинается приведение злого умысла вымогателя в исполнение»; 2) «при этом является безразличным, вызвал ли виновный своим требованием обещание со стороны вымогаемого лица на выдачу подарка или нет»; 3) под выражением «требование» по закону надо разуметь «лишь такое воздействие со стороны вымогателя на волю вымогаемого, которое, по своему характеру и сопровождавшим его обстоятельствам, могло принудить вымогаемого к выдаче имущества из опасения и страха за своё личное или имущественное благосостояние, так как требование, не имеющее такого свойства, представляется равносильным изъявлению желания; 4) отсюда «требование взятки без получения оной составляет покушение на вымогательство»¹.

2. 3 ноября 1897 г. по предложению Обер-Прокурора слушался вопрос о том, «могут ли магометане... в присутственных комнатах судебных мест не снимать головных уборов»? Сенат вначале указал, что действующее законодательство безусловно требует «от лиц, появляющихся в судебном присутственном месте, благопристойности и приличия, тем самым обязывает их к оказанию своим поведением должного присутственному месту уважения». Но «понятие обязанности снятия головного убора в знак уважения не имеет характера безусловности и зависит от обычаев среды и общества, к которому данное лицо принадлежит, и от того положения, которое оно в нём занимает. Так, например, не является неуважительным появление с покрытой головою женщины, монаха или часового в присутственном месте. Сохранение мусульманами их головного убора, по удостоверению их высших духовных властей, не выражает неуважения, а является укоренившимся обычаем, равносильным религиозному требованию...». Особо в решении оговорено, что разрешение сохранять на голове убор при нахождении в судебных присутствиях не распространяется на «те уличные головные уборы, которые, составляя принадлежность верхнего, исключительно уличного облачения, предохраняющего от неблагоприятного влияния погоды, снимаются при входе во всякое домашнее помещение и имело в виду только те головные уборы, которые являются неотъемлемой принадлежностью либо национального одевания, либо носимого звания, или же единственною покрывкой бритой головы... Правительствующий Сенат, в виду приведённых данных, приходит к тому заключению, что сохранение мусульманами покрывающих их голову уборов вызывается отнюдь не стремлением оказать неуважение русским присутственным местам и могущим в них находиться святыням, а наоборот – желанием оказать должное им почтение, соблюдением того религиозного обычая, к которому они побуждаются чувством нравственного долга и приличия»². Чем не пособие для наших западных идеологических учителей, пытающихся силой закона принудить мусульманок обнажать свои головы и волосы в указанных им местах!

¹ 1889. № 4. – С. 184-188.

² 1897. № 25-26. – С. 45-46.

3. 24 января 1900 г. в Сенате слушался юридический вопрос, прямо не относящийся к уголовному праву, но показывающий потомкам должную глубину анализа, покоящуюся на знании и уважении внешней социальной среды любого отраслевого закона. Проблема: можно ли считать «*фольварковыми угодьями*» для северо-западных губерний только поля, луга и сенокосы либо же и «леса, остающиеся за помещиком»? После обильного (судя по объёму текста) обсуждения Правительствующий Сенат постановил, что «по терминологии местного положения для Виленской, Гродненской и других губерний... леса, составляющие отдельную дачу или хозяйственную статью, в состав фольварковых угодий не входят»¹. Сие значит, что предпочтение при юридическом регулировании – прочтении законоположений Империи – прежде отдавали местным наречиям, а не столичному диалекту, сильно зависящему от культурного давления Запада и не всегда уважающего язык собственного народа («черни»). А сегодня мастера поп-политики в открытую обвиняют даже самый многочисленную русскую нацию в некоем плебейском духе, подразумевая под этим «некультурную привычку» облапошенных обывателей задавать самым простым слогом вопрос о том, каким образом все природные ресурсы и средства производства в одночасье стали принадлежать самым продвинутым в «культурном отношении» лицам, общая численность которых не превышает 5% населения.

4. Ответственность укрывателей чужих преступлений стала предметом разбирательства в Соединённом присутствии 20 марта 1900 г. Общероссийское право того времени исходило из принципа, согласно которому вознаграждение за вред и убытки, причинённые преступлением или проступком, составляют предмет гражданско-правового регулирования. Всякое «само по себе недозволенное действие (а следовательно, и укрывательство краденого) даёт потерпевшему от него вред право требовать удовлетворения от нарушителя и... если такое недозволенное действие совершено сообща несколькими лицами, то они отвечают за причинённый ими вред солидарно. Правила же о субсидиарной ответственности укрывателей... в случае, когда виновные в краже не в состоянии вознаградить потерпевшего, в... своде нет... очевидно, на том сообщении, что между укрывательством преступника или добытых им вещей и самим преступлением, причинившим вред, не имеется ни внешней, ни внутренней связи. Лицо, укрывшее преступника, или добывшее чрез преступление имущество, совершает этим самостоятельное недозволенное деяние и потому может отвечать лишь за вред, который причинён его собственным деянием...». Отсюда укрыватель должен отвечать «не солидарно с участниками самой кражи, а самостоятельно, по мере лично им содеянного»². Чем не вариант удовлетворения принципа личной ответственности!

5. Защитники природы вообще и представители «зелёного движения» – в особенности могли бы искренне удивиться и даже обрадоваться решению Сената по вопросу о дозволительности убийства

¹ 1900. № 37-38. – С. 224-225.

² 1900. № 9-10. – С. 164-165.

собаки, забежавшей в чужой лес без хозяина. Общим правилом того времени для России было разрешение «истреблять всех хищных зверей и птиц, птенцов их и гнезда, а также убивать без полей и в лесах бродячих кошек и собак... в течение всего года всякими способами, кроме отстрела... – в виду вреда, причиняемого размножению дичи бродячими кошками и собаками». При этом: «1) собака простая, бегающая в полях и лесах без привязи или без палки, или (собака пастушечья) без длинной верёвки на шее, тем самым признаётся бродячею и может быть убита безнаказанно; 2) собака охотничья, бегающая в полях и лесах без хозяина, не может быть убиваема безнаказанно, но она может быть задерживаема и возвращаема хозяину за вознаграждение, кроме собаки Лягавой, которая и в этом случае даже не может быть задерживаема»; 3) «ни одна бродячая собака не может быть предполагаема бесхозяйной по тому лишь, что при ней в данный момент нет хозяина, и только простые собаки, что бегают одни и без всяких знаков принадлежности их, могут быть в полях и в лесах убиваемы безнаказанно»; 4) «если собака, хотя бы заведомо для посягнувшего на неё имеющая хозяина, содержится настолько беспризорно, что она не в виде единичного случая лишь, а более или менее постоянно бегает по чужим лесам или полям без надзора охотника и самостоятельно гоняется за дичью, а тем более, если она настолько одичала, что стала опасною для жизни или здоровья людей, то по разуму нашего общего по сему предмету законодательства, она может быть признана бродячею и убита безнаказанно, независимо от породы её и принадлежности»; 5) следовательно, поставленный вопрос разрешён Сенатом отрицательно¹. Вот – пример согласования позывов дикой природы, человеческой морали и государственного законодательства; вот методическое пособие для правдоискателей, требующих от папы римского отказа от части его верхней одежды, по древней теологической традиции сшитой из горностая!

6. Специалистам пенитенциарного дела и любителям субъективного вменения должно понравиться обоснование квалификации случаев побегов из мест заключения в случаях, если беглеца удалось поймать в течение суток, – тем более, что докладывал дело в Сенате сам И.Я. Фойницкий. Вероятно, не без его деятельного участия, в опубликованном решении сквозят гуманные нотки. Проблема состояла на момент рассмотрения в том, что в стране сложилась разноречивая практика о признании побегом случаев оставления мест лишения свободы менее чем на одни сутки. Сенат разъясняет: «существенный признак таких деяний заключается отнюдь не во внешней, а в волевой их стороне, в том намерении, которое их определило. Вследствие сего, не представляется оснований считать побегом, влекущим за собою последствия (уголовную ответственность – А.Б.) отлучку из места заключения, когда таковая последовала с единственной целью, например, кратковременного свидания с семьёй; такого рода отлучку справедливее всего отнести к нарушению порядка содержания в местах заключения, влекущему за собой дисципли-

¹ 1902. № 29-30. – С. 322-323.

нарные взыскания...». И далее: «разъяснить, что относительно арестантов, отлучившихся из-под стражи, тюремное начальство при участии прокурорского надзора, должно расследовать, последовал ли такой уход с целью побега или имел свойство временной отлучки с иною целью»¹.

Только что в одном из столичных издательств вышла книга известного теоретика юриспруденции, посвящённая судейскому правотворчеству². В ней содержатся весьма интересные и ценные для нашего предприятия суждения и оценки. Вот они: 1) «судебный прецедент как самостоятельный источник права не может быть формой или какой-нибудь составной частью судебной практики, т.е. частью равноценного себе источника права» (с. 111); 2) «в природе нет универсального явления под названием «прецедент», как нет и аналогичного ему и адекватно отражающего его понятия, одинаково «приложимого» к любой национальной правовой системе, включая правовую систему России, или правовой семье. В каждой системе и семье имеют место свои особенности судейского права и, соответственно, судебного прецедента, а нередко – своё собственное представление о том, что собой представляет судебный прецедент» (с. 113); 3) наконец, «в числе характерных для правового феномена, именуемого прецедентом, атрибутов можно назвать, исходя из «прецедентного» опыта разных стран, такие, как: порождение судебных прецедентов только высшими судебными инстанциями; их нормативный характер, проявляющийся в содержании прецедента как общих норм, так и зарождающихся правовых принципов; общеобязательный характер прецедента как для нижестоящих судов, так и для всех иных государственных органов и должностных лиц; определённая связанность высших судебных инстанций своими собственными решениями; обнародование судебных решений прецедентного характера в бюллетенях или других официальных изданиях и в этом смысле – писанный характер прецедента; формирование и функционирование прецедента на основе действующего законодательства и в этом смысле – его вторичный характер по сравнению с законом; выступление прецедента в качестве источника права; направленность прецедентов не только на более эффективное и квалифицированное рассмотрение судами конкретных дел, но и на устранение пробелов и двусмысленностей в законах и других нормативных правовых актах» (с. 128).

Приведённый нами обзор научных мнений по вопросу о юридической природе и значении разъяснительной деятельности Пленума ВС РФ показал, что доктрина отличается существенным разнообразием взглядов практически по всем важнейшим аспектам проблемы: акты толкования высшей судебной инстанции – источник уголовного права или нет, рядовой или выдающийся фрагмент судебной практики, прецедент или нет, обладают признаком

¹ 1905. № 14-15. – С. 512-514.

² *Марченко М.Н.* Судебное правотворчество и судейское право. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 512 с.

обязательности или носят рекомендательный характер, сродни конкретизации или нет, являют собой сферу толкования либо нет, служат формой судебной практики или относятся к правотворчеству, соответствуют принципу законности либо противоречат ему, девальвируют идею независимости судей и подчинения их только закону либо нет... Одновременно нельзя не видеть, что интерпретационная деятельность Верховного Суда России давно завоевала себе «право на жизнь» по чисто практическим соображениям и потому бесценна¹.

Всё свидетельствует в пользу того, что мы имеем дело с *уникальным* явлением, которое даже получило специфическое обозначение («правоположения»), явлением, которое в человеческой среде обычно именуется творением и предполагает для своего существования набор необычных причин и условий. Естественно, что уникальность объекта порождает и широкий спектр взглядов на него с оттенком оригинальности. А.М. Минькова верно обобщает эти взгляды на 4 разряда: а) интерпретационные постановления Пленума рассматриваются как судебный прецедент особого рода (А.В. Наумов); б) они оцениваются «как особая форма судебной деятельности по изучению и обобщению практики нижестоящих судов»; в) «форма толкования уголовного закона»; г) форма правотворчества, в результате которой создаются подзаконные нормативные акты². Ею же предлагается и созвучная такому реестру доктринальных мнений дефиниция: «постановления Пленума Верховного Суда РФ являются комплексными актами, представляющими собой своеобразный симбиоз обобщения судебной практики, толкования, нормотворчества и рекомендаций организационно-методического характера, которые на сегодня невозможно отнести к определённой правовой категории»³.

Впечатление необычности объекта или явления, которые сохраняются и процветают в новых условиях, лишь усиливается. Так происходит ныне и с актами толкованиями (уголовного) закона в исполнении Пленума ВС РФ. Идущая в стране судебно-правовая реформа и её первые плоды, воодушевление независимостью судейского корпуса и возросшими возможностями его влияния на общую управленческую практику и жизнь обывателей порождают новые взгляды⁴, повышают надежды и требования к интерпретационной деятельности высшей судебной инстан-

¹ См.: Уголовный закон в практике районного суда: Научно-практическое пособие / Под ред. заслуженного юриста РФ, доц. А.В. Галаховой. – М.: Норма, 2007. – С. 11-12 (*В.П. Верин*).

² Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации по вопросам применения уголовного права (1995-2005 гг.): Тексты и научно-практические комментарии. – Ростов н/Д: Изд-во Рост. ун-та, 2005. – С. 11-13.

³ Там же, С. 14.

⁴ См., например: *Демидов В.В.* О роли и значении постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1998. № 3; *Смирнов Л.В.* Деятельность судов Российской Федерации как источник права // Журнал российского права. 2001. № 3; Судебная практика как источник права. – М., 2000.

ции. По этим причинам находим правильным перейти к анализу новых функций и местоположения суда в механизме российского государства¹.

§ 3. Новые полномочия российского суда и культура их использования

Одной из наиболее значимых и планомерно осуществляемых новаций в государственном механизме страны является масштабное возвышение суда. Эта благородная по задумке экспансия именуется «судебно-правовой реформой» и идёт по нескольким

¹ Автор считает свои долгом сообщить не вполне подготовленному читателю, что проблематика сущности и роли праворазъяснительной деятельности высшей судебной инстанции страны активно разрабатывалась всегда и трудами многих специалистов, не все публикации которых мы смогли отразить в настоящем параграфе. Компенсируем сей «изъём» приведением хотя бы части научных источников, попавших в наше поле зрения, но прямо не цитировавшихся в тексте: **Авилина И.** Праворазъяснительная деятельность высших судебных органов // Сов. юстиция. 1988. № 7; **Адилкариев Х.** Судебная практика как источник нормотворчества // Сов. юстиция. 1989. № 23; **Беляев В.Г.** Юридическая природа руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда СССР // Проблемы применения правовых норм на предварительном следствии. – Волгоград: ВСШ МВД СССР, 1972; **Богдановская И.Ю.** Прецедентное право. – М., 1993; *её же.* Судебный прецедент – источник права? // Государство и право. 2002. № 12; **Бойцова В.В., Бойцова Л.В.** Судебный прецедент: зарубежный опыт и российский перспективы // Российский судья. 1999. № 13; **Бошко С.В.** Судебная практика: способы выражения // Государство и право. 2003. № 3; **Братусь С.Н.** Юридическая природа судебной практики в СССР // Сов. государство и право. 1975. № 6; **Гук П.А.** Судебный прецедент как источник права. – Пенза, 2003. – 176 с.; **Дроздов Г.В.** Правовая природа разъяснений закона высшими органами судебной власти // Сов. государство и право. 1992, № 1; **Иванов Н.** Постановление Пленума Верховного Суда как обязательный «прецедент» // Уголовное право. 2005. № 2. – С. 30-32; **Исаев М.М.** Судебная практика Пленума Верховного Суда СССР как источник советского уголовного права // Учёные записки ВЮИОН, вып. 5. – М., 1947; **Каминская В.И.** Роль Верховного Суда СССР в развитии советского социалистического права // Сов. государство и право. 1948. № 6; **Карташев В.Н.** Правоположения: природа, место и роль в правоисполнительном процессе // Актуальные проблемы юридического процесса в общенародном государстве. – Ярославль: ЯрГУ, 1980. – С. 39-48; *его же.* Интерпретационная практика в правовой системе общества: новые подходы и идеи // Юридические записки Ярославского гос. ун-та, вып. 1. – Ярославль, 1998. – С. 19-37; **Морозова Л.А.** Ещё раз о судебной практике как источнике права // Государство и право. 2004. № 1; **Ображиев К.В.** Судебный прецедент как источник российского уголовного права. – Ставрополь: Ставропольсервисшкола, 2002. – 143 с.; **Рарог А.И.** Правовое значение разъяснений Пленума Верховного Суда РФ // Государство и право. 2001. № 2. – С. 51-57; **Скуневич С.** Судебный прецедент в России – это реальность? // Российская юстиция. 2000. № 4; **Спектор Е.И.** Судебный прецедент как источник права // Журнал российского права. 2003. № 5; **Тёмушкин О.П.** Толкование закона Пленумом Верховного Суда СССР // Сов. государство и право. 1976. № 12; **Тишкевич И.С.** Являются ли руководящие указания Пленума Верховного суда источником права // Сов. государство и право. 1955. № 5; **Ткаченко В.И.** Толкование уголовного закона в практике Пленума Верховного Суда СССР // Сов. государство и право. 1988, № 4; **Ходунов М.С.** Судебная практика как источник права // Соц. законность. 1956, № 6; **Ястребова О.М.** К вопросу о правовой природе руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда СССР // Укрепление законности в уголовном судопроизводстве: Сборник научных трудов. – М., 1986.

направлениям: существенное увеличение круга жизненных эксцессов, подлежащих разбирательству именно в судебных присутствиях (в обязательном или альтернативном с административной формой порядке); количественное (механический рост судов и численности штатов судей) и качественное (тенденция к созданию специализированных форм юридического арбитража, возрождение мировых и с участием присяжных заседателей судопроводства) расширение судебной юрисдикции; приобретение полномочий надведомственного контроля в отношении правотворческой и правоприменительной деятельности различных ведомств, занятых текущей управленческой работой.

Эти направления судебной эволюции, несмотря на самую изящную словесную эквилибристику и пользование эвфемизмами, означают всё-таки одно: суд вступает на заповедную территорию классического государственного управления, начинает заниматься *общей* организацией жизни людей и поведения власти. Традиционное юрисдикционное начало – разбирательство (правовая оценка) *индивидуальных* конфликтов и споров по доказательственной базе, собранной сторонами самостоятельно, и на основании не подвергаемых сомнению парламентских правил – теснится, растворяется в новых функциях. Начали борьбу с административной машиной тоталитарного государства с малого, с учреждения «особого производства» в гражданском процессе (передача суду регистрационных полномочий исполнительно-распорядительной власти)¹; затем поделили надзор за выборами между избирательными комиссиями и судом, а на конституционные (уставные) суды возложили бремя разбирательств между ветвями власти; и наконец, суд стал хозяйничать в уголовном деле ещё в период его расследования (ст. 29, 108 и 165 УПК РФ) и приобрёл право системного контроля за нормативными актами. Входя в обсуждение совершенства правотворческих актов и внося коррективы в административные решения, суд становится соучастником общего управленческого процесса в обществе. Эпоха чистого арбитража или рафинированной юрисдикции уходит. Это тенденция, не заметить которую уже нельзя.

Большинством представителей науки, особенно ведомственной², расширение зоны юридического арбитража и приобщение судов к внеюрисдикционной деятельности воспринимаются торжествующе: «судебный порядок выдачи разрешений на арест человека – достояние мировой правовой культуры, результат длительного процесса развития цивилизации»³. И действительно, на Западе, чьи государственно-правовые традиции сегодня принято именовать общемировыми, «исключительная компетенция судов решать вопросы, связанные с ограничением основных прав, явля-

¹ О расширении гражданского и административного процесса за рамки классической юрисдикции см.: Юридическая процессуальная форма: теория и практика. – М.: Юрид. литература, 1976. – С. 11.

² *Ершов В.* Третья – не значит третьесортная // Юридический вестник. 1993. № 12-13.

³ *Петрухин И.Л.* Прокурорский надзор и судебная власть: Учебное пособие. – М.: Проспект, 2001. – С. 33.

ется инструментом и в то же время символом максимальной защищённости основных прав...»¹. Всё так: выпестованные многолетней практикой человечества судебные процедуры и технологии (гласность разбирательства, равенство и состязательность сторон конфликта, коллегиальность принятия вердикта и проч.) в наилучшей мере отвечают ожиданиям беспристрастности арбитража, эластично доводят до логического конца общие требования законодательных текстов и усилия исполнительной власти по организации жизни людей, способны утихомиривать общественные страсти и гасить нездоровые требования индивидов. Однако мимо профессионального взгляда не может пройти несколько настоящих обстоятельств. Назовём и обсудим их.

Если раньше вопросы применения наиболее суровых мер пресечения и производства самых болезненных следственных действий, бьющих по правам и свободам граждан, разрешались обвинительной властью самостоятельно, а потом стали предметом судебного разбирательства по инициативе защиты (подача жалобы), то с 1 июля 2001 года только суд позволяет обвинительной власти производство отдельных следственных действий и применение отдельных мер пресечения²; подчеркнём, что в данном случае мы имеем дело с *обязанностью*, а не *правом* суда на приём и рассмотрение соответствующих ходатайств. Ныне обвинительные органы обязаны испрашивать у суда согласие на это всякий раз, независимо от позиции подозреваемого/обвиняемого и его защиты. «Необычность» этой практики заключается в том, что суд действует на стадии расследования, в тот период, когда он самостоятельно не руководит и не управляет процессом исследования доказательств по уголовному делу. Налицо *вкрапление, фрагментация, «соучастие», предварительное включение суда в основную* юридическую деятельность *другого* ведомства. Надзорные полномочия прокуратуры (за следствием) в этой части переданы суду; ход резкий, ибо прокуратуре всегда принадлежало обвинительное начало в уголовном процессе, а суд стремится с давних пор к иной и самой удобной процессуальной позиции – к организации исследования доказательств, предоставляемых сторонами, без бремени самостоятельного (инициативного) поиска недостающих фактических данных и какой-либо помощи сторонам. Бесстрастный арбитраж, рафинированная юрисдикция – и всё!³

Правоприменительная (разрешительная, проверочная, санкционная) деятельность суда на стадии предварительного расследования почти единогласно именуется в юридической науке **судеб-**

¹ *Бланкенагель А.* О возможностях и сложностях передачи правового опыта и правовой культуры, или сколько раз можно изобретать велосипед // Конституция Российской Федерации: Проблемный комментарий. — М., 1997. — С. 604-605.

² См. 11 пунктов ч. 2 ст. 29 УПК РФ 2001 г. // Собрание законодательства РФ. 24.12.2001. № 52 (часть I), Ст. 4921.

³ Как сказано в ч. 3 ст. 15 УПК, «суд не является органом уголовного преследования, не выступает на стороне обвинения или на стороне защиты. Суд создаёт необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав».

ным контролем за органами предварительного расследования¹. Столь редкостная лёгкость приживления нового термина частично объясняется давно осуществляемой и осмысленной в науке практикой Конституционного Суда России и уставных (конституционных) судов субъектов Федерации, вся деятельность которых по существу сводится к проверке (контролю) нормативных актов на предмет их соответствия Основному закону государства². Что касается официального наименования разрешительной деятельности уголовного суда, то ни в Конституции РФ, ни в № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» от 31. 12. 1996 г., ни в УПК РФ словосочетания «судебный контроль» нет. Вот и первый вопрос – что представляет собой деятельность уголовного суда по выдаче разрешения на производство отдельных следственных действий и применение отдельных мер пресечения?

Подобная познавательная задача обычно решается в рамках координатного или системного метода. То обстоятельство, что суд включается (пусть даже в проверочной, санкционной либо контрольной форме) в давно освоенную зону ответственности другого ведомства, буквально приговаривает любого исследователя к широкоформатному или общетеоретическому взгляду на проблему. Так частью чего является деятельность суда по выдаче разрешений обвинительной власти на отдельные акции в ходе расследования уголовного дела? Поскольку суд, органы дознания и следствия, прокуратура входят в механизм публичной власти, первое предположение на сей счёт, которое мы можем и обязаны сделать, – судебные санкции входят в государственную деятельность юридического профиля. Так называемый «судебный контроль» является органичным компонентом общего процесса государственного управления

¹ По мнению *Н.М. Чепурновой*, судебный контроль представляет собой «правовую форму реализации контрольной функции государства в сфере осуществления судебной власти..., осуществляемую в особом процессуальном порядке в целях восстановления и охраны прав и интересов человека и гражданина и всего гражданского общества». – Судебный контроль в Российской Федерации: проблемы методологии, теории и государственно-правовой практики. – Ростов н/Д: Изд-во Рост. ун-та, 1999. – С. 59. *Е.А. Маушкова*, в свою очередь, утверждает, что «правосудие – не единственная функция судебной власти. Наряду с правосудием судебной власти присущи функции судебного управления, контроля вышестоящих судов за деятельностью нижестоящих, контроля в государственном управлении, контроля за предварительным расследованием». – Теоретико-правовые вопросы государственного контроля в Российской Федерации: Автореферат дисс. канд. юрид. наук. – Волгоград: ВЮИ МВД РФ, 2000. – С. 20-21. См. также: Судебный контроль и права человека (Материалы российско-британского семинара, Москва, 12-13 сентября 1999 г.) – М., 1996; *Хаманева Н.Ю.* Судебный контроль за реализацией прав граждан в сфере исполнительной власти. – М., 1999. А *В.В. Скитович* исследуемый контроль именуется юрисдикционным и рассматривает его как форму судебной власти (Судебная власть и административный акт: проблемы юрисдикционного контроля. – Гродно, 1999).

² Государствоведы не сомневаются в правомерности разговора о судебном конституционном контроле и выделяют несколько его признаков (См.: Овсепян Ж.И. Судебный конституционный контроль в зарубежных странах. Правовая защита Конституции. – Ростов-на-Дону: Феникс, 1992. – С. 45-46), именуют Конституционный Суд РФ исключительным судебным органом судебного контроля (Чепурнова Н.М. Судебная власть в Российской Федерации: проблемы теории и государственно-правовой практики: Автореферат дисс. докт. юрид. наук. – Саратов, 1999. – С. 40).

в области борьбы с преступностью¹. Легко читаемые *ключевые слова* – контроль и управление – составляют традиционный предмет ведения административистов, и это обстоятельство толкает нас к наставлениям и знаниям специалистов данной отрасли права.

Но вначале трафаретная **терминологическая справка** из словарей: а) контроль – проверка деятельности кого-либо или чего-либо, наблюдение за кем-чем-либо с целью проверки²; б) контроль – проверка, а также постоянное наблюдение в целях проверки или надзора³; в) управление – деятельность органов власти, а управлять – направлять ход, движение кого-чего-либо, руководить, направлять деятельность, действия кого-чего-либо⁴; г) государственный контроль – одна из форм осуществления гос. власти, обеспечивающая соблюдение законов и др. правовых актов, издаваемых органами гос-ва⁵; д) управление государственное – осуществляемая на основе законов и др. законодательных актов организующая исполнительная и распорядительная деятельность органов... гос-ва... Основной объём работы по У.г. выполняет особая группа органов гос-ва – органы гос. управления... Управленческий процесс цикличен и включает ряд последовательно сменяющих друг друга циклов и стадий: выявление проблемы, нуждающейся в разрешении, и её анализ; выработка на этой основе проекта решения; рассмотрение проекта, его экспертная оценка, согласование с заинтересованными орг-циями и органами; утверждение проекта решения (придание ему обязательной юридич. силы); доведение решения до исполнителей; организация выполнения решения и контроль за его выполнением... После принятия решений центр тяжести переносится на организацию и контроль их выполнения⁶.

Предварительно запомним, что контроль – это часть или стадия общего управленческого процесса. Он свойственен прежде всего исполнительно-распорядительной деятельности органов го-

¹ Несмотря на то обстоятельство, что организованные попытки власти противостоять правонарушениям имеют по продолжительности историю примерно такую же, как собственная государственно-правовая жизнь (см. об этом: **Вицин С.Е.** Системный подход и преступность. – М., 1980. – С. 36-39), а также ведущиеся доктринальные дискуссии о правомерности приложения термина «управление» к уголовному преследованию (**Г.А. Аванесов** такую возможность допускает, исходя из понимания преступности как конечного объекта управляющего воздействия. – Криминология. Прогностика. Управление. – Горький, 1975. – С. 349; **В.Н. Кудрявцев** придерживается той же точки зрения, рассуждает об организации борьбы с антиобщественными поступками людей, о планировании борьбы с преступностью, хотя и рекомендует брать слово «управление» в кавычки. – Причинность в криминологии (о структуре индивидуального преступного поведения). – М.: Юрид. литература, 1968. – С. 151, 170-174; **И.И. Карпец** утверждал, что преступностью управлять нельзя, можно говорить лишь о процессе управления борьбы с нею. – Современные проблемы уголовного права и криминологии. – М., 1976. – С. 145), разговор об организации, планировании, контроле и управлении антикриминогенной деятельности власти уместен.

² **Лапатухин М.С., Скорлуповская Е.В., Снетова Г.П.** Школьный толковый словарь русского языка. – М.: Просвещение, 1981. – С. 157.

³ **Ожегов С.И. и Шведова Н.Ю.** Толковый словарь русского языка. – М.: Азъ, 1993. – С. 298.

⁴ там же, С. 866.

⁵ Юридический энциклопедический словарь. – М.: Энциклопедия, 1984. – С. 68.

⁶ там же, С. 386-387.

сударственного управления и ассоциируется с проверкой и наблюдением; считается постоянно-важной, а не эпизодической частью работы госаппарата. В основном контроль предполагает проверку хода выполнения собственного решения уполномоченного (контролирующего) органа.

Первый миф науки управления состоит в том, что она существует. Эта известная шутка¹, будем справедливы, не совсем справедлива. Теория управления и государственного контроля в соответствующей правовой форме развивается – в основном в рамках науки административного (полицейского) права, теории государства и права и, в последние годы, – конституционного (государственного) права². Сделаем остановку и предоставим слово авторитетам управленческой мысли; определимся с возможностью наименования санкций уголовного суда, предусмотренных ст. 22 Конституции РФ и ст.ст. 29, 108, 165 УПК РФ, контрольной деятельностью: 1) управление есть непрерывно осуществляемый процесс целесообразного воздействия на объекты либо саму жизнь, основанного на научных положениях³; 2) управление предполагает общую организацию жизни, включающую *аксиологический* (выработка и постановка целей), *организационный* (формирование и деятельность специализированных структур власти) и *нормативный* (принятие общих правил поведения) аспекты, а также координацию усилий органов государства плюс надзор и контроль за общим ходом выполнения управленческих программ (учебно-научный стереотип); 3) функция контроля принадлежит всем государственным органам – так обычно утверждается в науке⁴.

Интересно лишь то, что контрольная стадия управления не всегда замечается юристами, либо ей не придается правовое звучание⁵;

¹ Чаще всего приведенная сентенция подается как закон Хеллера, как одно из многочисленных язвительных приложений к основному закону Э. Мерфи о том, что неприятность обязательно случится, если только может случиться. – См.: *Таранов П.С.* Управление без тайн. – Симферополь: «Таврида», 1993. – С. 338.

² Можно назвать лишь некоторые крупные работы по теории управления в нашей стране: *Дворягин И.Я.* Право и управление. – М., 1981; *Курашвили Б.П.* Очерк теории государственного управления. – М., 1987; *Лунев А.Е.* Теоретические проблемы государственного управления. – М., 1974; *Петров Г.И.* Основы советского социалистического управления. – Л., 1974; *Пискотин М.И.* Социализм и управление. – М., 1984; *Тихомиров Ю.А.* Право и социальное управление в развитии социалистического общества. – М., 1978; *Халфина Р.О.* Право как средство социального управления. – М., 1988; *Хан С.М.* Управленческие отношения социализма. – М., 1982 и др.

³ *Афанасьев В.Г.* Социальная информация и управление обществом. – М., 1975. – С. 114-118.

⁴ См.: Основин В.С. Основы науки социального управления. – Воронеж: ВГУ, 1971. – С. 52; Шорина Е.В. Функции и принципы контроля в Советском государстве. // Сов. государство и право. 1969. № 11. – С. 31.

⁵ Так, проф. *Халфина Р.О.* выделяет 5 стадий управления с помощью права: стадия формирования цели; дескриптивная, т.е. сбор и обработка информации для подготовки управленческого решения; прескриптивная, т.е. вынесение решения; реализация или организация исполнения решения; ретроспективная, т.е. обобщение и анализ результатов выполнения принятых решений. Можно лишь предполагать, что контрольные полномочия размещаются цитируемым специалистом в рамках ретроспективной стадии. (Право как средство социального управления. – М.: Наука, 1988. – С. 86-87).

4) по мере роста и специализации госаппарата самостоятельным элементом управления становится **координация**. «Необходимости координации в борьбе с преступностью определяется и тем, – пишет С.И. Гусев, – что решение вопросов, относящихся к какой-либо одной сфере общественной жизни, затрагивает и все другие»¹. Мы же отметим следующий парадокс: суду принадлежит роль главного, последнего и решающего учреждения в правоохранительной цепочке. Казалось бы, ему и координировать работу ведомств, расположенных на нижних ступенях юридической лестницы. Ан нет, соображения беспристрастности судопроизводства, интересы сохранения доверия конфликтующих сторон к государству как бы блокируют саму возможность того, чтобы суд возглавлял, координировал, руководил процессом борьбы с преступностью. Вероятно, из этих соображений пунктом 2 ст. 1 ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации» именно на неё возложена обязанность координации деятельности многочисленных ведомств по борьбе с преступностью; 5) самостоятельным элементом государственного управления является **надзор**. В нашей стране этот приём управления в первую очередь также ассоциируется с деятельностью прокуратуры, которая на данном участке предстаёт как проверка соблюдения законов в управленческой (исполнительно-распорядительной) деятельности юридических лиц (кроме суда и высших органов власти) и при самостоятельном издании ими правовых актов.

Сложившаяся в нашей стране практика управления свидетельствует, что надзор представляет *инициативную* практику проверок законности в деятельности *огромного* круга управленческих субъектов, организационно не подчинённых проверяющей инстанции, а завершаются эти проверки весьма *мягко* – предложением устранить выявленные нарушения; возможности прямого дисциплинарного влияния на законоотступника у надзирающей организации нет. Наложим эти соображения на судебную сферу. Суд – традиционно юрисдикционный орган, назначение которого рассматривать споры и конфликты, а не заниматься их предупреждением. Раздача оценок юридически значимому поведению физических и корпоративных лиц на досудебной стадии низводит суд до уровня банального управленца и лишает последующую (более привычную и важную) юрисдикционную практику суда ореола беспристрастности (ведь большинство эксцессов всё равно придет за официальным разрешением в его «руки»).

Надзор в исполнении суда до последнего времени рассматривался, да и сейчас рассматривается как некоторым образом внутреннее (корпоративное) дело: проверка законности и обоснованности вступивших в законную силу приговоров и решений, вынесенных на нижней ступени судейской лестницы (гл. 48 УПК РФ). На такое понимание косвенно ориентирует и Конституция РФ (ст. 126), где говорится именно о надзоре Верховного Суда РФ за судами общей юрисдикции. Но здесь присутствует одна логическая неловкость: надзор в традиционном понимании адресуется *чу-*

¹ Гусев С.И. Координация деятельности правоохранительных органов по борьбе с преступностью // Сов. государство и право. 1979. № 6. – С. 20.

жому ведомству, а в рамках судебной деятельности он подразумевает *внутреннюю* проверку качества работы. Тем не менее, выдача судом разрешений на меры пресечения и следственные действия может быть обозначена и надзорной практикой, поскольку этот термин легально применим и к прокуратуре, и к суду; поскольку в науке надзор зачастую отождествляется с контролем¹.

Wo Begriffe fehlen, da stellt ein Wort zur rechten Zeit sich ein². Уточним, наконец, возможность оценки судебных санкций на досудебной стадии как разновидности контрольной деятельности. Обратимся к науке и дадим краткий мониторинг её соображений по контролю вообще и его государственно-правовому подвиду, в частности.

1. Говорят, что **контроль** – это явление, безусловно, относящееся к государственному управлению³. При этом он может быть рассмотрен как *стадия управленческого цикла* (если оценивать контрольную деятельность по отношению к отдельным актам) или как *функция управления* (если иметь в виду постоянную, целенаправленную и обособленную практику)⁴. Поскольку судебные разрешения на меры пресечения или следственные действия осуществляются по отдельным уголовным делам, но не избирательно, то есть входят в круг постоянных обязанностей суда, мы можем оценить эту практику одновременно и как стадию управления расследованием уголовного дела, и как функцию правосудия.

2. «Контроль не представляет сам по себе первичной деятельности; он касается той деятельности, которая осуществляется независимо от контроля»⁵; он «всегда имеет вторичный, производный, внешний характер, поскольку касается деятельности, которая уже существует вне и независимо от его осуществления»⁶. В нашем случае это не так: обвинительная власть обязана испрашивать разрешения у суда, а последний не может отказать в рассмотрении ходатайства. Таким образом, суд выступает quasi соучастником или санкционером предварительного расследования; без него следствие не получит хода; разрешение либо отказ на обвини-

¹ Специально обследовавший вопрос допустимости смещения надзора и контроля **А.И. Рябко** отмечал в итоге, что надзор «представляет собой частный вид властного... контроля, специализированного в какой-либо области реализации права» (Социальный контроль и его правовые формы (вопросы теории) – Ростов н/Д: РЮИ МВД РФ, 1999. – С. 137), с чем можно согласиться.

² Где отсутствуют понятия, там заменяют их вовремя подвернувшимся словом – нем. Закон не знает понятия «судебный контроль», но и не обозначает никак новые разрешительные полномочия российского суда. В этих условиях доктрина извлекает из своих арсеналов слово «контроль» и запускает его в ход.

³ См., например: **Бахрах Д.Н.** Управленческий цикл // Правоведение. 1976. № 2. – С. 46; **Старосьцяк Е.** Элементы науки управления. – М.: Прогресс, 1965. – С. 40.

⁴ См.: **Студеникина М.С.** Государственный контроль в сфере управления (проблемы надведомственного контроля). – М.: Юрид. литература, 1974. – С. 12; **Козлов Ю.М.** Управление народным хозяйством в СССР. Ч. 1. – М.: МГУ, 1969; **Лазарев Б.М.** Компетенция органов управления. – М.: Юрид. литература, 1973. – С. 15.

⁵ **Старосьцяк Е.**, цит. соч., С. 197.

⁶ **Горшениев В.М., Шахов И.Б.** Контроль как правовая форма деятельности. – М.: Юрид. литература, 1987. – С. 54.

тельные акции входят в первичную деятельность (уголовное преследование) в качестве органичного элемента.

3. Наиболее типичны следующие взгляды на содержание контроля и его назначение в обществе: а) корректировка подконтрольного объекта для пресечения отклонений в его функционировании от заданных параметров¹; б) универсальное средство обратной связи²; в) составной элемент политического руководства обществом или политико-управленческого процесса³; г) средство работы с кадрами, обобщения передового опыта, исправления ошибок (В.И. Ленин); д) балансир социального неравенства и средство устранения конфликтных ситуаций⁴; е) особая мера воздействия «с целью устранения негативных и развития позитивных процессов (с точки зрения субъекта контроля)»⁵.

4. Как предупреждение об особом понимании судебного контроля звучат следующие соображения: а) чисто юрисдикционная деятельность традиционно обособляется от контрольно-надзорной или проверочной⁶; б) контрольно-надзорный способ правообеспечения, наряду с организационной и правоохранительной деятельностью, входит в третью основную форму права и как бы противоплагается традиционному арбитражу⁷; в) «сущность и назначение контроля выходят за рамки юрисдикционной деятельности, так как он не всегда связан с правонарушениями, а главное его назначение состоит в обеспечении согласованности запланированного и реально осуществляемого»⁸.

5. Контроль классифицируется по *видам госорганов* (парламентский, органов государственного управления, судебный, прокурорский), по *характеру* (общий и специализированный), по *стадиям* (предварительный, текущий и последующий) и по *организационной взаимосвязи* контактирующих учреждений (внутрен-

¹ Как писал **В.Г. Афанасьев** (Научное управление обществом. – М., 1973. – С. 240), контроль есть система наблюдения и проверки процесса функционирования соответствующего объекта с целью устранить его отклонения от заданных параметров. **И.Ф. Константинов** также rozumет под контролем деятельность, направленную «на устранение расхождения между фактическими данными и моделью» (Народный контроль как функция социалистического управления. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1969. – С. 7).

² **Горшенин В.М., Шахов И.Б.**, цит. соч., С. 23-24.

³ **Тихомиров Ю.А.** Государствование: проблемы и перспективы // Сов. государство и право. 1984. № 6. – С. 13.

⁴ Как утверждают известные американские психологи **Э. Росс** и **Р. Паунд**, право выполняет функцию социального контроля и регулятора, сдерживающего индивидуализм во имя цивилизации или социального инстинкта. – См.: **Боботов С.В.** Буржуазная социология права. – М., 1978. – С. 181-182.

⁵ **Климов В.А.** Социальный контроль в развитом социалистическом обществе. – Саратов, 1984. – С. 17; а также: **Бачило И.Л., Катрич С.В., Сергиенко Л.А.** Обеспечение порядка в управлении производством. – М., 1986.

⁶ **Н.Н. Волпенко** выделяет 3 основных способа правоприменительной деятельности: юрисдикционный, исполнительно-распорядительный и контрольно-надзорный. (Основные способы применения советского права // Актуальные проблемы юридического процесса в общенародном государстве. – Ярославль, 1980. – С. 30).

⁷ **Алексеев С.С.** Проблемы теории права. Курс лекций. – Свердловск: СвЮИ, 1972. – С. 58-59.

⁸ **Горшенин В.М., Шахов И.Б.**, цит. соч., С. 22.

ний – ведомственный либо внешний – надведомственный). Понятно, что применительно к судебным санкциям на меры пресечения и следственные действия позволительно говорить о *специализированном, предварительном и внешнем* судебном контроле. При этом в науке особо отмечается, что: а) ведомственный контроль обладает наибольшими возможностями в плане эффективности воздействия на проверяемый объект – из-за прав на дисциплинарные санкции и вмешательство в оперативную деятельность¹; б) среди правовых средств контроля универсальным почитается проверка, а дополнительными – лицензирование и регистрация², о санкциях либо разрешениях не упоминается, они традиционно относятся к надзору; в) «органы, осуществляющие контроль, обязательно втягиваются в орбиту общего или отраслевого управления»³. Добавим к этому предупреждение А.В. Мицкевича о том, что расширение компетенции судов (по административным делам – А.Б.) может повлечь за собой подмену судом органа государственного (отраслевого) управления⁴. Следственно, судебный контроль опасен возможностью превращения типично юрисдикционного учреждения в исполнительно-распорядительную инстанцию; г) контроль обычно рассматривается как средство борьбы с бюрократизмом и ведомственностью. Однако в нашей стране мы и контроль способны обюрократить. В специальной литературе по управлению приводится показательный пример из советской эпохи, когда на одном из тракторных заводов за год побывало 79 комиссий, в результате чего контролёры трудились на производстве 499 дней и отвлекли от прямых обязанностей 507 инженерно-технических работников и служащих почти на 2 тысячи человеко-дней. Сегодня чрезмерная проверочная активность демонстрируется государством по отношению к субъектам предпринимательства. В любом случае уместно и полезно предупреждение А.И. Рябко о том, что передозировка контрольных полномочий опасна, ибо «тотальный контроль способен породить конформизм и социальную деградацию»⁵.

Но вернемся к нашей теме и скажем: хорошо, что в принятии решения о применении мер пресечения или отдельных следственных действий соучаствуют лишь органы предварительного расследования, прокуратура и суд. Бог миловал от большого числа соуправленцев, от вавилонского столпотворения, которое наблюдается, например, на таможенной границе, где обращаются несметные товарные и денежные ценности, что здорово гипнотизирует власть, и где прописано поэтому безмерное количество инспектирующих, контролирующих и надзорных органов. Не лучше

¹ Там же, С. 144: «вышестоящий орган, осуществляющий контроль, может изменять или отменять акты подчинённого органа вследствие их незаконности или нецелесообразности, вмешиваясь в оперативную деятельность, принимать определённые меры для исправления недостатков, наказывать виновных».

² Цит. соч., С. 88-109.

³ Студеникина М.С. цит. соч., С. 8.

⁴ См.: Мицкевич А.В. Субъекты советского права. – М.: Госюриздат, 1962. – С. 90-91.

⁵ Цит. соч., С. 134.

ситуация и в других сферах. Доктор политических наук и адвокат, ознакомившись с функционированием административной машины столицы, одарил читателей следующими откровениями: «условно феномен постсоветской России может быть обозначен как *эффект спящего права*. Российское законодательство не столько нарушается, сколько не действует»; существует разрыв между объёмом формальных требований, которые предъявляются системой к гражданину... и внутренними ресурсами самой административной системы, её возможностями обеспечить выполнение этих требований»; «российская правовая система оказывается больна непроходимостью правоприменительного тракта»; «разгосударствление – вот единственно возможный лозунг сегодняшнего дня»¹.

6. Теперь обратимся к законодательным текстам, которые регламентируют процедуру получения в суде разрешений на применение отдельных мер пресечения и производство отдельных следственных действий. В части 2 ст. 22 Конституции говорится, что арест, заключение, содержание под стражей осуществляются только по решению (выделено нами – А.Б.) суда. Аналогично в ч. 2 ст. 29 УПК РФ сказано, что «только суд, в том числе в ходе досудебного производства, правомочен **принимать решения**» (выделено нами – А.Б.) – далее называются те акции органов предварительного расследования, которые нуждаются в подобном санкционировании. С учётом проанализированного материала можно заключить: переданное в ведение суда полномочие разрешительного характера не вполне корректно именовать судебным контролем; предпочтительнее называть новую процессуальную функцию *предварительным* или досудебным санкционированием либо *особым* или *внешним надзором* по уголовным делам.

*Et quis custodit custodes ipsos?*² В ходе идущей судебно-правовой реформы стало чуть ли не правилом хорошего тона противопоставлять прокуратуру (профильная надзорная инстанция, ех officio пекущаяся о публичном интересе) суду, мысля первый государственный орган узурпаторской машиной, мешающей справедливому и мудрому арбитражу. Что это противопоставление некорректно, писалось и говорилось не раз: «как проводник законности, прокуратура кровно заинтересована в сильной и независимой судебной власти»; «поскольку именно суд делает вывод о правомерности или необоснованности прокурорской оценки, надзор прокуратуры может выступать гарантом законности лишь в той мере, в какой он опирается на судебную власть и поддерживается ею»³.

Но дело не только в этом. Пропагандируя и осуществляя передачу прав на применение мер процессуального принуждения от прокуратуры суду, мы делаем ему медвежью услугу, да и юриди-

¹ В. Пастухов. Право под административным прессом в постсоветской России // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2002. № 2(39). – С. 105, 106-107, 109, 112.

² А кто караулит самих сторожей? – лат. (Прим. редактора).

³ Концептуальные вопросы развития прокуратуры в период правовой реформы в Российской Федерации // Законность. 1997. № 3. – С. 7, 8.

ческому укладу страны в целом. Получая частицу обвинительной власти (санкционирование арестов, обысков и пр.), суд утрачивает ореол беспристрастности для будущего арбитража по этому же уголовному делу в отношении того же лица. Но это не всё. Вглядимся в уже происшедшие судоустройственные и процессуальные перемены и воскричим от изумления, ибо в стране последовательно: отменён выборный порядок формирования судейского корпуса (его призывает на службу исполнительная власть, а не население)¹; введена единоличная процедура рассмотрения отдельных категорий уголовных дел, чего прежде не было²; сохраняется административный порядок распределения дел для слушания внутри суда его председателем; прокуратура утратила право надзора за законностью и обоснованностью судебных решений, и оно никому не передано; вероятность юридической ответственности судьи за производственный брак и злоупотребления почти уравнилась с шансами осуществления президентского импичмента. Усилили ли эти меры в совокупности расчёты на беспристрастность судебных вердиктов, принесут ли они больше надежд на чистоплотность власти исстрадавшемуся обществу?³ На что будем теперь надеяться – на совесть судей? Или уповать на ведомственный контроль (кассационное, надзорное, апелляционное производство, реакция квалификационных коллегий *при судах*), что всегда хуже внешнего надзора? Объективнее ли надзорный протест председателя областного или краевого суда на кассационное определение своего коллеги по труду и зданию, чем аналогичная реплика из обвинительного ведомства, скромно именуемая по УПК (ст. 402) надзорным представлением?

Судебная санкция по ходатайству – это и акт недоверия прокуратуре, которое она частично заслужила из-за прежде неконтролируемого увлечения принудительными мероприятиями на стадии расследования. Но недостатки раздуты до размеров глазного бревна. Можно утверждать, что все годы реформ в стране искусственно монтировался социальный психоз особого рода – предубеждение к госаппарату, в первую очередь к его принудительному сектору и к тем учреждениям, которые *ex officio* должны печется об общественном интересе. Теперь судьи должны приготвиться к тому, что поток общественного негодования (в случае удовлетворения прокурорских ходатайств) хлынет и на них. Нападки на единый государственный порядок и контрольно-

¹ В большинстве американских штатов в порядке общественного контроля за правосудием сохраняется выборность судей, а в России последними мерами лишь устранили региональные власти из процесса формирования корпуса федеральных судей.

² А по ГПК РФ (№ 138-ФЗ от 14 ноября 2002 г.) институт народных заседателей, как форма коллегиальности и способ участия граждан в отправлении правосудия (ч. 5 ст. 32 Конституции) вообще упразднён.

³ Как говорил недавно один из вдохновителей и организаторов судебно-правовой реформы, «мы решили, что сама по себе независимость обеспечит нам всё: добьёмся её – будет честный, неподкупный, принципиальный судья. Но это утопия. Надо реалистично подходить к личности самого судьи. Он такой же гражданин, как мы с вами. И он подвержен тем же искушениям и слабостям, как и мы». (Яшманов Б. Судебной реформе быть? Интервью с Дмитрием Козаком // Российская газета. 2001. 1 ноября).

надзорную функцию власти, частично переложенную на плечи суда, помноженные на азартное окумиротворение личности и превознесение её прав и свобод, скоро приведут к старинному вопросу об условиях возбуждения криминального преследования вообще, а не только применения его отдельных фрагментов. Прокуратуре сегодня почти отказано в доверии работать с населением напрямую; её удел – надзор за корпоративными организациями и отдельными должностными лицами. Обычно предоставляется следующая аргументация: «то, что прокурор может сам обратиться в суд, если по крайней мере создаётся угроза общественному порядку, не вызывает возражений в принципе, однако эта роль не должна подменять права граждан обратиться к судье напрямую. Нельзя считать конструктивным такой подход, когда упор делается на прокуратуру, а не на возможность обжалования в судебном порядке»¹. Почему же мы лишаем граждан права инициативно возбуждать перед судом вопрос о нарушении их прав обвинительной властью, а обязываем суд всякий раз, выказывая подозрение органам предварительного расследования и прокуратуре и не считаясь с мнением подозреваемого/обвиняемого либо потерпевшего, подвергать судебному рассмотрению готовящийся акт обвинительной власти?

Истина – в оттенках. В эпохи реформ всегда присутствует опасность резких шагов, забвения благоразумия, игнорирования единственно возможной для юриста идеологии под названием «золотая середина». В нашей же стране, перманентно переживающей революции, государственные перевороты, перестройки, реформы и прочую неэволюционную дрянь, вероятность отхода от принципа «не навреди» в сфере государственного управления так велика. Посему затронем ещё несколько «острых углов»² уголовного судопроизводства, связанных с передачей суду части бывших надзорных полномочий прокуратуры и приобретением ею новых, не входивших прежде в компетенцию прокуратуры.

1. Управление и контроль, как известно, адресуются и обществу, и самому государству. Триумфальное шествие по планете идеологии прав и свобод человека и гражданина затронуло и Россию. В нашей стране при азартной пропагандистской подпитке СМИ приживляются базовые ценности англосаксов, выстроенные на разрешительном принципе. В основном это приводит к тому, что сфера государственного контроля за социумом сужается либо затрудняется; напротив, устраиваются дополнительные формы слежения за управленческой деятельностью – как гарантия против нарушения прав людей; одновременно область автономного поведения личности, не подвластная государству, расширяется. Становится модным контролировать власть. На фоне количественного и качественного роста преступности эта тенденция приобретает черты дисбаланса. Гипертрофия частных благ и интересов

¹ Конституция Российской Федерации: Проблемный комментарий / Отв. ред. В.А. Четвернин. – М., 1997. – С. 527.

² Терминология проф. В.Т. Томина. – См. его: Острые углы уголовного судопроизводства. – М.: Юрид. литература, 1991.

строилась в расчёте на положительную саморегуляцию, то есть законопослушание индивидов. Но этого ни отечественные, ни зарубежные индивиды не демонстрируют.

Проблема приобретает геополитические размеры. Что дало на мировом уровне ослабление государственного контроля за населением и безоглядное следование космополитическому стандарту превосходства частных прав над общинными потребностями, хорошо показано в великолепной работе российского криминолога: неуклонный рост преступности и повышение степени её общественной опасности объясняется отставанием социально-правового контроля; в мире имеет место «желаемая гуманизация уголовного правосудия и нежелательное ослабление борьбы с преступностью»; выход из криминального капкана «лежит в расширении и углублении социально-правового контроля над противоправным поведением»¹. Таким образом, прискорбие власти за населением не менее важно, чем организация внутреннего, перекрёстного контроля одних органов государства за другими.

2. Суды страны допускают изрядное количество брака в зоне давно освоенной деятельности (для предупреждения судебных ошибок общество идёт на огромные материальные затраты, содержит на своем пансионе сонм учреждений, основная задача которых – не созидание, а обнаружение и исправление чужих грехов: апелляция, кассация и надзорная инстанции); власть не в состоянии организовать полноставные федеральные суды в отдалённых и малонаселённых районах – для производства апелляций по мировым решениям и приговорам²; далеко не во всех регионах России учреждены конституционные (уставные) суды³. Чисто юрисдикционных и судостроительных, т.е. *внутренних* проблем много. Мы же в этой обстановке ладим для судебной системы новую, *внешнюю* обязанность – по проверке совершенства нормативных актов, по поиску законодательных погрешностей.

3. Исполнение судебных решений в стране всегда и ныне оставляет желать лучшего, а суды в это время понуждаются к пояску брёвен в чужом глазу – в законодательстве. Кстати, во всем мире неотвратимость юрисдикционных решений обеспечивает исполнительная власть, но никому не приходит в голову мысль вооружать её правом на сомнение и перепроверку законности приговоров, постановлений, определений и решений судов. Она и без этого делает своё дело плохо. «Я не знаю ни одного случая, – отмечал бывший председатель Конституционного Суда страны В.А. Туманов, – когда высокое должностное лицо Российской Федерации или адми-

¹ Лунев В.В. Преступность XX века. Мировые, региональные и российские тенденции. – М.: Норма, 1999. – С. 459, 475.

² «С горечью приходится констатировать, – писала девять лет назад И. Шаркова, – что... почти 30% районных судов имеют в своем составе единственного судью...». (На правовом поле появились мировые судьи // Российская юстиция. 1999. № 1. – С. 8).

³ Бородин С.В., Кудрявцев В.Н. О разделении и взаимодействии властей в России // Государство и право. 2002. № 5. – С. 14.

нистрации Москвы было бы наказано за невыполнение судебного решения. Здесь царит атмосфера полной безнаказанности¹.

4. Помещение суда в сферу управления (даже под контрольным флагом и хотя бы только в её деликтную часть) стало возможным и благодаря сумбурным представлениям науки. Размахистские шаги власти по расширению компетенции российского суда приводят к тому, что на последний принято возлагать самые разнообразные обязанности и общественные надежды. Возьмём для примера лишь один номер свободомыслящего журнала и увидим, что доктрина ставит перед судом столь многочисленные управленческие и воспитательные задачи, что в них тонет классическое юрисдикционное начало. Смысл административного судопроизводства и судебного контроля видится отдельным авторам в том, чтобы: «сделать милицию более почтительной к судебной власти» (Питер Г. Соломон-мл. Судебная реформа Путина: не только независимость, но и подотчётность судей); «воспитывать законодательную и исполнительную власть» (Михаил Краснов. Актуальна ли концепция судебной реформы?); снять барьеры для развития предпринимательства и оказать глубокое влияние на работу каждого чиновника (Гадис Гаджиев)². Оправдание судебного производства по административным правонарушениям и судебного контроля учёные видят также в необходимости: разгрузить от тяжёлой и малопризывательной работы Конституционный суд и суды общей юрисдикции³, а также стремлением ограничить административный произвол⁴ и др. Уже из этого перечня взглядов видно, что доктрина ставит перед судом многочисленные управленческие и воспитательные задачи, в которых тонет классическая юрисдикционная компетенция. Получается, много плохих ветвей власти на нашем государственном древе, и лишь одна ветвь (судебная) беспорочна до такой степени, что способна исправить пороки остальных.

5. Нет никакого секрета в том, что обновление прокуратуры, олицетворяющей обвинительную власть в уголовном процессе, проходит по линии сокращения её полномочий. В частности: она лишена прежнего права законодательной инициативы и обращений в Конституционный Суд; из общего надзора исключен контроль за юридически значимым поведением граждан; вместо получения прокурорской санкции органы предварительного расследования вынуждены теперь обращаться с аналогичным ходатайством в суд; произошло превращение прокурора из надзирателя за судом в участника судопроизводства. Не все эти меры получают понимание и поддержку в прокурорско-следственном корпусе⁵, но его возражения гасятся азартной безапелляционно-

¹ Правда о правовой реформе. Общероссийский конгресс по правовой реформе // Президент. 1996. 22 марта.

² Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2002. № 2 (39). – С. 37, 59, 61.

³ Конституция Российской Федерации: Проблемный комментарий, С. 262.

⁴ Бербеюкина З.А. Справедливость как социально-философская категория. – М., 1983. – С. 53.

⁵ См. итоги анкетирования государственных служащих из 17 субъектов РФ в статье В. Бессарова. Место прокуратуры в государственном механизме современной России // Законность. 1999. № 10. – С. 40-45.

стью современного общественного мнения и господствующими идеологическими ветрами.

Тут полезно вспомнить, что в соответствии с современными принципиальными установками уголовного процесса истина по любому уголовному делу должна добываться в суде, но под флагом равноправного и корректного соперничества двух основных сторон – обвинения и защиты (ст. 15 УПК). При этом служебная реакция на преступление одной стороны (прокуратуры) в последние годы жёстко лимитируется, облагается всё новыми стеснениями и контролируется, а процессуальное поведение другой – во многом определяется самодисциплиной адвокатов, их профессиональным уровнем понимания этики и их договорённостями с доверителем. Присутствует ли гармония в такой концепции процессуального соперничества сторон за юридическую правду? Или всё объясняется государственным кафтаном прокурора и партикулярным платьем адвоката? А, может, асимметрия в регламентации идёт от того, что прокурор *уполномочивается* государством на уголовное преследование, надзор за дознанием и следствием, а также на поддержание государственного обвинения в суде (ст. 37 УПК), в то время как адвокат всего лишь *допускается* к участию в уголовном деле (ст. 49 УПК)? Мораль: одностороннее контролирование обвинения автоматически пользы не принесёт – ни правам граждан, ни поискам истины, ни расцвету защиты (адвокатуры) и её престижа.

6. Правовая оценка новых участков судебного контроля, и это обстоятельство лежит на поверхности, во многом зависит от положения прокуратуры в государственном механизме современной России. А оно уникально. Уникально настолько, что предшествующие натужные разговоры о различии внутреннего и надведомственного контроля, о важности юрисдикционной девственности суда, о терминологической чистоте в отношении государственного управления, о непреложности идеи разделения властей и пр. как бы перечеркиваются конституционно-правовым статусом прокуратуры. Как свидетельствует К.Ю. Яровиков, о прокуратуре, как важнейшем отечественном инструменте управления, отцы Конституции 1993 года вспомнили лишь в последний момент и по настоянию Генерального прокурора; а, вспомнив, отнесли сие ведомство к судебной власти, что совершенно противоестественно¹. Неестественно, но закреплено в Основном законе страны (ст. 129 Конституции, посвящённая прокуратуре, помещена в главу 7 под названием «Судебная власть»).

В.А. Четвернин и О.А. Шварц, рассмотревшие вопрос о конституционном статусе прокуратуры, предупреждают против ложного толкования ст. 129 Конституции таким образом, что прокуратуру можно лишить части её традиционных надзорных полномочий и наградить судебными прерогативами. Всё просто: «создатели Конституции просто не знали, куда поместить эту статью (специальная глава в Конституции не соответствует государственно-правовому статусу прокуратуры, а Президенту и Правительству прокуратура

¹ Яровиков К.Ю. Надзорная функция прокуратуры: история и проблемы развития // Государство и право. 1999. № 11. – С. 70-71.

подчиняться не должна). И поскольку ранее в России прокуратура и суд составляли элементы одной карательной системы, то статью о прокуратуре поместили в главу «Судебная власть»¹. Счастье, что этим неловким конституционным ходом анализируемая нами проблема не уничтожается вовсе: испрашивает судебную санкцию не прокурор с неопределённым государственно-правовым статусом, а органы дознания и следствия; они же пока точно не записаны в судебное ведомство.

7. Строго по тексту уголовно-процессуального закона судья выдает *разрешение* на производство отдельных следственных действий и применение отдельных мер пресечения, а не просто *контролирует* самостоятельную деятельность в этом направлении органов дознания и следствия. Но за качество принимаемых решений обычно отвечает *автор*, а не *контролёр*: таковы нравственно выстраданные правила управления и общезнания.

Пусть Эпитемей подаст руку Прометею². Вот мы и подошли к необходимости формулирования выводного знания и, что более важно, предложений. На наш взгляд, утвердительно можно говорить о следующих итоговых позициях.

1. Проявляя себя юридически значимым образом на стадии предварительного расследования, суд *volens-nolens* вступает в область классической исполнительно-распорядительной деятельности органов государственного управления; от этого судьи (и представители науки) яростно отрещивались все предыдущие годы, пытаясь сохранить за собой бремя чистого разбирательства конфликтов и споров по доказательственной базе, самостоятельно собранной сторонами процесса³. Соображения беспристрастности правосудия должны остаться главной доминантой и сегодня – при оценке мер по (пере)распределению полномочий внутри госаппарата. Весьма желательно оставить за судом только юрисдикционные обязанности, по возможности освободив его от самостоятельного выбора и применения санкций (за исключением уголовного наказания) и контрольных полномочий. Жаль, что на основании последних законодательных решений суд втягивается в деликтную часть государственного управления, что предупреждения специалистов о нецелесообразности⁴ или даже вредности⁵ этой затеи не были услышаны.

¹ Конституция Российской Федерации: Проблемный комментарий, С. 526.

² *Эпитемей* – последующий, задним умом крепкий, а *Прометей* – преждедующий (греч.).

³ Если в 1947 году *М.Д. Шаргородский* относил суд и прокуратуру к типичным органам государственного управления и предлагал располагать нормы о посягательствах на их работу в главу о преступлениях против порядка управления (Система Особенной части Уголовного кодекса РСФСР // Соц. законность. 1947. № 6. – С. 5), то позже стала преобладающей мысль, что «органы, осуществляющие правосудие и способствующие ему, интересуют законодателя не как звено госаппарата и не как отрасль государственного управления, а как особый «механизм», выполняющий задачи исключительной важности». (*Власов И.С.* Об объекте преступлений против правосудия // Учен. записки ВНИИСЗ, вып. 1 (18). – М., 1964. – С. 100).

⁴ См. об этом: *Студеникина М.С.*, цит. соч, С. 153-155.

⁵ *Столманов А.И.* Административное право и судебные методы охраны субъективных прав граждан СССР: Дисс. канд. юрид. наук. – М.: 1971. – С. 244.

Судьям отписано к рассмотрению огромное число дел об административных правонарушениях (ст.ст. 22.1 и 23.1 КоАП), только им позволено применение 5 из 8 административных наказаний (ст.ст. 3.6, 3.7, 3.8, 3.9 и 3.11 КоАП). По воле законодателя суд попал в длинный список органов отраслевого управления (58 видов учреждений – от милиции до Государственной семенной инспекции и органов, контролирующей наименования географических объектов). В то же время прокуратура, записанная по Конституции в судебное ведомство, в список рядовых правоприменителей не попала, а сохранила за собой традиционное надзорное положение (ст. 24.6 КоАП).

2. Рассмотрение ходатайств обвинительной власти о выдаче разрешений на производство отдельных следственных действий и применение самых острых мер пресечения, с учётом сложившейся государственно-правовой реальности и традиционных управленческих представлений, можно отнести к контрольным полномочиям только с большими оговорками и натяжками (деятельность по закону, а не по собственной инициативе; не связана с проверкой выполнения ранее вынесенных собственных решений; не сопряжена с правом дисциплинарного воздействия на проверяемых должностных лиц и т.д.). Вопреки накопленной управленческой культуре суд включается в оценивание работы (законности и обоснованности) других ведомств, в то время как «сущность контроля состоит в том, что субъект управления осуществляет учёт и проверку того, как управляемый объект выполняет его (выделено нами – А.Б.) предписания»¹.

3. В управленческой науке считается за истину, что судебный (арбитражный) контроль и прокурорский надзор – две самостоятельных и независимых друг от друга ветви проверочной деятельности государства, так называемые «особые контрольные производства». Новые полномочия суда в отношении санкционирования акций обвинительной власти вторгаются в традиционную сферу прокурорского надзора. Такое замещение или экспансия могут быть оправданы лишь (сравнительными) достоинствами судебных процедур перед технологиями дознания, следствия и прокурорского реагирования; все иные мотивы подконтрольности будут ущербными или оскорбительными для авторитета несудебных государственных учреждений. Преимущества судебной процессуальной формы давно

¹ Горшениев В.М., Шахов И.Б., *цит. соч.*, С. 23. Напомним и о поучительной истории, связанной с попыткой формализовать контроль исполнения решений Конституционного Суда РФ (что является абсолютной необходимостью и обсуждалось с 1992 года) путём возложения данной обязанности на этот орган. В ходе обсуждения президентского законопроекта 2001 года последовательно: Конституционный Суд обвинили в попытке захвата парламентской власти; пытались поручить исполнение его решений Минюсту; Конституционному Суду запретили указывать в его решениях механизм их исполнения и ответственных органов и должностных лиц; этот орган конституционного правосудия едва не превратился в совещательное учреждение; началась конфронтация между Конституционным и Верховным Судами РФ и между судьями Конституционного Суда (См. об этом: *Алексей Трошев. Принятие закона о механизме исполнения решений Конституционного Суда Российской Федерации // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2002. № 2 (39). – С. 39-47.*

известны: равноправие и состязательность тяжущихся сторон, гласность разбирательства, коллегиальность решения. Логичны ожидания, чтобы все эти преимущества в случае замещения судебным «контролем» прокурорского надзора будут непременно сохранены.

4. Согласие либо отказ суда на проведение следственных мероприятий, составляющих содержание профессиональной деятельности органов предварительного расследования, в определённой мере перекликается с гражданско-правовым институтом «действия в чужом интересе без поручения» (гл. 50 ГК РФ). Конечно, при некотором внешнем сходстве, разница в уголовно-процессуальном и цивилистическом регламентах существенна: а) действие в чужом интересе без поручения – удел взаимоотношений частных лиц, не рассчитано на применение к деятельности государственных органов, в рамках их компетенции (ч. 2 ст. 980 ГК РФ); б) судебный «контроль» производится на основании прямого предписания закона, а сравниваемое с ним гражданско-правовое обязательство осуществляется добровольно и по моральным соображениям¹; в) уголовно-процессуальная норма требует ходатайства заинтересованной в санкции стороны, а гражданское право – последующего уведомления лица о несогласованной с ним, но предпринятой в его интересах услуге (ст. 981 ГК); г) гражданско-правовое самовольство подлежит последующей оценке с участием обладателя удовлетворённого или спасённого интереса (ст.ст. 983-989 ГК), а судебное решение по УПК императивно для хозяйничающих в уголовном деле дознавателя, следователя и прокурора. И т.д. и т.п. Но в затянном сравнении есть свой сухой остаток, то, что Р. Иеринг называл концептуальным духом или влиянием права. Настоящий гражданско-правовой институт может быть полезен уголовному суду своей установкой на рачительность употребляемой власти, на учёт профессиональной предназначенности и чести другого ведомства, чьё ходатайство проверяется. Vulgo, судьям следует не упиваться правом на санкцию, а употреблять его с пониманием общих принципов уголовного процесса, социального смысла уголовного преследования.

5. Расширение «судебного поля» в рамках единой государственной деятельности по управлению обществом можно увязывать и с особенностями российского разделения властей по Конституции 1993 года. Асимметрична у нас не только Федерация; «конституционное соотношение исполнительной и законодательной властей в Российской Федерации можно определить следующим образом: *грубейшее нарушение разделения властей в пользу власти исполнительной*»². Можно поэтому понять ведомственное удовлетворение содержанием судебно-правовой реформы³ и поддержать возвышение суда – как противовес мощи исполнительно-распорядительных органов России.

¹ Гражданское право: Учебник. Часть II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: «Прспект», 1997. – С. 670.

² Конституция Российской Федерации: Проблемный комментарий. – М., 1997. – С. 95 (В.А. Четвернин).

³ См.: Еришов В. Третья – не значит третьесортная // Юридический вестник. 1993. № 12-13.

Лучше позже, чем никогда. Конечно, сомнения и сетования о нестандартности судебного контроля – работа, что называется, в задний след. Решение об обязательности употребления отдельных следственных мер лишь через суд закреплено не только в УПК (ст. ст. 29, 108, 165), но и в самой Конституции (ст. 22). Процессуальный норматив наказан Основным законом страны, звучит поэтому императивно, подлежит безусловному исполнению, а не критике. Но исполнение судом нестандартных полномочий может и должно облагораживаться страховочными конструкциями. К их числу в нашем понимании можно отнести следующие меры:

А) Частичной нейтрализации исполнительно-распорядительного характера разрешительного (досудебного) производства по уголовным делам в глазах общественного мнения могут служить те обстоятельства, что контролируются полномочия госоргана, а не права частника, что ограничение судом самостоятельности обвинительной власти предпринимается как гарантия прав и свобод граждан, а не для защиты других ценностей¹. Эти соображения должны стать путеводной звездой и одновременно ограничителем для уголовного суда при выдаче (отказе) разрешений на следственные акции;

Б) Безусловным мотивом частичной замены прокурорского надзора за предварительным расследованием на судебный контроль служат ранее упоминавшиеся гарантии беспристрастности, которыми снабжена судебная процессуальная форма. Разумно предположить их сохранение и обязательность при рассмотрении ходатайств о применении мер пресечения и производстве следственных действий. А этого как раз и нет: разбирательство заявленных ходатайств производится судьей единолично (ст.ст. 108, ч. 4 и 165, ч. 2 УПК), а в случаях со следственными действиями и в усечённом составе – только следователь и прокурор **вправе участвовать** (ч. 3 ст. 165 УПК) в рассмотрении своего обращения. Не отрицая с порога данных ограничений судебной процессуальной формы, особенно второго, всё-таки обратимся к коллегам по юридическому цеху с предложением о тщательной и всесторонней оценке установленных законом процедур по выдаче судом разрешений обвинительной власти;

В) Втягиваясь в оценивание обоснованности притязаний обвинительной власти ещё в период расследования, суд подаёт повод для сомнений в беспристрастности (последующих) собственных правоприменительных решений (приговоров и определений). Удовлетворил ходатайство ранее – соответствующий угол зрения на деликт сохранится до вынесения приговора. Именно в таком чёрно-белом варианте судит о способности суда сохранять свою процессуальную независимость обыватель. Законодатель знает о подобных предубеждениях в народной среде и откликнулся на них запретом участия судьи в рассмотрении уголовного дела по первой

¹ И в этом кроется самое сильное оправдание судебного вмешательства в чужую профессиональную деятельность. Ведь, как заметил *В.С. Соловьев*, отношения личности и государства (в данном случае – органов предварительного расследования и предполагаемого преступника) всегда проходили через жертвы. Довольно жертв.

или второй инстанции либо в порядке надзора, – если на досудебной стадии судья, в частности, принимал решение о применении к подозреваемому или обвиняемому меры пресечения (ч. 2 ст. 63 УПК). За сим грядёт отвод либо самоотвод. А аналогичные правовые последствия в отношении решений о производстве отдельных следственных действий? – о них законодатель молчит. Хорошо, если процессуальная наука займётся оценкой допустимости такой нормативной избирательности в отношении двух близких контрольных полномочий суда;

Г) Очистительная эпоха европейского Возрождения подарила человечеству основополагающее начало государственного строительства – идею обязательного деления управленческих полномочий между отдельными обособленными друг от друга, хотя бы в организационном отношении, учреждениями. Перед тем затхлое средневековье убедительно доказало опасность сосредоточения гигантской власти в одних руках; это разворачивает элиту и вредит обществу¹. С тех пор принцип разделения властей трактуется почти в первозданном виде: чаще говорят лишь о трёх ветвях власти (законодательной, исполнительной и судебной), а их раздельное обустройство объясняется необходимостью рассредоточения полномочий. Современность усложнила эту нравственно-политическую установку. Самостоятельных и независимых властей стало заметно больше: сегодня, в частности, говорят об учредительной², контрольной (надзорной) и информационной (СМИ) власти³. Да и расфасовку прерогатив следует понимать не как механический делёж прав и ответственности, на чём обеспечение порядочности власти якобы и завершается, а лишь как стартовое условие, после чего начинается соревнование различных управленческих структур за голоса избирателей, за признание населения, за общественный престиж своего министерства (ветви власти). Эта глубинная причина диффузии власти именуется поэтому системой сдержек и противовесов.

Сегодня судебный контроль пышно именуют обязательным признаком демократической юстиции, говорят об универсальности судебной власти (по территориальному, предметному, субъектному и темпоральному признакам)⁴, призывают специалистов и обывателя видеть в правосудии три самостоятельных формы – юрисдикция, судебный и конституционный контроль⁵. При этом

¹ «Если она (судебная власть – А.Б.) соединена с законодательной властью, – писал *Ш. Монтескье* в трактате «О духе законов» (1748 г.), – то жизнь и свобода граждан окажутся во власти произвола, ибо судья будет законодателем. Если судебная власть соединена с исполнительной, то судья получает возможность стать угнетателем. Всё погибло бы, если бы в одном и том же лице или учреждении... были соединены эти три власти» (цит.: История политических и правовых учений. – М., 1996. – С. 288).

² *Энтин Л.М.* Разделение властей (опыт современных государств). – М., 1995. – С. 168.

³ См.: *Чиркин В.Е.* Контрольная власть. Государство и право, 1993, № 4. – С. 10-18; *Машикова Е.А.*, цит. автореферат, С. 7, 11.

⁴ *Абросимова Е.* Суд в системе разделения властей: российская модель. – М., 2002.

⁵ *Елена Абросимова.* Административная юстиция в России: парадоксальное развитие // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2002. № 2 (39). – С. 67.

появление судебного контроля объясняется следствием разделения властей. Повинуясь этому принципу, суд якобы вступает во внутригосударственную борьбу ведомств, олицетворяя своим поведением систему сдержек и противовесов. А лучше бы, на наш взгляд, биться за право (естественное и позитивное), показывая чисто юрисдикционной деятельностью несовершенство право творческих актов и слабости государственного управления. В противном случае собственная правоприменительная практика суда может утонуть в ширящихся контрольных полномочиях.

Зададимся в связи с этим вопросами: есть ли смысл говорить о существовании *обвинительной* и *защитительной* ветвей власти и о соперничестве между ними?; применим ли термин «власть» к адвокатуре, то есть организации негосударственного характера?; и не есть ли ущемление обвинительной власти в форме судебного контроля за её акциями средством уравнивания (компенсации) полномочий прокуратуры и защиты, то есть будущих сторон судебного разбирательства?;

Д) Следующее страховочное предложение выглядит как возможный вариант исполнения конституционного предписания о судебном порядке применения отдельных следственных мер. Известно, что это новшество проникло к нам из западной государственно-правовой традиции, рассматривающей судебное разрешение вопросов, связанные с ограничением основных прав, символом защищённости основных прав и свобод граждан. Менее известно, что советы и предложения иностранных экспертов по праву часто бывают алогичными, неадекватными и даже глупыми¹. Наконец, будет известно, что некоторые конституционные регламенты, предписывающие судебные процедуры, были материализованы в проекте и на референдуме вопреки предупреждениям и опасениям зарубежных консультантов. Так случилось и с исключительно судебным порядком лишения собственности. Начались правоприменительные трудности. Но «голь на выдумки хитра». Конституционный Суд России так истолковал ч. 3 ст. 35 Конституции, что судебное решение о конфискации может означать и *последующее* (после административных мер, обжалованных в суд) решение суда². Рискнём предложить экстраполировать этот приём на предусмотренную Конституцией судебную процедуру выдачи разрешений обвинительной власти на применение отдельных мер пресечения и производство отдельных следственных действий.

Итак, введение разрешительной судебной процедуры для применения самых болезненных мер предварительного расследования затрагивает целый комплекс проблем – синкретического единства частных и общественных интересов, системы сдержек и противовесов в государственном управлении, согласования про-

¹ См.: *Шайо А.* Универсальные права, миссионеры и «местные дикари» // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 1997. № 2 (19). – С. 2.

² Имеется в виду Постановление Конституционного Суда РФ от 20 мая 1997 года, № 8-П по делу о проверке конституционности пунктов 4 и 6 статьи 242 и статьи 280 Таможенного кодекса Российской Федерации в связи с запросом Новгородского областного суда.

цессуальных и судоустройственных мер с состоянием преступности и правопорядка в стране, государственной идеологии в области управления обществом и уголовной политики, базовых принципов и ценностей уголовного процесса. Но мы – только в начале пути. Состоялось лишь правотворческое решение об обязательности судебной санкции на часть уголовного преследования, а связанные с ним правоприменительные трудности, проблемы и ошибки впереди. Если законодателем руководила мудрость, то не в меньшей степени нужна взвешенность и практике.

А для её представителей в качестве противоядия от чрезмерной ретивости и односторонности в выполнении обсуждаемой новеллы заметим, что замена прокурорского надзора судебным контролем является в определённой мере и рефлексивной отрыжкой на десятилетия советского этатизма – неоправданного, широкомасштабного, инициативного присутствия власти в людских делах. Но ведь нужно понимать, что если население подозрительно относилось к обвинительной деятельности прежде и помнит это, то ныне оно может перенести свои прошлые впечатления на судебный контроль. Так поступил бы, и по праву, любой народ. Но о нашем следует сказать особо: если уж отвергаться от чего-либо, то до конца, до того предела, когда всё благое превращается в свою противоположность: а) «русский Бог не всегда бывает богом осмотрительности и благоразумия», есть «Бог всего, что есть некстати» (П.А. Вяземский); особо свойственны нашему национальному духу страсть к революционным качелям, благоволение к социальному риску, бесшабашное испытание собственной судьбы, стремление «во всё доходить до крайностей, до пределов возможного» (Д.С. Лихачев).

Чиновный люд, в том числе юридический, во многом, если не во всём повторяет своими повадками и предпочтениями менталитет обывателя. А он известен: помимо воспетой производственной неаккуратности есть и ставка на «авось», и мнение перед мнением начальства, и политические кампании, и подмена истинных результатов нужными для руководства цифрами. Эти очевидные вещи настолько значимы в нашем государственном управлении, что отдельные политические лидеры даже результаты реформ списывают на незнание национального фактора бывшим руководством России, младореформаторами и западными советниками. Во время лекции в Международном университете мэра столицы, в частности, утверждал, что «неудачи реформ есть закономерный результат небрежного отношения к российским реалиям... что для России нужны законы, предусматривающие неполучение результата ещё на стадии постановки задач, что мы живём по правилу рискованного оптимизма и принципу обязательной незавершённости, что наша отечественная цивилизационная среда любит небесную манну, крайности, вечный опыт разрушения, скорый энтузиазм, но никак не последовательную спокойную работу по должности, исполнение банальных операций»¹. Будет очень печально, если введённый судебный контроль испортит практика – ретивостью,

¹ Ю. Лужков. Российские «Законы Паркинсона». – М.: Вагриус, 1999. – С. 11, 17-18, 21, 43, 53, 59.

односторонностью и прочими нерациональностями. Спаси и сохрани. Юридическая деятельность государства слишком важна для общества, чтобы извращать её посредством копирования импортных стандартов или политическим угодничаньем.

«Судья в России – меньше, чем судья»? Эти слова, ставшие почти публичным афоризмом и употреблённые нами вместо эпиграфа к настоящему параграфу, да ещё и с вопросительным знаком, принадлежат прежнему председателю Конституционного Суда РФ. Обращаясь к запасам интеллекта и эстетики XIX в. и перефразируя намёки той эпохи, М.В. Баглай хотел сказать, что нынешним людям в мантии ещё многое предстоит сделать, чтобы общество ассоциировало их деятельность с идеалами справедливости. И соответственно почтительно к ним относилось. Переотягивание управленческого одеяла от исполнительной власти в пользу суда *автоматически* к общественному доверию не приведёт. Напротив, приобретение дополнительной компетенции на первых порах лишь увеличивает спрос и ответственность. В этом смысле ироничный намёк известнейшего правоведа страны имеет больше шансов превратиться в горькую буквальную правду, а не в постепенное повышение юрисдикционного авторитета – всё из-за постепенного вытягивания судов в текущую (оперативную) исполнительно-распорядительную деятельность.

Скорый суд, даже предпринимаемый в интересах экстренной защиты прав и интересов привлекаемого к уголовной ответственности лица, не обязательно будет милостивым и правым¹; ведь производство по делу не завершено, да и претензии пострадавшей стороны ещё не оформлены. Санкционирование арестов и отдельных следственных действий на досудебной стадии не только ломает общую технологию обвинительной деятельности, осуществляемой в публичных интересах (удовлетворение пострадавшей стороны, поддержание общего юридического порядка), но и лишает собственно юрисдикционную практику статуса *последней независимой* инстанции, где ищется справедливость. Аналогичные тревоги вызывает соучастие суда в административно-деликтной части отраслевого государственного управления. А повсеместный нормоконтроль способен инфицировать и население, и правоприменительную систему страны вирусом правового нигилизма, возбудит несостоятельные и пагубные надежды на то, что именно «одушевлённый» территориальный суд, а не безликий закон, в состоянии всякий раз и по любому делу честно и гармонично совместить частные требования сторон с единым юридическим порядком².

С формированием контрольной и административной юстиции судьи тихо сублимируются в обычных управленцев, а впо-

¹ Желанием «водворить в России суд скорый, правый, милостивый и равный для всех поданных», Александр II благословил свой Указ Правительствующему Сенату от 20 ноября, 1864 г., которым вводился в силу пакет законов по судебной реформе.

² Подобные надежды давно критически оценены и нейтрализуются древнеримскими максимами: *aequior est dispositio legis quam hominis* (закон решает более справедливо, чем человек); *fortior est custodia legis quam hominis* (охрана, предоставляемая, законом сильнее, чем предоставляемая человеком).

следствии (и логично) будут приписаны к чиновничьей «Табели о рангах». О том, что это возможно и в самом ближайшем будущем реализуемо, пишут журналисты «Комсомольской правды». Наша национальная многотиражка предложила свой вариант стрижки государственных служащих под одну гребёнку: по её представлению, скоро мировые судьи будут приравнены к младшим менеджерам крупных предприятий и сотрудникам территориальных администраций; федеральные судьи районных и городских судов приобретут должностной статус тех же младших менеджеров, а равно капитанов армии и оперативных сотрудников силовых министерств и ведомств¹. У автора не поворачивается язык для поздравления судейского корпуса страны с таким (планируемым) чиноположением в государственном механизме РФ.

Для сохранения (в ходе и по итогам реформы) высокого правоприменительного статуса судьи нужны дельные (сопроводительные и страховочные) соображения, согласования и поправки, предложенные нами выше. К подобной научно-практической рефлексии мы и призываем сообщество профессионалов. Поможет российской власти в её благом деле – попытке возвышения суда в государственном механизме страны и очеловечивания управления вообще.

Наконец (с учётом темы разговора), последнее соображение. Награждая *всех* федеральных судей правом надзора за исполнительной властью и полномочием нормоконтроля, мы, как ни странно, упразднили институт руководящих разъяснений высших судебных инстанций страны (как было показано выше, формально или юридически теперь им принадлежит право обычного, а не императивного толкования). Ликвидировав менее болезненный с точки зрения разделения властей метод единообразного прочтения и применения права, не ставящий под сомнение юридическую силу норм, мы сделали ревизором всех судей, что опаснее. Эта новелла тем более странно выглядит, что политическая элита и законодатель все годы реформ ищут идеальные правовые конструкции в основном на Западе, а там в особом почёте пребывает англосаксонский прецедент. Прецедент – более лучшая форма ревизии закона, чем негативное правотворчество; он восполняет пробелы позитивного права, а не направлен на его критику и отмену; он позволяет быстрее реагировать на разрыв права и жизни, чем тяжеловесные правотворческие процедуры.

В нашей стране обычный или классический прецедент власть не жалует по причине антисанитарной правоприменительной деятельности, где «царствует власть тьмы». Сегодня произошёл отказ даже от сугубо национального изобретения – постановлений касационных департаментов Правительствующего Сената, а позже – руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда. При высокой степени юридического (научного и системного) совершенства они, правда, не приравнивались в прежние времена к настоящим источникам права, почитались некими правоположениями, которые «имеют силу авторитета, а не авторитет силы»². Вот как строго

¹ Комсомольская правда. 2002. 26 ноября.

² Судебная практика в советской правовой системе. – М.: Юрид. литература, 1975. – С. 19.

в предыдущие столетия соблюдался принцип разделения властей. Ныне же любой судья вправе проводить экспертизу национального закона с признанием ничтожности его отдельных частей – не слишком ли крутой вираж?

§ 4. Герменевтика и её пределы в современном уголовном праве

Общеизвестно, что законодательно выраженные правила представляют собой шаблоны поведения, рассчитанные на типичные ситуации и человека средних способностей. Нормативность, общеобязательность, формальная определённости и персонифицированность правовых предписаний при лаконичности законодательных текстов сообщают праву худую славу, репутацию бездушного и несправедливого орудия управления¹. Очень ярко, афористично порочность правовых методов звучит в одной из распространённых дефиниций права (приписываемых ныне классикам марксизма) как равной меры к неравным людям и обстоятельствам².

Игнорировать имманентную несправедливость права в эпоху мировых интеграционных процессов, успехов компаративистики, увлечений правами и свободами человека, влияния mass media на умы обывателя уже невозможно. Закономерны поэтому поиски компромисса между жизнью и законом, частным и общим, содержанием и формой.

Диалектический конфликт «общего» и «единичного» в природной и социальной среде философы, как известно, предлагают сглаживать категорией «особенного». В праве же впечатление кричащей, явной несправедливости приложения давно принятого парламентом общего предписания к конкретному случаю жизни может быть скорректировано двумя (за исключением идеального, но не оперативного правотворческого вмешательства) способами: 1) разрешением правоприменителю «исправлять» закон в пользу индивидуальности события (передача законодательных функций на места) или 2) возможностью в самом законе устраивать исключения, своеобразные клапаны, позволяющие выпускать пар общественного негодования.

Из обозначенных двух вариантов реагирования на неточность общих правовых решений, кажется, предпочтительнее последний, ибо исключения на уровне правоприменения почти автоматически поставят юристов России в гнетущую зависимость от местных условий и местной администрации. Кроме того, выбор первого варианта корезит ничем незаменимый тезис об управлении через разделение властей, приучает обывателя к мысли, что его судьба зависит не от равных для всех запретов и дозволений,

¹ Общая теория права: Курс лекций / Под ред. В.К. Бабаева. – Нижний Новгород: НГ ВШ МВД РФ, 1993. – С. 112, 119, 282.

² См., например: *Маркс К.* Критика Готской программы // Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., т. 19. – С. 19.

а от усмотрения могущественного территориального чиновника. Данную позицию иносказательно и более тонко выразил проф. А.Э. Жалинский, когда призвал доктрину стремиться к «ограничению воли законодателя за счёт принципиального расширения Общей части уголовного законодательства» посредством «принятия первичных норм, т.е. правил, программирующих и ограничивающих криминализацию и декриминализацию поведенческих актов»¹.

Очень порядочную по отношению к собственному населению правовую позицию в обсуждаемом контексте выработала юридическая доктрина США. В этой стране расширительное толкование норм публичного права считается нежелательным, а норм уголовного и налогового права – даже недопустимым. Для них рекомендовано самое строгое толкование и оно означает, что все «двусмысленные места толкуются не в пользу государства... В данном случае принцип строгого толкования соотносится с нормой контрактного права, согласно которой при двусмысленном понимании решение принимается против той стороны, которая писала контракт. Уголовные и налоговые законы пишет государство, поэтому оно и проигрывает во всех случаях наличия двусмысленности»².

Итак, отражая сложные жизненные процессы в форме обобщённых регламентов (общих правил поведения), законодатель же должен дополнять их исключениями, рассчитанными на самые крайние ситуации. Это такие ситуации, когда стандартные запреты оказываются противными целям и базовым ценностям правового регулирования. Дополнительные усилия парламента по коррекции своих первоначальных установлений вполне допустимы и даже естественны, поскольку нет правил, которые не плодили бы исключений (*non est regula quin fallat*), поскольку *exceptio probat regulam* (исключения доказывают правило).

Таким образом, наиболее безупречным ответом юриспруденции на диалектический разрыв права и жизни служит практика введения в закон норм-исключений (для снятия явно несправедливых общих запретов в частных случаях, в качестве основы правоприменительной декриминализации отдельных поступков, формально сходных с преступлениями). Однако исключения на законодательном уровне также есть примеры типизации. А потому несколько сглаженная проблема остаётся. И она решается по остаточному методу – посредством толкования нормативных текстов.

И по сей день встречаются суждения, что толкование не обязательно, требуется лишь в определённых случаях – при неясности закона, его противоречивости. «Между тем, необходимость толкования вытекает из диалектики соотношения нормы права и ситуации, в которой она применяется. Норма права носит общий и абстрактный характер, ситуация, напротив, конкретна. Разнообразии ситуаций порождает разнообразие вопросов юридического

¹ Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ, С. 119.

² Davies J. Legislative Law and Process in a Nutshell // West Publishing Co. 1986. – P. 307.

характера, ответы на которые призвано дать толкование»¹. При соединяется к этой отповеди и добавляем, что причин необходимости и даже неизбежности толкования гораздо больше, чем зафиксированная в застывших текстах банальная неаккуратность парламента, и мы это покажем ниже.

Текст закона и юридическая речь. Нормативные тексты – непреложная ревисская сказка для юриста. Ведь он в системе разделения труда занимает нишу, связанную с созданием и обслуживанием шаблонов поведения. Это обстоятельство налагает свой отпечаток на мировоззренческую культуру и предпочтения в исследовательских методиках правоведа. Конечно, «нельзя абсолютизировать (только – А.Б.) логический подход к праву»², но всё же юристы никогда не отрицают важность догматики в качестве средства правопонимания; догматика же берёт свои истоки и импульсы в текстах, а они – «в принципе не герметичны», являются «произвольными», т.е. принимаются «группой людей, имеющих определённый статус, уполномочивающий их на принятие такого рода решений, но, очевидно, по практическим последствиям не обладающих истинной мудростью»³. Столь же безупречны утверждения, что «текст закона выступает» всего лишь «в качестве проекции общей правовой идеи, заложенной в законе»⁴, которую нужно расшифровать в процессе уголовного судопроизводства, что всякая норма суть результат обобщения типовых и видовых свойств общественных отношений, их участников, действий и событий⁵, что в любой момент времени ни одно национальное право не может быть признано «беспробельной, аксиоматической, дедуктивной системой»⁶.

Нормативные тексты как бы сканируют национальную речь, а она в нашей стране характеризуется наследственной страстью к заимствованию импортных слов и терминов; мы пережили целые эпохи увлечения эллинизмом, галломанией, а ныне упираемся языком англосаксов. Но чужеродные слова, как было показано в предыдущем томе нашего исследования, трудно усваиваются реципиентом. Ситуация отягощается также на изломах истории, которые наша страна перманентно переживает в силу генной привычки всегда преданно-механически копировать зарубежные формы общественного и государственного устройства. В такие годы лексическая неумеренность становится нормой, «в человеке просыпается обезьяна» (И.А. Бунин), а неэволюционное зазнайство требует обычно терминологического самоудовлетворения и получает его, но в размерах, превышающих разумную

¹ Проблемы теории государства и права: Учебник / Под ред. С.С. Алексеева. – М.: Юрид. литература, 1987. – С. 395.

² Лейст О.Э. Санкции в советском праве. – М.: Госюриздат, 1962. – С. 12.

³ Жалинский А.Э., *цит. соч.*, С. 35, 38.

⁴ Сулов В.А. Герменевтика права // Правоведение. 2001. № 5. – С. 8.

⁵ Лейст О.Э. Сущность права. – М., 2002. – С. 52.

⁶ Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. – Екатеринбург: УрГЮА, 1993. – С. 118.

необходимость¹. Практики, адресуясь к неумеренно-прыткому законодателю, просят пощады себе и населению², а учёные отождествляют избыточность и неясность законодательства даже с общественным бедствием³.

Приведём в связи с этим намёки из прошлого, свидетельствующие о правотворческом крючкотворстве и сложностях распознавания информации, скрытой в нормативных текстах. Давно и, кажется, Ж. Полем сказано, что язык есть собрание выцветших метафор; в том смысле, что материальный объект, вызвавший к употреблению звук либо слово, может исчезнуть и физически, и в памяти, но его первичный лексический образ сохраняется в веках. Консерватизм же законодательных текстов хорошо известен, и потому трудно представить себе юриста, избегающего необходимости советоваться со словарями В.И. Даля, Эфрона и Брокгауза, С.И. Ожегова и Н.Ю. Шведовой... А ещё наш язык литературный эстет XIX столетия (князь П.А. Вяземский) именовал «живой ртутью» – это ли не импозантный намёк на постоянное обновление содержания правовых предписаний, долго живущего нормативного акта.

Используемые в тексте закона слова и выражения суть семиотические слепки жизни, аллегории. Ещё Филон утверждал, что язык и мысль находятся в соотношении «сюмболон», т.е. символа и объекта. А символ поддается распознаванию только через толкование⁴. Множащиеся объекты и символы самым естественным, но обидным образом создают со временем мешанину человеческих представлений о мире, что вносит нервозность и хаос в сложившийся порядок коллективной жизни. Терминологический «беспорядок» (для права, запроектированного на типичность) именуется в филологической науке полисемией и синонимией; последние лингвистами не порицаются, а приветствуются – как способы передачи светотеней жизни в речи и как средство развития языка вообще. Однако же нормативные тексты в целях единообразного и понятного людям управления рекомендуется систематически очищать от неологизмов, архаизмов и полисемии. Sic: первые правители (египетские жрецы, китайские мудрецы) почти инстинктивно избегали в своих письменных рецептах такого слово-

¹ Конечно, терминологическое обновление естественно. «Когда какое-либо понятие (новое – А.Б.) установлено и точно определено, нужно дать ему особое имя, обозначив термином, если оно ещё не получило такового в обыденной речи. Тогда является возможность употреблять этот термин вместо того, чтобы каждый раз приводить полное определение понятия». (Васьковский Е.В. Учение о толковании и применении гражданских законов. – Одесса, 1901. – С. 329). Однако не в правилах российских перемен соблюдать меру в изобретении лексических этикеток. Мы любим революционные качели; если уж отказываться от чего-то, то до конца, «до крайностей, до пределов возможного», в результате чего в России никогда «не было счастливого настоящего, а только заменяющая его мечта о счастливом будущем». (Лихачев Д.С. О национальном характере русских // Из истории русской гуманистической мысли. – М.: Просвещение, 1993. – С. 279).

² Презент М. Товарищи юристы, пощадите население // Власть Советов. 1930. № 21.

³ См.: Утковский М.А. О неясности законодательства как общественном бедствии. – СПб., 1913.

⁴ Павел Таранов. Сокровищница дерзаний. – М.: ООО «Фирма «Издательство АСТ», 2000. – С. 211.

образования, которое базируется на использовании одних и тех же букв. А звуков и выражающих их букв для отражения окружающего мира было мало всегда – даже на заре цивилизации. Отсюда, в целях максимальной идентификации объектов по их звуковым и письменным образам, наблюдалось стремление к рисункам вещей (иероглифы и прочие символические эмблемы)¹.

Со временем расширение предметного и орудийного мира человека, а равно интенсификация общения потребовали всё-таки не только отчуждения слова от природы, но и введения в оборот лексических образов со схожим содержанием. Тогда предусмотрительные греки эпохи античности вводят в словесный обмен людей гипертермины или «смысловые изваяния сущности» (по А.Ф. Лосеву), именуемые категориями либо эйдосами (по Плотину). Они есть универсальные определители мироздания, первообразы всего того, чему надлежит быть предметно явленным. Содержание этих терминов должно быть консенсуально определено людьми всего один раз и оставаться неизменным; относительно других, более мелких словесных отражений природы и общества мыслительная дисциплина возможна только посредством обращения к эйдосам; содержание маломерных слов переменчиво и обновляется.

Накопленный человечеством лексический багаж стал со временем столь значительным, что авторитеты культуры запаниковали. Наиболее известен своими рецептами, которые в совокупности могут быть названы методом «филологической бритвы», английский философ XIII-XIV веков Уильям из Оккама. Он требовал срезать с дерева познания все лишние или паразитические термины, стал провозвестником принципа простоты – краеугольного принципа современной методологии научного познания². Понадобились столетия юридической эволюции, чтобы это же требование, но в приспособленной формулировке, было заявлено самими правотворцами. Своим постановлением от 29. 07. 1928 года ВЦИК и СНК СССР сформулировали актуальные и по сей день требования к законодательным текстам. Нормативный язык должен быть одновременно *ясным* (предполагается стремление к максимально возможной простоте изложения и понятности для обывателя), *точным* (имеется в виду однозначность употребляемых терминов) и *популярным* (распространённость законодательных слов и выражений в народной среде, предпочтительность в разговорной речи населения).

Но: одно дело – заявить о приверженности определённым правилам, а другое – соблюдать их. Краткость в союзе с содержательностью, прочный отказ от двусмысленностей и аффектаций, жёсткая логика и совершенная структура, прочие рекламируемые достоинства законодательного стиля более всего напоминают совет В. Либкнехта: *можно не говорить о том, что думаешь, но это вовсе не значит, что надо говорить то, о чём не думаешь.*

¹ Павел Таранов. Мудрость трех тысячелетий. – М.: ООО «Фирма «Издательство АСТ», 1999. С. 250.

² Данные приводятся по: Павел Таранов. Золотая философия. – М.: ООО «Фирма «Издательство АСТ», 1999. С. 202.

Первый вариант поведения немецкий социал-демократ именовал благоразумием, второй – лицемерием. Депутаты, вероятно, поступают благоразумно; но разве возможно понять их намерения без толкования, посредством автоматического считывания текста.

Закон – немое правительство (Цицерон) или **необходимость толкования**. Если изготовитель стандартов жизни молчит, а сами стандарты несовершенны, кто-то вынужден трактовать смысл общих распоряжений центральной власти. И эта нагрузка падает в основном на юристов. Когда-то, на заре цивилизации уголовное судопроизводство было окутано покровом секретности. В Древнем Риме жрецы (понтифексы) даже служебный календарь по рассмотрению юридических дел составляли лишь для собственного пользования. Только они знали приёмные (*dies fasti*) и неприёмные (*dies nefasti*) дни для разбирательств эксцессов. Лишь в установленные, но не разглашаемые для населения дни недели творилось официальное правосудие, когда жрец мог объявить страждущим заветные слова: *do, dico, addico* (даю право, принимаю решение, присуждаю победу в споре)¹.

Но шло время, и на место первых защитных норм (обычаи и традиции) начал монтироваться юридический щит. В отличие от нравственно-религиозных правил, консервирующих старые порядки, право ориентировано на новый вектор – будущее: в нём целесообразность безжалостно подавляет прежние догмы, с его помощью раскрепощаются хозяйственные инстинкты и личностная энергия. Социальная открытость, сухость и логичность права должны были привести к разрыву с таинственностью правосудия и жреческим контролем. И это случилось. Поступок сродни прометеевскому, как свидетельствует Помпоний, будто бы совершил Кней Флавий, писец цензора Аппия Клавдия. Цензор якобы составил *tabula Fastorum*, то есть юридический календарь, а также формулы самых распространённых исков и привёл их в стройную систему. Писец же похитил у своего патрона Юридическую правду и передал её народу. Это случилось в середине V в. до н.э.

«С тех пор изменилось многое. На место жреческого чванства пришёл общественный контроль. Юридическая деятельность дифференцировалась на правотворчество, правоприменение и исполнение принятых решений. Она обросла многочисленными процедурными правилами и стеснениями, основное назначение которых – стреножить произвол властей, подстраховывать право-веда от ошибок»². Главное же заключается в том, что ныне в рассуждения о правомерности или запрещённости поведения вовлечено огромное число народа – профессионально подготовленного и просто заинтересованного. Публичные мысли о совмещении отдельного случая и заблаговременно изданного норматива стали обыденностью. О правде, законе и ответственности, качестве нормативных актов сегодня толкуют многие если ни все.

¹ См. подробно наше: *Бойко А.И.* Римское и современное уголовное право. – Ростов н/Д: Изд-во СКАГС, 2000. – С. 28.

² Правоприменительные ошибки сотрудников таможенных органов: Сборник научных трудов. – Ростов н/Д: Изд-во «НМЦ Логос», 2001. – С. 4.

Признаком среднеэнциклопедической (телевизионной) образованности современника давно стало знание классических правовых текстов-ловушек, намекающих на высокую цену толкования права: а) «казнить нельзя помиловать»; б) *Ajo te, Oeacida, Romanos vincere posse* (победить римлян (или римлянам) возможно) – двусмысленный ответ дельфийского оракула эпикурейскому царю Пирру; в) *Edwardum occidere nolite timere bonum est* (Эдуарда убить не смейте хорошо) – хитрое письмо-просьба королевы Изабеллы тюремщику Эдуарда II¹; г) коварство Бисмарка при редактировании ответа прусского короля Вильгельма французскому императору Наполеону III (эмская депеша), что развязало в 1870 году выгодную для германского генералитета войну².

Но особые требования интерпретационной убедительности и даже ловкости при считывании текста закона издревле предъявляются юристам, тем более что их профессиональный труд предполагает постоянную опору на право. Любой нормоприменитель или вузовский преподаватель должен быть дока не только в запоминании официальных предписаний; качество юридической квалификации зависит и от соблюдения логических правил, и от хорошего владения государственным языком. О последнем – особый сказ. Юрист представляет службу особого рода: общественный организатор, оратор, вожак, дирижер любых присутствий, способный обуздать и озлобленную толпу. Он тот, кто объяснит, увлечет, свяжет возмущение обывателей неотразимыми аргументами, убедит в пристойности любых административных решений, обратит в свою веру. Юристу на роду написано обслуживать *все* сферы жизни, знать закономерности экономики и культуры, медицины и быта, управления и досуга. Знать и непосредливую жизнь, и аскетические законодательные требования, но главное уметь гармонично совмещать их (коня и трепетную лань) – вот задача правоведа.

Это сложно и будет всё труднее с каждым новым витком истории: ужесточается ритм жизни, растут миграционные потоки и космополитические настроения, машинизируется информация, предпринимаются судорожные попытки создания мирового языка (эсперанто), непрестанно дифференцируется трудовая и досуговая деятельность человека, малые народности с надрывом борются за сохранение корневой основы своего этноса, геополитическая победа американской военно-государственной машины породила триумфальное шествие по континентам английской речи... Прибавим к этому перечню и то обстоятельство, что лексический багаж каждого национального языка непрерывно растёт; наш – не исключение. Первый русский академический словарь 1789 года, к примеру, содержал около 50 тыс. слов, а через два столетия – уже более 150 тысяч.

Что же представляет собой явление, обозначаемое русским словом «толкование», перекликающимся с латинской «интерпретацией» (*interpretatio*), да греческими «герменевтикой» (*hermeneutika*) и «эстергезой» (*exegeomai*)? В целом названные термины означают

¹ Михельсон М.И. Ходячие и меткие слова. – М.: ТЕРРА, 1994. – С. 278.

² См.: Черняк Е. Химеры старого мира: Из истории психологической войны. – М.: Молодая гвардия, 1970. – С. 65–66.

особое искусство понимания различных текстов и памятников литературы (искусства). Так, этимологические корни герменевтики тянутся к мифологическому Гермесу, которому самим Зевсом было поручено истолковывать божественную волю последнего людям, быть интеллектуальным посредником между Богом и человеком. Он известен в сказаниях как гипнотизёр, талантливый обманщик и плут, покровитель магии, помощник людей и героев. «Его имя связывают со словом «герма» – каменный столб, служивший путевым знаком... От его имени средневековые алхимики ввели слово «герметический», т.е. закрытый, тайный»¹.

Истолкованием текстов с давних пор занимались священники, маги, историки, лингвисты, но в сфере правоповедения наиболее прославились глоссаторы² – итальянские юристы Средневековья, комментировавшие наследственное римское право путём заметок на полях древних текстов, толковавшие Дигесты и другие нормативные памятники так, чтобы минимизировать или вовсе устранить имевшиеся в них противоречия. Значительным подспорьем для формирования юридической герменевтики стали со временем труды философов, социологов, филологов. Таковы иностранцы Х.-Г. Гадамер³, П. Рикер⁴ и М. Хайдеггер, а также соотечественники Л.Г. Ионин⁵, В.Г. Кузнецов⁶, А.И. Овчинников⁷, В.А. Суслов⁸ и другие. Не следует забывать и о значительном вкладе в традиционное учение о толковании Н.Н. Вопленко⁹ и А.С. Пиголкина¹⁰.

Поскольку все мы кормимся мыслями предшественников, логично и справедливо было бы использовать метод *relata refero*, т.е. тезисного пересказывания уже сказанного. Возьмём за основу лишь один капитальный труд, принадлежащий перу уральского учёного, и обозначим основные фрагменты учения о толковании права, по возможности сопроводив мнения маэстро советской юриспруденции собственными критическими замечаниями и комментариями.

А.Ф. Черданцев в первой главе своего фундаментального исследования¹¹, названной «Общая характеристика толкования права», сразу

¹ *Михали Абгунов*. Античные мифы и легенды. Мифологический словарь. – М.: МИКИС, 1994. – С. 92-93.

² *Glossa* – необычное слово, язык (*греч.*).

³ *Гадамер Х.-Г.* Истина и метод: Основы философской герменевтики. – М., 1988.

⁴ *Рикер П.* Конфликт интерпретаций. Очерки о герменевтике. – М., 1995.

⁵ *Ионин Л.Г.* Понимающая социология. – М., 1979.

⁶ *Кузнецов В.Г.* Герменевтика и гуманитарное познание. – М., 1991.

⁷ *Овчинников А.И.* Правовое мышление в герменевтической парадигме. – Ростов н/Д: РЮИ МВД РФ, 2002; *его же*. Юридическая герменевтика как правопонимание // Правоведение. 2004. № 3. – С. 160-170.

⁸ *Сулов В.А.* Герменевтический аспект законодательного толкования // Правоведение. 1997. № 1.

⁹ *Вопленко Н.Н.* Официальное толкование норм права. – М., 1976.

¹⁰ *Пиголкин А.С.* Толкование нормативных актов в СССР. – М., 1962.

¹¹ Ниже будет цитироваться второе, столичное издание: *Черданцев А.Ф.* Толкование советского права. – М.: Юрид. литература, 1979. – 168 с. Прежде А.Ф. Черданцевым была выпущена аналогичная монография в Свердловске (Вопросы толкования советского права, 1972), значительно позже, в обобщённом виде и последняя работа по теме под названием «Толкование права и договора» (М., 2003).

же сообщает, что базовый для монографии термин **многозначен**, выражает и любой познавательный процесс, направленный на объяснение природы и общества (1), и – более мелко – объяснение выражений, формул, символов, языка (2), есть одновременно процесс объяснения какой-либо знаковой системы (3) и результат данного процесса, т.е. совокупность высказываний о содержании и смысле этой знаковой системы (4) – с. 5. Странно, но в наше время есть противники свойства многогранности у толкования. Отталкиваясь от тезиса о единстве познавательного процесса, в исполнении юристов-правоприменителей – в том числе¹, А.В. Галахова заверяет, будто доктринальные попытки расчленить единый процесс толкования правовых норм на процесс и результат, на уяснение и разъяснение якобы «не нашли отклика в работах, посвящённых толкованию уголовного закона»².

Попробуем возразить. Толкование как обязательный атрибут правоприменения предпринимается в целях единообразного и быстрого приложения общих нормативных требований к частным юридическим происшествиям. При этом, если потребность в затратах на усвоение каких-либо технологических или управленческих требований (до начала трудовой деятельности) в большинстве областей человеческой практики оценивается критически и с этой целью придирчиво просчитывается в человеко-часах и человеко-днях³, то уяснение смысла законодательных велений пожирает у юристов основную массу рабочего времени. Отсюда значит, *во-первых*, что постижение скрытого или плохо выраженного в тексте смысла закона будет длительным процессом, по окончании которого фиксируется определённый результат; почему же данной деятельности отказывать в свойствах последовательности и стадийности? *во-вторых*, в большинстве случаев юрист-практик считает и пытается понять закодированный краткостью формы и прочими обстоятельствами текст кодекса не только и даже не столько для себя лично, а для убеждения участников разбирательства в истинности своего понимания – почему же отрицается толкование-разъяснение?

Содержанием мыслительных операций в ходе толкования именно права А.Ф. Черданцевым объявлены: собственно объяснение всего спектра значений законодательных слов и выражений, реконструкция содержания норм на основе лексических единиц народного языка, конкретизация смысла обширного буквального текста, доказательства и опровержения тезисов, раскрывающих смысл правовых норм в изложении других специалистов и государственных учреждений, итоговые оценки (с. 11-12).

Толкование, конечно, объективно по своему характеру, пишет цитируемый авторитет (с. 20-22), но и субъективные примеси здесь работают весьма значимым образом (с. 29-30), особенно сильно

¹ См.: *Брайнин Я.М.* Уголовный закон и его применение. – М.: Юрид. литература, 1967. – С. 214; *Шаргородский М.Д.* Уголовный закон. – М.: Юриздат МЮ СССР, 1948. – С. 13; *Шляпочников А.С.* Толкование советского уголовного закона. – М.: Госюриздат, 1960. – С. 83-86.

² *Галахова А.В.* Толкование Особенной части УК РФ в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ. – М.: РАП, 2007. – С. 8.

³ См.: *Кузнецова Н.Ф.* Эффективность уголовно-правовых норм и терминология уголовного закона // Соц. законность. 1973. № 9.

влиают на интерпретационную практику классово-политические интересы и соображения (с. 31). Что касается чисто языкового или грамматического толкования нормативных актов, то данная разновидность интерпретации наиболее полно изложена в трудах Е.В. Васьюковского, П.Е. Недбайло и И.С. Перетерского (с. 39). Опираясь на суждения названных учёных, А.Ф. Черданцев конструирует 11 правил языкового толкования закона, особенно – понимания терминов, которые полезно привести хотя бы в краткой форме: 1) «*словам и выражениям закона следует придавать то значение, которое они имеют в соответствующем литературном языке, если нет оснований для иной их интерпретации*; 2) *если имеется легальная дефиниция термина или если законодатель иным образом определил его значение, то в этом значении и должен пониматься термин, несмотря на его иное значение в обыденном языке*; 3) *значение термина, установленное законодателем для одной отрасли права, нельзя без достаточных оснований распространять на другие отрасли*; 4) *если в законе не определено тем или иным способом значение юридических терминов, то им следует придавать то значение, в котором они употребляются в юридической практике и науке*; 5) *если в законе использованы технические или иные специальные термины, значение которых не определено законодателем, то следует придавать им тот смысл, который они имеют в соответствующих отраслях знаний*; 6) *идентичным формулировкам в рамках одного и того же акта нельзя придавать разные значения, если из этого акта не следует иное*; 7) *нельзя придавать без достаточного основания разным терминам одно и то же значение*; 8) *недопустимо такое толкование значения нормы права, при котором её отдельные слова и выражения трактовались бы как излишние*; 9) *словам и выражениям закона следует придавать тот смысл, в котором они употреблены законодателем в момент его издания*; 10) *значение сложных выражений следует устанавливать в соответствии с синтаксическими правилами языка, на котором сформулирована интерпретируемая норма*; 11) *при толковании текста закона, изложенного не на языке первоисточника, целесообразно обращаться к тексту первоисточника»* (с. 39-43).

А.Ф. Черданцевым предложена и солидная подборка причин интерпретации в праве, объединённых в целом особенностями выражения и функционирования правовых норм, а именно: а) необходимость конкретизации содержательных элементов норм, выраженных «в общей и абстрактной форме», для приближения юридических предписаний к конкретным ситуациям (с. 6); б) любой язык требует интерпретации (с. 7), ибо «логические формы (типовые расчёты и ожидания – А.Б.) не тождественны грамматическим, логика не (полностью – А.Б.) сливается с грамматикой», ибо язык безграничен по своим возможностям (с. 8)¹; в) разные

¹ Здесь автор ссылается на мысли А.С. Ахматовой (Логические формы и их выражение в языке // Мышление и язык. – М., 1957. – С. 170) и В.А. Звягинцева (Язык и общественный опыт // Ленинизм и теоретические проблемы языкознания. – М.: Наука, 1971. – С. 294). Мы же добавим, что 1) право и закон, смысл и его формулирование отражают вечное диалектическое противостояние содержания и формы, что 2) содержание правовых предписаний вначале раскрывается законодателем, затем – правоприменителями.

люди понимают жизнь и слова неодинаково (с. 9); г) большинство слов изначально отличаются полисемичностью (с. 9); д) в нормативных текстах используются так называемые «оценочные понятия», требующие безусловной и трудоёмкой расшифровки (с. 9-10); е) законодательные требования к гражданам часто выражены не в повелительном, а в повествовательном стиле (с. 10); ж) наконец, системность права предопределяет то обстоятельство, что «действительное содержание» частной нормы права «зависит от других, логически связанных с ней – А.Б.) норм» (с. 11), что можно установить лишь в процессе толкования.

А.Ф. Черданцев анализирует эволюцию общественных взглядов на необходимость толкования и усматривает в этом гигантском процессе три ярко выраженных периода: 1) «в эпоху господства естественного права и «просвещённого» абсолютизма существовало мнение, что построенные на рациональных началах законы доступны пониманию всякого и что применение их не требует никакого особого умения... достаточно одного лишь здравого смысла»; 2) с началом промышленной революции стал распространённым другой подход, согласно которому «признавалось необходимым толкование только «неясных», «тёмных» законов»; 3) наконец, в советский период укоренилось мнение об обязательности правоприменительной интерпретации всех и любых нормативных актов (с. 12). На наш взгляд, тенденция верная; необходимость толкования трансформируется в её неизбежность по ранее названным причинам эволюционного порядка, не подвластным доктринальным настроениям.

Безусловная потребность в толковании *уголовного* закона (как предварительного условия его правильного и скорого применения) объясняется, на наш взгляд, действуем сразу нескольких факторов: а) лаконичностью законодательного текста (описание преступления краткое, а само оно всегда индивидуально и отличается от других множеством неучтённых в УК признаков); б) сложностью его структуры (в диспозициях статей Особенной части фиксируются обычно лишь признаки объективной стороны, а остальные данные – должны быть обнаружены правоприменителем в статьях Общей части); в) использованием терминов (т.е. слов и выражений, имеющих особый смысл); г) существованием в УК оценочных нормативов (суждения о правовых явлениях даны законодателем без чётких количественных и качественных параметров, что означает одно – правоприменителю делегируются широкие полномочия по самостоятельному установлению преступности деяния на базе самых общих описаний); д) бланкетность многих составов (недостающие в тексте УК данные о преступлении должны быть найдены юристом в смежных отраслях права, в других федеральных законах и подзаконных нормативных актах).

Конечно, есть и будет много объяснений полезности интерпретационной работы юристов и рядовых граждан, но генеральная причина подобных операций с законодательными текстами есть их встроенность в окружающую среду, видение социальных координат нормативных требований, их политического и экономического контекста, структурной привязки к другим управлен-

ческим парадигмам и решениям. Толкование есть балансир, поправочный коэффициент для тех многочисленных случаев, когда запрограммированное по типовым расчётам правоприменение ведёт к разительным контрастам с жизнью и другими политико-юридическими установлениями.

Читатель, сумевший одолеть первые два тома нашего сводного исследования системы и структуры уголовного права или хотя бы усвоивший его концепцию, вправе ожидать от нас наиболее заинтересованного анализа именно **систематического варианта толкования**. По этим здравым предположениям проверим и примем (по возможности) на вооружение суждения А.Ф. Черданцева, который, к сожалению, обосновывает необходимость данного способа только фактом взаимосвязи правовых норм: «установление места нормы в системе права способствует определению связей между нормами, а последнее, в свою очередь, помогает правильному выбору средства толкования» (с. 61); широкая системная детерминация юриспруденции как бы не замечается. Как видим, правильна мысль, что «систематическое толкование признаётся всеми авторами в качестве самостоятельного способа» (с. 60), да только понимается этот приём учёными по-разному.

А.Ф. Черданцев сочувственно относится к мнениям Е.В. Васильковского и А.С. Пиголкина об опоре систематического толкования преимущественно на «ближайшие» или «близкие по смыслу» нормы по отношению к предписанию, смысл которого оценивается (с. 62-63). Вряд ли это правильно. Истинно систематическое толкование предполагает как раз в первую очередь учёт многочисленных, неравноценных и «отдалённых» связей правовых норм, т.е. их детерминации неюридическими явлениями прежде всего. Чисто юридический, ограниченный взгляд на содержание систематической интерпретации права сквозит и в настойчивых попытках сравнивать коллизионные и коллидирующие нормы (с. 78-79), в ставке именно на функциональные связи юридических предписаний (с. 66), и в «уравнивании» внешней обусловленности норм на трёх этажах – внутри отдельного правового института, отрасли или различных отраслей (с. 63). О вне- и надправовой основе систематического толкования писал ещё П.И. Люблинский: «систематика становится одним из источников, откуда почерпаются судьёю принципы развития действующего права и уяснения его действительного развития»¹. Заметим: «принципы», а не частные «нормативы», пусть и другой отрасли, нужны для системных обзоров для принятия наиболее адекватного событию и закону решения.

Очень удачно высказалась на Московском симпозиуме правозащитников о сравнительной цене различных видов интерпретации в пользу систематического толкования и польский омбудсмен, профессор Ева Лентовская: «самым простым и самым нередко обманчивым способом толкования является лингвистическое и грамматическое толкование. Для его применения не нужны глубокие познания и не требуется большого искусства. Системное и

¹ Люблинский П.И. Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса // Записки юридического факультета Петроградского ун-та, вып. V. – Пг., 1917. – С. 52.

функциональное толкование, если оно приводит к иному выводу, чем лингвистическое и грамматическое толкование, должно победить, поскольку такое толкование – это использование более совершенного, более точного инструмента, а значит, и приводит к более точному результату»¹.

Наверняка или возможно читателю покажется, будто автор злоупотребляет «чистой» теорией или, что хуже, не в состоянии спуститься на грешную землю и продемонстрировать реально-выгодное приложение доктринальных размышлений к нуждам практики. В случае с систематическим толкованием такой упрек будет и справедливым, и проверяемым. Посему покажем варианты и возможности подобного типа интерпретации на базе действующего кодекса и накопившихся проблем практики лишь в одной сфере – *назначения наказания*.

Уголовное законодательство нашего времени, как известно, устойчиво характеризуется несколькими свойствами, сообщающими процессу назначения наказания известную сложность. *Во-первых*, в УК РФ господствуют альтернативные и относительно-определённые санкции, а чаще – их симбиоз, да ещё и с большим диапазоном обоих способов комплектования наказаний. К примеру, санкции самой востребованной в нынешней практике статьи 158 («Кража») содержат последовательно: ч. 1 – альтернативу из 5 основных наказаний, каждое из которых по воле законодателя имеет высший и низший пределы; ч. 2 – 4 основных наказания с теми же характеристиками; ч. 3 и 4 – по два основных наказания в альтернативе и одно дополнительное наказание с факультативным режимом применения. *Во-вторых*, в тексте действующего Уголовного кодекса предусмотрено множество исключительных и поощрительных норм, которые ограничивают применение наказания и близки по содержанию друг другу или прямо ставятся в альтернативу (ст.ст. 10, 73, 79-83, 84 и 85). *В-третьих*, значительная доля законодательных предписаний по назначению наказания сформулирована как дискреционные полномочия суда (выражены словом «может») – ст.ст. 60 – ч. 2, 61 – ч. 2, 64, 74 – ч. 1, 2 и 3, 79 – ч. 1, 2, 3 и 7 (пункт «а»), 80, 81 – ч. 2, 82 – ч. 1 и 2, 83 – ч. 3. *В-четвертых*, в сомнительных случаях практик не может уподобляться учёному и предаваться критике действующего законодательства, сопровождая её предложениями de lege ferenda. Его задача скромнее и ответственнее одновременно: искать выход из ситуации на базе *наличного* права; стеснённый обязанностью рассматривать конкретное уголовное дело и процессуальными сроками, судья не может уповать на внесение изменений в УК и откладывать в связи с этим слушание дела.

При таких условиях основным способом применения норм УК РФ по назначению наказания и помощником судейского корпуса страны должно стать систематическое толкование закона. Когда-то П.И. Люблинский определял его как поиски «духа» или «общего смысла» закона при помощи «развития заложенных в зако-

¹ *Лентовска Ева*. Божественное искусство толкования. – Как начиналась работа уполномоченного по гражданским правам. Том I. – М.: Институт прав человека, 1997. – С. 27.

нодательство принципов и теорий... или посредством отыскания в законе сходных постановлений (аналогия)». В общем, переход юриспруденции к систематическому толкованию означает, что «законодатель перестал быть божеством, но остался непогрешимым первосвященником»¹. Ныне систематическое толкование «признаётся всеми... в качестве самостоятельного способа»² интерпретации юридических текстов и трактуется как уяснение неясного (по тексту) смысла той или иной нормы посредством учёта её связей с другими нормами права³. Но данный приём прочтения текста закона в свою очередь также допускает избирательность мысли и даже погрешности, поскольку судье приходится самостоятельно отбирать нормы, в которых, на его индивидуальный взгляд, скрывается недостающая правовая информация для применения другого правового предписания, а затем «на свой аршин» сравнивать преимущества различных и часто равных по своей юридической силе норм. Тем самым благородное стремление понять завуалированный смысл текста, распыленный по различным структурным частям УК, создаёт гипотетическую возможность своеволия правоприменителя и вероятность итогового искажения закона.

Для нейтрализации возможных погрешностей систематического толкования нужен какой-то сводный указатель, некий гуманистический барометр. Доктрина уголовного права медленно вырабатывала его по ходу эволюции человечества: а) древние римляне, понимавшие важность межотраслевого понимания правовых предписаний (*optimus interpretandi modus est sic leges interpretate ut leges legibus accordant*), рекомендовали отказываться от *расширительного* (*poenalia nullo modo sunt extendenda*) и стремиться к *ограничительному* толкованию уголовно-правовых норм (*criminalia sunt restringenda*), в сомнительных случаях отдавать предпочтение мнению (толкованию), более благоприятному для подсудимого (*in dubio mitius, in dubio pro reo*); б) пионер просвещённого уголовного права Ч. Беккариа полагал, что «по поводу всякого преступления судья должен построить правильный силлогизм, в котором большой посылкой служит общий закон, а малой – конкретный поступок», а в завершение своей знаменитой книги вывел «весьма полезную общую теорему» следующего содержания: «*чтобы ни одно наказание не было проявлением насилия одного или многих над отдельным гражданином, оно должно быть по своей сути гласным, незамедлительным, неотвратимым, минимальным из всех возможных при данных обстоятельствах, соразмерным преступлению и предусмотренным в законах*»⁴; в)

¹ Люблинский П.И. Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса // Записки юрид. факультета Петроградского ун-та, вып. V. – Пг., 1917. – С. 167.

² Черданцев А.Ф. Толкование советского права. – М.: Юрид. литература, 1979. – С. 60.

³ См., например: Курс уголовного права. Общая часть. Том 1: Учение о преступлении: Учебник для вузов / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой и И.М. Тяжковой. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. – С. 113; Современное уголовное право. Общая и Особенная части: Учебник / Под ред. проф. А.В. Наумова. – М.: Илекса, 2007. – С. 49.

⁴ Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. – М.: Фирма «Стелс»-БИМПА, 1995. – С. 76, 247.

представители дореволюционной¹ и советской² эпох единогласно поддерживали выстраданную мировой юриспруденцией максиму «в уголовных делах предпочтительнее доброжелательное толкование»; г) А.И. Бойцов в качестве «простого и единого критерия... правоприменительной деятельности» назвал «право человека на применение к нему наиболее благоприятного закона»³; д) А.Г. Кибальник⁴ пытается приладить к нуждам уголовно-правовой отрасли конституционное правило «толкования сомнений» о виновности лица – в его пользу (ч. 3 ст. 49 Конституции РФ). «Казалось бы», сам задается вопросом учёный, «это положение носит исключительно процессуальный характер». И отвечает: да нет, оно имеет непосредственное отношение и к вопросам правильного применения многих норм «материального» УК РФ. На его взгляд, сомнение в «применимом праве» реализуется в пользу преступника с помощью норм о запрете аналогии (ч. 2 ст. 3 УК) и объективного вменения (ч. 2 ст. 5), правила об обратной силе уголовного закона (ст. 10), принципа *non bis in idem* (ч. 2 ст. 6), механизма разрешения конкуренции общей и специальной нормы (ч. 3 ст. 17), нормы об эксцессе необходимой обороны (ч. 2 ст. 37). Мы бы присовокупили к числу «сомнительных» (неординарных) ситуаций, для которых уже найдены выходы в УК с опорой на ч. 3 ст. 49 Конституции, исключительные нормы (ст.ст. 31 и 64, глава 8 УК), а также различное отношение законодателя к спискам смягчающих (открыт для судейского «творчества») и отягчающих (носит исчерпывающий характер) наказания обстоятельств. Наконец, уголовно-процессуальному законодательству нашей страны давно известно правило, именуемое «запретом преобразования к худшему» (ч. 3 ст. 360 УПК РФ 2001 г.).

А.В. Мадьярова конкретизирует эту гуманную максиму древности до трех частных позиций, а именно: положения уголовного

¹ См.: *Бернер А.Ф.* Учебник уголовного права. Часть Общая (вып. 1). – СПб., 1865. – С. 822; *Кистяковский А.Ф.* Элементарный учебник общего уголовного права. С подробным изложением начал русского уголовного законодательства. Часть Общая. – Киев, 1882. – С. 236; *Познышев С.В.* Основные начала науки уголовного права. Общая часть уголовного права. – М., 1912. – С. 92; *Таганцев Н.С.* Русское уголовное право. Лекции. Часть общая. – М.: Наука, 1994. Т. 1. – С. 94.

² См.: *Арсентьев В.* Об обоснованности обвинения и толковании сомнений в пользу подсудимого // Сов. юстиция. 1970. № 19. – С. 14-15; Курс советского уголовного права. Часть Общая / Под ред. Н.А. Беляева, М.Д. Шаргородского. Л.: ЛГУ, 1968. Т. 1. – С. 93; *Малков В.П.* Совершенство преступлений (вопросы квалификации и назначения наказания). – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1974. – С. 186; *Шаргородский М.Д.* Толкование уголовного закона // Ученые записки ЛГУ. Вып. 1. – Л.: ЛГУ, 1948. – С. 317; *Шишкин Б.* Толкование сомнений в пользу подсудимого // Сов. юстиция. 1970. № 5. – С. 9; *Шляпочников А.С.* Толкование советского уголовного закона. М.: Госюриздат, 1960. – С. 118.

³ Уголовное право России: Общая часть: Учебник / Под ред. Н.М. Кропачева, Б.В. Волженкина, В.В. Орехова. – СПб.: Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Издательство юридического факультета С.-Петерб. гос. ун-та, 2006. – С. 263.

⁴ *Кибальник А.Г.* Конституционное правило «толкования сомнений» и применение норм уголовного закона // Конституционные основы уголовного права. Материалы I Всероссийского конгресса по уголовному праву, посвящённого 10-летию Уголовного кодекса Российской Федерации. – М.: ТК Велби, 2006. – С. 248-250.

закона, устанавливающие смягчение ответственности, толкуются широко, а устанавливающие усиление ответственности, – узко; кроме того, узко интерпретируются положения уголовного закона, определяющие признаки преступного деяния. В целом она говорит о предпочтительности толкования, «*влекущего наиболее благоприятные последствия для лица, совершившего преступление*»¹.

Отсюда поиски судьями «системного смысла» норм о назначении наказания и об освобождении от него должны базироваться преимущественно на *идее минимизации ответственности*, означающей приоритет ограничительного толкования текста уголовного закона перед его расширительным толкованием².

Разумеется, современные гуманитарные настроения в мире и в российском обществе хорошо известны правоприменителям нашей страны, а в особенности – судейскому корпусу, интерпретационная деятельность которого представляет собой «наиболее мобильный феномен толкования уголовного закона», «наиболее распространённый и чаще всего применяемый вид толкования»³. Верховный Суд Российской Федерации в своем универсальном постановлении по обсуждаемой теме⁴, в частности, рекомендует следующие образцы гуманно-систематического прочтения статей УК, посвящённых назначению наказания: 1) «за одно и то же преступление осужденному не может быть назначено одновременно лишение права занимать определённые должности или заниматься определённой деятельностью» (п. 4); 2) в случае назначения наказания по совокупности преступлений, когда за каждое из них суд применил исправительные работы, окончательное наказание по методу сложения определяется сложением только сроков исправительных работ, но не процентов удержаний в доход государства (п. 6); 3) вышестоящий суд вправе переqualифицировать содеянное только в том случае, если «этим не ухудшается положение осужденного и не нарушается его право на защиту» (п. 33); 4) при выборе наказания в виде лишения права управлять транспортными средствами судам рекомендовано не забывать о том, что работа водителем может быть единственной профессией виновного, дающей ему материальную основу жизненного существования (п. 40); 5) совокупность преступлений отсутствует и наказание по правилам ст. 69 УК РФ не назначается, а приговоры исполняются само-

¹ *Цит. соч.*, С. 352-253.

² Ситуация кардинально не меняется от того, чему мы будем адресовать тот или иной вид толкования по объёму – содержанию самой нормы или её смысла; в любом случае юристы приоритетно «сухой» текст к индивидуальному случаю. – См. рассуждения об этом: **Васьковский Е.В.** Руководство к толкованию и применению законов: Для начинающих юристов. – М.: Бр. Башмаковы, 1913. – С. 78; **Люблинский П.И.** Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса. – Пг., 1917. – С. 120-121; **Пионтковский А.А.** Вопросы Общей части уголовного права в практике судебно-прокурорских органов. – М.: Госюриздат, 1954. – С. 14-15.

³ **Галахова А.В.** Толкование Особенной части УК РФ в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ: Научно-практическое пособие. – М.: РАП, 2007. – С. 6, 12.

⁴ Постановление № 2 Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 11 января 2007 г. «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2007. № 4. – С. 7-15.

стоятельно, если со временем выяснится, что условно осужденный прежде совершил ещё одно преступление, поскольку «в статье 74 УК РФ дан исчерпывающий перечень обстоятельств, на основании которых возможна отмена условного осуждения» (п. 47).

Систематическое толкование уголовного закона не сводится к всепрощенчеству, к максимально возможному снижению наказания либо полному отказу от него¹. И Верховный Суд РФ демонстрирует эту мысль в следующих строках постановления 2007 г.: 1) «при установлении рецидива преступлений их стадии (оконченное или неоконченное) и виды соучастия (исполнитель, организатор, пособник, подстрекатель) значения не имеют» (п. 11); 2) если смягчающие обстоятельства уже учтены судом при назначении наказания по одной из статей главы 10 УК, они не могут повторно учитываться для тех же целей при необходимости применить другую статью закона (пп. 12 и 13); 3) при вердикте присяжных заседателей о снижении предела в две трети максимума относится только к наиболее строгому виду наказания в санкции соответствующей статьи, но не ко всем наказаниям (п. 13); 4) правила назначения наказания по совокупности приговоров действуют и в том случае, когда приговор провозглашён, хотя и не вступил в силу (п. 36), поскольку уже самим провозглашением приговора на осужденного возлагаются обязанности, «независимо от обжалования приговора суда в апелляционном или кассационном порядке», а «оставление приговора без изменения означает подтверждение его законности с указанного в приговоре срока», т.е. с момента провозглашения (п. 44); 5) испытательный срок «не является наказанием и не может быть ни поглощен более длительным испытательным сроком, ни частично или полностью сложен» в случае повторного условного осуждения одного и того же лица (п. 43).

Нетрудно заметить, что генеральным мотивом, препятствующим в представлении Верховного Суда максимальной мягкости систематического толкования главы 10 УК, служит древний общеправовой императив *non bis in idem*. Формально данное правило, зафиксированное в ч. 1 ст. 50 Конституции и в ч. 2 ст. 6 Уголовного кодекса, выглядит только как ограничение повторного осуждения. Но в самом УК оно прочтено и по-другому, для целей назначения наказания: если смягчающее обстоятельство уже использовано судом как признак состава на стадии квалификации преступления, его нельзя использовать для снижения ответственности за это же преступление (ч. 3 ст. 61). Этой логике Верховный Суд следует не всегда. Например, в пп. 14 и 15 постановления он рекомендует нижестоящим судам последовательно «двойное послабление»: в случае неоконченного преступления при вердикте

¹ Сам законодатель, вопреки общей гуманной логики кодекса, допускает возможность выбора судом более сурового вида колонии (колонии общего режима вместо колонии-поселения), чем предусмотрено в общем порядке – «с учётом обстоятельств совершения преступления и личности виновного», а также «с указанием мотивов принятого решения» (п. «а» ч. 1 ст. 58 УК). Такое попятное нравственно-правовое движение возможно, например, в тех случаях, когда территориально колония общего режима расположена ближе к месту постоянного жительства семьи осужденного, чем колония-поселение.

присяжных о снисхождении – «исчислять две трети от максимального срока или размера наказания, предусмотренного за неоконченное преступление»; в случае неоконченного преступления и оснований, предусмотренных ст. 62, – предписано «исчислять три четверти максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания от максимального наказания, предусмотренного за неоконченное преступление». Верен ли этот рецепт? Находим, что да. Почему? Потому, что точка отсчёта (неоконченное преступление) представляет собой творение преступника, а не законодателя. А вот вторая похожая рекомендация Пленума, обозначенная в п. 37 постановления, может быть поставлена под сомнение. В нём сказано, что согласно ст. 62 УК РФ и при особом порядке судебного разбирательства (ч. 7 ст. 316 УПК РФ) требуется «исчисление *трёх четвертей* (норматив материального закона – А.Б.) срока наказания от *двух третей* максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания (норматив процессуального закона – А.Б.), предусмотренного за совершённое преступление». С этим разъяснением соглашаться нельзя по тем причинам, что: а) оба режима снижения ответственности придуманы законодателем и от поведения виновного не зависят; б) и материально-правовая, и процессуальная нормы по снижению наказания покоятся на одном основании – положительном посткриминальном поведении преступника и его желании сотрудничать со следствием и судом. При таком *каскаде послаблений* отступление от первичного содержания принципа *non bis in idem*, заложенного в Конституции, международном праве и уголовном законодательстве, будет чрезмерным.

Систематическое толкование предполагает учёт не только внутритраслевых закономерностей, но и согласование уголовно-правовых предписаний с положениями других отраслей права, в первую очередь процессуального и пенитенциарного. Верховный Суд напоминает о генетической связи внутри правоохранительной подсистемы национального права неоднократно. Например, для случаев переквалификации деяний вышестоящими судами указано, что назначенное в апелляционной, кассационной или надзорной инстанциях наказание «не может быть более строгим, чем максимальное наказание, предусмотренное санкцией статьи УК РФ, по которой было квалифицировано деяние в постановлении о привлечении лица в качестве обвиняемого и в обвинительном заключении (akte)» – п. 33. В п. 37 комментируются правила назначения наказания при особом порядке судебного разбирательства (раздел X УПК РФ). Специалисты понимают, что Верховный Суд России не является правотворческим органом, что он связан в своей интерпретационной деятельности собственным государственно-правовым статусом, обязан исходить из разумности законодательных установлений, не вправе легально критиковать их, а лишь искать дополнительные варианты наилучшего применения даже дефектных норм. А вот представителю науки «дозволено» подмечать неестественность того положения, когда правила назначения наказания регламентируются процессуальным, но не уголовным кодексом, вследствие чего Верховному

Суду приходится выдавать дополнительные разъяснения по сути материального права на основании ст. 316 УПК РФ¹.

Конечно, высшая судебная инстанция страны не может, тем более в одном постановлении, вскрыть все системно трудные места законодательства о назначении наказания и дать по ним исчерпывающие рекомендации. Вероятно, с учётом общего падения уровня образовательной деятельности в юридических вузах и, как следствие, квалификации судей, пришло время указывать в кодексе или в актах его толкования прописные истины, которые достигаются обычно на уровне здравого смысла. К таковым истинам отнесём отсутствующие в УК РФ и в постановлении 2007 г. предписания о том, что не может быть приговоров без основного наказания, что за одно преступление назначается только одно основное наказание, а дополнительных – может быть несколько². Автор предлагает данную нормативную или интерпретационную добавку, поскольку ему известен случай, когда по уголовному делу были допущены судебные ошибки на всех уровнях разбирательства, включая слушание в надзорной инстанции, когда профессиональный брак обсуждался и в квалификационной коллегии, в результате чего были досрочно прекращены полномочия судьи (председательствующего в кассационной коллегии); но самое поразительное в этой истории то, что по окончательному судебному решению виновный отбывает только дополнительное наказание (без основного!).

В цитируемом постановлении 2007 г. Пленум несколько раз (пп. 9, 12, 15, 16, 23, 37) обращается к толкованию статей 62 и 64 УК РФ, в том числе к их систематическому или сопряжённому объяснению, даёт вполне удовлетворительные рекомендации судам, но не замечает чудовищной диспропорции между данными нормативами закона. Конкретизируем эту оценку: а) в ст. 62 заложено правило, согласно которому наличие сразу двух и самых «мощных» смягчающих обстоятельств, предусмотренных в ст. 61, при обязательном отсутствии отягчающих обстоятельств, должно влечь ограничение ответственности – максимального срока или размера наиболее строго наказания санкции; б) в то же время наличие хотя бы и одного смягчающего обстоятельства (ч. 2 ст. 64), не обременённое требованием отсутствия отягчающих обстоятельств³,

¹ Наш парламент дважды проигнорировал предметную прописку норм о назначении наказания: в 2001 г., когда принимался Уголовно-процессуальный кодекс, и в 2003 г., когда по № 92-ФЗ вносились изменения в ст. 316 УПК. А всего-то и требовалось, что дополнить Уголовный кодекс ст. 65¹ «Назначение наказания при особом порядке судебного разбирательства», в которой и следовало прописать правило об обязательном снижении наказания до двух третей санкции в случаях согласия виновного с предъявленным ему обвинением.

² После упразднения конфискации имущества в 2003 г. в законе осталась лишь одна мера дополнительного характера, но теоретически сохраняется возможность пополнения кодекса новыми видами дополнительных наказаний и тогда их количество в приговоре может возрасти.

³ В советском уголовном законодательстве требование отсутствия отягчающих обстоятельств для применения ст. 43 УК РСФСР 1960 г. также отсутствовало, но судебной практикой был выработан стереотип, согласно которому исключительными обстоятельствами признавалась только совокупность смягчающих данных при отсутствии отягчающих обстоятельств (Комментарий к Уголовному кодексу РСФСР / Под ред. Ю.Д. Северина. – М.: Юрид. литература, 1980. – С. 89).

создаёт, согласно закону (ст. 64), ситуацию так называемых «исключительных обстоятельств», позволяющих суду вообще выйти за рамки санкции статьи, по которой квалифицируется преступление, в сторону понижения ответственности до пределов Общей части. Кричащая несправедливость закона наверняка уже осознаётся участниками судебных процессов. Как поступать в этих условиях судьям до возможного обновления кодекса?

На наш взгляд, выход из «системного» кризиса может быть только системным, т.е. заложенный в УК нравственно-правовой дисбаланс судам следует смягчать по обоим направлениям: *во-первых*, минимизировать объёмы применения ст. 64, поскольку она олицетворяет *исключительную* (а не общую) норму права, и делать это посредством 1) прочтения диспозиции данной статьи как требующей наличия *всех* упомянутых в ней обстоятельств и 2) при опоре на дискреционный («может быть»), а не обязывающий характер предписания по назначению наказания ниже низшего предела санкции; *во-вторых*, расширить объёмы применения ст. 62 в соответствии с рекомендацией Пленума, находящего возможным использовать данный норматив «при наличии хотя бы *одного* из перечисленных пунктами «и» и (или) «к» части первой статьи 61 УК РФ» смягчающих обстоятельств (п. 9 постановления).

В полном соответствии с ч. 2 ст. 61 УК Верховный Суд полагает, что «при назначении наказания суд вправе признать смягчающими наказание любые установленные в судебном заседании обстоятельства, в том числе не предусмотренные частью первой статьи 61 УК РФ» (п. 7). Мы считаем, что в приведённую рекомендацию должны быть внесены дополнения ограничительного свойства. Суд не может творить смягчающие обстоятельства вопреки тексту кодекса. Например: если в п. «а» ч. 1 ст. 61 смягчающим обстоятельством признано «совершение впервые преступления небольшой тяжести вследствие случайного стечения обстоятельств», следовательно, обязательно нужен союз всех этих трёх условий и никак не меньше; кроме того, суд не может признать «новыми», открывшимися ему в ходе слушания дела, смягчающими обстоятельствами *поодиночке* – такие факты, как первичность преступления в биографии подсудимого, понуждающие его к этому внешние силы, наименьшая категоричность преступления. А ведь так на практике бывает. Как и в советские времена¹ суды продолжают признавать смягчающим обстоятельством «первую судимость». Если продолжить эту странную логику до конца, то пора представлять лиц, впервые совершивших преступления, к государственным наградам.

Ещё одна жгучая необходимость систематического толкования УК заложена в ст. 69, посвящённой назначению наказания по

¹ В п. 4 ч. 1 ст. 38 УК РСФСР 1960 г. аналогичное смягчающее обстоятельство формулировалось следующим образом: «совершение преступления впервые, вследствие случайного стечения обстоятельств, если это преступление не представляет большой общественной опасности». Как видно, прежняя редакция также не позволяла суживать понимание закона. В 1996 г. законодатель, возможно в силу понижения качества юридических знаний в обществе, убрал из текста запятые, чтобы более сильно выразить отсутствие альтернативы между тремя жизненными условиями, подчеркнуть необходимость их сплава для цели уголовного преследования.

совокупности преступлений. В ней предусмотрены два принципа определения окончательного наказания из нескольких, первоначально назначенных за каждое из деяний, входящее в совокупность – поглощения или сложения. Выбор того или иного способа определения сводного наказания поставлен законодателем в зависимость только от категоричности совершённых преступлений (или – или). Однако, если совокупность образована лишь из преступлений небольшой или средней тяжести, закон позволяет использовать оба принципа (сложения и поглощения) – ч. 2 ст. 69. Какому же принципу из двух и при каких дополнительных условиях надлежит отдавать предпочтение? Наш совет таков: при прочих равных обстоятельствах на стадии назначения наказания суд должен стремиться к демонстративной (наказанием) защите всех объектов уголовно-правовой охраны, которым преступлениями причинён вред. Отсюда, если совокупность образована только из *однородных* преступлений небольшой или средней тяжести (например, кража и мошенничество – посягательство на один родовой объект), целесообразен принцип поглощения менее тяжкого наказания более тяжким; если же предстоит наказывать посягательства на *различные* объекты, предпочтительнее принцип сложения.

В уголовном праве, как и в философии, есть свой *основной вопрос*: быть или не быть, привлекать лицо к уголовной ответственности или нет. Решается эта задача на базе собранных фактических данных, в строгих процессуальных формах и с помощью эталона, называемого составом преступления. Известно, что решение основного вопроса отрасли (или квалификация содеянного) по одним и тем же материалам должно быть единым – от Калининграда до Петропавловска-Камчатского и от Мурманска до Махачкалы. *Второй* же вопрос уголовного права – вид и размер наказания – решается по закону не столь строго, предполагает широкую свободу судейского усмотрения. В таких условиях совершенно естественно приоритетное внимание практической юриспруденции к вопросам квалификации. Однако и стадия назначения наказания, замыкающая уголовное правосудие, должна быть зоной повышенного внимания судей, поскольку для виновного, потерпевшего и территориального населения всегда будет более понятной и важной та часть приговора, в которой отражаются мотивы выбора ответственности преступника, нежели сугубо профессиональные (сложные) разговоры и решения юристов по поводу правовой оценки деяния. Определение же вида и размера наказания, как мы попытались показать в настоящем фрагменте главы, во многом предопределяется техникой систематического толкования уголовного закона, культивирующего сегодня альтернативные и относительно-определённые санкции, наделяющего судей в данном вопросе широкими дискреционными полномочиями.

На наш взгляд, полярными вариантами, обязательно присутствующими систематическому толкованию, выступают расширительный и ограничительный типы интерпретации закона. Как известно, и прежде, и ныне, у этой точки зрения есть сторонники

и возражающие оппоненты. В учебной литературе обычно тоном, не склонным к существованию противных взглядов, сообщает о том, что действующее законодательство предоставляет возможность трёх видов толкования по объёму – буквальное, ограничительное и расширительное (распространительное)¹.

В противниках – отдельные представители науки, причём такие крупномасштабные, как А.В. Галахова², В.Н. Кудрявцев³, Н.Г. Иванов⁴, А.Н. Игнатов и другие. Их довод звучит убедительно, но сильно напоминает стремление к идеальному, чего в реальной практике не бывает и не будет: «в правовом демократическом государстве недопустимо ни ограничительное, ни расширительное толкование закона, которое ведёт к субъективному в оценке положения закона и, по существу, к его коррекции незаконодательным путём. Толкование закона должно точно соответствовать его тексту, его смыслу и не допускать сужения или расширения действия толкуемого закона»⁵. На наш взгляд, толкование современного закона по объёму исчерпывается лишь его буквальным подвидом только для тех начинающих юристов, которые в силу ограниченности своих знаний и жизненного опыта интуитивно «жмутся» к тексту УК, наивно полагая, что вся истина кроется в нём, и надеясь только на толковые словари; со временем же они с неизбежностью «откроют» для себя колоссальный разрыв между писанным правом и его действительной социальной основой; откроют и станут (пусть и вынужденными) сторонниками профессионального

¹ См., например: Советское уголовное право. Общая часть / Под ред. Г.А. Кригера, Б.А. Куринова, Ю.М. Ткачевского. – М.: МГУ, 1981. – С. 65-66; Современное уголовное право. Общая и Особенная части: Учебник / Под ред. проф. А.В. Наумова. – М.: Илекса, 2007. – С. 49; Курс уголовного права. Общая часть. Том 1: Учение о преступлении: Учебник для вузов / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой и И.М. Тяжковой. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. – С. 114-115; Уголовное право. Общая часть. Изд.-е 2-е. – М.: Юриздат НКЮ СССР, 1939. – С. 152; Уголовное право. Общая часть. Изд.-е 4-е. – М.: Юриздат, НКЮ СССР, 1948. – С. 241; Уголовное право России: Общая часть: Учебник / Под ред. Н.М. Кропачева, Б.В. Волженкина, В.В. Орехова. – СПб., 2006. – С. 322-323; Российское уголовное право: в 2 т. Т. 1 Общая часть: Учебник / Под ред. Л.В. Иногамовой-Хегай, В.С. Комиссарова, А.И. Раорога. – М.: ТК Велби, Изд.-во Проспект, 2006. – С. 50-52; Уголовное право России. Общая часть: Учебник / Под ред. В.Н. Кудрявцева, В.В. Лунеева, А.В. Наумова. – М.: Юрист, 2004. – С. 86; Уголовное право. Общая часть: Учебник для вузов / Отв. ред. И.Я. Козаченко, З.А. Незнамова. – М.: ИНФРА-М – НОРМА, 1997. – С. 54; Уголовное право. Общая часть / Под ред. Л.Д. Гаухмана, С.В. Максимова. – М., 2005. – С. 81.

² Галахова А.В. Толкование Особенной части УК РФ в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ: Научно-практическое пособие. – М.: РАП, 2007. – С. 10.

³ См.: Кудрявцев В.Н. Теоретические проблемы квалификации преступлений: Тезисы докладов на научной конференции. – Л.: ЛГУ, 1963. – С. 22.

⁴ Оценив негативное отношение англосаксов к расширительному толкованию и примеры недопустимого использования данного метода в практике Верховного Суда России, данный автор предлагает даже дополнить нормативную расшифровку принципа законности положением, согласно которому «расширительное толкование уголовного закона не допускается за исключением тех случаев, когда закон непосредственно указывает на такую возможность». – Иванов Н.Г. Модельный Уголовный кодекс: Общая часть. Опус № 1: Монография. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2003. – С. 22-24.

⁵ Уголовное право России. Том 1: Общая часть / Под ред. А.Н. Игнатова, Ю.А.Красикова. – М.: Норма, 2005. – С. 62-63.

спасения с помощью расширительного и ограничительного толкования постного закона¹.

А что же А.Ф. Черданцев? Многие авторы, пишет он, «считают распространительное или ограничительное толкование явлением, не согласующимся с принципом законности», хотя «реальность» обоих видов интерпретации «подтверждена практикой». Для преодоления разрыва между идеальными настроениями науки и суровой практикой применения закона цитируемый нами учёный предлагает определиться с тем смыслом, который обычно вкладывается в слова «расширительное или ограничительное толкование». Оценив высказывания советских правоведов (П.Е. Недбайло и А.С. Пиголкин – «словесная формулировка закона», «буквальный смысл»; А.С. Шляпочников – «текстуальное выражение нормы»; П.С. Элькинд – «словесное выражение», «буквальный текст»; Я.М. Брайнин – «буквальное выражение»), А.Ф. Черданцев находит, что наиболее правильное понимание демонстрирует С.С. Алексеев, который говорит, будто при ограничительном и расширительном толковании налицо «выводы, которые непосредственно вытекают из буквального текста»² (с. 134). Получается, что «при определении объёма толкования... сравниваются, с одной стороны, выводы (высказывания) интерпретатора о том или ином содержательном элементе нормы права, вытекающими из буквального текста нормы, с выводами, полученными на основе всей совокупности способов толкования» (с. 134).

Нам эта логика представляется очень симпатичной: правоприменитель знает о целесообразности буквального прочтения текста УК, стремится к этому, но обнаруживает явную диспропорцию между тем, что случилось в действительности, и как это факт описан в законе. Начинаются поиски выхода из ситуации, а это желательно производить на базе системной ориентации практика или учёного, при попытках задействовать все возможные варианты и приёмы правопонимания и толкования. В основе такого подхода может находиться именно системный метод, ориентирующий на учёт максимально возможного числа внешних детерминант закона.

А.Ф. Черданцев верно полагает, что необходимость в расширительно-ограничительном прочтении текста УК возникает по двум причинам – либо плохо сработал законодатель, либо «ограничительное и распространительное толкование норм вытекает из их системности» (с. 139). Но ещё лучше, что на страницах обсуждаемой книги сконцентрированы советы, когда небуквальное толкование недопустимо вовсе. «Не допускается: а) распространительное толкование исчерпывающих перечней; б) ограничительное толкование незаконченных перечней; в) распространительное толкование санкций; г) распространительное толкование положений, составляющих исключение из общего правила» (с. 142).

¹ Чуть позже мы ещё вернемся к вопросу о допустимости только расширительного толкования, преимущественно с опорой на советы древних римлян.

² Алексеев С.С. Общая теория социалистического права. Вып. 3. – Свердловск: СвЮИ, 1965. – С. 198.

Очень важен, и в связи с практикой небуквального толкования закона, вопрос о **пределах интерпретации** нормативных текстов. Вспомним Ч. Беккариа: «нет ничего опаснее банальной истины, предписывающей руководствоваться духом закона, что является иллюзорной преградой на пути потока мнений. Недостатки, связанные с точным следованием букве уголовного закона, ничтожны по сравнению с недостатками, вызываемыми (ничем не связанным – А.Б.) толкованием»¹. Уточняем: вольности в объяснении смысла («духа») закона более упречны, нежели покорное следование тексту («букве») несовершенного закона. Это справедливо, поскольку статусы у законодателя и практика неравные, поскольку правоприменитель следует за парламентом, а не наоборот – черновая работа сделана до тебя, изволь улучшать, а не ухудшать её.

А.В. Мадьярова в рамках решения обозначенной проблемы попыталась сформулировать *«золотое правило толкования»* и определила его так: *«пределом толкования является последнее знание, утверждение, которое мы с однозначностью (логической необходимостью) можем вывести из существующей системы норм»*². В этом утверждении нам лишь частично нравится то обстоятельство, что самые точные нюансы закона предложено узнавать на базе системы норм; частично – потому что истинное и в деталях содержание запрограммированного государством позитивного права можно почерпнуть лишь при учёте его внешней детерминации, а не только внутриюридической. Заметно также, что предложенная дефиниция ориентирована исключительно на правоприменение, которое не тождественно всей области правопонимания; последнее охватывает и сферу научных размышлений, а здесь говорить о пределах даже юридического знания будет очень смело. Наконец, точнее и полезнее обсуждать культуру, но не пределы или свободу толкования, которые всегда условны и подвижны. Вот к этим-то аспектам правовой интерпретации мы и переходим.

Конечно, свобода толкования в уголовном праве имеет свои общекультурные и нравственные пределы: полезна критика недостатков действующего УК; ещё более важны предложения *de lege ferenda*, доведённые до текстуального уровня; всегда ожидаемы и будут востребованы дельные практические рекомендации о понимании законодательных установок с широким диапазоном интерпретации (альтернативные и относительно-определённые санкции, оценочные понятия, дискреционные полномочия суда и пр.). Нужно лишь помнить, что полезнее *своевременная* (до принятия закона) критика, что толкование кодекса должно быть *взвешенным* (не родился ещё тот юрист, который отказал бы себе в удовольствии «лягнуть» отраслевой закон) и покоиться не на собственных ожиданиях, а на более *высоких установках* – конституционных положениях, международном праве, нравственности,

¹ Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях, С. 76, 78.

² Мадьярова А.В. Разъяснения Верховного Суда Российской Федерации в механизме уголовно-правового регулирования. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2002. – С. 54.

религиозных догмах. В целом же юрист должен исповедать одну, универсальную идеологию своего профессионального поведения и в сфере толкования – правило **золотой середины**, ибо *in mediam viam tutissimus ibis*¹.

Остановимся на тех проблемных участках культуры отраслевой интерпретации, которые мы бы позволили назвать **острыми углами**² толкования уголовного закона. Сегодня преобладает мнение, что «интерпретационная деятельность юристов является... составной частью правоприменительного процесса»³, т.е. деятельностью, связанной с установлением и доказыванием фактических обстоятельств и истолкованием норм права. Благодаря изысканиям С.С. Алексеева, Е.Н. Атаршиковой, Я.М. Брайнина, Е.В. Васьковского, Н.Н. Вопленко, И.Я. Дюрягина, В.Н. Карташова, В.В. Лазарева, П.И. Люблинского, В.И. Наумова, П.Е. Недбайло, А.С. Пиголкина, А.Ф. Черданцева, А.С. Шляпочникова и других авторитетов отечественной науки традиционные разделы герменевтики давно освоены и переведены в обоз, то есть в учебные аудитории. К ним относятся: понятие, виды (по объёму и субъектам) и приёмы (способы) толкования, результаты толкования и их оценка. Оставим их без внимания и сосредоточимся на тех приёмах сближения уголовного права и жизни, которые азартно обсуждаются за пределами герменевтики, хотя по своей сути прочно связаны с пониманием законодательных текстов, их пороков и достоинств, с толкованием. Находим весьма интересным и полезным остановиться на сравнительном анализе следующих механизмов правопонимания: *аналогия – прецедент – презумпция – принцип законности – объёмы толкования*.

1. Аналогия (от *греч.* – сходство, подобие, соответствие), как известно, представляет собой особый метод нормативного регулирования, порождённый пробельностью права. А пробел в законе – это «полное или частичное отсутствие нормативных установлений, необходимость которых обусловлена развитием общественных отношений и потребностями практического решения дел, основными принципами, политикой, смыслом и содержанием действующего законодательства»⁴. В результате существования лакун юридически значимые факты, взывающие к официальной, чёткой и единообразной регуляции, но не получающие её, вынужденно оцениваются практиками по нормам, прямо адресуемым другим группам фактов (аналогия закона), либо, в случае полного отсутствия нормативной базы – даже для сходных случаев, решение принимается на основании общих начал и принципов юриспруденции (аналогия права).

Безусловна сопряжённость аналогии с толкованием. Ведь под аналогией разумеется «сходство данных предметов или явлений в

¹ Посередине дороги безопаснее ехать – *лат.* (Прим. редактора).

² Название рубрики настоящей главы позаимствовано у профессора **В.Т. Томина**, специалиста уголовного процесса. См. его: *Острые углы уголовного судопроизводства*. – М.: Юрид. литература, 1991.

³ **Черданцев А.Ф.** Толкование советского права. – М.: Юрид. литература, 1979. – С. 4.

⁴ **Лазарев В.В.** Пробелы в праве и пути их устранения. – М.: Юрид. литература, 1974. – С. 37.

некоторых отношениях, из чего заключают об их сходстве в других отношениях»¹; отсюда обнаружение правовых лагун предполагает системное мышление. Трудно поэтому согласиться с проф. А.И. Коваленко в том, что при аналогии права «пробел нельзя устранить каким-либо толкованием нормы права»². И аналогия закона, и аналогия права – но в большей мере, призываются на помощь после общей оценки (недостаточных) правовых возможностей по регуляции жизни. Практик, вставший перед необходимостью квалифицировать какое-либо событие, действует по весьма простому алгоритму: а) вначале предпринимается попытка в наличном законодательном массиве найти такой норматив, который по своим параметрам *полностью* соответствовал бы жизненному случаю; б) если такого варианта нет, в действующих нормативных актах ищется *приблизительный*, частично тождественный случаю норматив (аналогия закона); в) наконец, в случае, когда в положительном праве вовсе нет конкретной нормы, которая регулировала хотя бы сходный случай, правоприменитель начинает ориентироваться на отраслевые принципы, собственное правосознание, конституционные заповеди, научные комментарии и пр. (аналогия права).

Отсюда понятно, что обнаружение лагун (полное или частичное отсутствие в законодательстве соответствующих нуждам регулирования норм) и само понимание существа пробельности (жизненный случай непременно должен находиться в сфере правового регулирования, но адекватной нормы в законодательстве нет) означает необходимость системного считывания законодательного текста и оценку его совершенства, в первую очередь на предмет полноты охвата общественных отношений.

Нет сомнения, что самым безупречным приёмом *ликвидации пробелов* служит правотворчество. Аналогия же есть *временное преодоление* лагун в рамках правоприменительного процесса. Применение аналогии «всегда индивидуально и не имеет обязательной силы для сходных случаев»³. Для частных ситуаций, взятых изолированно друг от друга, это правда. Однако чрезвычайная медлительность парламента, помноженная на высокую социальную цену оперативного юридического реагирования и большое количество жизненных комбинаций, не урегулированных правом, может привести к тому, что решение по аналогии приобретёт со временем силу прецедента.

Обычно и безапелляционно утверждается, что в уголовном (и административном) праве аналогия исключается. Формально или упрощённо это так (ч. 2 ст. 3 УК РФ) – если понимать аналогию как запрет на прямую подмену законодателя территориальными правоприменителями. Принято в подтверждение реальности запрета на аналогию ссылаться на то обстоятельство, что в законо-

¹ Брокгауз Ф.А. и Ефрон И.А. Энциклопедический словарь: Современная версия. – М., 2002. – С. 20.

² Коваленко А.И. Общая теория государства и права (в вопросах и ответах): Учебное пособие. – М.: ТЕИС, 1996. – С. 97.

³ Юридический энциклопедический словарь. – М.: Сов. энциклопедия, 1984. – С. 21.

дательстве она легально существовала очень давно¹, а затем от неё отказались. Но аналогия живёт и поныне, трансформировавшись попутно в бланкетное орудие: постановлениями Правительства, например, утверждаются *аналоги* (курсив наш – А.Б.) наркотических средств и психотропных веществ, и эта практика официально закреплена в названиях и диспозициях целого ряда статей главы 25 УК РФ. Видимо, очень сильны мотивы к применению данного юридического приёма.

В связи с этим выскажем дополнительное предположение, что сковывание технологической (производственной, управленческой, юридической) самостоятельности в любой области, как правило, компенсируется ростом интеллектуальных инициатив лиц, чьё *ситуативно* разумное реагирование на внешние раздражители принудительно ограничивается ссылками на некие *общие* установления. В уголовном праве операционные ограничения для практики вначале оправдываются доктринами по соображениям безопасности и нравственности (минимизация государственного принуждения), а позже она же оспаривает разумность стеснений (свежие общественные ритмы требуют более гармоничных управленческих решений, встают новые социальные задачи, в силу различных причин меняются политико-правовые методики типа перехода от тотального контроля поведения граждан к формуле «разрешено всё, что прямо не запрещено законом», и т.д.). В результате всегда процветающая теоретическая аналогия (метод мышления) начинает конфузливо использоваться и на практическом уровне, вопреки запрету на её правоприменительное употребление. И в этом нет ничего парадоксального. В век мировой интеграции и массовых миграций населения, в эпоху расцвета СМИ и реформ спрос на аналогию растёт и проявляет себя она более всего в русле компаративистики. Аналогия рядится и в презумптивную тогу, и в прецедентный костюм; в общем, внешне мимикрирует с тем, чтобы явиться к взыскательному общественному мнению в наиболее приемлемой (терпимой, не вызывающей, не шокирующей) одежде.

Аналогия – антипод противоправности, пострадавшему при знаку преступлений, и потому традиционно отвергается в уголовном праве², да и в целом она противна всей правовой системе. Противна в том смысле, что своим существованием косвенно как бы оправдывает и даже консервирует правотворческое неблаго-

¹ Вплоть до принятия Уголовного уложения от 22 марта 1903 г. в Российской империи допускалась аналогия даже применительно к списку наказаний (отдельно по церковному законодательству, Военному и Военно-морскому Уставам).

² См., например, изложение позиции Н.С. Таганцева, нашедшего искусный способ возражения против позиции Сената, фактически одобрявшего судебную аналогию для преодоления законодательных пробелов, в статье: **Наумов А.В.** Роль Н.С. Таганцева в развитии российской науки уголовного права и отечественного уголовного законодательства // История развития уголовного права и её значение для современности: Материалы V Международной научно-практической конференции, состоявшейся на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова 26-27 мая 2005 г. – М.: ЛексЭст, 2006. – С. 376-377.

получие, посягает на классический принцип разделения властей. Противна потому, что аналогия во все времена «превращала знания уголовного права в привилегию тех, кто его применяет»¹. Но аналогия имеет и позитивный смысл: как оперативный способ сглаживания трагического конфликта между правом и жизнью, как момент творчества в управлении и юриспруденции, как форма общественной саморегуляции. По этим соображениям аналогия дозволена в так называемых частных отраслях права; там царствуют индивидуальные риски и интересы, там тяжесть правонарушений не столь велика, чтобы понуждать общество руководствоваться только кооперативными началами и жёстко (открыто и скрупулезно) следовать парламентским стандартам².

Аналогия в уголовном праве – отвергаемое зло, но иногда с ним приходится мириться. Без данного метода правового регулирования очень трудно обойтись при революционном обновлении общества, когда существенно ремонту подвергается вся система законодательства и отсутствуют квалифицированные исполнители. Так было в первые годы Советской власти, после лихого отказа новых властей от всех нормативов прежнего режима³. Российской элите в начале 90-х годов прошлого века уже хватило здравого смысла, и он выразился в знаменитой формуле: законы СССР и РСФСР применяются лишь в той части, в какой они не противоречат базовым нормативным актам новой власти. И перспектива массовой аналогии проехала стороной. Но в любом случае: по мере устранения временных трудностей, взывающих к аналогии, она должна быть упразднена. В СССР, по завершении кодификации советского законодательства и подготовки нужного числа лояльных новой власти юридических кадров, а это случилось к концу 20-х годов, от аналогии в уголовном праве нужно было отказываться; однако такое решение состоялось с большим опозданием, только в 1958 году, с принятием Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик.

Однако не всё так просто с соблюдением самозапрета парламента на аналогю. Что это так, подтвердим разноголосием научных мнений. М.И. Бажанов – «категорический запрет аналогии в Особенной части уголовного права, т.е. невозможность криминализации каких-либо деяний, прямо в Особенной части не преду-

¹ *Коган В.М.* Логико-юридическая структура уголовного закона. – Алма-Ата: Казахстан, 1966. – С. 7.

² Ещё *Е.Б. Пашуканис* отмечал, что «из всех отраслей права именно уголовное право обладает способностью самым непосредственным и грубым образом задевать отдельную личность» (Общая теория права и марксизм. – М.: Комкадемия, 1929. – С. 17), а потому призывал, чтобы специальным (единственным – А.Б.) источником данной отрасли был только закон.

³ О мытарствах отраслевой науки и властей по поводу допустимости аналогии в уголовном праве в 20-30-е годы прошедшего столетия, о доводах сторонников (А.Н. Васильев, Г.И. Волков, А.Я. Вышинский, А.А. Пионтковский, В.С. Тадевосян, А.Н. Трайнин, М.А. Чельцов-Бебутов, М.Д. Шаргородский) и противников (А.А. Герцензон, М.М. Исаев, А.И. Левшин, П.И. Люблинский, Б.С. Маньковский, И.С. Ной, П.С. Ромашкин, А.С. Тагер) отраслевой аналогии см. в работе: Уголовное право. История юридической науки. – М.: Наука, 1978. – С. 35-42 (А.А. *Пионтковский*).

смотренных, не исключает применения аналогии в Общей части УК»¹. А.К. Безина – при практическом применении метода аналогии суд не создаёт новой нормы права, а лишь использует сходные нормы либо общие принципы соответствующей отрасли². Я.М. Брайнин – поскольку аналогия порождается пробельностью позитивного права и возникающим отсюда стремлением суда покарать объективно опасное, но формально не запрещённое деяние, неубедительным является утверждение противников аналогии будто существование института аналогии (непрерывно – А.Б.) угрожает личной свободе граждан»³. П.С. Дагель – практика может исходить из общих начал уголовного права, т.е. применять аналогично права⁴; от себя напомним, что и в прежнем, и в действующем Уголовном кодексе профильная статья именуется (именовалась) «Общие (курсив наш – А.Б.) начала назначения наказания». В.И. Каминская – «ни одно, даже самое совершенное, законодательство не в состоянии охватить все без исключения общественные отношения, требующие урегулирования, и тем более не в состоянии предусмотреть те отношения, которые могут возникнуть после издания закона...». Одновременно «суд не может оставить безнаказанным действие, представляющее опасное посягательство на защищаемый государственной властью строй общественных отношений». Надо знать, что «в зависимости от тех правовых условий, в которые поставлено её (аналогии – А.Б.) применение, она может превратиться как в орудие бесправия, так и в орудие укрепления законности»⁵. К.И. Комиссаров – «аналогия является способом восполнения пробелов не в законе, а в круге фактов, в круге общественных отношений, подлежащих правовому регулированию. Аналогия есть правоприменительный и ни в коем случае не правотворческий процесс», ибо восполнять пробелы в праве может лишь законодатель⁶. В.В. Лазарев – пробелы в праве с помощью аналогии не восполняются, что составляет область исключительной компетенции законодателя, а лишь (временно? – А.Б.) преодолеваются. Да и вообще аналогия в собственном смысле слова применима лишь к аналогии закона⁷. Н.И. Матузов – «наличие аналогии в нашем праве лишней раз доказывает, что право-

¹ *Бажанов М.И.* Проблемы совершенствования Общей части Уголовного кодекса // Вопросы государства и права развитого социалистического общества. – Харьков, 1975. – С. 199; *его же.* Назначение наказания по советскому уголовному праву. – Киев: Вища школа, 1980. – С. 101-102.

² *Безина А.К.* Судебная практика и развитие советского трудового законодательства. – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1971. – С. 82.

³ *Брайнин Я.М.* Советское уголовное право. Общая часть. – Киев, 1955. – С. 197, 200.

⁴ *Дагель П.С.* Об аналогии в советском уголовном праве // Учёные записки ДВГУ, вып. 61. – Владивосток: Изд-во ДВГУ, 1972. – С. 46.

⁵ *Каминская В.И.* Роль Верховного Суда СССР в развитии советского социалистического права // Сов. государство и право. 1948. № 6. – С. 38-39.

⁶ *Комиссаров К.И.* Судебное рассмотрение в советском гражданском процессе // Сов. государство и право. 1969. № 4. – С. 55.

⁷ *Лазарев В.В.* Применение советского права. – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1972. – С. 107, 138.

мерно и подлежит защите не только то, что предусмотрено в законе, но и то, что не предусмотрено, но находится в сфере правового регулирования»¹. В.А. Навроцкий – «без аналогии в Общей части обойтись просто невозможно – и так или иначе, а она применяется и будет применяться»². Н.Н. Полянский – «аналогия права при квалификации тех или иных действий таила бы в себе серьёзную опасность нарушения как раз тех законных интересов граждан, на страже которых призван стоять суд. Иначе обстоит дело при разрешении процессуальных вопросов. Суд оказался бы в безвыходном или в затруднительном положении, если бы для разрешения возникающих в его деятельности, направленной на отыскание материальной истины, процессуальных вопросов он не мог бы обращаться к общим началам, положенным в основу уголовно-процессуального законодательства и вошедшим в социалистическое правосознание судей»³. А.К. Соболева – «аналогия – это тот вид аргумента, на котором, собственно, держится вся юриспруденция, ибо при решении правового спора мы либо утверждаем, что наш случай аналогичен урегулированным правом и должен подходить под норму, либо что факты неравнозначны и не могут быть признаны аналогичными, а следовательно, общая норма к ним неприменима... Именно поэтому... самое ценное качество любого юриста – профессиональная ловкость – выражается в искусстве доказывать и опровергать аналогии»⁴. Т.В. Церетели – исключение уголовной ответственности по усмотрению правоприменительных органов не есть недопустимая подмена уголовного законодателя, поскольку сфера уголовной ответственности не расширяется, т.е. аналогия = благо⁵. А.Ф. Черданцев – «аналогия может выступать как средство восполнения пробелов в праве (analogia extra legem) и как приём толкования (analogia intra legem)»⁶; второму явлению – безусловный «зелёный свет», первому – критическое обсуждение допустимости и перспектив.

Пионерской работой об аналогии в отечественном уголовном праве стала обстоятельная статья Ф.П. Дубровина, опубликованная им в двух номерах известнейшего юридического журнала России XIX века. Приведем и прокомментируем наиболее важные и резкие положения только первой⁷ части работы⁸ и сразу же обра-

¹ Матузов Н.И. О принципе «всё, не запрещённое законом, дозволено» // Сов. государство и право. 1989. № 8. – С. 9.

² Навроцкий В.О. Принцип заборони аналогії і його дія при застосуванні Кримінального кодексу України 2001 року // Новий Кримінальний кодекс України: Питання застосування і вивчення: матер. Міжнар. наук.-практ. конф. (Харків) 25-26 жовт. 2001 р. / Редкол.: Сташис В.В. та ін. – Киев-Харьков: Юрінком Інтер, 2002. – С. 51.

³ Полянский Н.Н. Вопросы теории советского уголовного процесса. – М., 1956. – С. 167-168.

⁴ Соболева А.К. Топическая юриспруденция. – М.: «Добросвет», 2001. – С. 183.

⁵ Церетели Т.В. Освобождение от уголовной ответственности и понятие преступления // Правоведение. 1980. № 2. – С. 83.

⁶ Цит. соч., С. 54.

⁷ В тех библиотеках, где работал автор настоящей книги, шестой номер ЖМЮ за 1849 год не сохранился.

⁸ Дубровин Ф.П. О размерах допустимости аналогии при применении уголовного закона // Журнал Министерства юстиции. 1849. № 5. – С. 107-138.

тим внимание читателя на то обстоятельство, что самим названием статьи аналогия автором как бы не отвергается, а лишь обсуждаются варианты её ограничений в применении. Дело в том, что нужда в данном приёме прочтения законодательного текста зримо присутствует и он оправдан в тех ситуациях, «где сходство очень велико, а обнаруженное различие весьма мало и наше знание о предмете весьма пространно» (с. 108). Но главная и долгоиграющая причина существования аналогии объявлена отдельно: «как бы высоко ни стояла юридическая мысль, как бы совершенен и полон ни был кодекс законов той или другой страны, он не в состоянии объять всё разнообразие житейских правоотношений, вызываемых гражданским оборотом, не в состоянии предусмотреть все возможные виды проявления преступной воли» (с. 109). Отсюда следует, что аналогия есть страховочное средство коррекции естественной недостаточности законодательного текста.

Так о чём тогда спор? «Вопрос об аналогическом применении законов приобретает (самостоятельное значение – А.Б.) лишь тогда, когда под аналогией разумеют особое право суда на пополнение пробелов закона» (с. 111). Суд может искать аналогию в отдельных правовых нормах либо в духе всего национального законодательства – «в первом случае мы будем иметь дело с так называемой частной специальной аналогией (аналогия закона в современном названии – А.Б.); во втором – с общеюридической, или правовой (аналогией права – А.Б.) аналогией» (с. 111). В XIX веке было ещё допустимо говорить об *аналогии наказаний* и *аналогии преступлений* (с. 111), но на сегодняшний день юриспруденции второй вариант как минимум спорен, а первый эксплуатируется в образе альтернативных санкций.

Ф.П. Дубровин находил, что «учение об аналогическом применении законов находится в тесной связи с учением о толковании его» (с. 112), но всё-таки разделял данные понятия, поскольку «толкование... не выходит за пределы воли законодателя; аналогия же, наоборот, именно выступает за пределы его воли, распространяя её и на случаи им не предвиденные, в том предположении, что, если бы он имел их в виду, то разрешил бы в смысле того же закона» (с. 112). Мы бы не занимали столь категорическую позицию в вопросе размежевания аналогии и толкования; первое средство суть часть второго, ведь «под аналогией логика разумеет особый вспомогательный приём умозаключений» (с. 107), т.е. толкования текстов.

Вопрос о допустимости аналогии именно в сфере применения уголовного права автор статьи предвзвешивает весьма странной сентенцией: «как ни опасно может быть право судебного толкования, но участие законодательной власти в отправлении правосудия ещё опаснее, ибо оно не согласно с общими началами права» (с. 114). В нашем понимании, участие законодательной власти в отправлении правосудия прежде всего не согласно с технологией или последовательностью юридической деятельности, а потому невозможно; вначале власть сочиняет общие правила поведения, и лишь затем применяет их к юридическим случаям; попытка подмены одной ветви власти другою возможна по логике в испол-

нения государственного учреждения, действующего последним, а не наоборот. Вариант парламентского арбитража как реальность есть нонсенс, сохранён в праве исключительно для импичмента; в то же время возможна и даже полезна такая практика нормотворчества, когда законодатель *мысленно ставит себя на место правоприменителя* (и суда), учитывает будущую исполнимость проектируемых норм.

Автор рецензируемой статьи в вопросе пределов уголовно-правовой аналогии оказался провозвестником современной доктрины, а для убедительности он опирался на высказывания авторитетов своей эпохи: Градовский – «допустить аналогию в делах уголовных, значило бы признать, что суд имеет право объявить *in specie* преступлением то, что не запрещено законом *in genere*»; Таганцев – «если даже положения обычного права, выработанные вековой народной жизнью, не признаются ныне непосредственным источником (уголовного права – *А.Б.*), на котором судья мог бы основывать свой приговор, то можно ли признать таковым личное усмотрение судьи?»¹; «благодаря авторитету Монтескье и Беккариа, теории, обязывающие судью рабски применять закон и не идти дальше грамматического его толкования, вскоре сделались общепринятыми между криминалистами. Все вновь составленные проекты кодексов содержали даже угрозу наказанием за свободное толкованием» (с. 136).

Сам Ф.П. Дубровин рассуждает так: а) «разве мы не можем представить себе усердного не по разуму судью, который (руководствуясь аналогией закона – *А.Б.*) будет облагать наказанием несоблюдение постов, надевание масок и т.п.» (с. 115). Сегодня нет; сегодня более реалистичен тот тип «усердного не по разуму» судьи, который за мзду найдет нормативную лазейку в пользу заказчика нужного процессуального решения; б) «в уголовном процессе общество (в лице судьи) является одновременно и судьёй, и заинтересованной стороной. В этом заключается неустранимый недостаток карательной деятельности общества, который общественные учреждения должны умерить» (с. 115). Слишком высокопарно сказано, а для современной практики государственного строительства и несправедливо: на политическом знамени современной элиты крупными буквами начертан лозунг независимости суда от других ветвей власти, а мелким петитом – требование значаемости, а не выборности служителей Фемиды; ныне судебский корпус наиболее прочно отгородился именно от общества (см.

¹ Надо сказать, что сам Н.С. Таганцев в оценке аналогии был не всегда последователен. Комментируя ст. 151 отраслевого Уложения в редакции 1885 года, в которой было сказано: «Если в законе за подлежащее рассмотрению суда преступное деяние нет определённого наказания, то суд приговаривает виновного к одному из наказаний, предначиненных за преступление, по важности и роду своему, наиболее с оным сходным», напишет о неправомерности мнения, будто законодатель говорит лишь об аналогии наказания, особенно необходимой в прошлом, когда указы государей пестрели формулой «наказать по всей строгости закона». И теперь, говорит Н.С. Таганцев, когда наказание значительно чётче определено в санкциях, остаётся нужда и в аналогии преступления, и в аналогии наказания. – *Таганцев Н.С. «Уложение о наказаниях уголовных и исправительных» 1885 года.* – СПб., 1912. – С. 194.

выше); в) «современная наука безусловно восстаёт против предоставления уголовному суду подобного права (на аналогию – А.Б.), считая в данном вопросе твёрдо установленным принцип «*nullum crimen, nulla poena sine lege*» (с. 116); г) одновременно «нет никаких оснований отказывать судье в праве на аналогические умозаключения – праве, которое никем не оспаривается относительно логических умозаключений вообще» (с. 123); д) «споры эти (о пределах юридического толкования законов – А. Б.) составляют продолжение распри, которая разделяла в римской юриспруденции школы сабиниан и прокулианцев. Первые, держась по этому вопросу старой доктрины, не допускали другого толкования, кроме грамматического; вторые, следуя правилу справедливости и ставя разум закона выше его текста, ставили логическое толкование выше грамматического» (с. 127); е) наконец, «беспорядок, который может произойти от строгого соблюдения буквы уголовного закона, никак нельзя поставить в сравнение с тем беспорядком, который происходит от интерпретации» (с. 136). Приведенные выдержки из текста статьи полуторавековой давности как бы намекают: без толкования текста применение закона даже нельзя представить; чем больше видов толкований, тем лучше, но и тем сложнее определяться с их (соотносительной) юридической силой и пределами использования; на подмогу идеальной (буквальной) интерпретации давно пришли логическое (ограничительное и расширительное), аналогическое (и прецедентное) плюс систематическое (обзорное, масштабное) толкование. Нормативное средство для небуквального (включая аналогию) толкования – принципы и прочие генеральные установки закона.

Совсем недавно доцент Украинской юридической академии им. Я. Мудрого (г. Харьков) попытался ответить на прямо поставленный им же вопрос о том, «насколько несовместимы уголовное право и аналогия?»¹. Вот ход его рассуждений. 1. Применение закона по аналогии «рассматривается как один из способов преодоления пробелов в нём. То есть аналогия закона возможна не во всех случаях, а только при наличии пробела в нём» (с. 457). 2. «О наличии пробела в уголовном законе можно говорить лишь тогда, когда: а) не определена преступность или непроступность определенного деяния, либо б) не определена уголовная ответственность за некое преступление» (с. 458). 3. Гипотетически лакуны устранимы либо законодателем, либо правоприменителями. «Таким образом, утверждение о том, что уголовный закон не может применяться по аналогии, может основываться на одной из двух посылок: либо в уголовном законе нет и в принципе не может быть пробелов, либо, если они всё же выявлены, всякий раз необходимо ждать, пока законодатель сам их устранил, оставляя уже сложившееся конкретное правоотношение в некоем «правовом вакууме»

¹ *Пономаренко Ю.А.* Запрет применения уголовного закона по аналогии: история, современность, перспективы // История развития уголовного права и её значение для современности: Материалы V Международной научно-практической конференции, состоявшейся на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова 26-27 мая 2005 г. – М.: ЛексЭст, 2006. – С. 455-461.

(с. 458). 4. В силу многих причин пробелы в уголовном законе теоретически мыслимы и практически неизбежны (с. 458-459). 5. В то же время, в силу чёрно-белого метода отраслевого регулирования, пробелов в УК в «вопросах определения преступности деяний» и «размеров наказаний» за них «нет и быть не может» (с. 459). 6. «Вместе с тем пробелы в уголовном законе возможны в тех случаях, когда регулируемые им вопросы по своей природе не могут быть подразделены на противоречащие (контрадикторные) классы», т.е. когда «неурегулированность определенной части уголовного правоотношения не свидетельствует о выводе данного вопроса вообще за пределы предмета уголовно-правового регулирования» (относит сюда «вопросы, связанные с порядком назначения наказания, его замены либо освобождения от него») – с. 459-460. 7. Нужно помнить о том, что «общим принципом правосудия... является запрет на отказ в нём», в том числе и в форме ссылок на запрет аналогии при пробелах УК (с. 460). 8. «Исходя из изложенного, представляется, что существующий в действующем уголовном законодательстве РФ и Украины *абсолютный* (курсив наш – А.Б.) запрет на применение его по аналогии является исторически не вполне обоснованным, нецелесообразным и не подлежащим сохранению в будущем» (с. 461). 9. Уже сегодня нужно изменить запретительные формулировки кодексов славянских государств таким образом, чтобы «при безусловном соблюдении принципа *nullum crimen nulla poena sine lege* допускалось бы применение уголовного закона по аналогии в тех ситуациях, когда в нём действительно имеется пробел» (с. 461).

Через год, на очередном Конгрессе криминалистов, украинца Ю.А. Пономаренко поддержал россиянин А.В. Шнитенков¹. Он утверждает, что категорический запрет аналогии, закреплённый в ч. 2 ст. 3 УК РФ, системно не обоснован, ибо и в Общей, и в Особенной частях кодекса сам законодатель понуждает правоприменителя прибегать к данному приёму толкования его воли. В частности, примерный перечень обстоятельств, смягчающих наказание (ст. 61 УК), как бы предлагает суду «действовать по принципу аналогии» (с. 538); содержащееся в примечании к ст. 285 УК РФ легальное понятие «должностного лица», официально предназначенное только для «нужд» главы 30 кодекса, с молчаливого согласия законодателя распространяется и на диспозицию ст. 169 УК (с. 538-539); «нельзя полностью исключить аналогию при определении судом вида и размера наказания осужденному за совершенное преступление, поскольку в таком случае суд учитывает, в том числе и наказания, назначенные за схожие преступления другим осужденным» (с. 539). В итоге профессиональному сообществу предложено трактовать запрет аналогии *ограничительно* – лишь как недопущение «уголовной ответственности за деяние, преступность которого прямо не закреплена в какой-либо статье Особенной части УК РФ»: «аналогию запрещается применять только при

¹ Шнитенков А.В. Принцип аналогии в УК РФ // Системность в уголовном праве. Материалы II Российского Конгресса уголовного права, состоявшегося 31 мая – 1 июня 2007 г. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – С. 538-539.

определении преступности деяний, что и необходимо более чётко указать в ч. 2 ст. 3 УК РФ» (с. 539).

Этот обзор научных мнений разных эпох и лет¹ показывает, что проблема допустимости аналогии в отечественной юриспруденции не выходит из поля зрения специалистов, что подтверждает её сложность и притягательность для юридического ума. Стремление практика или учёного оценить юридический факт с большой долей самостоятельности – в силу его неудовлетворительного разрешения в законодательстве, есть свидетельство не столько несовершенства позитивного права, а удивительного в этом ничего нет, сколько попытки системного кругозора, полностью не реализованного на правотворческом уровне. Аналогия гипотетически опасна в применении, но может быть и спасением по правилу крайнего средства. Предав её анафеме официально, власть в то же время принуждена сквозь пальцы смотреть на менее упречную практику расширительного и ограничительного толкования, как на пограничную линию между почти действующим и почти недействующим запретами. Гражданское общество и профессионалы от юриспруденции также толкуются на меже противоречивых мнений и желаний: как бы и грех не воспользоваться аналогией, да польза может оказаться меньше греха. Но проблема не рассасывается; тогда справедливо предъявить претензии тому учреждению, от которого почти всё зависит, и которое аналогией официально запретило – государству. Хорошо, может сказать ему управляемое, но рассерженное население, пусть станет одним, самым худшим средством коррекции плохого закона меньше. Но тогда извольте довести до блеска содержание и форму хотя бы самой жестокой отрасли законодательства – уголовного и стимулировать развитие других (помимо аналогии) страховочных приёмов его применения.

2. **Прецедент** (от лат. *praecedens, praecedentis* – предшествующий) представляет собой ещё один способ усовершенствования законодательных текстов, связанный с пониманием и оценкой (толкованием) возможностей действующего права. В отличие от *одноактной* аналогии прецеденту изготовлена *длительная* жизнь, он служит «примерным образцом толкования закона» и потому «является источником права»². Был весьма распространён в феодальную эпоху, что естественно: законодательство выглядело несовершенным, а представительные учреждения только зарождались и о своей монополии на учреждение правил коллективной жизни даже не помышляли. Сегодня прецедент культивируется в тех странах, где консерватизм составляет квинтэссенцию национального духа (возможно, по причине «острого существования», как в Великобритании, например), но к нему активно присматри-

¹ По проблемам аналогии в уголовном праве за последние годы вышло из печати несколько работ: *Бойко А.И.* Аналогия, прецедент, презумпция и законность в толковании уголовного закона // Юридический вестник РГЭУ. 2003. № 3. – С. 63-74; *Клишцева О.Ю.* О применении аналогии в уголовном праве: за и против // Актуальные проблемы правоведения. – Ярославль: ЯрГУ, 1997. – С. 74-76; *Щепельков В.Ф.* Формально-логические основания толкования и аналогии уголовного закона. – Волгоград, 2000. – 64 с.

² Юридический энциклопедический словарь, С. 296.

ваются в тех странах, народы которых ищут новые ориентиры развития, проиграв геополитическое сражение либо потерпев фиаско с реализацией собственных моделей эволюции.

Как и аналогия, прецедент может быть связан с фактом (обнаружения и понимания) пробельности действующего права и сводиться к правоприменительному заполнению юридического вакуума. Но в этом случае покушение на прерогативу законодателя более сильное, ведь квалификацией лишь частного инцидента посредством прецедента дело не исчерпывается; положительное право ремонтируется взаправду, насовсем, дополняется постоянно действующим нормативом на все возможные случаи. Здесь суть поправок законодательства заключается не в искусстве толкования, когда требуются ритуальные ссылки на кодекс либо его дух (аналогия), а в умелом изготовлении новых стандартов. Получается, что *аналогия расположена ближе к герменевтике, а прецедент – всё-таки более правотворческий акт.*

Самое обсуждаемое поэтому в профессиональной среде свойство прецедента – его общеобязательность, выход за рамки отдельного случая, очевидная необходимость помещения правоприменительного решения по конкретному делу в круг *источников права*, на которые следует ссылаться другим юристам при разрешении аналогичных казусов. Думающий юрист увидит парадокс в том, что частнозвучащая или местечковая аналогия прямо запрещена законом, а вот в отношении прецедента такого очевидного распоряжения нет, оно лишь презюмируется, поскольку «преступности деяния, а также его наказуемость и иные уголовно-правовые последствия определяются только настоящим Кодексом» (ч. 1 ст. 3 УК).

Взглянем на проблему пристальнее. Как и аналогия, прецедент порождается несовершенством законодательного текста и сводится к попытке восполнить пробел. Вот и первые оправдания этому методу: а) закон недостаточен для регламентации жизни; б) посредством прецедента правотворческие установки не отменяются, а лишь получают развитие, дополняются; в) понятно, что законодательные лакуны обнаруживаются легче и прежде всего на уровне судебно-следственной практики, и здесь же обсуждаются первые варианты усовершенствования УК. Будем помнить и о том, что сам законодатель как бы провоцирует разработку общей линии правоприменителями, оставляя за ними большие дискреционные полномочия (суд *вправе*, а не *обязан* принимать определённые решения по уголовному делу).

Как результат этого, в правоприменительной среде будут постепенно вынашиваться прецедентные (добавочные, развивающие законодательный текст) идеи и по другим диспозитивным установкам УК: иностранцы могут быть экстрадированы (ч. 2 ст. 13); при невменяемости и ограниченной вменяемости принудительные меры медицинского характера могут быть назначены (ст.ст. 21 и 22); лишение права (как дополнительное наказание) и лишение званий (ст.ст. 47 и 48) применимы по усмотрению суда; выход за пределы санкции инкриминируемой статьи возможен, но не обязателен (ст. 64); применение условного осуждения связано по закону только с выводом суда о возможности исправления осуж-

денного без реального отбывания назначенного наказания (ст. 73); освобождение от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием или примирением (ст.ст. 75-76), а также от наказания (ст.ст. 79, 80, 82) не предписывается, а дозволяется.

В этих условиях можно согласиться с полуафористичным высказыванием известного учёного, что «изгоняемый из уголовного права «в дверь» судебный прецедент упрямо «лез в окно», и зачастую безуспешно»¹. А.В. Наумов прямо призывает к легализации этого средства в уголовно-правовой доктрине и обосновывает свою позицию следующими аргументами: а) прецедент чаще конкретизирует действующую норму, а не рождает совершенно новую; б) без судебного прецедента практически невозможно обойтись в вопросах толкования оценочных понятий; в) всем возможным решениям Конституционного Суда РФ изначально присваивается роль прецедента; г) становление независимой третьей ветви власти во многом прозрачно без предоставления судам общей юрисдикции права на создание прецедентов; д) судебный прецедент всегда вторичен по отношению к закону².

В одном из последних по времени монографических исследований³ содержится несколько важных соображений по природе и месте прецедента среди других юридических явлений. М.Н. Марченко попрекает своих коллег по цеху за отождествление прецедента с судебной практикой⁴ (с. 109), даже протестует против рассмотрения прецедента в качестве формы судебной практики, ибо «судебный прецедент как самостоятельный источник права теоретически и практически, «по определению» не может быть формой или какой-либо составной частью судебной практики, т.е. частью равнозначного себе источника права. Это противоречило бы элементарной логике и здравому смыслу» (с. 111). Это утверждение странно читать, поскольку цитируемый нами известнейший учёный на предыдущей странице утверждает, что судебная практика «имеет *вместе с тем* (курсив наш – А.Б.) прецедентный или, что одно и то же, нормативно-прецедентный характер» (с. 110).

М.Н. Марченко резюмирует, что «в природе нет универсального явления под названием «прецедент», как нет и аналогичного ему и адекватно отражающего его понятия, одинаково «приложимого» к любой национальной правовой системе... В каждой системе и семье имеют место свои особенности... судебного прецедента, а нередко – своё собственное представление о том, что собой пред-

¹ Наумов А.В. О судебном прецеденте как источнике уголовного права // Современные тенденции развития уголовной политики и уголовного законодательства. – М.: ИПП РАН, 1994. – С. 31.

² там же, С. 31-32.

³ Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судейское право. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008.

⁴ Имеются в виду авторы публикации: Гурова Т.В. Судебная власть и судебный прецедент в современной России (дискуссионные вопросы) // Артриум. 1997. № 1. – С. 14-16; Скуневич С. Судебный прецедент в России – это реальность? // Российская юстиция. 2000. № 4. – С. 154; Спектор Е.И. Судебный прецедент как источник права // Журнал российского права. 2003. № 5. – С. 86-96.

ставляет судебный прецедент» (с. 113). Проанализировав исторически сложившиеся английский, американский, канадский и европейские варианты прецедента, известнейший теоретик права из МГУ попытался обобщить их характеристики до некоего универсума, выделив следующие характерные признаки прецедента: производство их по преимуществу высшими судебными инстанциями; нормативный характер; общеобязательность для правоприменительной системы; их писанный вид; вторичный характер по отношению к государственному законодательству; статус источника права; цели – эффективное правосудие и устранение пробелов в законодательстве и других нормативных актах (с. 128). Получается, что прецедент весьма распространён в мире, его практикуют Верховные суды, и он полезен.

Всё так. Да вот какие-то странности преследуют этот запасный или обходной юридический маневр. Казалось бы, дилемма статутного или прецедентного права «актуализирована победой американской военно-политической машины, ростом прозападных настроений в стране, а также возвышением суда в государственном механизме России»¹. По здравой логике, если прецедента не было, его стоило учредить, поскольку иноземный опыт копируется почти во всём, а ежели был – то сохранить его. Ан, нет: откажемся от собственного прошлого во всём, пусть и в форме, известной по народному присловью об «Иване, не помнящем родства».

В царской России и Советской стране был изобретен *прецедент высшей пробы*, именовавшийся последовательно постановлениями кассационных департаментов Правительствующего Сената и руководящими разъяснениями Пленума Верховного Суда. Конституционная и судебно-правовая реформа последнего десятилетия привели к тому, что Верховный Суд России утратил право на выдачу всему юридическому сообществу страны так называемых «руководящих разъяснений» (осталось полномочие обычного, а не императивного толкования). Конечно, в нашей стране вполне основательно боялись и боятся прецедента: территориальные (мировые, волостные, районные, городские, областные, краевые etc.) суды были лишены даже гипотетической возможности сотворить общее правило вместо законодателя. Уж очень тароват на взятки российский госаппарат!

Но давление постоянной причины – нормативности и персонифицированности правовых установлений, их сухости и дистанцированности от реальной жизни – привело к рождению *идеального* прецедента. Идеального потому, что первоначальный проект расширительного или ограничительного толкования императивного характера вырабатывался целой группой профессионалов экстра-класса (членами Научно-консультативного совета при Верховном Суде из числа известнейших правоведов страны), затем «рецензировался» Прокуратурой и принимался в окончательной редакции Пленумом, т.е. собранием всех членов высшей судебной инстанции. «При таких условиях юридическое совершенство ру-

¹ *Бойко А.И.* Прогноз научных исканий в области уголовного права // Уголовное право в XXI веке. – М.: «ЛексЭст», 2002. – С. 108.

ководящих разъяснений было намного выше, чем у текста комментируемого закона»¹. Правда, значение этих документов было ниже закона, что естественно и хорошо, а наука тех и последующих² лет даже придумала крылатое обозначение руководящих разъяснений – «они имеют силу авторитета, а не авторитет силы»³. Но и в этом, полуимперативном звучании прецедент прошлой эпохи исполнял системообразующую нагрузку, способствовал полноте уголовно-правовых предписаний⁴.

3. Презумпция (от лат. *praesumptio* – предположение) есть обобщение вероятностного характера, постоянный духовный попутчик юридической мысли. Законодатель, при установлении уголовной ответственности, оперирует глобальными соображениями и расчётами; правоприменитель же, индуктирует посвоему: одни жизненные и идеологические обстоятельства для него очевидны, другие, включая смысл законодательных указаний, – часто можно лишь презюмировать. Консолидируем в целях исследования современные представления о презумпциях до максимума и увидим, что: 1) они вышли из бытовой сферы либо найдены в самом праве; 2) закрепляются в законе прямо либо косвенным образом; 3) логическая основа и юридическая сила презумпций базируется на повторяемости повседневных жизненных процессов; 4) существенным и необходимым признаком презумпций является их опровержимость; 5) они способствуют экономному достижению истины по юридическим делам; 6) ограничиваются от других правовых методов и явлений типа гипотез, фикций, версий, преюдиций; 7) делятся на общеправовые (добропорядочности и невиновности, знания права, истинности и пр.) и отраслевые⁵.

В прошлые эпохи, когда основные уголовно-правовые директивы только нащупывались, презумпции были одним из основных строительных материалов; на них принято было ссылаться

¹ См. подробно об этом *наше*: Новые полномочия российского суда и культура их использования // Закон и право. 2003. № 3. – С. 5-6.

² «...признавая значимость судебного толкования права, – оговаривается **Б.В. Волженкин**, – полагаю всё же недопустимым признавать за судебным прецедентом роль источника уголовного права. Судебная власть, включая Конституционный Суд, не может создавать нормы права. Даже если то или иное толкование закона признаётся общеобязательным, это всё же толкование соответствующей нормы, но не сама норма». – Российское уголовное право: традиции, современность, будущее // Российское уголовное право: традиции, современность, будущее: Материалы научной конференции, посвящённой памяти профессора М.Д. Шаргородского. – СПб., 2005. – С. 21.

³ Судебная практика в советской правовой системе. – М.: Юрид. литература, 1975. – С. 19.

⁴ См. о прецеденте наиболее известные публикации последних лет: **Бойцова В.В., Бойцова Л.В.** Судебный прецедент: зарубежный опыт и российские перспективы // Российский судья. 1999. № 13. – С. 9-15; **Гук П.А.** Судебный прецедент как источник права. – Пенза, 2003. – 176 с.; **Иванов Н.** Постановление Пленума Верховного Суда как обязательный «прецедент» // Уголовное право. 2005. № 2. – С. 30-32; **Ображиев К.В.** Судебный прецедент как источник российского уголовного права. – Ставрополь: Ставропольсервисшкола, 2002. – 143 с.

⁵ Представляемая здесь выжимка или тезисы знаний о презумпциях построены на классической работе проф. **Бабаява В.К.** Презумпции в советском праве: Учебное пособие. – Горький: Горьковская ВШ МВД СССР, 1974. – 124 с.

и в конкретных уголовных делах¹. Цивилисты пользуются этим оружием (*bona fides*, например) и поныне, да, пожалуй, и не мыслят своё профессиональное существование без презумпций. Не то дело – современное уголовное право. Здесь наличествует зона пренебрежения и молчания. Жаль. Уголовно-правовые презумпции, по их формированию и гласном объявлении в доктрине, могли бы сыграть роль мировоззренческого и координирующего фактора, камертона правотворчества и правоприменения, того интеллектуального фокуса, адсорбирующего проблемы и идеи, где осуществляется их межотраслевой баланс и выдаются летучие рекомендации к использованию по разделам уголовного права. Презумпция, как и юридическая наука, имеет ту же судьбу и предназначение – служить выверенным умственным фоном, а не прямым руководством для всей карательной практики. Вместе с принципами, аксиомами и фикциями презумпции составляют духовный экстракт отрасли, обеспечивают большую жизненность и справедливость частным уголовно-правовым установкам, высвечивают правотворческий и правоприменительный пути, действуют как «пружины правового развития» (Ю.А. Тихомиров).

Хорошо, что в последние годы эта закладка в книге юридической мудрости всё чаще открывается и представляется криминального знания. Назовем статьи: В.Г. Беляева, пропагандирующего презумпцию правоты потерпевшего от преступления²; прокурорского работника, выдвинувшего для юридического применения тезис об экологической опасности любой хозяйственной деятельности³; финансиста, исследовавшего общеправовую презумпцию невиновности в налоговых инцидентах и пришедшего попутно к мысли о том, что «незнание плохо сформулированного закона извинительно, освобождает от уголовной ответственности»⁴; ведущего научного сотрудника академического института, к сожалению, увидевшего предназначение презумпций (правоположений) только в преодолении коллизий⁵.

4. Принцип законности давно и по праву претендует на роль универсальной ценностной установки юриспруденции и в первую очередь – для уголовного права. Он есть такое руководящее начало в организации общественной жизни, которое противопоставляется произволу властей, означает требования по публичному оглашению условий юридического регулирования, по официальному закреплению запретов, дозволений и прочих регламентов поведения, по наведению порядка в законодательстве, по организации скорого и отлаженного суда, выражается он и в подчинённости праву госорганов.

¹ См.: *Милан Бартошек*. Римское право (понятие, термины, определения). – М.: Юрид. литература, 1989. – С. 11.

² *Беляев В.Г.* Новые элементы в содержании насилия // *Насилие в современной России*. – Ростов н/Д: СКНЦ ВШ и РФ РТА, 1999. – С. 135.

³ *Селзнев М.* Презумпция экологической опасности // *Российская юстиция*, 1998, № 4.

⁴ *Брызгалов А.* Презумпция невиновности в налоговых правоотношениях: сущность и вопросы практического применения. // *Хозяйство и право*, 1999, № 9.

⁵ *Яцеленко Б.В.* Правоположения в уголовном праве. // *Государство и право*, 2000, № 6.

Законность – общеправовой идеал, не знающий исключений, полутонов, оговорок, изъятий. Расчёты на самостоятельное рассмотрение незапрограммированной законодателем ситуации, на временное поклонение соображениям целесообразности, ссылки на необходимость экстренного достижения благовидной цели при небольшом отступлении от общих требований и прочие «оправдательные» мотивы сводят на нет надобность в самом УК, в процессуальных строгостях официального правосудия. Или – или. Не случайно древние римляне оставили в назидание и наследство потомкам однозначную нравственно-правовую максиму: *fiat justitia, pereat mundus*.

Казалось бы, всё понятно, просто и не допускает никаких кривотолков. Законность есть «определённый режим неуклонного действия права, основанный на точном и повсеместном исполнении всеми без исключения гражданами, должностными лицами, учреждениями и организациями законов и иных нормативных актов, на решительном пресечении любого беззакония, на строгом контроле за... соблюдением юридических предписаний»¹; она должна прочно отождествляться с законопослушанием и правоприменительной дисциплиной. Но это, *строгое* прочтение данного принципа не всегда соблюдается. В эпохи реформ, перестроек, революций появляются либеральные толкователи, и классическое понимание законности подвергается критике. Высказываются протесты против «слепого» или механического поклонения официальным требованиям государства со стороны граждан, утверждается, что «не всё сущее (официально действующий закон) есть должное (подлинное право)», данный принцип адресуется только так называемым «правовым законам» (под ними разумеются прогрессивные и одновременно технически совершенные нормативные акты), вносится предложение о введении особого порядка проверки качества законов типа судебного контроля².

Предлагается различать в этих целях *формально* (нормативный акт принят в установленном порядке надлежащим органом власти) и *содержательно* (парламентский акт закрепляет прогрессивные правовые идеи) легитимные законы. В основу этой дифференциации положено противопоставление права и закона, утверждение, что истинно правовой (прогрессивный – А.Б.) характер соотносится закону тем, что он выражает интересы большинства, обусловлен общим уровнем правосознания. Формальной основой легитимности любого закона провозглашается его соответствие Конституции³.

Нельзя не видеть, что подобные предложения посягают на устоявшиеся представления о разделении властей в государстве и на древний юридический рецепт *dura lex, sed lex*. Такие «рреволюционные» взгляды исторически понятны; всякие перемены

¹ *Пиголкин А.С.* Право, законность, гражданин. – М.: Юрид. литература, 1976. – С. 58.

² *Малеин Н.С.* О законности в условиях переходного периода // Теория права: новые идеи, вып. 4. – М.: ИПП РАН, 1995. – С. 26-32.

³ *Лившиц Р.З.* О легитимности закона // Теория права: новые идеи, вып. 4. – М.: ИПП РАН, 1995. – С. 18-26.

отличаются сильным общественным возбуждением, критикой прошлых рецептов, руганью в адрес властей – изготовителей юридических правил. Новая элита в интересах слома сопротивления старой подобные настроения поддерживает, но до укоренения выгодных уже ей порядков. Сегодня она пафосно именует себя защитницей прав и свобод обездоленных, охотно списывает негативные последствия преобразований на влияние устаревших юридических и управленческих догм. Пройдет немного времени и вновь обретенное сущее будет объявлено властью должным, а пререкания станут пресекаться с энергией прежнего режима.

В нашем представлении, при любых временах и как раз в интересах населения, законность нуждается в строгом правоприменительном толковании. И власть, и обыватели должны покоряться любым, формально легитимным актам до их коррекции в установленных правотворческих режимах. Но практическое понимание законности не может затмить права на творческое, заинтересованное обсуждение пороков юридических предписаний, включая и конституционные тексты. И тут деятельным помощником, отводом для «глупого правотворчества» и «слепого поклонения» парламентским продуктам, выступают общеизвестные и уже анализированные нами приёмы юридической техники и мысли. Доктрина должна освоить и активно эксплуатировать весь набор средств *развивающего* правопонимания, и тогда вероятность регресса в правотворчестве станет меньшей. Законность в определённом смысле, в ограниченных пределах, нужна и для процессов толкования, а особенно – для приложения его итогов к реальной жизни.

Потеря в правильности и корректности мысли (законодателем – А.Б.) уравнивается практической применимостью её¹ (т.е. посредством толкования – А.Б.). Кажется, предыдущий текст убедил, и не только автора в том, что толкование законодательных текстов с его традиционными видами и приёмами – обязательный раздел уголовно-правовой мысли, менее всего упречный в том отношении, что интерпретация не расположена к критике нормативных текстов или к попыткам их дополнений². Эта нагрузка падает на другие, более высокие уровни правопонимания, о которых шла речь прежде (аналогия, прецедент, презумпции и пр.). Но всё уравнивается: если правоприменительное толкование обязательно для любой юридической ситуации, даже самой простейшей (потому оно и именуется казуальным), то забираться на высшие этажи мудрствования (презумпции, прецеденты, фикции) по каждому уголовному делу не требуется. Толкование – простейшая, но самая распространённая и даже обязательная форма правопонимания.

В современной России важность интерпретационных усилий дополнительно актуализируется целым рядом факторов: а) осуществляемыми реформами, которые всегда обнажают мировоззренческую и нравственную сторону интенсивно ругаемых старых

¹ *Иеринг Р.* Юридическая техника. – СПб., 1906. – С. 26.

² Здесь и ниже речь идёт по преимуществу о правоприменительном, а не доктринальном толковании.

и азартно внедряемых новых государственно-правовых порядков; б) сплошной кодификацией национального законодательства, сеющей или обнаруживающей противоречия и несурезицы междотраслевого характера; в) сужением юридической силы за актами толкования Верховного Суда (утрачено их значение как «руководящих разъяснений»); г) сильным идеологическим влиянием нового «Рима» – США, где истина по уголовным делам не столько прописана в общих нормативах, сколько ищется в судебных присутствиях); д) стремительной порчей отечественного государственного языка, в первую очередь на Олимпе власти или в столице, где преклонение перед англоязычными истинами, представлениями, терминами и конструкциями чрезвычайно велика; е) упразднением цензуры и мировоззренческой свободой для представителей учёного мира; ж) возвеличиванием суда в механизме государственной власти.

Среди всех регламентов герменевтики наибольший интерес должны вызывать такие его виды, как *ограничительное* и *распространительное* толкование. Здесь имеет место определённое посягательство на законодательную монополию парламента. Ограничительное и распространительное (расширительное) толкование есть полюсы его идеального вида – *буквального*, который может быть дефинирован как понимание права, соответствующее «выводам, которые непосредственно вытекают из буквального текста»¹.

О целесообразности прежде исчерпать до дна возможности именно буквальной интерпретации, а лишь затем полагаться на расширительное или ограничительное понимание текста кодекса настоятельно писал один из гигантов нашей отрасли знаний: «воля законодателя должна быть объясняема так, как она действительно выразилась в законе; если законодатель выразил в законе совсем не то, что он предполагал и желал выразить, всё-таки преимущество должно быть отдаваемо воле, в законе изложенной... по правилу, что применению подлежит закон, *lex*, а не *ratio legis*... Законодатель предполагается действующим разумно и в согласии с сами с собой. Поэтому, если закон допускает несколько толкований, из которых одно приводит к абсурду, а другое – нет, то предпочтение должно быть отдаваемо последнему»².

К сожалению, возможность буквального толкования даруется законодателем редко. В подтверждение взглянём на первую часть первой же статьи Уголовного кодекса и сразу обнаружим необходимость в расширительной интерпретации текста. Здесь сказано, что «новые законы, *предусматривающие* уголовную ответственность, подлежат включению в настоящий Кодекс». А что, новеллы исключительного характера, содержащие нормы об освобождении от уголовной ответственности (типа «согласия потерпевшего» как обстоятельства, исключающего преступность деяния), будем размещать за пределами УК, в Семейном кодексе и пр.? Конечно, нет: законодатель без сомнения хотел сказать о законах, *регулирующих* уголовную ответственность, но использовал слово, более узкое по содержанию.

¹ Черданцев А.Ф., цит. соч., С. 134.

² Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 1. – СПб., 1996. – С. 175.

Несовпадение действительного содержания нормы и её текстуального оформления вызывается в первую очередь недостатками законодательной техники: а) когда употребляются термины, слова либо выражения, обозначающие понятия более широкого или узкого объёма по сравнению с объёмом тех понятий, которые в действительности имел в виду законодатель; б) когда законодатель чётко и правильно сформулировал частные нормы права, но нужда в их ограничительном или распространительном толковании вытекает из положения этих предписаний в системе других норм данного нормативного акта или актов других отраслей права. А ещё разрыв между правом и жизнью может быть выше сил парламента и являть собой пример ускоренного развития содержания при старой форме. В таких условиях доктрина буквально обязана снабжать законодателя и практику дельными истинами полуаксиоматического уровня. Их можно обнаружить в глубине веков.

Общеизвестны, давно получили мировое признание интерпретационные усилия римских преторов и магистратов, а также их последователей – глоссаторов. Посему заглянем в закрома латинян и увидим, что общеправовых сентенций, посвящённых правилам интерпретации вообще, довольно много – о необходимости свободного толкования документов/законов с тем, чтобы они сохраняли свой смысл, а не утрачивали его (*benigne faciendae sunt interpretationes chartarum, ut res magis valeat quam pereat*); о губительности толкования, которое уничтожает суть текста (*glossa viperino est quae corridit viscera textus*); об исключительной важности межотраслевого понимания правовых предписаний (*optimus interpretandi modus est sic leges interpretate ut leges legibus accordant*).

Особо пришлось условливаться латинянам о соблюдении единообразия при текстовых двухсмысленностях. По всей видимости, такие препятствия не были редкостью и постепенно обросли следующими рецептами: а) в случаях сомнения лучше придерживаться слов эдикта (закона) – *In re dubia melius est verbis edicti servire* – Ulp. D.14,1,1,20); б) *In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc collegi possit.* – При двусмысленности слов закона надо, скорее, принимать то значение, которое лишено порока (лучше отвечает предмету), в особенности, когда из этого можно сделать заключение о намерении законодателя. – *Cel. D.1,3,19*; в) когда же в словах не содержится никакой двусмысленности, то не должно быть допускаемо исследование воли законодателя – *Paul. D. 32,25,1*.

Весь пафос наставлений по толкованию сугубо уголовных законов в Древнем Риме можно определить легко и однозначно: воззвание к добродетели и гуманности. Тут согласованные друг с другом рекомендации о запрете расширительного толкования уголовно-правовых норм (*Poenalia nullo modo sunt extendenda*) и призыв к их ограничительному пониманию (*criminalia sunt restringenda*). Здесь же настояние о милостивом (*Benignusius leges interpretandae sunt quo voluntas earum conservetur* – *Cel.D. 1,3,18*), доброжелательном (*In poenalibus causis benignusius interpretandum*

est – Paul.D. 50,17,155,2) либо ослабленном (Interpretatione legum poenae mollindae sunt potius quam asperandae – Iterm. D. 48,19,42) толковании именно уголовного закона.

Сегодняшняя юридическая мысль заимствовала у римлян для своих герменевтических нужд в первую очередь и с наибольшей очевидностью установку на нежелательность расширительного толкования уголовно-правовых запретов. Кроме того, адепты общей теории права нашей страны особо оговаривают ситуации, когда отход от буквальной интерпретации невозможен. Считается недопустимым¹: а) расширительное толкование исчерпывающих перечней (список отягчающих наказание обстоятельств в ст. 63 УК, например, имеет закрытый характер); б) ограничительное понимание незаконченных перечней (список смягчающих наказание обстоятельств в ст. 61 УК, например, имеет открытый вид); в) ограничительное толкование содержания санкций (штраф в качестве дополнительного вида наказания может назначаться только в случаях, предусмотренных санкцией инкриминируемой статьи – ч. 4 ст. 46 УК); г) распространительное толкование положений, составляющих исключение из общего правила (уголовная ответственность наступает за приготовление только к тяжкому и особо тяжкому преступлению – ч. 2 ст. 30 УК); д) расширительное или ограничительное толкование законодательных терминов, данных в легальной дефиниции (например, понятие рецидива – ч. 1 ст. 18).

Изложенные выше чужие и собственные мысли позволяют предварительно резюмировать следующим образом. Толкование законодательных текстов есть обязательное условие правильного применения закона. Эта мыслительная деятельность давно строится в науке по испытанным алгоритмам, т.е. с использованием аксиом, принципов, презумпций, фикций, прецедентов, аналогии, здравого смысла, наконец... Но для правоохранительной деятельности официально запрещено включать в аргументационное поле практически все из этих гносеологических приёмов. Депутат, учёный и даже обыватель свободны в логических упражнениях по поводу содержания УК, а дознаватель, следователь, прокурор и судья ограничены в доводах, позволяющих решать судьбу криминального происшествия и его автора. Для них только текст закона – и всё, да надежды на ограничительное и расширительное толкование, что не всегда проходит через проверочные инстанции. Volens-polens, нужно искать дополнительные (не запрещённые и эффективные) методики уяснения текстов, обогащать, гуманизировать и форматировать процедуру толкования.

Делается это давно, во всех странах мира и независимо от официальных ограничений круга источников права. Понемногу именно в юриспруденции и в религии сформировались правила истолкования нормативных и священных текстов, позже названные **герменевтикой**. Очень внимательный и привередливый читатель мог заметить, что мы пока удерживали себя от соблазна употребить данный модный термин. А нужда в этом и для науки,

¹ См. цит. сочинение А.Ф. Черданцева, С. 142.

и для практикующей юриспруденции имеется. Ю.В. Голик¹ даже прогнозирует, что «в ближайшие годы обострится интерес учёных к герменевтике», занимающейся грамматическим толкованием смыслов и потому достаточно хорошо известной отечественным юристам².

Возможно, так оно и произойдёт – в части появления на свет череды диссертаций, книг и статей, в заголовках которых будет сверкать термин «герменевтика», благо труды его адептов появились в русском переводе³. Однако никакой новизны этот стиль распознавания законодательных смыслов для юристов по большому счёту не содержит, поскольку базируется он на филологических правилах, в основном представляет собой банальное, нужное и родное грамматическое толкование, но зато здорово «облагороженное» зарубежным названием и сопровождаемое относительной словесной волиницей чужеземных учёных в завистливых глазах российского криминалиста, с однопартийных времен привыкшего к жёсткой мыслительной и лингвистической дисциплине. Что это так и явно недостаточно для сегодняшних нужд откровенно пишет А.К. Соболева⁴: 1) Ф. Либер, американский основатель герменевтики, в своей книге 1839 года издания «Юридическая и политическая герменевтика или принципы интерпретации и толкования в праве и политике с комментариями прецедентов и авторитетных источников» поставил своей задачей «открыть безопасные правила, которые помогут нам двигаться по опасному пути» (с. 60); 2) немец Ф. Шлейермахер практически в ту же эпоху проповедовал подход, согласно которому любое произведение словесности является фактом языка и мышления, а потому порождает необходимость в грамматической и психологической интерпретации текста этого произведения. Отсюда задача герменевтического метода заключается в том, чтобы «понять автора и его труд (даже – А.Б.) лучше, чем он сам понимал себя и своё творение» (с. 61); 3) значительно позже американец Е.Д. Хирш вводит понятие «ответственной интерпретации», для которой должна быть характерна верность «как духу старого текста, так и реальностям сегодняшнего дня» (с. 62); 4) О. Фисс впервые в науке и очень образно, с помощью сравнений, выделяет особенности именно правовой герменевтики: «может быть много школ литературной интерпретации, но... в правовой интерпретации есть только одна школа и её

¹ Философия уголовного права / Сост., ред. и вступ. статья докт. юрид. наук, проф. Ю.В. Голика. – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. – С. 8.

² В сноске к книге приводятся в подтверждение работы В.В. Сулова Герменевтика и юридическое толкование // Государство и право. 1997. № 6. – С. 115-118) и И.П. Малиновой (Философия права (от метафизики к герменевтике). – Екатеринбург, 1985). Но прежде (Атарщикова Е.Н. Герменевтика в праве: история и современность. – СПб., 1998) и позже (Пычева О.В. Герменевтика уголовного закона / Отв. ред. А.И. Чучаев. – Ульяновск: УлГУ, 2005. – 167 с.) из печати вышли и другие значимые монографии по герменевтике.

³ См., например: Гаадамер Х.-Г. Истина и метод. Основы философской герменевтики. – М., 1998.

⁴ Имеется в виду и ниже будет подробнейшим образом анализироваться обязательно с цитированием наиболее ключевых мест монография: Соболева А.К. Топическая юриспруденция. – М.: «Добросвет», 2001. – 225 с.

посещение обязательно» (с. 67); 5) сама А.К. Соболева не верит в большие успехи герменевтики, поскольку «объективность в праве означает наличие стандартов, а любая интерпретация (напротив – А.Б.) предполагает наличие определённой свободы». Но «абсолютной свободы интерпретатора в праве не существует» (с. 66).

Что же делать, как обрести свободу толкователю нормативных текстов, расположенному между молотом (тяжеловесный и неизменный текст) и наковальней (безразмерная и разнообразная жизнь, ускользающая от прикосновений как ртуть), но главное, выполнить свои профессиональные обязанности пристойным образом? С помощью относительно нового гносеологического направления под названием «**топическая юриспруденция**», отвечает А.К. Соболева. Ниже мы представим подробный анализ её книги по нескольким причинам: *во-первых*, редко встретишь в современной правовой литературе произведение, которое смотрелось бы столь свежо, было напроць свободным от компиляций, жонглирования с дефинициями и терминами, показывало возможные пути развития правовой мысли столь убедительно, доходчиво и ненавязчиво; *во-вторых*, исследование выполнено представителем общей юриспруденции – это значит, что большинству криминалистов книга в течение длительного времени будет неведома в силу привычной и только усиливающейся нашей дисциплинарной глухоты; *в-третьих*, монография имеет незначительный тираж и к тому же должна «уйти на сторону», т.е. попасть в библиотеки представителей многих отраслей знания, а не только юристов – философов, филологов, психологов, моралистов, политиков; *в-четвёртых*, по своей тональности, стремлению объяснять позитивное право с опорой на неюридические данные топическая юриспруденция здорово перекликается с рекламируемым нами системным подходом также запроектированным преимущественно на анализ внешней детерминации юридических правил и практики их применения.

Топическая юриспруденция базируется на так называемых **топах** – общих местах, исходных точках юридической аргументации, «умственных ориентирах» (Т. Фивег), «общих посылках, большей частью подразумеваемых, которые включаются в обоснование... предпочтений и выборов» (Х. Перельман), «подручных памятках или маркерах», «начальных точках человеческой креативности и изобретательности в процессе разрешения проблем» (К. Дурэм). Каковы они, сколько их и что они дают реальной юриспруденции – вот спектр вопросов, составивших предметное и поисковое поле книги одновременно.

Хорошо, что книга обдуманно, ярко и кратко представлена потенциальному потребителю не автором – а известнейшим специалистом общей юриспруденции, проф. А.И. Экимовым, который в «Предисловии» (с. 5-8) сказал самое важное и предельно просто. Положения закона закодированы в языковой форме, и их нужно расшифровать. Обычно для этих целей используется логика, но её возможностей недостаёт для полного и без искажения распознавания кратких законодательных распоряжений. Тут на помощь и приходит топика, которая в отличие от классической герменевтики выводит содержание текста не из языка только, а из целей

правовых норм, стратегии развития общества, культуры нации и т.д. Топическая юриспруденция позволяет вложить новый смысл в старые лингвистические формы, авторы которых даже не предполагали подобной возможности интерпретации (создатели Конституции США, например, и не подозревали, что письменно провозглашённая ими свобода может со временем распространиться на чернокожих рабов, а принцип равенства охватит и женщин).

Топика охватывает и технику рождения смысла в законопроектное время, и технику обретения этого смысла на правоприменительной ступени. Она базируется на многочисленных общих местах, таких как намерения законодателя, тексты кодексов, принципы, концепции, статистика, здравый смысл, интуиция, религиозные догмы, философские максимы и т.д. Так надо, потому что «толкование норм необходимо не только по причине их неясности или коллизии с другими нормами, но главным образом потому, что разнообразны социальные ситуации, которые постоянно меняются» (с. 8). Следовательно, топическая юриспруденция «может рассматриваться (не только – А.Б.) как самостоятельное научное направление в философии права» (с. 8), но и способна стать надёжным методическим подспорьем для системных обследований внешних зависимостей уголовного права.

Автор во введении к книге оговаривает два весьма многозначительных и, на наш взгляд, бесспорных обстоятельства: 1) что позитивное право впитывает и прочно содержит в себе очень много элементов исторического, духовного и даже ностальгического характера, каждый из которых может выходить на первый план в зависимости от культурной ситуации и практических задач толкования, в результате чего призываются на службу и переплетаются между собой сразу два измерения правовой системы – лингвистическое и аргументативное (с. 9); 2) что когда-то написанный законодателем текст в результате интерпретации может менять своё первоначальное значение при сохранении прежней словесной формы, и это позволяет рассматривать толкование «не только как процесс поиска смысла нормы, но и как процесс манипулирования смыслами» (с. 11). А цель научного предприятия А.К. Соболевой весьма проста и заманчива – «с помощью анализа судебных решений... найти исходные положения (топы), позволяющие грамотно и эффективно выстраивать аргументацию при решении споров, связанных с толкованием нормативно-правовых актов» (с. 10). Дайте мне точку опоры, и я переверну весь мир! Пусть остальные по старинке ищут скрытую законодательную волю с помощью сухой логики!¹

¹ Англичанин Д. Стоун утверждал более 40 лет назад, что топика приходит на помощь формальной логике, когда возможности последней заканчиваются, и служит противовесом против научного, политического, управленческого и юридического шарлатанства: «если люди не могут аргументировать неким правильным образом за теми пределами, которые устанавливает формальная логика, решение многих наиболее важных жизненных вопросов должно считаться фактически предоставленными либо анархии чисто индивидуального персонального предпочтения, либо силе, обману или прочим формам манипуляции, которые практикуют некоторые из нас над другими» (Stone J. Legal System and Lawyer's Reasoning // Ch. 8 «Reasons and Reasoning in Judicial and Juristic Argument». – London, 1964. – P. 333) – цит. по А.К. Соболевой, С. 39.

и грамматических правил, а я поставлю на целый веер вспомогательных средств – от самого законодательного текста до весьма отдалённых обстоятельств, беспорно выходящих за пределы права, предшествующих ему и создающих ему бытийную внешнюю среду и сложную объяснительную программу.

Привыкшие к работе с письменными произведениями редакторы, рецензенты, оппоненты и прочая критически мыслящая публика¹ знакомство с чужими работами начинают с придирчивого считывания заглавия, аннотации и оглавления. Почему всего две главы, причём первая значительно меньше по объёму и называется «Риторика и право»? где привычный вступительный анализ общих представлений, показывающий место толковательных процедур в более широком круге гносеологии? какое отношение имеет риторика к так называемой топической юриспруденции? не лучше бы связать с риторикой интерпретацию права, а не его само? Эти вопросы естественны на старте ознакомления с книгой и могут быть легко продолжены либо видоизменены любым представителем юридической науки.

Прямых ответов на поставленные выше и подобные им вопросы в книге как бы нет², но по её прочтении претензии к автору исчезают. Лишь в самом конце главы А.К. Соболева решается на ответственные, и очень удачные обобщения, объясняющие необходимость расширения дискурса за счёт риторики. Д. Стоун, говорит она, не без оснований считал, что существует всего три направления в исследовании права: 1) *аналитическая юриспруденция* – как союз права и логики; 2) *этическая юриспруденция* – как союз права и нравственности и 3) *социологическая юриспруденция* – как союз права и общества. Цитируемый отечественный специалист в полном согласии с темой и ходом предыдущих рассуждений говорит, что пришло время признать ещё и четвёртое направление правовых исследований – *топическую юриспруденцию*, в эпицентре которой располагается союз права и риторики.

И действительно: риторика с античных времён рассматривается как наука убеждать посредством речи, как отношение речи к мысли, как «информированное стремление к лучшему» (с. 13), как публичная методология проблеморазрешения, а топика есть та же «техника порождения мыслей» (с. 15), «учение о нахождении аргументов по любому вопросу» (с. 16). Так получается союз двух мыслительных технологий по имени «риторическая топика» (название мини-раздела книги на с. 15). Предположим, что стар-

¹ Тонкий наблюдатель и ценитель человеческих нравов, неповторимый А.П. Чехов гневное отношение литераторов к цензуре очень выразительно и кратко трансформировал в общий негативный настрой людей, производящих хоть какую-то интеллектуальную продукцию, пусть и некачественную, к своим критикам. Чеканно, хлестко и почти оскорбительно звучит придуманное гением нашей литературы начало обращения к духовному недругу – «Мр.! Вы рецензент!» (читай – «Господин! Вы негодай!»).

² Как редкое исключение выглядит обобщение автора книги на с. 72, что юристы начинали с риторики как с теории ораторского искусства на публичной сцене, а теперь она стала частью «методологии научного познания, способная вернуть утерянные междисциплинарные связи философии, филологии, теории права, логике и другим гуманитарным дисциплинам» (подразумевается, что имя этой методологии – топика).

ше в этой паре риторика, как устная речь превосходит по возрасту письменную. Предположим далее, что искусство убеждать публично и вербально зародилось и расцвело в те времена, когда нормативные тексты в более позднем понимании отсутствовали или были настолько казуальными, что их приложение к частным происшествиям было намного труднее приспособления современных абстрактных законоположений к деликтам, о чём нынешний практик и сочувствующий ему учёный мир привычно плачется; вот магистраты, квесторы, дьяки и прочие юридические жрецы и напрягались в устных состязаниях, ища аргументы за пределами писаного права. Отсюда топка – способ проблемно-ориентированного мышления, исторически рождённый риторикой и технически оснащённый ею. На сегодня она может «хвастаться» тем, что благодаря риторике, отталкиваясь от её эстетических плеч, она представляет собой гармоничную смесь аксиом, принципов, презумпций, фикций, интуиции в толковании законов.

А.Ю. Соболева также пускается в исторические обобщения и затрагивает важный для нас нерв – о сравнительной ценности систематического и топического толкования. Вот цепочка её рассуждений, в том числе с цитируемой опорой на мнения зарубежных стратегов: конечно, право имеет свою систему (и структуру), но она не аксиоматична, а риторическая, т.е. задаётся набором общих мест, именуемых топами, – если континентальная (германская) правовая система может быть определена как «системно-ориентированная», то англосаксонская система претендует на титул инстинктивно-риторической» (с. 29) – топика предпочтительна при анализе неординарных ситуаций в праве (с. 30) – системология предпочитает логику и прочий рационализм в объяснении юридических явлений, но «ни одна проблема не может быть решена чисто логическим путём... Топика (же – А.Б.) – предлогическая ступень. Сначала топика находит посылки, затем логика их применяет» (с. 31) – в отличие от нацеленной на предельное совершенство систематики топическая методология никогда не рассчитывала на создание полного каталога общих мест толкования смыслов, поскольку это невозможно в принципе (с. 35) – любая правовая система сопровождается коллизионными неурядицами, и тут на помощь «беспомощному» системному мышлению приходит топическая юриспруденция, поскольку «разграничение антиномий в праве возможно только» благодаря топике, дающей надёжный «метод примирения противоположностей» (с. 35) – даже если попытаться полностью аксиоматизировать право и запретить толкование вне предустановленных кем-то и как бы суперрациональных норм интерпретации, «процесс отбора аксиом и правил всё равно неизбежно останется областью топики» (с. 36).

Странное впечатление остаётся от знакомства с набором данных суждений, которое только усиливается после индифферентной справки автора о том, что «единства во взглядах на определение, природу, функцию, возможность создания каталога топов... не существует» (с. 45). И на этой зыбкой основе нам предлагают с убеждением в полной пригодности подобной интерпретационной культуры считать не что-то аморфное для социальных целей,

а смысл узаконений (1), раздавать юридические оценки, карать и миловать людей в самых сомнительных ситуациях (2), призывать превосходить топической методологии перед системной?! Право вообще, его письменная форма и юридическая практика, всегда отдавали приоритет скучной рациональности перед привлекательной, но опасной оригинальностью, объективным данным – перед субъективными расчётами, урегулированности и консерватизму – перед анархией и произволом. Эти, практически беспорные, доводы позволяют по максимуму приветствовать топический метод, но не героизировать его в силу вассального восторга перед относительной новизной подхода и терминологии для отечественного правоведа. Претензии на предлогическую фантазмность топов надо заслужить, а не рекламировать. Поиски неких отправных ценностных критериев для права, но вне его¹ могут иметь хоть какой-то смысл только при условии системной ориентированности исследователя, заряженного на «черновую» работу по сбору и учёту всех внешних детерминант права, а не только избранных условностей, которые кажутся ему универсальными. Да и проверка состоятельности тех топов, которые сегодня представляются безупречными всем, должна базироваться на фактах, собираемых рациональным образом, в том числе с помощью системно-структурного подхода.

Неубедительными нам представляются и попытки А.К. Соболевой отождествить системный стиль мышления с позитивизмом, который действительно «стремится отделить мораль от права, хотя и признаёт, что такое отделение никогда не может быть полным» (с. 67), но первому не чета, что проблемно-ориентированный метод лучше системно-дедуктивного, поскольку последний не помогает современному юристу «адекватно разрешать встающие перед ним правовые конфликты», что он даже «утратил возможность анализировать и способность привносить в юридическую проблему человеческую рассудительность» (с. 74). Если бы автор озаботилась изучением хотя малой части публикаций системологов и о системологии, она бы без труда узнала, что самый «тяжкий грех» системно-дедуктивной методологии – чрезмерная человеческая рассудительность, максимальная абстракция, отрыв от предметных форм; и в этом ракурсе она может стать прародительницей так называемых «общих мест», претензией на обладание которыми просто так, как результат первобытного собирательства свободно обретающихся, но бесхозных истин, отличаются представители топического направления познания.

Конечно же, самое ценное в любой исследовательской затее – не рекламации старым воззрениям, а предложение собственных рецептов, желательное с большой вероятностью их практического употребления. Тут А.К. Соболева как раз должна быть поставлена в пример; она не ограничивается пропагандой пока неизвестного большинству приёма познания, не курит фимиам высокотео-

¹ Ситуация не меняется от того, что адепты топической юриспруденции будут классифицировать свои универсалии на так называемые *общие* (свойственные всем наукам) и *специальные* (характерные для определённой отрасли знаний или определённой аудитории) места (с. 49).

ретическим наблюдениям и удачным словосочетаниям, не ищет экзальтации, которая и так обеспечена по причине свежести мыслительного подхода, а на базе риторического анализа решений и толкований высших судебных инстанций США, Германии и России обнаружила и рекомендует к внедрению 13 общих мест или топов – для раскодирования и расширения кратко или плохо скроенных смыслов в законодательных текстах (глава II). Кратко проследим, как они представлены автором.

1. **Максимы права** – основополагающие положения и исходные принципы права в целом, не подлежащие обсуждению и перепроверке вне зависимости от силы выдвигаемых аргументов (что неочевидно, то не существует – *quod non apparet non est*; акт, принятый с превышением полномочий, не имеет силы – *ultra vires*; и пр.).

2. **Текст («буква») закона** – самый распространённый вид топов при толкования, в результате чего сама интерпретация именуется буквальной, строгой, грамматической, текстовой, формальной или лингвистической. Несмотря на огромные объёмы применения толкование по «явному смыслу» текста отнюдь не лёгкая задача, ибо «у слов всегда много значений... и... ни у одного слова нет ни одного из значений, которое было бы раз навсегда определённым и стабильным. В любом случае суду предстоит решать, в каком из значений – общепотребительном, терминологическом, контекстно-определённом – употреблено слово, и аргументировать выбор своего толкования» (с. 87).

Здесь, по поводу данного топа, автор делится с читателями большим числом очень тонких наблюдений: а) «в то время как лингвисты в рамках различных семантических теорий обсуждают многообразие подходов к определению термина – А.Б.) «значения» и даже заявляют, что «мы не знаем, что представляет собой «значение», мы только знаем, что «значение» есть», юристы спокойно призывают к поискам буквального значения и, похоже, не особо задумываются о том, что в этом может быть какая-то проблема» (с. 92); б) «апеллирование к буквальному толкованию смотрится очень убедительно, но используется скорее для оправдания уже принятого решения, чем для процесса познания содержания нормы права», и потому его предпочитают суды общей юрисдикции (с. 93, 97); в) автор монографии не может удержаться от удивления, сообщая, что «ни в одном из (изученных ею – А.Б.) решений суды не обращались за выяснением значения слова к толковым словарям, предпочитая исходить из своего собственного понимания слова» (с. 95, 98); г) на с. 101-102, 140 книги приводится редкая для наших юридических арбитров мотивировка, которую принял Конституционный Суд Германии¹: «мы должны терпеть некоторую неопределённость в законе, во всяком случае там, где в противном случае законодатель был бы вынужден разработать непрактичные указания или воздержаться от указаний вовсе»; д) тот же орган, но 27-ю годами раньше, подарил юристам ещё один нормативистский топ: «отдельная конституционная норма не мо-

¹ 49 BverfGE 89 (1978).

жет рассматриваться как изолированное предложение и интерпретироваться сама по себе. Конституция обладает внутренним единством, а значение любой из её частей связано со значением других положений. Взятая в единстве, конституция отражает определённые основополагающие принципы и фундаментальные решения, по отношению к которым индивидуальные положения несут подчинённый характер»¹; е) расширительное толкование в праве, «как можно предположить по аналогии, имеет целью не раскрытие смысла явления (то есть его понимание), а скорее его объяснение» (с. 113); ж) особое значение в рамках данного вида топов имеют так называемые *каноны толкования*, медленно вырабатываемые практикой, которые приводятся на с. 113-117 книги и славны тем, что «сводят к минимуму дефекты, вызываемые как несовершенством языка, так и стремлением государственных органов к манипулированию» (с. 117). А завершается обзор топов данного типа утверждением, что «в праве буквальная (грамматическая, лингвистическая) интерпретация – лишь первый этап в понимании текста» (с. 121).

3. Намерение законодателя², наверное, относится к разряду самых трудных, плохо защищаемых в процессе применения топов, поскольку правоприменителю приходится искать такую эфемерную вещь, как «воля» парламента, обычно недоступного для контактов с интерпретаторами по географическим (депутаты находятся в столицах, а практики – на периферии), политическим (центральная власть не допустит допросов венчедносных правотворцев негодующими правоприменителями) и темпоральным (к моменту толкования у депутатского корпуса может закончиться срок легислатуры) причинам. Тем не менее, искать потаённый законодательный дух приходится, и производится данная операция по следующим алгоритмам: «если текст кодекса был понятен и ясен, то волю законодателя находили в буквальной интерпретации слов. В случае коллизии текстов предпочитали более поздний. Там, где это нельзя было установить или тексты были приняты одновременно, эту волю искали в духе законов. Если и это не помогало, поиск продолжался с использованием различных аргументов по аналогии или по контрасту»³.

Но и это не помогало, а ситуация усугублялась тем обстоятельством, что нет вполне утвердительного ответа на, казалось бы, провокационный вопрос – а что есть законодатель; бригада разработчиков проекта или голосующие по нему лица, зачастую даже не понимающие концепции нормативного документа? Кроме того, «следует допустить наличие случаев, когда истинное «намерение» законодателей противоречит заявленным им целям». В результате «судьи и другие юристы на практике при толковании норм руководствовались своими собственными представлениями о справед-

¹ Soutwest State Case, BVerfGE 14 (1951).

² Мы пропускаем оцениваемый А.К. Соболевой по установленной ею очерёдности прецедент, поскольку данный топ в его содержательном измерении нами уже обсуждался выше по тексту.

³ Stone J. Legal System and Lawjer's Reasoning, P. 215.

ливости и равенстве, выдавая их за намерение законодателя» (с. 130). Где выход? А.К. Соболева на основании изученных ею прецедентов извлекла такие спасительные средства, как обращение к истории принятия закона или нормы (изучение стенограмм совещаний и заседаний) и сравнение частей закона.

4. **Цель закона** – следующий топ для толкования и означает он так называемую *телеологическую* аргументацию. В её рамках важно обращаться только к легальным целям нормативного акта и соизмерению с ними отбираемых средств правового регулирования.

5. **Прагматическая** аргументация покоится на идее **наилучших последствий**. В её пределах толкование форматируется тем генеральным соображением, что закон есть средство достижения социально полезных целей¹.

6. **Эволюция нормы в процессе социальных изменений** – следующий топ, помогающий наращивать содержание норм при помощи правоприменительного толкования. Конституционный Суд Германии в одном из своих решений так прокомментировал данный приём: «свобода судьи творчески развивать право растёт по мере «устаревания кодификаций»... Интерпретация писаной нормы не может всегда или неограниченное время оставаться привязанной к значению, которое норма имела в момент её принятия... Обращаясь только к застывшему языку писаного закона, судья не может избежать конфликта... Если с него не снимается обязанность восстанавливать «справедливость», то он должен применять правовые нормы более свободно»².

7. **Необходимость топов логико-концептуального типа (принципы, концепции и доктрины)**, кажется, никем не подвергается сомнению, но надо лишь принимать как данность и без деланного возмущения тот факт, что научные доктрины – самые туманные из этого разряда общих мест.

8. **Социальные ценности** способны существенно корректировать смысл нормативных текстов, поскольку категории «закон» и «справедливость» не всегда совпадают в частности, а общая идея справедливости «не идентична совокупности написанных законов»³. А.К. Соболева показывает, что в западных странах данный топ наиболее часто трансформируется в такие ценности, как долг, справедливость, свобода, равенство, человеческое достоинство, автономия личности («право быть оставленным наедине с собой»), благополучие общества, собственность, жизнь, счастье, фундаментальные права и свободы, академическая свобода... При этом предстатели науки отнюдь не в восторге от практики реализации данных священных топов в процессе истолкования смысла закона: немец Зейдлер – кто контролирует список и очередность основных ценностей, тот контролирует саму Конституцию, а значит и власть (с. 158); американец Д. Или – список основных прав и

¹ В тексте книги (с. 136-141) приводятся многочисленные примеры искусного пользования этим топом в исполнении юстиции.

² Дело о Баварской партии (1957), 6 BVerfGE 84.

³ Решение КС Германии по делу принцессы Сорайи // 1973, 34 BVerfGE 269.

свобод может составить любой. «Но посмотрите, как большинство теоретиков фундаментальных прав начинает пятиться к двери, когда кто-либо упоминает работу, еду или жильё: они, конечно, важны, но они не являются фундаментальными» (с. 161).

9. Научные данные в качестве общих мест толкования обычно мотивируются к применению теми соображениями, что учёные опережают в своих прогнозах и расчётах публичную власть. Пока в самой большой цене медицинские данные. Но А.К. Соболева выражает надежду, что «научные данные со временем появятся в качестве топов и в решениях КС РФ» (с. 165).

10. Социальные теории, особенно после провала социалистического эксперимента в нашей стране и бесшабашной пропаганды всеобщей деидеологизации, деполитизации и департизации, юристы, можно сказать, стесняются использовать в целях аргументации смысла закона. А зря. Без подъёма на эти социальные высоты трудно или даже невозможно разрешить такие болезненные вопросы современности, как сочетание прав и обязанностей, коммунального и частного интереса, запрета или свободы аборт, трудового контракта и эксплуатации...

11. Статистика, которая в нашей стране используется в качестве излюбленного объекта насмешек, тем не менее может быть использована для целей топической юриспруденции; при условии, естественно, что в законодательстве есть лакуна или неопределённость на сей счёт. Достойные примеры вариативного реагирования с опорой на изменяющуюся статистику постоянно рождает юстиция США, и А.К. Соболева любовно приводит их: а) «как только по статистике смертность женщин от аборт стала ниже смертности женщин во время родов, суд решил, что нет оснований для запрещения аборт по основанию их опасности для жизни беременных женщин» (с. 170); б) статистика стала главным аргументом в судах и «при решении вопроса о том, имела ли место дискриминация, поскольку только на основании обобщения эмпирического материала можно доказать, что конкретный случай является частью общей дискриминационной практики» (с. 171).

12. Наконец, здравый смысл завершает «соболевский» список юридических топов. Понятно, что даже самый энергичный агитатор новой методологии интерпретации не будет спорить с тем, что данному общему месту отведена последняя позиция в приведённом списке. И автор права, когда примирительно пишет: «вряд ли суд положит подобный аргумент в основу решения, если он будет единственным, но этот аргумент может оказаться той каплей, которая переполнит чашу весов, а следовательно его нельзя сбрасывать со счетов при риторическом изобретении» (с. 172).

Нам очень близок топический кругозор, предложенный А.К. Соболевой; и если бы не узкая функциональная предназначённость (толкование), её методике запросто можно было бы отнести к системно-структурному подходу. Ведь именно по той причине, что «более сильные аргументы (толкования – А.Б.) отводятся или просто игнорируются судьями, в то время как заведомо слабые порой ложатся в основу судебного решения» (с. 198), а не в целях поиска силы внешних детерминант права, она стремится создать «свод-

ный каталог эпидейктических топов, т.е. общих мест культуры» и включает в него право, мораль, политику, исторический опыт и религию (с. 199). Похоже поступили и мы, квалифицировав важнейшими элементами «системной среды уголовного права» Конституцию, международные нормативы по борьбе с преступностью, политику, нравственность, религию и язык (II том настоящего исследования).

Впечатление мировоззренческой и методологической близости наших концепций только усиливается после прочтения выводного знания, которое А.К. Соболева обозначила последней главой своего исследования под названием «Топическая юриспруденция: вместо заключения». Нами лично особо приветствуются следующие обобщения автора: 1) топический метод «помогает расширить горизонты понимания того, как живёт и функционирует право, как юристы выстраивают нить рассуждения, как взаимодействуют между собой право и другие социальные нормы, как взаимно влияют друг на друга язык и право, политика и право, философия и право» (с. 207); 2) «топы не являются «иллюзорными категориями», а представляют собой «дисциплинирующие правила» интерпретации, «структуру ограничений», накладываемых на интерпретацию нормативно-правового текста. *Абсолютной* (курсив наш – А.Б.) свободы интерпретатора в праве не существует» (с. 208)¹. Мы бы добавили к этому, что топы способствуют расцвету диалогического типа рассуждений и проблемному мышлению, поскольку не сковывают мысль и речь в деталях, а лишь рачично дисциплинируют их, но более развивают дух соперничества с помощью множества общих мест (с. 207); 3) «каталог юридических топов является эластичным... Однако изменение каталога топов не может происходить часто или без достаточных оснований, поскольку по условиям культуры раз найденное решение проблемы обычно не пересматривается» (с. 209); 4) «топику и герменевтику объединяет то, что и та, и другая неразрывно связаны с принципами культуры». Но топика «характеризуется терпимостью к множественности результатов аргументации» (с. 210). А по-другому и быть не может, скажем мы, ведь и аргументов у топической юриспруденции значительно больше, чем у герменевтики, ограничивающей себя только рамками текста и грамматического толкования, в связи с этим; 5) «правила языка – это лишь первоначальные правила для формулирования и толкования других правил, они делают создание этих других правил возможным; но возможны и другие правила порождения значения, и эти другие правила нельзя не принимать во внимание. Только изучение риторического контекста может дать ответ на вопрос, какое значение может быть придано тому или иному словесному выражению применительно

¹ Тут она абсолютно права и может рассчитывать на огромное число единомышленников. Великий *Ф. Лист*, в частности, указывал, что «наука и судебная практика могут и даже должны из закона развивать содержащиеся в нём... юридические понятия; но они не могут и не должны самостоятельно изобретать эти понятия, если им не даны в законе те элементы, из коих они должны сделать отвлечения». – *Цит. по: Злобин Г.А., Никифоров Б.С.* Умысел и его формы. – М.: Юрид. литература, 1972. – С. 34.

к конкретному правовому спору» (с. 211-121); 6) поскольку «роль интерпретатора заключается в преодолении временной дистанции между текстом-оригиналом и современностью»¹, то «*применительно к нормативно-правовым текстам следует говорить не об истинной или правильной, а об «адекватной интерпретации» текста*». Для того же, чтобы интерпретация была адекватной, необходимо, чтобы при её проведении были использованы все возможные принципы толкования. Топика как раз и является целой системой принципов интерпретации. Отсюда «*чем больше топов вовлечено в интерпретацию, тем более адекватной она является*» (с. 213); 7) Таким образом, резюмирует А.К. Соболева, топика выступает одновременно как средство анализа проблемы, как теория аргументации и как теория интерпретации текстов. А в целом топическая юриспруденция, на взгляд автора, «заявляет о себе как полноправная концепция философии права» (с. 214).

Утверждение о философском статусе одного из вариантов правопонимания, ориентированного к тому же преимущественно на задачи толкования нормативных текстов, на наш взгляд, выглядит примером простительного авторского перехлёста, оправдываемого увлечённостью темой. Но то, что топическая юриспруденция свежо смотрится на консервативном в целом поле правоведения и способна частично оживить и преобразовать его, вне сомнений. А кроме этого развиваемая А.К. Соболевой культура эксплуатации неких общих мест есть существенное подспорье системно-структурному взгляду на уголовное право, также ориентированному на объяснение юридических перемен действием внешних детерминант.

Резюме главы

1. Законодательное ограничение круга источников отрасли в России только текстом кодекса есть пример политической лихости и самомнения, порождающий повышенные обязательства самой власти по совершенству принимаемого ею текста уголовного закона, а для всех специалистов отрасли становится актуальной задача выработки предельно искусной культуры толкования. Если парламент «системно не образован», что подтверждается внесением огромного числа изменений в УК и непрекращающейся критикой со стороны специалистов и обывателей, значит, представители науки и практики приговорены искать поправочные коэффициенты, как бы «выручая» Федеральное Собрание, вынуждены мудрить с толкованием в жёстких рамках принципа законности и разделения властей.

2. Анализ показывает, что по сравнению с Россией в международном праве и в законодательстве зарубежных государств существует целый перечень официальных уголовно-правовых источников, разрешённых к использованию в сфере борьбы с преступностью. Наша национальная самобытность, тем самым, мо-

¹ Кузнецов В.Г. Герменевтика и гуманитарное знание. – М.: Изд-во МГУ, 1991. – С. 133.

жет быть объяснена либо системной самоуверенностью наших законодателей в исчерпывающей полноте считывания и отражения ими требований жизни в кодексе («тьма власти»), либо их генной боязнью делиться нормативной властью с периферией, где издревле царствует «власть тьмы».

3. Если лелеять идею преимущественно внешней детерминации (уголовного) права, то надлежит смириться с предпочтением термина «источник права» перед термином «форма права». Их примирительное отождествление и сосуществование в юридической литературе некорректно, ибо дихотомичную пару «форме» составляет «содержание», а не «источник». Столь же ущербно словосочетание «внутренняя форма права» и оно должно быть вытеснено привычным двухсловным термином «структура права».

4. В общей юриспруденции и отраслевой науке набирает силу мнение о необходимости расширения официального круга источников уголовного права. При этом очень показательно и полезно, что основной аргумент данного мыслительного взрыва – видение многогранной зависимости отраслевых запретов от внешней среды функционирования уголовного права в связке с практикой толкования¹. Следует приветствовать появление монографических исследований об источниках уголовного права (О.Н. Бибик) и о юридической природе праворазъяснительных актов Верховного суда (А.В. Мадьярова).

5. Толкование уголовного закона Пленумом Верховного Суда, а прежде Правительствующим Сенатом долгое время было самой оптимальной формой для типовой организации знаний о содержании уголовного законодательства. Конституционные и более низкие по рангу нормативные решения, предпринятые в годы реформ, дезавуировавшие *обязательный и руководящий* характер постановлений высшей судебной инстанции, явили фольклорно обличённый пример «выплескивания вместе с водой ребёнка», негативно сказались на единообразии судебной практики и усугубили ситуацию с пониманием текста УК, который официально стал единственным источником репрессивной деятельности государственной машины.

6. Акты толкования уголовного закона в постановлениях Пленума Верховного Суда являются уникальным явлением в отечественной правовой культуре, нуждающимся в сохранении, ибо его право на жизнь заработано за десятилетия квалифицированного толкования на Олимпе правосудия, да ещё и с практическими целями.

7. В сфере применения уголовного закона работают или могут работать сразу несколько механизмов, позволяющих ограничивать имманентную несправедливость права вообще, а уго-

¹ А.В. Мадьярова нормативную базу «по вопросам преступности и наказуемости деяния» классифицирует, в частности, на источники толкования уголовного закона или источники отрасли в широком смысле, межотраслевые установления или источники уголовного права «по совместительству» и сам текст УК как первичный (в узком смысле) источник правоприменительной деятельности. – Разъяснения Верховного Суда Российской Федерации в механизме уголовно-правового регулирования, С. 280.

ловного – в особенности из-за жёсткости отраслевого метода регулирования, а именно: судейское усмотрение, аналогия, прецедент. Это стало возможным давно, с тех пор, как «законодатель перестал быть божеством, но остался непогрешимым первосвященником». Однако перераспределение его полномочий в пользу *dii minoris gentium* или в пользу юридических жрецов низшего статуса в первую очередь должно зависеть от состояния той культурной среды, в которой живёт нация, творятся и применяются законы. «Большее подчинение судей закону в области публичного права и, следовательно, неприемлемость многих положений «свободного толкования» до тех пор должно поддерживать незыблемо, пока в составе самой административной власти не выработаются такие прочные гарантии, которые поставят уважение к ней достаточно высоко»¹. Публичная власть современной России, как и прежде, не может служить образцом служения народу, а значит, допустимость прецедента и аналогии, расширение круга источников уголовного права – обсуждаемые варианты регулирования.

Но есть бесспорное средство врачевания чрезмерно абстрактного закона, именуемое «толкованием»; прибегать к нему хотя бы по той причине, что «текст закона выступает (всего лишь – А.Б.) в качестве проекции (общей – А.Б.) правовой идеи, заложенной в законе»². Интерпретация нормативных текстов является обязательным этапом правоприменительного процесса, поскольку вызывается целым комплексом стабильных причин, по преимуществу порождаемых особенностями и недостатками законодательного текста³. Для нашей же отрасли, ограниченной для правоприменительных целей лишь одним (лаконичным, письменным, застывшим во времени) источником, нужда в толковании абсолютна.

8. Последняя по технологии, самая производительная и важная инстанция в плане интерпретации Уголовного кодекса – суд. Утверждаем, что качество судебной деятельности по применению и толкованию закона падает и должно падать хотя бы по той причине, что на эту ветвь власти в последние годы возложено слишком много непрофильных функций. Отечественная юридическая наука обязана оказать методическую помощь судейскому корпусу в освоении им новых, неюрисдикционных полномочий.

9. Криминалисты и представители других отраслей отечественного правоведения пока концентрируются на филологиче-

¹ *Лоблинский П.И.* Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса // Записки юридического факультета Петроградского ун-та, вып. V – Пг., 1917. – С. 167, 168.

² *Суслов В.А.* Герменевтика права // Правоведение. 2001. № 5. – С. 8.

³ В § 4 главы II самого известного труда *Н.С. Таганцева* (Русское уголовное право. Лекции. Изд-е 2-е. Часть общая. Том I. – СПб., 1902), именуемого «Разъяснение и пополнение закона» указано, что со времён Екатерины II утвердилось мнение, будто толкование необходимо лишь в том случае, если уголовный закон несовершенен. Нет, возражает автор учебного курса, наоборот: увеличение в тексте закона абстракций, его кодификация и прочие обстоятельства – всё говорит, что толкование неизбежно.

ском и грамматическом толковании¹, ищут смыслы нормативных текстов и под флагом импортной герменевтики. Но более значительный успех гарантирован им в рамках систематического толкования и топиической юриспруденции, позволяющих считать содержание уголовного закона в самом широком социальном контексте.

10. Формально безупречное и нравственно выдержанное употребление уголовного закона напрямую зависит от богатства приёмов понимания и применения к жизни криминального текста. Однако особенности и назначение уголовно-правовой отрасли, а равно распространение гуманистических настроений диктуют осторожное пользование расширительной интерпретации текста УК. Запрет на правоприменительную аналогию естественен и справедлив, хотя попутно повышает значимость других приёмов правопонимания, но аналогия не исключается как метод научного мышления.

11. Удивительно, что в уголовном праве запрещена именно аналогия, хотя она олицетворяет разовое вмешательство практики в прерогативу законодательной власти, а вот прецедент, претендующий на постоянное замещение парламентских установлений, формальных ограничений почему-то не наложено. В отличие от названных гносеологических средств принципы уголовного права представляют собой такие аксиоматичные и долгоиграющие идеи уголовно-правового регулирования, которые помещаются на фасаде криминального закона (в первой главе УК). Они имеют генеральное звучание, координируют содержание и тональность частных правовых норм, облагораживают практику, отражают правовую идеологию.

12. Законность как общеправовой и отраслевой идеал, как прокрустово ложе юриспруденции, как квинтэссенция её испытанных технологий и инициатив, прежде всего в уголовном праве запрограммирована на максимальную определённую правовых регламентов и жёсткое следование им, что смущает либеральную мысль возможностью насаждения запретельной (негодной или излишней) интеллектуальной дисциплины. Критика обязательности законопослушания в отношении «плохих» нормативных актов выглядит, конечно, красиво. Поддаваясь этим настроениям, мы вновь кружим вокруг юридических граблей, предусмотрительно обозначенных в древних сентенциях и назиданиях римлян. Страна, ожидающая гражданского мира и порядка, должна культивировать презумпцию безукоризненности и обязательности исполнения любых требований права. Нельзя не видеть, что новая концепция законности, ориентирующая своих поклонников на избирательное следование законодательным требованиям, посягает на общеизвестный принцип разделения властей. Ещё

¹ *М.Б. Кострова* призывает отказаться от термина «грамматическое толкование» и заменить его в научном обороте термином «языковое толкование», поскольку «применение уголовно-правовых норм, выраженных на естественном (русском) языке, предполагает знание языка в целом, а не только его грамматического уровня» (Грамматическое или языковое толкование уголовного закона? // Законность. 2002. № 3. – С. 38).

Ч. Беккариа осуждал подобную трактовку принципа законности: «наказания за преступления могут быть установлены только законом. Назначать их правомочен только законодатель, который олицетворяет всё общество... И, следовательно, судья не может, даже под предлогом ревностного служения общественному благу, увеличивать меру установленного в законе наказания гражданину, нарушившему этот закон»¹.

13. Предельный формализм уголовного права, выраженный в требовании законности, нужно облагораживать, но не призывами уважать и исполнять только избранные (правовые или прогрессивные) нормативные акты, а с помощью социально-приемлемых пополнений вакуумных мест закона методом аналогии, что пока вызовет массовое неприятие, посредством обращения к прецедентам либо (что важнее) изготовлением системы презумптивной ориентации для всей отечественной уголовно-правовой доктрины. Этим она, к сожалению, пока не блещет.

14. Следует согласиться с мыслью американского профессора о том, что «уголовное право всегда включает в себя принципы, которые выходят за рамки юридических формулировок, используемых в уголовных кодексах»². Только это не принципы, а презумптивные находки, ещё не дозревшие до титула основополагающих идей правового регулирования. Если назначение аналогии и прецедента – восполнение частных недостатков уголовного закона, то у презумпций более ответственная задача – вооружать всю доктрину мировоззренчески и методологически, способствовать развитию всей отрасли, её движению вперед. Презумпции должны быть оценены как сильное средство связи отрасли со средой, как способ внешней ориентации, а не внутренней гармонии. Если близкие по духу аксиомы и презумпции консервируют практику государственного управления, то назначение презумпций – сомнение (в истинности аксиом и принципов), работа на вырост, устройство «гражданского мира» между правом и жизнью, юридическое строительство фундамента для позже открываемых и признаваемых аксиом.

15. Накопленные в уголовном праве проблемы с приложением аскетичного текста УК к индивидуальным криминальным событиям достигли того порога, когда законодательная власть не может молчать по поводу правил и пределов толкования уголовного закона. Требования и ожидания науки³ даже выливаются в готовые к обсуждению в правотворческих коридорах проекты. Так,

¹ Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. – М.: Фирма «Стелс», БИМПА, 1995. – С. 72-73.

² Дж. Флетчер, А.В. Наумов. Основные концепции современного уголовного права. – М.: Юристъ, 1998. – С. 502.

³ См., например: Звечаровский И.Э. Новый УК: проблемы применения // Законность. 1999. № 1. – С. 9; Панченко П.Н. – Юридическая техника как фактор совершенствования уголовного законодательства // Проблемы юридической техники. – Нижний Новгород, 2000. – С. 560; Каченко В.И. К проекту Уголовного кодекса РФ // Современные тенденции развития уголовной политики и уголовного законодательства. – М.: ИГП РАН РФ, 1994. – С. 51; Яцеленко Б.В. Правоположения в уголовном праве // Государство и право. 2000. № 6. – С. 39-40.

А.В. Маджарова предлагает пополнить раздел I действующего УК РФ новой главой 2.1 – «Толкование уголовного закона», включив в нее 6 статей – о буквальном толковании, о толковании в случаях неоднозначности предписаний кодекса, о толковании сомнений в пользу виновного и с его позиций, о применении аналогии и о правовом режиме актов толкования уголовного закона в исполнении Верховного Суда РФ¹. Для нас самыми интересными и знаковыми откровениями автора являются следующие позиции: а) расхождение между текстом и смыслом с достоверностью устанавливается только с помощью *систематического* толкования кодекса (проектируемая ст. 13¹); б) при неполноте уголовного закона надлежит опираться на «общий смысл кодекса», его принципов и интересов охраны общественных отношений от преступных посягательств (ст. 13²); в) при всех сомнениях преступность и наказуемость деяний определяется исходя из предположений «среднего человека» относительно этих свойств деяний (ст. 13⁴); г) аналогия закона и права применима лишь в тех пределах, когда случай «предусмотрен уголовным законом, но (в нём – А.В.) отсутствует положение относительно какого-либо юридически значимого признака» (ст. 13⁵); д) толкование статей Уголовного кодекса Пленумом ВС РФ не является обязательным для нижестоящих судов и прочих правоприменительных инстанций, а лишь «учитывается при уяснении его (кодекса – А.В.) положений исходя из внутреннего убеждения лица, применяющего закон» (ст. 13⁶).

16. Консервация того официального положения, что текст УК – единственный источник уголовного права или правоприменения неумолимо приближает нас к той границе, когда сознание преступности своего поведения будет признано обязательным компонентом вины причинителя вреда, а расширение круга источников – естественным образом отдаляет такую перспективу. Право слово, ставить в вину действие вопреки запрету, сформулированному всего лишь в одном легальном источнике, нравственно и психологически легче, чем рассчитывать на осознание субъектом всех (индивидуальных и более неповторимых!) объективных характеристик его поведения² либо вообще наказывать причинителей вреда под тем соусом, что они не предвидели последствий, но должны были и могли это сделать – тут как бы присутствует принуждение к мысли, что невероятно³.

17. Юристы, политики, журналисты и прочие социальные дрижёры давно и прочно идентифицируются в общественной среде хлёсткими критическими оценками как те люди, деятельность которых есть пример слабо реализуемых прогнозов и слащавых обещаний, всегда (специально) с большим сроком выполнения. А вот простых, практичных и доступных разуму обывателя советов по

¹ *цит. соч.*, С. 371-373.

² См.: **Якушин В.А.** Проблемы субъективного вменения в уголовное право: Автореферат дисс. докт. юрид. наук. – М., 1998. – С. 34-35.

³ При небрежности последствия вменяются «по факту», а не по осознанию. – **Язовских Ю.А.** Проблемы вменения в российском уголовном праве: Автореферат дисс. канд. юрид. наук. – Екатеринбург: УрГЮА, 1998. – С. 11.

ремонту схем управления обычно не достаёт. Для частичной компенсации этого вакуума приведём примитивный совет гениального Н. Винера: «первая обязанность права, каковы бы ни были его другие обязанности, состоит в знании того, чего оно хочет. Первый долг законодателя или судьи состоит в том, чтобы выдвигать ясные, недвусмысленные положения, которые не только эксперты, но и простые люди смогут толковать одним способом и только одним способом. Техника толкования ранее принятых решений суда должна быть такова, чтобы юрист знал не только то, что сказал суд, но с большой степенью вероятности даже то, что суд собирается сказать. Таким образом, проблемы права можно рассматривать как коммуникативные и кибернетические, т.е. они представляют собой проблемы упорядоченного и повторяющегося управления известными критическими состояниями»¹.

И последнее: если согласиться с вполне правдоподобной мыслью, будто в современном мире и в России действует «общая перспектива постепенного сужения государственного принуждения»², можно и нужно ожидать расцвета не только герменевтики и топической юриспруденции, но и других приёмов правопонимания. Сгинуло время, когда отечественная доктрина была скована цензурой и прочими мировоззренческими сторожами. Юристы получили методологическую свободу, и потому общество вправе надеяться на результативный поиск криминалистами новых объяснительных схем, адресуемых преступности, уголовному законодательству, правоохранительной деятельности и самой науке. Для реализации столь благостной перспективы нашей отрасли требуется хороший, адекватный современным нуждам, методический аппарат. Поэтому перейдём к анализу тех (эксплуатируемых или только возможных) познавательных приёмов, которые могут претендовать на роль вспомогательных инструментальных средств в процессе приложения к уголовному праву базового системно-структурного подхода.

¹ Винер Н. Кибернетика и общество. – М., 1958. – С. 117.

² Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования. – М.: Наука, 1987. – С. 6 (В.Н. Кудряцев).

Глава IV.
Инструментальное обеспечение
системно-структурного подхода к уголовному праву

Удел человеческого рода – жить в неполноте знаний
Теофраст

Прежде мы убедились в многовекторной и разновеликой зависимости уголовного права от окружающей его среды. Для выполнения своего предназначения в обществе и собственного самосохранения (как относительной целостности) уголовное право вынуждено 1) приспосабливаться к среде, а в результате 2) частично менять свое содержание и даже структуру, эволюционируя вместе с внешними детерминантами. Желательно, чтобы этот процесс гомеостаза отрасли был осмысленным, безболезненным и даже опережающим действительность, ибо «критерием истинности общетеоретических правовых положений не может быть только юридическая... практика, сама представляющая только форму (не всегда адекватную) социального содержания. Поэтому критерием юридической науки... является вся общественная практика»¹. Возможно ли управление процессом гомеостаза? если да, то где та сила, которая поможет «перевернуть мир», т.е. приладить классическое уголовное право, по своей социальной нагрузке тяготеющее к консерватизму, к быстро меняющемуся социуму?

Ответ очевиден: наука, правосознание, общий культурный фон нации (человечества). Уголовное право ведь – «вторичная реальность», продукт развития общества, который должен управляться и фактически управляется (с различной степенью совершенства в

¹ Явич Л.С. Общая теория права. – Л.: ЛГУ, 1976. – С. 15-16.

плане учёта прошлого, настоящего и будущего) сознанием. Теперь вопрос в том, как эту задачу выполнить. Конечно – набором специальных приёмов, именуемых в науке и даже в простонародье «методами». Именно методология или сплав частных исследовательских приёмов, мировоззрения, концепций и философских категорий даёт шанс для осмысленного гомеостаза уголовного права или управления процессом развития отрасли. Как сказано классиками, «неверное мышление неизбежно и произвольно фабрикует неверные факты, следовательно, производит искажение и ложь»¹. Итак, разговор о системе и структуре уголовного права было бы вполне закономерно завершить мыслями, обзором накопленных знаний о способах борьбы с преступностью, о грамотном нормотворчестве и «умной» науке, об управлении отраслевым правосознанием вообще. Пришёл черед исследовать сопроводительные методики, которые обеспечивают системно-структурный взгляд на развитие уголовного права.

Но вначале следует отметить *естественный* процесс отставания методологии (самопознания)² науки от скорости накопления ею же эмпирических и теоретических знаний (познание объектов). Данное обстоятельство отмечали и отмечают многие исследователи: а) А.А. Герцензон – методологическому вопросу «до последнего времени... не было уделено достаточно внимания, несмотря на, казалось бы, большое его теоретическое значение»³; б) Ю.В. Голик и др. – в качестве «возможного инструментария» создания «национальной концепции уголовного права» называют «повышение технологичности уголовно-правовой науки», ведь «старыми приёмами и методами, старым языком и старым понятийным аппаратом очень трудно, а иногда и просто невозможно решать новые задачи»⁴; в) Ю.А. Демидов – «осмысление... наукой «самой себя», особенно своего предмета и метода, отстаёт от её реального содержания»⁵; г) А.Э. Жалинский – к числу нерешённых вопросов современной науки уголовного права относит в первую очередь то обстоятельство, что в ней «крайне слабо представлены обществу, если представлены вообще, методологические... основания использования уголовного законодательства и права»⁶; д) Ю.И. Ляпунов – предмет и метод уголовного права как наиболее «сложная и глубокая методологическая проблема его доктрины»

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч., т. 1. – С. 180.

² Самосознание или рефлексия науки есть целенаправленный контроль за ходом, формой, условиями и основаниями процесса познания. – Юдин Э.Г. Методология науки. Системность. Деятельность. – М., 1997. – С. 35; по мнению Д.А. Керимова, методология суть «мышление, обращённое вовнутрь» (Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. – М., 2000. – С. 7).

³ Герцензон А.А. Уголовное право и социология. – М.: Юрид. литература, 1970. – С. 13.

⁴ Юрий Голик, Людмила Иногамова-Хегай, Владимир Комиссаров, Виталий Номоконов. О национальной концепции уголовного права // Уголовное право. 2006. № 2. – С. 20.

⁵ Демидов Ю.А. Предмет и методология науки уголовного права // Личность преступника и уголовная ответственность: Межвузовский научный сборник. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1981. – С. 5.

⁶ Альфред Жалинский. О современном состоянии уголовно-правовой науки // Уголовное право. 2005. № 1. – С. 21.

продолжает оставаться «остро дискуссионной, а её разрешение даже в солидных научных источниках характеризуется достаточно большим «разбросом» мнений, подменой общепризнанных понятий и терминов, смешением социального содержания и его юридической формы»¹; е) И.С. Ной – «среди общетеоретических проблем советской уголовно-правовой науки менее всего разработан вопрос о её основополагающих понятиях: предмете и методе уголовного права»².

Обычно темпоральный разрыв между теорией и методологией в науке порицается и предлагается к (немедленному – вариант) устранению. С такой категоричностью решения проблемы соглашаться нельзя. Временной лаг здесь – это норма. Если теория есть механическое приращение «внешней» информации и «рутинная» аналитическая работа с нею, то методология или самопознание рациональности устоявшихся способов поиска истины в огромной массе фактов отражает по преимуществу внутренние гносеологические тенденции. «Генеральная линия развития европейской науки, – пишет Н.Н. Тарасов, – сопряжена... с изменениями характера философской рефлексии и методологических представлений в научном сознании. Суть этих изменений допустимо представить как смену гносеологических идеалов и методологических установок научного исследования»³. Интеллект движется по ранее избранным и проверенным каналам мышления до тех пор, пока они гарантируют результат; углубленный же самоанализ науки, пересмотр прежних традиций поиска истины начинаются с момента, когда разум обнаруживает сбои в собственных технологиях; они (сбои) свидетельствуют либо о критических размерах информации, уже не охватываемых прежними объяснительными схемами, либо о встрече с новыми фактами, причины возникновения и генезис которых не поддаются традиционному анализу. Свежие исследовательские добычи заказывают нужду в смене методологической ориентации. То обстоятельство, что методологии принадлежит вечное место *ведомого* в спарринге с теорией, дополнительно проясляет себя и в таком фрагменте бытия мысли, как несовпадение объекта и предмета исследования; последний всегда шире первого и уточнение его (предмета) границ случается на базе прироста наблюдений над объектом. Разумеется, времени е превосходство теории не означает её приоритета и в содержательном смысле; в организации исследовательского процесса роль *ведущего* фактора, напротив, безоговорочно принадлежит методологии

Поэтому вряд ли справедливо драматизировать факт темпорального несовпадения уровня развития двух этажей (любой) науки, как это делает В.М. Сырых. Последний вначале четко фикси-

¹ **Юрий Лянунов.** Уголовное право: предмет и метод регулирования и охраны // Уголовное право. 2005. № 1. – С. 48.

² **Ной И.С.** Метод уголовного права // Личность преступника и уголовная ответственность: Межвузовский научный сборник. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1981. – С. 17.

³ **Тарасов Н.Н.** Методологические проблемы юридической науки. – Екатеринбург: Изд-во Гуманитарного ун-та, 2001. – С. 62.

рует, что «логико-методологический раздел общей теории права, как и правоведения в целом, значительно отстаёт от уровня теоретического «освоения» права, его закономерностей и не в полной мере учитывает современную философскую трактовку логико-гносеологических проблем научного познания», но затем видит в этом временном разрыве только негатив, причём легко устранить после (его) критики. Прав В.М. Сырых в том, что в результате прежнего советского начётничества и практически постоянного политического угодничанья юридическая наука лишилась «надежных критериев отличения подлинно научных знаний от иных результатов познавательной деятельности», истины от лжи, а в подтверждение приводит таблицу, формализовавшую проведённый им контент-анализ учебных изданий по теории права и государства; оказалось, что «только два метода – конкретно-правовых исследований и сравнительного правоведения – признаются всеми авторами, тогда как действительный метод теоретического познания – восхождение от абстрактного к конкретному, способный раскрыть предмет общей теории права во всей его полноте и всесторонности, называется лишь двумя авторами»¹.

Голосу В.М. Сырых вторит Д.А. Керимов, когда утверждает, что представители правоведения «явно пренебрегают методологическими проблемами своей собственной науки»². Разделяя эти оценки, а более – обеспокоенность уровнем самопознания юриспруденции, считаем долгом всё же напомнить читателю, что солидные работы по методологии права в нашей стране были и продолжают выходить. Назовём хотя бы книги и статьи С.С. Алексеева³, В.К. Бабаева⁴, А.М. Васильева⁵, А.И. Демидова⁶, В.П. Казимирчука⁷, Д.А. Керимова⁸, Б.А. Кистяковского⁹, В.А. Козлова¹⁰, И.П. Малиновой¹¹, А.И. Мар-

¹ *Сырых В.М.* Логические основания общей права: В 2 т. Т. 1: Элементный состав. – М.: Юридический Дом «Юстицинформ», 2000 (соответственно С. 11, 23, 385, 384).

² *Керимов Д.А.* Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. – М., 2000. – С. 22.

³ *Алексеев С.С.* Философия права. – М., 1997.

⁴ *Бабаев В.К.* Вопросы методологии российского правоведения // Нижегородские юридические записки: Сборник научных трудов / Под ред. В.М. Баранова. Вып. 3: Право. Власть. Законность. – Нижний Новгород, 1997.

⁵ *Васильев А.М.* Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий права. – М., 1976. – 264 с.

⁶ *Демидов А.И.* Методологический анархизм и методологический плюрализм в правоведении (доклад на научно-методологическом семинаре) // Правовая политика и правовая жизнь. 2001. № 1.

⁷ *Казимирчук В.П.* Право и методы его изучения. – М., 1965. – 204 с.

⁸ *Керимов Д.А.* Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. – М., 2000; *его же.* Философские проблемы права. – М.: Мысль, 1972. – 472 с.; Философские основания политико-правовых исследований. – М., 1986. – 332 с.

⁹ *Кистяковский Б.А.* Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. – М., 1916.

¹⁰ *Козлов В.А.* Проблемы предмета и методологии общей теории права. – Л., 1989. – 120 с.

¹¹ *Малинова И.П.* Философия права (от метафизики к герменевтике). – Екатеринбург, 1995; *её же.* Философия правотворчества. – Екатеринбург, 1996.

цева¹, В.С. Нерсисянца², И.С. Ноя³, М.Ф. Орзиха⁴, В.В. Панкратова⁵, А.А. Пионтковского⁶, Т.Г. Понятовской⁷, Т.Н. Радько⁸, И.С. Самощенко⁹, В.Д. Сорокина¹⁰, М.С. Строговича¹¹, Н.Н. Тарасова¹², Ю.Г. Ткаченко¹³, А.А. Ушакова¹⁴, В.А. Шабалина¹⁵, Э.Г. Юдина¹⁶, Л.С. Явич¹⁷, а равно специализированные и коллективные сборники учёных мнений представителей нашей страны (Фельдман Д.И., Кудюков Г.И., Лазарев В.В. Теоретические проблемы методологии исследования государства и права. – Казань, 1975. – 118 с.; Методология советского правоведения: Межвузовский сборник научных трудов. – Свердловск, 1978. – 123 с.; Методологические проблемы советской юридической науки. – М., 1980. – 308 с.; Философия. Наука. Методология. – М., 1997; Комплексное изучение системы воздействия на преступность (методологические и теоретические аспекты) / Под ред. П.П. Осипова. – Л.: ЛГУ, 1978. – 150 с.; Методологические проблемы правоведения / Под ред. М.Н. Марченко. – М., 1986. – 288 с.; Право и социология / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров,

¹ *Марцев А.И.* Диалектика и вопросы теории уголовного права. – Красноярск: Изд-во Красноярского ун-та, 1990. – 127 с.

² *Нерсисянц В.С.* Философия права. – М., 1998. – 652 с.

³ *Ной И.С.* Методологические проблемы советской криминологии. – Саратов, 1975. – 221 с.; *его же.* Метод уголовного права // Личность преступника и уголовная ответственность: Межвузовский научный сборник. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1981. – С. 17-29.

⁴ *Орзих М.Ф.* Содержание методологии юридической науки // Правоведение. 1973. № 1. – С. 17-24.

⁵ *Панкратов В.В.* Методология и методика криминологических исследований. – М., 1972. – 134 с.

⁶ *Пионтковский А.* К методологии изучения действующего права // Ученые записки ВИЮН. Вып. V. – М., 1947. – С. 17-59; *его же.* Юридическая наука, её природа и метод // Сов. государство и право. 1965. № 7. – С. 73-82.

⁷ *Понятовская Т.Г.* Концептуальные основы системы понятий и институтов уголовного и уголовно-процессуального права. – Ижевск: Изд-во Удмурт. ун-та, 1996. – 232 с.; *его же.* Концептуальные основы уголовного права России. История и современность: Автореферат дисс. докт. юрид. наук. – Екатеринбург: УрГЮА, 1997. – 34 с.

⁸ *Радько Т.Н.* Методологические вопросы познания функций права. – Волгоград: ВСШ МВД СССР, 1974. – 150 с.

⁹ *Самощенко И.С., Сырых В.М.* О методологии советского правоведения // Сов. государство и право. 1973. № 6. – С. 29-36; *их же.* О методах познания государственно-правовых явлений // Сов. государство и право. 1975. № 9. – С. 10-16

¹⁰ *Сорокин В.Д.* Метод правового регулирования. – М., 1976.

¹¹ *Строгович М.С.* Философия и правоведение (некоторые методологические вопросы юридические науки) // Сов. государство и право. 1965. № 12. – С. 74-82; *его же.* Методологические вопросы юридической науки // Вопросы философии. 1965. № 12. – С. 3-14.

¹² *Тарасов Н.Н.* Методологические проблемы юридической науки. – Екатеринбург: Изд-во Гуманитарного ун-та, 2001. – 264 с.

¹³ *Ткаченко Ю.Г.* Методологические вопросы теории правоотношений. – М., 1980. – 186 с.

¹⁴ *Ушаков А.А.* Методология советского правотворчества // Сов. государство и право. 1979. № 12. – С. 29-37.

¹⁵ *Шабалин В.А.* Методологические вопросы правоведения. – Саратов, 1972. – 226 с.

¹⁶ *Юдин Э.Г.* Методология науки. Системность. Деятельность. – М., 1997.

¹⁷ *Явич Л.С.* К вопросу о методологии юридической науки // Сов. государство и право. 1963. № 5. – С. 71-79.

В.П. Казимирчук. – М., 1973. – 359 с.; Проблемы методологии и методики правоведения / Ред. колл. Керимов Д.А. и др. – М., 1974. – 205 с.) и зарубежных юристов¹.

Можно разделить мнение Н.Н. Тарасова, специально исследовавшего методологические проблемы современного правоведения, полагающего, *во-первых*, что «содержанием методологического подхода (или методологической теории) являются не объекты научного теоретического описания, а мышление в процессе научного исследования», а *во-вторых*, что общий метод правоведения состоит из 4-х подсистем: а) **философские средства** – суть «общие категории и принципы познания права, соответствующие гносеологической установке юриспруденции (система идеалов и принципов научного познания плюс предельные методологические нормативы, выражающиеся в мировоззренческих постулатах, картинах мира и универсальных категориях); б) **общенаучные средства** – «общая теория систем, теория моделирования, общая теория деятельности и т.п.», через которые «юриспруденция соотносит себя с современным состоянием научного мышления»; в) **специально-юридические средства** – «процедуры, приемы и формы исследовательской деятельности, характерные только для юриспруденции» (специально-юридический метод, метод интерпретаций и метод сравнительного правоведения) и возникающие «в значительной мере посредством рефлексивного осмысления правоведением собственного исследовательского опыта»; г) **методика и техника исследований** – «набор процедур, обеспечивающих получение единообразного и достоверного эмпирического материала и его первичную обработку, после которой он только и может включаться в массив наличного знания»². Справедливо резюме Н.Н. Тарасова: «именно методологический подход является формой привлечения в юриспруденцию исследовательских средств как философского и метанаучного плана, так и других наук»; «в метод... науки права включаются создаваемые юристами в рамках того или иного подхода исследовательские средства, проверенные на адекватность предмету правовой науки в процессе её развития и доказавшие свою эвристическую состоятельность в исследовательской практике». В частных исследованиях «могут доминировать или философские, или общенаучные, или «частноправоведческие» методы. В то же время, ядро метода любой правовой науки составляют собственные методы юриспруденции, юридические средства познания права»³.

Поскольку наше исследование большей частью покоится на общенаучных средствах, есть смысл подчеркнуть, что системно-

¹ См.: *Левин Э.Х.* Введение в правовое мышление / Перев. с англ. – М., 1995. – 212 с.; *Лукич Р.* Методология права. – М., 1981. – 303 с.; *Синха Сурия Пракаш.* Юриспруденция. Философия права. – М., 1996. – 174 с.; *Фейерabend П.* Избранные труды по методологии науки. М., 1986; *Хеффе О.* Политика, право, справедливость: основоположения критической философии права и государства. – М., 1994. – 298 с.

² Здесь Н.Н. Тарасов цитирует монографию *И.В. Блауберга* и *Э.Г. Юдина* «Становление и сущность системного подхода». – М., 1973. – С. 71.

³ *Тарасов Н.Н.* Методологические проблемы юридической науки, С. 237, 225, 226, 238-239 (соответственно).

структурная ориентация для уголовно-правовой доктрины пока ещё не перешла в *теорию*, т.е. в такую форму познания, когда первичная «эвристическая сила заменяется силой организации»¹, а существует как общенаучное методологическое направление, как некое концептуальное озарение, как относительно новое русло организации исканий истины, не обременённое абсолютно проверенными технологиями. С этих гносеологических подмостков и договорённостей перейдём к анализу познавательных традиций и новаций отрасли.

Но вначале напомним, что под **методом** в науке понимается «способ достижения цели, определённым образом упорядоченная деятельность»², «душа и понятие содержания»³, «своеобразный способ воздействия на общественные отношения с целью их урегулирования»⁴, «совокупность юридических приёмов, средств, способов воздействия социальных управляющих систем, входящих в государственный аппарат, на социально-правовую среду в целом и на составляющие её элементы»⁵, «специфический способ, при помощи которого государство на основе данной совокупности юридических норм обеспечивает нужное ему поведение людей как участников правоотношений»⁶, совокупность юридических средств воздействия, которые применяются государством при правовом регулировании общественных отношений⁷. **Методология** же есть «1) совокупность приёмов исследования, применяемых в к.-л. науке; 2) учение о методе научного познания и преобразования мира»⁸; «всеобщее научное руководство к действию, составляющее базис всей системы знаний, познавательный стержень любой отрасли науки»⁹. Проще говоря, если метод направлен на изучение закономерностей внешнего для исследователя мира, то методология представляет попытку разобраться с самой наукой, с её внутренними процессами и закономерностями. При этом «методология это не сумма всех методов познания, а их синтез, из которого вырастает качественно новый всеобщий метод познания всех процессов мира в их развитии»¹⁰.

¹ Блауберг И.В., Юдин Э.Г., цит. соч., С. 75.

² Философский словарь / Под ред. М.М. Розенталя. Изд. 3-е. – М.: Политиздат, 1975. – С. 240.

³ Гегель Г. Соч., т. 1. – С. 344.

⁴ Горшенев В.М. Способы (методы) и организационные формы правового регулирования в современный период коммунистического строительства: Дисс. докт. юрид. наук. – Свердловск: СвЮИ, 1969. – С. 116.

⁵ Сорокин В.Д. Метод правового регулирования. Теоретические проблемы. – М., 1976. – С. 84.

⁶ Шаргородский М.Д., Иоффе О.С. О системе советского права // Сов. государство и право. 1957. № 6. – С. 104.

⁷ Общая теория советского права. – Л.: ЛГУ, 1973. – С. 323 (Л.С. Явич).

⁸ Философский словарь, С. 241, а также: Ушаков А.А. Общее понятие методологии // Методология советского правоведения. – Свердловск: СвЮИ, 1978. – С. 23-32.

⁹ Керимов Д.А. Вступительная статья к книге: Лукач Р. Методология права / Перев. с сербскохорватского. – М.: Прогресс, 1981. – С. 12.

¹⁰ Гальперин Г.Б., Королёв А.И. Методологические и теоретические вопросы науки истории государства и права СССР. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1974. – С. 29.

§ 1. Познавательная осязка уголовного права

Первые попытки специализированного анализа сугубо дисциплинарных методик исследования преступности, закона и правоприменительной практики были предприняты в отечественной криминальной науке ещё на рубеже XIX-XX веков. Причиной самоанализа стал стремительный рост социологии и антропологии, теснящих классическую догматику и выгодно демонстрирующих свои преимущества благодаря близости к предмету отражения. Профессор С.П. Мокринский потому и вынес на «суд профессиональной чести» большую статью о «Системе и методах науки уголовного права»¹. Данная работа олицетворяет период стартовых пространств взглядов на преступность, отклик на дифференциацию знаний, вариант осмысления привычных и новых методов (подходов) познания и их взаимосвязи. Но в основе всего – движение к системному взгляду на преступность и на само уголовное право. Было бы справедливо и полезно вернуться к истокам, увидеть первые сомнения и терзания методологического свойства, приложить их к современной науке уголовного права, испытывающей (вслед за ажиотажным спросом на юридическое образование) пока лишь экстенсивное развитие.

Автор указанной выше статьи признаёт обязательность «социологического и антропологического изучения преступности для каждого криминалиста, и для уголовного политика, в особенности, так как нельзя бороться с нежелательным явлением, не зная его причин, но отсюда ещё не следует, чтобы можно было этиологию преступности рассматривать, как отрасль науки уголовного права» (с. 22). Вот такое логическое начало: полезно смотреть на преступность «в живую», поверх одномерных догматических очков, но расширение инструментальной базы классического уголовного права за счёт новых методов нецелесообразно; будем пользоваться готовыми сведениями и оценками со стороны, но без приглашения возмутителей классического направления в свои ряды; не допустим отступления от девственной дисциплинарной чистоты отраслевой науки. И это противоречивое начало статьи получает продолжение в критике взглядов М.Н. Гернета, Ф. Листа, А.А. Пионтковского (отца), С.В. Познышева². Достается даже Н.С. Таганцеву, весьма острожно назвавшего «полезным делом, чтобы наука уголовного права считалась с результатами, добытыми социологическим и

¹ Мокринский С.П. Система и методы науки уголовного права // Вестник права. 1906. Часть III. – С. 21-53.

² Последний (Основные вопросы учения о наказании. – М., 1904) говорит, что «юридическое и социологическое исследования составляют не особые виды исследования, а лишь отдельные моменты, отдельные стадии научного изучения явлений» (С. XXXIV); «юридические явления представляют собой особый класс общественных явлений. Изучать их не как общественные, а как только юридические, по существу дела, совершенно невозможно» (С. XXIX); более того, уголовное право заслуживает сближения не только с социологией, но и с этикой, а свой метод С.В. Познышев именует «этико-социологическим направлением в уголовном праве» (С. XXV, примечание). Вот – истинное начало системологии в нашей отрасли!

уголовно-антропологическим направлением, но чтобы она оставалась в то же время строго юридической дисциплиной» – данное мнение оценено как неправильное (с. 24, подстрочник), хотя оно абсолютно идентично выше цитированному суждению самого С.П. Мокринского. Здесь, уже на старте системного освоения преступности доктриной, как бы закладывается автономия уголовного права и криминологии, выгода от союза которых очевидна всем и давно, призывы к чему (союзу) раздаются постоянно и без ограничений, да результата всё нет; зато взаимные обвинения в отраслевой автаркии раздаются постоянно¹.

Профессор доброкачественно исходит из того, что «пророк и новатор так же нуждаются в выработке догмы своего учения, как и защитник формально-санкционированных норм поведения» (с. 26). Следуя данной заповеди, он утверждает: «описываемо, оцениваемо или творчески созидаемо право может быть: – или как чисто логическое построение, как система понятий; или как средство к достижению произвольно полагаемых целей, или, наконец, как проявление абсолютного, непрекаемого идеала жизни, как воплощение нравственного императива, как осуществление безусловного должного. Метод, применяемый в первом случае, мы назовём догматическим, применяемый во втором – политическим, в третьем – нормативно-этическим» (с. 27). Поэтому предлагается сконцентрироваться на «догматическом описании, политическом построении и моральной оценке права, или, короче, на его догме, политике, этике» (там же).

«Догматическое изложение права преследует цель систематического изложения последнего... Иные цели имеет в виду политика права. В частности, уголовную политику можно определить, как учение о целесообразной уголовной репрессии» (с. 28)². А вот «третья из дисциплин, на которые распадается наука уголовного права, – уголовно-правовая этика – ещё далеко не пользуется об-

¹ Проф. *А.И. Долгова* одной из причин неудовлетворительных объяснений преступности и борьбы с нею называет «уголовно-правовой снобизм», в соответствии с которым первичны уголовно-правовые постулаты, а криминологические положения вторичны» (Проблемы борьбы с организованной преступностью // Преступность и законодательство. – М.: Криминологическая ассоциация, 1996. – С. 53). Проф. *Н.А. Стручков* на сей счёт высказался более примирительно: «без догмы нет права. Тем не менее полное забвение социологии при изучении уголовно-правовых институтов тоже не годится. Нужно в соотношении нормативного и социологического в уголовном праве добиваться разумного равновесия» (Учение о преступлении и его значение для разработки теории наказания // Уголовно-правовые исследования: Сборник, посвящённый 80-летию со дня рождения Т.В. Церетели. – Тбилиси: Изд-во «Мецниераба», 1987. – С. 24).

² В подстрочнике на с. 29 *С.П. Мокринский* делает очень важную оговорку, что «обсуждение какой-либо социальной реформы исключительно с точки зрения уголовной политики, как заведомо одностороннее, было бы столь же бесцельно, как и бесплодно. Социальные реформы есть дело социальной политики. Криминалисты могут участвовать в обсуждении возникающих здесь вопросов, но решать последние должны представители всех заинтересованных в данной реформе частных политик, и притом совместно». Напомним здесь о нашей «двухэтажной» дефиниции уголовной политики, данной в предыдущем томе, согласно которой последняя есть не только рецепты и меры по борьбе с преступностью, но и согласование их с более широкими социальными программами.

щим признанием» (с. 29). Далее автор пускается в длинные рассуждения об исправительных потенциях наказания и горестно заключает, что «никакая догма, будет ли то – юридическая, религиозная или нравственная, – не в силах обнять всего разнообразия жизненных явлений, нуждающихся в нормировке. Не могут: ни право – замкнуться в определённом кодексе, ни религия – в законченном исповедании веры, ни мораль – в точно зарегистрированном нравственном учении» (с. 34). И далее: «уголовное право не стремится к непосредственному проведению в жизнь каких-либо начал добра, оно не требует любви к ближнему, карает не за её отсутствие. Всё, к чему оно стремится, это – оздоровить общественную атмосферу...» (с. 35). Это стремление закономерно сообщает вполне определённую эволюцию отрасли – «не удовлетворяясь гуманизацией одной физической стороны репрессии, законодатель и суд должны будут приложить особые усилия к уменьшению нравственного зла, причиняемого наказываемому: наряду с позорящими наказаниями должна возникнуть система наказаний менее позорящих (*custodia honesta*)... Законодатель отнюдь не должен успокаиваться видом внешнего порядка, господствующего в стране при данном историческом режиме. Он никогда не должен забывать, что этот порядок всегда в конце концов покоится на принуждении и причинении страдания... Нравственный долг и политическая мудрость предписывают законодателю производить периодические сокращения мер принуждения, в надежде, что правовые нормы настолько усвоены населением, что частью стали излишни, частью могут быть снабжены более мягкой карательной санкцией» (с. 40), что «практика условного осуждения имеет стать со временем лучшим статистическим показателем нравственных успехов общества» (с. 41).

После этого автор ставит вопрос «ребром»: «должна ли каждая из этих дисциплин – догма, политика, этика, – довольствоваться методом ей предназначенным, или, напротив, следует признать, что так строго разграничивать сферы приложения отдельных методов нет основания»? (с. 41). Взаимосвязь политики и этики, а равно их инструментария, у С.П. Мокринского сомнений не вызывает. Другое дело – проблема самодостаточности юридической догмы. Отступление от неё, по мнению автора, оправдывается только «неудовлетворительностью положительного права». Когда-то «теория предоставляла обществу и судебной практике то, в чём ей отказывал законодатель. В доброжелательном произволе учёного и судьи искали убежища от жёсткости и несправедливости закона». Но с реформой уголовного законодательства «конфликт закона и общественной морали мало-помалу уступает место их относительному согласованию. Соответственно, и произвол судьи, хотя бы и прикрывающийся фигурным листком теории, переходит в разряд явлений осуждаемых». Теперь «истолкователь права приглашается видеть в тексте отечественного закона не более, как материал для логической абстракции» (с. 43). «Это было бы поистине идеальное право, – восклицает С.П. Мокринский, – уголовный кодекс, не требующий от юриста пользования иным методом, кроме как формально-юридическим. Но вместе с

тем нельзя не видеть, что применяя один догматический метод, нельзя ни полностью истолковать, ни правильно систематизировать действующего права... Прибегать к посредству политического метода вынуждают догматика, прежде всего, неполнота и неясность права» (с. 45).

А далее следуют ещё более сильные аргументы в пользу союза методов: «догматический метод покоится на предположении, что существует право, как система, как иерархия норм; что нормы права сотканы из однородных элементов, и развивают одни и те же начала. На деле мы видим другое, как раз обратное. Если давно уже было сказано, что право нелогично по природе своей, то уголовное – нелогично по преимуществу. Уголовное право почти не знает непосредственно им самим устанавливаемых норм; его роль ограничена тем, что оно снабжает карательной санкцией нормы, принадлежащие другим правам: – международному, государственному, церковному, финансовому, гражданскому, праву внутреннего управления и пр. Естественно, что борьба интересов, проникающая каждую из этих правовых сфер, характер компромисса, так часто им присущий, не могут ни налагать отпечатка логической непоследовательности и на уголовные кодексы. Это – одна причина. Но уголовное право, кроме производного, имеет ещё и свой специальный источник внутренней логической несогласованности. Единство конечной цели репрессии – борьбы с преступлением – не исключает великого разнообразия посредствующих, ближайших целей, или, иначе, выбора средств к подавлению преступности (имеется в виду контраст общего и специального предупреждения преступлений – А.В.)... Забота об общем предупреждении является доминирующей нотой в уголовно-правовой политике нынешнего законодателя, но вместе нельзя не видеть, что в целом ряде институтов уголовного права... протупает ещё и другая забота – о специальном воздействии на самую личность правонарушителя» (с. 48-49). Наконец, полезность допущения политического метода в науку уголовного права обосновывается ещё и тем, что «предоставленная самой себе, не контролируемая политически, формально юридическая мысль могла бы легко завести догматика в дебри ненужного теоретизирования, в рассмотрение излишних юридических тонкостей... Эта праздная игра ума была бы в лучшем случае способна затруднить процесс усвоения права, в худшем – дать совершенно неверное представление о праве» (с. 49).

Но и политический метод, «преследуя принцип наибольшей работы при наименьшей затрате сил», «может легко отклонить теоретика от служения нравственной цели права... Лишь обращение к этическому методу, к началам, которые нравственно оправдывают наказание, в состоянии оградить догматика от эксцессов в пользовании политическим методом» (с. 50). А заключительный вывод учёного таков: «в приложении к догматическому описанию данного права методы догматический, политический и этический располагаются как бы в известном порядке старшинства: первый призван согласовываться с указаниями второго, второй – с предписаниями третьего» (с. 52); «в деле истолкования и научной си-

стематики действующего уголовного права этико-политическое направление состоит в самой тесной исторической связи с предшестующими направлениями – идеалистическим и формально-юридическим. Приводя в порядок, систематизируя и соподчиняя наиболее типичные моменты их обоих, этико-политическое направление является как бы их синтезом, последним заключительным звеном в развитии диалектического ритма» (с. 53).

В нашем представлении, статья С.П. Мокринского показательна прежде всего тем, что, начав её «за упокой» (в части нежелательности и даже опасности пропуска в отраслевую науку новых методов), автор завершает свой анализ «здравицей» в пользу многомерного же обследования уголовного права. В этом движении от прославления догматики к надеждам на её дополнение более близкими к предмету отражения приёмами исследования мы видим, во-первых, зарождение системного подхода в нашей отрасли. Во-вторых, объявлены и причины методологического надлома – 1) сложность уголовно-правовой отрасли и 2) её многоуровневая детерминированность внешней средой, как социально-экономической, так и правовой (бланкетность). В-третьих, показана зависимость доктринальной «вольницы» (аналогии, прецедента) от степени совершенства закона, прежде всего от его кодифицированности. В-четвёртых, полезность многовекторного обследования уголовного права аргументирована тем, что каждый метод в отдельности имеет изъяны, погашаемые как раз их объединением. В-пятых, в образованном инструментальном союзе приёмы исследования уголовно-правовых явлений должны быть ранжированы.

Эти обстоятельства дают и нам основание для: а) ставки на множество методов изучения отрасли; б) их стратификации внутри всей совокупности; в) их позиционирования по отношению к системному подходу (предположительно на началах субсидиарности); г) объединения методов в дихотомичные пары (по правилам антитезы или синтеза). Теоретические разработки в отечественном правоведении вполне позволяют это производить уже сегодня. Очевидно, что системно-структурный взгляд на уголовное право (метаметод) должен быть разукрупнён на частные приёмы обследования, а последние полезно блокировать по операционной близости в союзы: компаративизм и исторический подход, теории криминализации и эффективности, стабилизирующие и развивающие установки, классификации и архивирования...

Совсем недавно известнейший эстет и правофланговый отраслевой науки представил на суд коллег творение¹, которое, несмотря на будничное название, имеет методологический уровень и уж точно отзовется на творчестве последователей. Право слово, данный труд проф. А.Э. Жалинского, пусть и собранный из публикаций разных лет и в разных изданиях, заслуживает подробнейшего представления и цитирования любым современным криминали-

¹ Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. – М.: Проспект, 2008. – 400 с.

стом, затеявшим разговор о методологии отрасли. Скажем ещё резче: это преступление против науки уголовного права публиковать ТАКУЮ книгу таким мизерным тиражом!

В предисловии мэтр напоминает, что уголовное право «затратно и противоречиво по последствиям, но необходимо обществу и может быть полезным» (с. 3), представляет собой ценность поболее рядовой интеллектуальной собственности (с. 4). Однако в нём, как и в любой системе или инструменте, накопились «шумы, сбои, помехи, подлежащие устранению» (с. 4). Делать назревший ремонт нужно с умом, с пониманием векторов и масштабов социальных перемен в России, однако в нашей науке преобладает «лингвистический, нарративный подход к рассмотрению крайне важных для страны уголовно-правовых проблем» (с. 4). Рецензируемая монография, таким образом, заявлена как попытка отхода от (слишком простого по масштабу и исполнению) обсуждения языкового несовершенства Уголовного кодекса к более широким познавательным технологиям. Заявка зримо подкреплена самой структурой книги: в ней 6 разделов («Природа уголовного права», «Познание уголовного права, уголовно-правовая наука», «Уголовное право как социальный инструмент», «Уголовное право и экономика», «Уголовный закон» и «Теория преступления»), само название некоторых может возбудить впечатление трафаретности, но данное предубеждение быстро тает после детального ознакомления со структурой разделов, но особенно – от соприкосновения с текстом.

Вводя читателя в «природу уголовного права», А.Э. Жалинский предупреждает: вся история отрасли изобилует диалектическими противоречиями, а потому средства врачевания временных недугов должны быть аккуратными, направленными на смягчение этих противоречий; напротив, «не годятся (сплошные – А.Б.) призывы к усилению ответственности» (с. 5). Нужен взвешенный инструментальный анализ. С чего же его начать? Автор стартует с объявления *основных проблемных ситуаций в понимании природы уголовного права*. В его представлении они таковы (назовём и прокомментируем их): 1) при крупных социальных трансформациях уголовное право превращается в «последнего защитника уходящих отношений» и потому иногда прямо «тормозит» переход к новому правопорядку (с. 7). Ну, что же в этом диковинного. Уголовное право в первую очередь призвано консервировать и на длительный период поведенческие стереотипы, а его основным объектом является инерционный обыватель; 2) в стране «по вине профессиональных юристов (конечно же, в первую очередь криминалистов – А.Б.) нет чёткого представления» об уголовном праве, не замечается его инфляция и дефицит исполнения, в результате чего отрасль дрейфует в сторону лозунгового, символического права (с. 7). Так происходит по той банальной причине, что в результате реформ общество поляризовано, а в нём наиболее слышны перепуганные вскрики любителей вестернизации во что бы то ни стало и конвульсивные призывы в прошлое сторонников безвозвратной советской схемы жизни и управления; 3) хотя «уголовно-правовые реше-

ния – это самые ответственные индивидуально адресованные решения в правовой системе», культура пользования отраслевыми средствами очень низкая, а «мотивация правоприменителей извращена и не соответствует как их собственным потребностям в безопасной карьере, так и потребностям общества» (с. 8). В условиях биологического соперничества за выживание, когда блеск 100% прибыли перевешивает все прочие ценности (К. Маркс), когда прежние увлечения «наслаждением» (прекрасным – А.Б.) вытеснены «пользой» (князь П.А. Вяземский) и примкнувшим к ней поповым андеграундом, когда прыткие коммерсанты, переименованные из «буревестников-теневиков» в «кормильцев-бизнесменов», «делают» за год миллиардное состояние, рядовому служителю закона почти невозможно удержаться от риска, он готов практически без раздумий (был бы случай!) обменять на потребительское благополучие и финансовую независимость как собственную карьеру, так и здоровые интересы всего социума; 4) несмотря на то, что «применение уголовного права влечёт... куда более значимые последствия для общества и личности, чем применение иных правовых отраслей», оно «очень часто... присваивается властью и используется ею только в своих интересах» (с. 9). Правильные слова; но тогда трудно понять логику автора, который во время публичных выступлений последнего времени и на страницах обсуждаемой книги (с. 89) стал совестить своих коллег по цеху за «новомодную» привычку критиковать власти, заговорил о «конституционной лояльности», призывает к введению запретов на негативные оценки в исполнении учёных из государственных (и ведомственных) вузов, требует соизмерять право на негативные высказывания со статусом (научным весом) оратора (писателя), протестует против «высокоабстрактных суждений» – а как же без этого достичь методологического порога; или только Юпитеру позволено заглядывать за традиционный горизонт науки и негативно отзываться о господствующих порядках и представлениях?

К числу *основных черт современного уголовного права* А.Э. Жалинский относит такие его характеристики, как а) одновременные консерватизм и изменчивость, б) статус «последнего довода государства», в) форма «канализованного насилия» в интересах безопасности населения и легитимации власти; г) неременный атрибут государства (с. 9-11). Знание истории развития уголовного права позволяет по-крупному оценить его эволюцию: если в XIX веке оно было «либеральным», в XX-ом – «социальным», то ныне трансформируется в «координирующее, коммуникативное уголовное право» (с. 11). Пусть будет так, если понимать под новыми свойствами приспособление национальной юриспруденции к международным стандартам; но с гигантским имущественным расслоением, не имеющим оправдания перед судом истории, в отрасли появились и жуткие проблемски кастовости (выведение из правоприменительного оборота традиционной конфискации имущества, упразднение советского запрета на «чейндж» штрафа и лишения свободы с одновременным, как бы специальным, поставлением в альтернативу этих видов наказания в санкциях

большинства статей Особенной части УК – как же на этом фоне ожидать толерантную коммуникативность!

В рамках системно-структурного подхода к уголовному праву, конечно же, наибольший интерес вызывают суждения известнейшего производством нестандартных взглядов специалиста о «социальной характеристике уголовного права» (с. 14- 20). Вот они: 1) социологический анализ отрасли должен включать в себя учёт потребностей общества в уголовном праве и степени его участия в правотворчестве, реализации и контроле за репрессивной деятельностью государства, оценку последствий карательных мероприятий и ресурсов, которые социум «вкладывает в функционирование уголовного права»; 2) особая нужда имеется в вычислении «переносимости уголовного права» (большое количество обвинительных приговоров в состоянии блокировать более важные социальные программы и ожидания) и в учёте его связей с политическими, экономическими и социальными процессами; 3) «уголовное право должно находиться всегда в руках законодательной и судебной, но не исполнительной власти»; 4) геополитические и прочие, более мелкие, трансформации придают уголовному праву свойство «неравновесности», которое актуализирует разговоры о кризисе и даже «об отмене уголовного права» в силу «его несовместимости с правами человека и гражданина», хотя подобные требования (пока на Западе) и производятся «в популистских либо имитационных целях». Но в любом случае отраслевая наука должна реагировать на такие настроения; «необходимо тематизировать, т.е. сделать предметом обсуждения, объём уголовно-правового насилия, его структуру... переносимость адресатом и обществом в целом, последствия».

Нельзя не согласиться с утверждением об отсутствии серьёзных аргументов для оправдания такого количества осужденных к лишению свободы и таких условий их содержания в колониях, как в сегодняшней России, поскольку «граждане Российской Федерации не отличаются повышенной склонностью к совершению преступлений» (с. 18), а «рост... тюремного населения лишь гонит преступность вверх» (с. 30). Но один аргумент всё-таки есть и представляет он из себя общественное и профессиональное сознание, носители которого по преимуществу требуют от законодателя ужесточения ответственности. В связи с этим А.Э. Жалинский решается на разговор о механизмах общепредупредительного воздействия наказания. В его представлении полемика специалистов советской эпохи относительно объекта общей превенции (нуждаются в у страшении все граждане страны или только те, кто склонен к совершению преступлений) «отражала дух времени и вынужденно была наивной. На самом деле действие уголовного права распространяется на всё общество, на все социальные группы... на все общественные отношения в данной стране... Оно сказывается на состоянии институтов практически во всех социальных сферах» и даже «влияет на распределение экономической и политической власти» (с. 19).

Здесь нужно возражать, даже если ты числишь себя самым горячим ходатаем абсолютной ценности уголовного права. Не велика цена тому социуму, жизнь которого построена и держится под страхом уголовной ответственности. В любой стране мира при любом строе должна быть *значительной* прослойка населения, поведение которой никоим образом не сообразуется с содержанием уголовного закона и практикой его применения, а покоится на более человеческих основах – нравственности, религиозных догматах, наставлениях старшего поколения, общеизвестных примерах благонравия и подвига, положительных образах из художественной литературы и театра, поговорках и пословицах, катехизисах морали от духовников нации... И неважно, кто попадёт в тот или иной исторический момент в категорию лиц, нуждающихся во врачевании страхом уголовного преследования; отнюдь не факт, что за пределами общепредупредительного влияния уголовного права окажутся сами законодатели и вообще представители правящей элиты. Кстати, Альфред Эрнестович заявляет, что «реально социальные услуги, которые оказываются на основе уголовного права, делятся между социальными группами... неравномерно» (с. 19). Зачем, тогда спрашиваем, бояться уголовного наказания тем слоям российского общества, которые классно устроились за годы реформ – заказывают музыку в распределении природных и общественных богатств, не разрешают властям вводить дифференцированное налогообложение, «незримо» участвуют в принятии решений о назначении на высшие должности в судебной и правоохранительной системе? Ей-ей, после знакомства с такими рассуждениями о мотивации законопослушного поведения в сознание стучится ехидное предположение, будто их появление (переоценка прежних советских стереотипов) случилось как результат пирровой победы рыночного эгоизма над коллективистской моралью славян, как итог растлевающего влияния «независимой» прессы на самосознание и правосознание населения. Но тогда и умонастроения «должны» быть иными¹, звать к отказу от идеи общего предупреждения вовсе; тем более, что А.Э. Жалинский известен в профессиональных кругах как резкий критик надежд на криминализацию всё новых поступков и вообще ужесточение ответственности, в чём мы его, кстати, поддерживаем.

Прочитанная и критически оценённая нами мысль А.Э. Жалинского резко контрастирует с другим его утверждением – о чрезмерности затрат на уголовную юстицию, которое мы полностью разделяем и по поводу чего прежде резко выска-

¹ В.Н. Кудрявцев (Стратегии борьбы с преступностью. – М.: Юристъ, 2003. – С. 144) сообщает, что от страха перед возможным наказанием (основной механизм решения задачи общего предупреждения) даже в советские годы проку было мало – он (страх уголовной ответственности) удерживал от преступлений 19-25% морально неустойчивых лиц (цитируется: Личность и уважение к закону. – М., 1979. – С. 44); «в настоящее время эти цифры ещё меньше – до 5,9%» (Кудрявцев В.Н. Преступность и нравы переходного общества. – М., 2002. – С. 140).

зываются¹. Действительно, если числить всё население страны объектом общепредупредительного воздействия уголовного закона, то и расходы на обеспечение устрашающего эффекта отрасли должны быть значительными. А цитируемый нами учёный, напротив и по справедливости, упрекает коллег в том, что они «очень осторожно» затрагивают проблему социальных затрат на функционирование карательного аппарата, по преимуществу отделяваясь «замечанием, что дешёвая юстиция (в итоге – А.Б.) дорого обходится обществу и требованием повышать зарплату судьям и работникам правоохранительных органов во имя борьбы с коррупцией», забывая о том, что эти затраты в прямом смысле непроизводительны, «означают перераспределение социальных ресурсов между иными нуждами (т.е. оставление без должного финансирования более важных социальных программ и проектов – А.Б.)» – с. 20.

Многим из современного поколения криминалистов, взращённых чтением одних учебников либо «вовремя» обменявших математическую, физическую, химическую, биологическую, архитектурную, сантехническую, гинекологическую и пр. специальности на вожделенную, но прежде недоступную профессию юриста, будут весьма полезными следующие широкоформатные мысли цитируемого авторитета: «нельзя судить о природе уголовного права по его задачам, сформулированным в законе (ст. 2 УК РФ – А.Б.) и предмету воздействия, описанному в книгах» (с. 22); субсидиарность уголовного права диалектически противоречива, поскольку его нормы не только подкрепляют своим принуждением предписания других отраслей (служат им), но и «меняют характер позитивного регулирования» (с. 25); определённая отраслевых запретов должна быть доведена до такого уровня, чтобы «гарантировать возможность его понимания всеми адресатами, причём

¹ См. наше: Реформы – коррупция – противоядия // Административная реформа (региональный уровень): российский и европейский опыт. – Ростов н/Д: Изд-во СКАГС, 2005. – С. 52-58; Проблемы ответственности правоохранительных органов в свете реформы госаппарата // Государственный аппарат и политические реформы в России и Германии (доклады на международной научно-практической конференции, май 2006). – Ростов н/Д: Изд-во СКАГС, 2006. – С.130-140; Обязанности и ответственность государства в сфере борьбы с преступностью // Государственность и право славянских народов: проблемы теории и практики. – Ростов н/Д: Изд-во РГУПС, 2006. – С. 88-97; Государство и преступность: борьба или противодействие // Проблемы реализации уголовной политики Российской Федерации на региональном уровне: Сборник научных трудов. – Москва-Ставрополь: Югбанкполиграфия, 2007. – С. 62-70; Элита – политика – власть // Элиты и будущее России: взгляд из регионов. Выпуск первый. Сборник материалов международной научно-практической конференции / Отв. ред. В.Г. Игнатов. – Ростов н/Д: Изд-во СКАГС, 2007. – С. 179-192; Система и структура уголовного права. В 3 т. Том II: Системная среда уголовного права. – Ростов н/Д: Изд-во ЮФУ, 2007. – С. 307-322; Государственное реагирование на преступность // Российский юридический журнал. 2008. № 3. – С. 68-76; Уголовная политика: Учебное пособие. – Ростов н/Д: Ростовский государственный экономический университет «РИНХ», 2008. – С. 114-131; Общество и преступность: возможная стратегия уголовно-правового реагирования // Противодействие преступности: уголовно-правовые, криминологические и уголовно-исполнительные аспекты. Материалы III Российского Конгресса уголовного права, состоявшегося 29 – 30 мая 2008 г. – М.: Проспект, 2008. – С. 351-353.

(даже – А.Б.) в сложных пограничных ситуациях реализации» (с. 27); система уголовно-правовых запретов базируется на идее беспроблемности (с. 27); субъект преступления «не может отвечать за ухудшение положения с правопорядком» (с. 27).

В самом важном (профильном для обсуждаемого нами вопроса) разделе книги («О методологических основаниях уголовного права») в карьер утверждается, что «уголовное право... находится в кризисе, и уголовно-правовая методология в её нынешнем состоянии не способствует его преодолению» (с. 28-29), что «господствующая философская система и так или иначе связанная с ней идеология оказались как минимум неадекватными условиям перемен» и в силу этого подвергнуты обществом глубокому сомнению» (с. 30). Посему методологические основания науки уголовного права «выходят за пределы сугубо философской проблематики», равно как «образуют собой предзнания», расположенные за рамками привычных границ отраслевых рассуждений, и в первую очередь отличаются от (пресловутых, технических, примитивных) правил законодательной техники (с. 32), о которой с любовью и очарованием пишут практически все лица, далёкие от правотворческих дел. Это очень верно и своевременно: методологические основы науки нужно видеть прежде всего в пограничных исследованиях, в постановке и разрешении стратегических задач, в стремлении использовать крупномасштабные мыслительные технологии, в первую очередь системный подход. Лишь анализ широких социальных оснований формирования и функционирования уголовно-правовых запретов и предписаний в состоянии наметить выход из кризиса и страховать от его повторения впредь.

Совершенно правильно ставится задача развивать методологические основания уголовно-правовых исследований (от которых, в конечном счёте, зависит принятие оптимальных решений по борьбе с преступностью и их эффективная реализация) посредством *дискурса*¹, т.е. коллективного обсуждения актуальных проблем с предъявлением аргументов (с. 35) и с элементами плюрализма (с. 37), но с оговоркой, что в настоящее время результативный интеллигентный дискурс затруднён из-за негативной социальной памяти, распространённости консервативных взглядов и низкого уровня развития уголовно-правовой науки (с. 75). При этом в содержании самих методологических основ отрасли следует различать «систему онтологических и гносеологических аргументов, обеспечивающих осуществление интеллектуальной деятельности» (с. 36).

Демонстрируя приверженность идее дискурса, А.Э. Жалинский увлекает представителей отраслевой науки двумя свежими проблемами. Первая из них – *легитимность уголовного права* – базируется, на его взгляд, на двух «плохо совместимых» установках: а) на давней обольстительной идее социального контракта или общественного договора; б) на постулате о верховенстве го-

¹ Дискурс – «процесс взаимодействия и обсуждения идей, идеологий» (Соловьев А.И. Политология. Политическая теория. Политическая технология. – М.: Аспект Пресс, 2000. – С. 550).

сударства и его праве на насилие (с. 39). Цитируемый, тароватый на эксклюзивные находки специалист нашей отрасли ни был бы самим собой, если бы саркастически не оценил истоки и пороки обеих опор легитимации. Первая идея, говорит он, часто деформируется по следующим направлениям: «гражданин, передав права на защиту (публичной власти – А.Б.), по существу лишается контроля за реализацией» (переданных полномочий – А.Б.), а «действительные интересы потерпевших не защищаются»; власть не несёт реальной ответственности за свои ошибки и бездействие.; правоохранительные органы нередко квазиприватизируются либо выступают не как сфера обслуживания, имеющая специальную компетенцию, а как власть, сама решающая, кого ей нужно воспитывать, исправлять, карать». Вторая опора легитимности уголовного права также ущербна: «в сложном сплетении ветхозаветной морали, поведенческих норм и соблазнительных философских учений тех, кого позже назвали лжепророками, возникает и формируется концепция уголовного права как инструмента борьбы с негативными социальными явлениями, средства осуществления социальной утопии», ибо насилие как «повивальная бабка истории» обеспечивает искоренение преступности через ликвидацию человека человеком (с. 39).

Чем не (хотя бы пунктиром) программа методологических исследований для нашей отрасли? А автор всё не унимается: призывает «жёстче выявлять служебную роль государства и ответственность государственных органов за выполнение социального контракта» (с. 41), напоминает, что общество не может верить, будто «постоянно ошибающийся законодатель и слабо владеющие родным языком субъекты формирования законодательных решений действительно могут принимать решения со знанием дела» (с. 42), обращает внимание на ненормальность ситуации, когда государство, не создав минимальных жизненных условий для своих граждан, жёстко наказывает их за невыполнение правовых обязанностей, а само остаётся безответственным (с. 42-43).

Вторая проблема для возможного методологического дискурса – сочетание в уголовном праве символического и рационального начал. От этого союза никуда не деться («уголовное право по природе вещей имеет символическое содержание» – с. 44; «и символическая, и рациональная составляющие уголовного права сопровождают друг друга, что объективно неизбежно и (даже – А.Б.) субъективно желательно» – с. 45); его нужно лишь гармонизировать. Представителям отраслевой науки, по традиции привыкшим только к рациональностям, будет полезно узнать, что символическая часть уголовного права есть своеобразный бренд, наша деловая репутация, кредитный рейтинг, а потому «любой неправосудный приговор, неверная квалификация деяния», не ликвидируя символическое воздействие уголовного права вообще, всё-таки снижают его позитивную направленность и восприимчивость в обществе (с. 51). Подмечается, что исследование символических начал более политизировано, нежели рациональностей (с. 46). По А.Э. Жалинскому символизм уголовного права проявляется в постановке предельных задач юридического регулирования (в

первую очередь это касается цели «восстановления социальной справедливости» наказанием), в стимулировании правомерного поведения принуждением, в письменной и правоохранительной легитимации государственного упрека преступникам (с. 47).

Поскольку уголовное право «является предметом постоянного общественного внимания» (с. 66), с чем нельзя спорить, а ныне оно переживает кризисное время, возникает особая нужда в *аналитическом подходе* к отрасли (с. 67). Исходными постулатами к этому предложены следующие установки: уголовное право – сложный социальный феномен, который очень затратен и опасен, представляет собой продукт мыслительной деятельности, в познании очень политизированный; оно не сводится к законодательству, должно стремиться к максимальному результату при минимальных издержках (с. 68-69). А.Э. Жалинский предлагает отраслевикам сосредоточиться на ресурсоёмкости уголовного права и трансакционных издержках его применения, учитывать влияние Уголовного кодекса и правоохранительной деятельности на позитивное законодательство и структуру политической власти (с. 70).

В самом критическом разделе книги (П-м) оценивается состояние отраслевой науки и уровень познания ею «своего» уголовного права. А.Э. Жалинский безапелляционно утверждает, что «современная уголовно-правовая наука находится в более кризисном состоянии, чем преступность и практика борьбы с ней, а её влияние на практику имеет зачастую отрицательный характер» (с. 105-106). Доказательства таковы: а) крайне слабо представлены обществу методологические и конституционные основания для использования уголовного законодательства; б) «не показана теснота связи динамики преступности с изменениями уголовного законодательства»; в) нет дельных предложений по экономии уголовно-правовых ресурсов; г) не просчитана реальная общественная опасность преступлений; д) в науке ничего конкретного не говорится о задачах уголовного права; е) не проверяется переносимость уголовной репрессии; ж) «уголовно-правовая наука мало что может сказать о реальных последствиях принятия или отмены уголовного закона» (с. 106-107).

Фактически представители отраслевой науки оказались в арьергарде гуманитарной мысли, но взамен «возникла мода на популистскую оппозиционность, часто очень плохо сопоставимую со статусом того или иного автора» (с. 108). Параллельно же развиваются новые негативные тенденции: большинство публикаций рассчитаны только на их авторов; чрезмерно много внимания уделяется лингвистике нормативных текстов; разрыв между материальным и процессуальным правом стал «слишком велик»; отсутствуют рациональные схемы реализации научных предложений; уголовное право во многом зависит от силовых структур, а не от самоконтроля в науке (с. 108-109). Что делать? А.Э. Жалинский отвечает так: нужно расширить доступ исследователей к судебным решениям; сделать обязательными пояснительные записки к законопроектам по борьбе с преступностью; проводить конкурсы на проектирование уголовного законодательства; оценивать научные предложения по последствиям; обеспечить альтернативность при проектировании новелл УК (с. 112).

Теория уголовного права, на взгляд цитируемого учёного, есть прикладная наука, предназначенная для выращивания отраслевых институтов (с. 113). Потому следует усилить её аргументационную основу и включить её в общенациональный дискурс (с. 114). Полезно помнить при этом, что «развитие уголовно-правовой науки зависит не столько от многих случайных факторов..., сколько от социального и профессионального контекста, окружающей среды» (с. 114).

В методологическом отношении очень важен вопрос о *парадигмах* отраслевой мысли или *сгустках предпонимания*, на основании которых и без какой-либо проверки строится процесс познания уголовного права (с. 122-123). Автор выделяет 4 парадигмы для отрасли (уголовно-правового подавления, символическая, бюрократического присвоения уголовного права и рационального использования уголовного закона как социального инструмента). Первая парадигма по накатанному в 90-х годах либералами реваншистскому каналу как бы адресуется только советскому строю и в концентрированной форме сводится к историческому оптимизму, идеологическому единомыслию, минимизации расходов отрасли за счёт осужденных, игнорированию последствий правоприменительной деятельности, а также искажению общественного мнения (с. 125). Символическая парадигма – продукт разложения предыдущей, а для неё характерен расчёт на знаковые явления и на пессимизм как моду науки (с. 125-126). Бюрократическая или бизнес-парадигма выделяется разложением правоохранительной системы, массовой коррупцией и продажей уголовно-правовых решений (с. 127). Наконец, рациональная парадигма должна бы быть главной в познавательном и практическом процессах, но пока она не господствует в России. Язык последнего сгустка предпонимания – результативность, эффективность, переносимость, затраты, выгоды, последствия, соразмерность и т.д. (с. 128).

Рассматривая уголовное право как социальный инструмент, А.Э. Жалинский пользуется категориями *ресурса* отрасли (сумма компетенций и возможностей – с. 179), *спроса* на уголовное право (как реакции на беспокойные вопросы – с. 197) и уголовно-правовых *рисков* («опасность быть подвергнутым уголовному преследованию без законных материально-правовых оснований» – с. 242). Мы видим, что виднейший специалист отрасли буквально одаривает коллег целым набором свежих и очень полезных для развития отраслевого правопонимания понятий и терминов: помимо только что упомянутых ресурса, спроса и риска, прежде обособывались категории дискурса, легитимности, переносимости, социальных услуг – и всё в приложении к уголовному праву. Чем ни программа методического приращения!

А.Э. Жалинский в силу многолетней привычки работать на предельных режимах, т.е. возбуждать новые проблемы и предлагать нестандартные их решения, вводит в оборот недоступные «средняку» от науки понятия и термины, преимущественно из других сфер знания и регионов планеты, безжалостно отличать звонкое слово от глубинного смысла и отдавать предпочтение последнему, давно заслужил богобоязненное к себе отношение. Но мы всё-таки уверены, что провинциальный (с обочины) обзор

«столичного» продукта будет воспринят им с пониманием хотя бы того обстоятельства, что и другим отраслевым, обретающимся в далеких от Москвы вузах, не запрещается лезть вверх, по каменистым тропам науки, к её методологическим высотам.

Безусловно, методологическая проблематика образует сердцевину монографии, составленной Ю.В. Голиком в виде подборки фрагментов из книг криминалистов XIX века и претензионно им озаглавленной¹. Конечно, наше внимание должно быть уделено по преимуществу не многократно цитированным произведениям Н.Д. Сергеевского, Н.С. Таганцева, И.Я. Фойницкого, И.В. Михайловского, или реже – Ад. Франка, а прежде всего вступительной статье самого Ю.В. Голика. В ней учёный без обиняков заявляет, что вне «философского осмысления правовых проблем можно очень долго толочь воду в ступе и вести бесконечные споры» (с. 11), что под флагом любомудрия «в ближайшее время обострится интерес учёных к герменевтике и деконструкции (а при более широком подходе – к феноменологии)» – с. 8, что «серьёзного философского осмысления требует такое явление как патология права» (с. 16).

К глубинным вопросам отрасли, требующим философской осязки², Ю.В. Голик относит также: ответственность (с. 26), вину (с. 26-27), поощрение в балансе с наказанием (с. 27-29), медиацию как вариант «усиления частных начал в уголовном праве» (с. 30), причинную связь, ибо «в теории уголовного права, наверное, нет более «философской» темы, чем проблемы причинной связи» (с. 35), сублимиацию, «поскольку люди крайне неохотно расстаются с чем-то, к чему они привыкли» (с. 37) и принципы (с. 39)³. Но более всего⁴ им пропагандируется союз морали и нравственности – «вот неисчерпаемый источник вдохновения и полёта мысли исследователя! Наверное, нет ни одного института уголовного

¹ Философия уголовного права / Сост., ред. и вступ. статья докт. юрид. наук, проф. Ю.В. Голика. – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. – 348 с.

² Нельзя ни отметить, что делает и сам Ю.В. Голик, что философские корни уголовного права ищут и другие специалисты нашей отрасли. – См., например: *Бачинин В.А.* Философия права и преступления. – Харьков, 1999; *Кондратюк Л.В.* Антропология преступления (микрোকримнология). – М., 2001; *Поздняков Э.А.* Философия преступления. – М., 2001.

³ Ю.В. Голик произносит очень «тёплые» слова в адрес принципов, но после этого солидаризуется с мнением *Ф.М. Решетникова*, согласно которому закрепление и нормативное наполнение принципов в тексте уголовного закона – «это явный пережиток прежнего УК» и неудача современности (Уголовный кодекс РФ в сопоставлении с уголовным законодательством стран Запада // Журнал российского права. 1998. № 2. – С. 75). У нас другое отношение к оцениваемому факту; открытое провозглашение исходных начал уголовно-правового регулирования ставит власть под дополнительный присмотр общества, позволяет критикам сверять текущее правотворчество и правоприменение с ранее выставленными для всеобщего обозрения в начальных статьях УК эталонами. Отсюда нормативное закрепление принципов – не пережиток плохого прошлого, а средство контроля гражданского общества за репрессивной деятельностью государства.

⁴ Чуть позже к существенным, философским, мировоззренческим и методологическим вопросам уголовного права проф. Ю.В. Голик отнёс понятие и природу преступления, его соотношение с законом. – См.: *Анастасия Матвеева.* О методологическом семинаре для аспирантов по уголовному праву «Философские основы уголовного права» // Уголовное право. 2006. № 2. – С. 143.

права, который бы ни замыкался в конечном счёте на мораль и нравственность» (с. 33). И далее: «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 не читаются» (с. 35).

Но наш главный интерес, естественно, направлен на те страницы предисловия, где Ю.В. Голик пишет непосредственно о методах и методологии уголовного права. Так необходимо хотя бы по той причине, что отраслевая мысль традиционно довольствуется кратким утверждением, будто метод есть способ познания, а методология – их совокупность. Наш автор, отталкиваясь от работ представителей общей¹ и отраслевой² юриспруденции, утверждает, что метод – это способ получения результата, путь познания, а методология – «понятие интегральное, объединяющее в себе ряд компонентов: мировоззрение и фундаментальные теоретические концепции, диалектические категории и законы, обще- и частнонаучные методы» (с. 43); «метод позволяет узнать одну из сторон изучаемого явления», а «методология позволяет познать сущность этого явления» (с. 44); «методология – это система координат, а метод – вектор поиска и действия» (с. 44). Из этой подборки весьма кратких, но чётких и выверенных суждений мы бы выделили те обстоятельства, что системно-структурный подход к уголовному праву можно именовать методологическим направлением лишь в том случае, если он подкрепляется несколькими частными приёмами познания, если сугубо познавательные поиски усиливаются присоединением мировоззренческих основ и концепций.

А теперь воспользуемся собранными Ю.В. Голиком текстами корифеев юридической науки – и сделаем это в стиле попури, бегло выискивая мысли о системной ориентации в познании (уголовного) права. 1. Ад. Франк³ под философией уголовного права разумеет те «начала, на которых основывается или должно основываться уголовное правосудие, и правила, которым оно должно следовать, исполняя свою печальную миссию» (с. 57), «естественные основы человечности и правосудия, приспособленные к репрессии преступлений и к защите общества» (с. 62). Мы видим, что уголовное право в своём системном свечении освобождается от линейных зависимостей; но когда много доминант, нужна их ие-

¹ *Байтин М.И.* Сущность права (Современное нормативное правописание 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; *Лукич Р.* Методология права. – М., 1981; *Мальцев Г.В.* Понимание права. Подходы и проблемы. – М., 1999; *Матузов Н.И.* Актуальные проблемы теории права. – Саратов: Изд-во СГАП, 2003; *Сырых В.М.* Метод правовой науки. – М., 1980.

² *Горбуза А.Д., Козаченко И.Я., Сухарев Е.А.* Понятие методологии уголовно-правовой науки // Уголовно-правовые меры борьбы с преступностью в условиях перестройки. – Свердловск: СвЮИ, 1990; *Наумов А.В.* Обновление методологии науки уголовного права // Сов. государство и право. 1991. № 12.

³ *Франк Ад.* Философия уголовного права в популярном изложении / Перевод с фр. Д. Слопинского. – СПб.: В типографии О.И. Бакста, Невский, 71, 1868.

рархия, последовательность, профессиональные договорённости об удельном весе различных сред уголовного права.

В том, какие же начала составляют философию отрасли по Ад. Франку, явно светится просветительская идеология XIX века. Философия уголовного права, говорит он, заключается в решении всего трёх вопросов: на чём основывается государственное право наказания; какие действия людей должны быть подведены под уголовный закон; какие свойства должны быть у наказания (с. 64). И дополняет: «из этих трёх вопросов, без всякого сомнения, первый самый важный¹, самый достойный внимания со стороны философа и законодателя, моралиста и законоведа, но также и самый трудный, самый отвлечённый и самый сложный, потому что от образа решения этого вопроса зависит решение всех остальных; смотря потому, как он был разрешён законодателем, можно наперёд сказать, основано ли законодательство на определённых началах или оно – творение страстей и произвола, служит ли оно выражением справедливости и разума или орудием угнетения и ненависти» (с. 64-65). Как видим, в отраслевой философский ареопаг не попали многие истинно коренные вопросы борьбы с преступностью (принципиальные установки, уголовно-политические воззрения, нравственные ограничения и т.д.). Методология (самопознание науки) явно подменена теорией и нравственностью.

2. С.П. Мокринский² уверенно заявляет, что нравственность – на указ для власти: «законодатель не должен считать себя безусловно связанным нравственными представлениями хотя бы и широких кругов населения – тем более нет, если он видит в них продукт исторического переживания или невежественный предрассудок. Как выразитель нравственного начала, он вправе и должен идти впереди своего народа» (с. 209). Смело, частично верно, опасно, но, главное – не по адресу. Сегодня даже школьнику ведомо определение тоталитаризма как такого строя жизни, при котором нравственность входит в компетенцию власти. Законодатель – выразитель нравственности? То, что С.П. Мокринский именует парламентской нравственностью, есть банальная политическая целесообразность, ловко маскирующаяся под мораль, есть отчаянное желание перемен по (единственному) мотиву перераспределения общественного богатства, хотя населению сообщают мысль о реформах ради улучшения условий существования последнего.

Наша критика частично подкрепляется нижеследующим текстом от самого С.П. Мокринского, согласно которому «начала нравственности и права малоподвижны и устойчивы, – напротив, предоставленная самой себе политика изменчива и калейдоскопична, как в начертании своих задач, так и в выборе средств их практического достижения. В значительной мере она является продуктом личной случайной находчивости, остроумия, индиви-

¹ Сам Ад. Франк смысл карательной власти видит в «праве самосохранения, которое принадлежит обществу, как и индивиду» (с. 134).

² *Мокринский С.П.* Наказание, его цели и предположения. Часть I: Общее и специальное предупреждение преступлений. – М.: Университетская типография, на Страсном бульваре, 1902.

дуальной изобретательности (в XIX веке учёные даже не знали, не предполагали или были настолько воспитаны, что не позволяли себе именовать «изобретательность» политика современной повышенной «проходимостью» – А.Б.). Одна принципиальность даёт ей устойчивость, сообщает достоинство и вместе обеспечивает прочный успех» (с. 217-218). Вместе с тем и несмотря на сказанное, нравственные воззрения, юридические традиции и пр. соображения уступают натиску «калейдоскопичной» уголовной политики, являются всего лишь условиями социальной среды, с которой должен соотнобразовываться действующий политик (с. 221).

З. И. Я. Фойницкий¹ с присущей ему яркостью писал: «в области уголовной расправы частному лицу... принадлежит право обороны, обществу – право порицания, государству – право наказания» (с. 323). 4. И. В. Михайловский² как бы сформулировал целую программу отраслевых исследований под тем условием, чтобы наказание не вырождалось в голое насилие, а служило праву (и таким образом являлось бы одним из факторов культуры), для чего необходимо: «1) самым тщательным образом определить все условия, при которых человек может быть наказан; 2) установить исчерпывающий перечень тех правонарушений, которые по условиям данной социальной среды являются столь серьёзными, что бороться с ними можно только путем наказания и 3) выработать наиболее целесообразные и справедливые формы наказания. Кроме того, необходимо создать солидные гарантии для справедливого решения в каждом конкретном случае такого острого вопроса, как вопрос об осуществлении карательного права государства» (с. 338-339). Опять в этих совестливых призывах есть всё, кроме методологии; налицо «теоретические» критерии криминализации и гарантии их соблюдения.

В самом конце XX века американский и российский учёные затеяли интеллектуальное соревнование по «универсальной грамматике» уголовного права, составленной ими же как ответы на 12 кардинальных вопросов отрасли, – в результате на свет появилась одновременно очень знаменательная и занимательная книга³, единственная в своём роде для отечественного уголовного права. Вот как объяснил её целесообразность и полезность построения текста в форме беседы на встречах курсах Дж. Флетчер: «понимание универсальной структуры уголовного права служит противовесом от его позитивистских искажений последнего времени. Действительно, в каждой стране существует собственный уголовный кодекс, но наличие кодексов должно трактоваться (всего лишь – А.Б.) как своего рода национальный ответ на общие вопросы, составляющие фундамент уголовного права. Разные страны могут находить различные ответы, трактуя эти исходные категории, но такие решения, составляющие поверхностный слой права, не должны затмевать несомненное единство, лежащее в основе правовых культур» (с. 9-10). А.В.

¹ Фойницкий И.Я. Учение о наказании в связи с тюремоведением. – М., 2000.

² Михайловский И.В. Очерки философии права. Том I. – Томск: Издание книжного магазина В.М. Посохина, 1914.

³ Флетчер Дж., Наумов А.В. Основные концепции современного уголовного права. – М.: Юрист, 1998. – 512 с.

Наумов со своей стороны посчитал необходимым уже во введении объявить прогноз (разумеется, зависящий в своей реализации не только от выхода книги в свет) о «повышении роли судебного прецедента в системе европейского континентального права» (с. 26), а также предупредить читателя о необычности «одновременного рассмотрения вопросов материального уголовного права и уголовно-процессуального. Да, это чисто американская традиция. В нашей юридической науке эти аспекты разведены по «изолированным квартирам» двух самостоятельных отраслей права». Однако «американский подход мне импонирует. Дело в том, что отдельно друг от друга уголовный и уголовно-процессуальный кодексы существуют лишь как специфические литературные произведения (как книги). Реализация же норм уголовного права происходит только вместе и одновременно с нормами процессуальными» (с. 27-28).

Пролистаем данный фолиант в надежде обнаружить подкрепление либо оппозицию нашим, уже изложенным в прежних томах взглядам, или методические советы криминалистам, а также «по-настоящему» методологические откровения. Согласимся, что в случаях соприкосновений и сопоставлений национального права с международным (и зарубежным) такое возможно в первую очередь. 1. *О различении и единстве материального и процессуального права.* Уже в первой главе проф. А.В. Наумов многозначительно объявляет: «именно процессуальными нормами определяется то, как государство исполняет уголовный закон... В целом можно сказать, что материальные нормы устанавливают «вину в принципе» (выражение Дж. Флетчера – А.Б.). Процессуальные же нормы определяют, виновато ли фактически данное лицо» (с. 30)¹. «Уголовный кодекс обращён в первую очередь к гражданам... Уголовно-процессуальный же кодекс, напротив, в первую очередь своим адресатом имеет профессиональных работников уголовной юстиции...» (с. 32). Резюме: «давайте согласимся, что существуют как бы «классические», как бы «абсолютные» материально-правовые и такие же процессуальные нормы... И в то же время действительно есть материально-правовые нормы как бы «с примесью» процессуального содержания и такие же процессуальные нормы «с примесью» содержания материального» (с. 62). Ещё бы ни соглашаться: каждая отрасль функционирует не в вакууме, но подкрепляя своими регламентами и потенциалами установления других отраслей, а взамен питаясь надеждами на их встречные услуги; каждый объект действительности автономен лишь относительно, реализуя свои функции и сохраняя свои идентификационные черты благодаря не только прочности внутреннего содержания, но и посредством налаживания внешних связей с окружающей средой.

2. *О вариантах уголовно-правового воздействия* или беседа о допустимости принудительных (и неопределённых либо повторных принудительных) мер вне рамок уголовного закона. А.В. Наумов, в частности, откликнулся на проблему «подозрением» в отношении «законности» дополнительных наказаний (с. 94-95): «приговор

¹ Процессуальные нормы не определяют виновность конкретных лиц, а лишь указывают допустимые способы установления этой виновности в деятельности юристов.

вынесен единожды. Но очевидно, что виновный будет подвергнут наказанию **дважды**. Один раз – в виде лишения свободы, а второй – после его отбытия (как дополнительного наказания в виде лишения права занимать определённые должности или заниматься определённой деятельностью – А.Б.)». Ставится под сомнение соблюдение принципа *non bis in idem*. В нашем понимании никакого отступления от данного международного, конституционного и отраслевого стандарта нет¹. Принцип *non bis in idem* не нарушается не только практикой употребления дополнительных наказаний (назначение по приговору суда и основного, и дополнительного наказания суть единый собирательный акт покарания виновного, состоящий из этих мер, по законодательно-техническим соображениям рассортированных порознь в Общей и Особенной частях УК), но и в случаях отмены условного осуждения (наказание вовсе не отбывалось, а при принятии решения о реальном исполнении наказания суд повторно не входит в обсуждение существа преступления); осуществляемой по закону замены прежде назначенного и не отбытого до конца наказания на более мягкий вид (откровенный шаг в пользу преступника, а не надругательство над идеалом *non bis in idem*, поскольку первичная, нереализованная мера ответственности замещается более гуманным воздействием).

Ещё один фрагмент «концептуального анализа наказания» в исполнении А.В. Наумова: «признание восстановления социальной справедливости целью наказания (да ещё поставленной законодателем на первое место среди других целей) требует одновременного откровенного признания в том, что эта цель не может означать ничего другого, как цели возмездия – восстановления нарушенных преступлением ценностей и прав» (с. 109). Приведённое толкование слишком эксклюзивное (авторское). Установка на идею социальной справедливости через наказание может означать и означает не только пугающее либерально настроенных граждан возмездие, но и психологическую поддержку законопослушных обывателей, яркое подкрепление гуманного тезиса о вседействии права (прежде всего не уголовного), социально-политическую попытку властей найти поддержку у населения в таком скандальном деле, как уголовное правосудие, и т.д.

Обсуждая публичный и частный аспекты наказания, американский учёный произвёл «открытие»: если наказание предполагает наличие нейтральной власти, а обычные граждане такой властью по отношению друг к другу не обладают, говорит он, то «имеет смысл подумать о наказании как о выражении публичной власти» (с. 113). Мы, на континенте, так уже давно подумали и признали за истину государственную монополию на применение наказания. Более уместно и ценно другое наблюдение чужеземца: «насколько наказание уравнивает преступника с жертвой, настолько оно выполняет исправительную функцию. Оно как бы уравнивает страдания обеих сторон... Отличительная черта наказания состоит в том, что оно выполняет и дистрибутивную (распределительную)

¹ См. наше: Уголовное право. Общая часть: Учебник / Под ред. В.Н. Петрашева. – М.: «Издательство ПРИОР», 1999. – С. 54.

функцию. Дистрибутивное правосудие означает, что преимущества и тяготы жизни распределяются между ними (виновным и потерпевшим – А.Б.) пропорционально вкладу каждого» (с. 115). Хорошо, что тут же следует оговорка – «страдания преступника на самом деле не снимают и не облегчают страдания жертвы».

3. Разговор о *субъективных и объективных параметрах от-расли* имеет, конечно, много ответвлений. Соавторы же выборочно сконцентрировались на таких аспектах, как (ин)детерминизм и уголовная ответственность, воля и вина (Флетчер: «умысел – это не внутренний опыт, не состояние менталитета, не сознание и ничто другое из того, что обычно подразумевают юристы. Умышленное действие – это вид действия. Умысел, с которым действует человек, сопровождает действие в той же степени, в какой мысль сопровождает речь» – с. 161), упрёк при пассивном порядке причинения вреда и допустимость преследования бездействия (Флетчер – «наиболее важная черта преступлений бездействия состоит в том, что само бездействие является его сутью. Других последствий не нужно» – с. 140; Наумов – «сущность бездействия в уголовно-правовом смысле заключается не в бездействии физическом, а в его социальном содержании. Последнее же состоит в невыполнении лежащих на лице обязанностей» – с. 145).

4. Для установления уголовной противоправности и вменения, по мнению проф. А.В. Наумова, используются «два метода создания права (нормы и парадигмы)», причём «законотворчество основано на формализации нормы, которая имеет свои очерченные границы», а «в судебной практике создаётся некий «матричный» образ преступления и наказания за то поведение, которое суд определяет как преступное. Так, прецедент становится парадигмой правонарушения. Другими словами, он становится моделью для соизмерения любых новых случаев. И если в рамках той степени приблизительности, с которой действуют суды, случай «достаточно похож» на парадигму, он подпадает под уголовный запрет. Если он «значительно отличается» от парадигмы, то он не является преступлением (с. 227). Парадигма есть прецедент. А «без судебного прецедента не обойтись при квалификации преступлений», особенно для случаев толкования оценочных признаков уголовного закона (с. 228-229).

И далее: «признание за судебным прецедентом (прецедентом-толкованием) роли источника уголовного права не противоречит... принципу «нет преступления без указания о том в законе». Судебный прецедент является вторичным и производным по отношению к уголовному закону, подчинён ему, конкретизирует «букву» закона, наполняя её реальным содержанием, и в конечном счёте является необходимым условием реализации воли самого же законодателя. И думается, было бы неплохо, если бы в будущем российские суды смогли **официально** ссылаться в приговоре на решения Верховного Суда РФ именно как на прецедент толкования применяемой ими уголовно-правовой нормы, разумеется, после ссылки на саму правовую норму. Более того, без этого перспектива становления в России **подлинной судебной власти** представляется весьма призрачной» (с. 230). Последнее положение, конечно же, спорно; почему подлинная судебная власть должна подкре-

пляться именно правом на частичную подмену законодательных учреждений? Если уж возвышать арбитражную ветвь управления до подлинных небес, почему бы и прерогативы исполнительно-распорядительных учреждений не адресовать суду? Прецедент нужен не для возвышения судейского корпуса, а ради более умного, точечного применения (уголовного) закона.

Примечательна и полезна мысль того же автора о том, что «проблемы криминализации и декриминализации связаны, по сути дела, с более общими проблемами развития любого государства и общества (решения которых, например, при криминализации государство намерено достигнуть, в том числе и за счёт уголовно-правовых средств)» (с. 234). Здесь мы имеем дело с декларированием системной привязки уголовно-правовых решений к требованиям окружающей среды.

5. Можно было бы и далее цитировать наиболее примечательные (по своей оригинальности либо доказательности) суждения и взаимные контроверзы Дж. Флетчера и А.В. Наумова (об обстоятельствах, исключающих ответственность, умысле и неосторожности, самообороне и крайней необходимости, природе и разновидностях ошибок субъекта посягательства, окончанном и неоконченном преступлении, соучастии и законности), однако и приведённых цитат довольно, чтобы понять: мы имеем дело с умной увлекательной книгой о болезненных проблемах отрасли, о возможном поиске трудных истин, но почти без обсуждения исследовательских технологий познания этих истин; налицо сильная логистика, практически не обременённая обращениями к самосознанию доктрины. Текст рецензируемого труда лишь изредка озаряется методологическими сполохами¹, иногда спорными. Так, американец сочувствен-

¹ Справедливость требует приведения тех редких мест книги, где авторы демонстрируют возвышение над отраслевой теорией в пользу методологии: а) «случай может иметь место только там, где существует причинный разрыв между действием и следствием» (с. 286, Флетчер) – его Величество случай или запасной фонд Господа отменяет монополию необходимости; б) «подгонка» индивидуального поведения под стандарт общества – это не всегда нечто несправедливое» (с. 308, Флетчер) – таков удел и имманентная черта юриспруденции вообще; в) уголовно-правовые презумпции, даже имеющие тысячелетнюю историю, могут «терять своё универсальное значение» либо менять своё содержание на противоположное в процессе эволюции общества (с. 381-382, Наумов) – на то они и презумпции, чтобы опровергаться; г) «в американской уголовной юстиции» доминирует некая «утилитарная философия», основу которой составляет «анализ издержек и преимуществ» (с. 457, Флетчер) – примитивизм не всегда опречен; 5) «признание акцессорности природы соучастия вовсе не означает абсолютной зависимости ответственности соучастников от ответственности исполнителя» (с. 465, Наумов) – отклик на медвежий угол отрасли; б) «справедливость соотносится с законностью как еда в бистро с сервировкой трапезы из восьми блюд... Справедливости присущи все обещания и риски бурного любовного романа, а законность даёт стабильность надёжного брака. Законность обеспечивает стабильность уровня справедливости» (с. 489, Флетчер) – очаровательное резюме по поводу диалектического противостояния права и морали; 7) «неотвратимость уголовной ответственности – это всё-таки идеал, а «преступность – своеобразная плата за демократию» (с. 496-497, Наумов) – чем не познавательные ориентиры и предостережения!; 8) хотя уголовные кодексы обладают некоей «авторитарной ценностью», «уголовное право *всегда* (курсив к этому симпатичному по контексту слову наш – А.В.) включает в себя принципы, которые выходят за рамки юридических формулировок, используемых в уголовных кодексах» (с. 502, 505, Флетчер) – разум и его письменная обёртка всегда дистанцированы, проигрывают по богатству анализируемым объектам.

но представляет ту часть англосаксонской доктрины уголовного права, согласно которой покушение на преступление рассматривается «как базовое и исходное правонарушение, а оконченные преступления... – как специфические последствия умышленного покушения», согласно которой «наказание должно налагаться за покушение, а не за его «случайные» последствия» (с. 422-423). Вот это да! Часть содеяния важнее целого; покушение истинно, но оконченное посягательство случайно; конструировать уголовную ответственность нужно на основе незавершенных отраслевых деликтов, которых всегда меньше в общей массе преступлений.

Очень показательны и достойны обильного цитирования результаты суждения Дж. Флетчера и А.В. Наумова, сосредоточенные в заключительной главе книги – ведь они суть признания в любви к системному подходу, призыв к выходу за узкие рамки дисциплинарных обследований преступности и мер по борьбе с ней. 1. «Когда юристы ограничивают себя своими собственными «священными» законами, они становятся неспособными воспринимать универсальные импульсы, стоящие за всеми без исключения правовыми системами» (с. 506, Флетчер). Универсальные импульсы, как нетрудно понять, есть позвы внешней среды. 2. «Фундаментализм в праве является, конечно, проявлением реакционных тенденций. Он неизбежно приводит соответствующую правовую систему к отставанию от исторического прогресса, к консервированию недемократических правовых установлений. К счастью, право, как и мир, всё-таки со временем меняется и развивается в направлении защиты общечеловеческих ценностей. И пусть в будущем именно они и лишь они станут выражением правового фундаментализма» (с. 506, Наумов). Общечеловеческие ценности, бесспорно, расположены за пределами юридических технологий, коренятся в строе жизни и надеждах цивилизации, корректируют правовое регулирование в гуманитарном направлении. 3. «Право, как и религия, требует веры в него. Хорошие юристы должны верить, что справедливые решения возможны и что они вносят свой вклад в поиск истины, начиная со своих традиционных законов, но в то же время стремясь выйти за их пределы. Цель данной книги состоит в том, чтобы зародить веру в возможность получения знаний путём выхода за рамки тех законодательных текстов, с которых мы все неизбежно начинаем» (с. 507, Флетчер). Двери для выхода исследователей в безбрежный социальный мир и возвращения из него, обогащённых знаниями, в прокрустово ложе юриспруденции всегда открыты – были бы желание и адекватный задачам системного обзора отрасли разум. 4. «Важность данной работы состоит не в самих концепциях», а в том, что «они изложены парами, и как пары... служат диалектическими «рёбрами» жёсткости внутри «каркаса» правовой культуры. Чертой, общей для всех видов правовых систем, является диалектическая связь между этими «рёбрами» (с. 508, Флетчер). Удвоение и вообще сопряжение нескольких традиционных методик в сложный исследовательский узел ведёт не столько к жёсткости получаемых знаний, сколько к их достоверности и возможностям дальнейшего безболезненного развёртывания в более масштабную картину.

Ценные методологические наблюдения содержатся в монографии В.М. Когана полувековой давности: а) «формализм содержания в уголовном праве полезен. Он есть господство над изменчивым. Он есть свобода от случая независимо от того, выступает случаем обстоятельство или личность». Отсюда следует признавать полезными и так называемые «идеальные» методы познания права¹; б) «всё содержание Общей части выступает как метод уголовно-правового регулирования. Каждое отдельное положение Общей части есть элемент метода», (в то время как – А.Б.) «не все элементы метода воплощаются в положениях Особенной части одним и тем же способом». Из данной цитаты вытекает та бесполезная мысль, что метод предполагает и предпочитает абстракцию – область теоретического (само)познания, да ещё и вторичного порядка (возвышение Общей части над установками Особенной); в) «положения Общей части уголовного права имеют характер аксиом. Положения Особенной части уголовного права имеют характер теорем»². С этим утверждением можно спорить в частностях (по поводу аксиоматичности всех и любых норм Общей части), но как тенденция мысль верна: с нарастанием абстрактности знаний увеличивается и их аксиоматичность.

Косвенно нашим целям может служить структурный анализ уголовно-правового метода, произведённый Т.А. Бушуевой в 1977 году³. Определившись с окончательным названием из нескольких вариантов, бытующих в науке (императивный, запрещающий, карательный, метод санкций), в пользу синтетического «*карательно-воспитательного метода*» (с. 45) и выделив его своеобразие (предпочтение запрещающим нормам и повышенная репрессивность – с. 42-43), автор трафаретно дефинирует метод как «совокупность приёмов и способов», однако идёт дальше и добавляет, что категория «приём» – более широкое понятие, что «каждый приём располагает целой группой способов» (с. 46). Далее (с. 47) следует таблица, из которой читатель узнает о существовании трёх приёмов воздействия уголовного права на общественные отношения (охрана общественных отношений, организация уголовно-правовых отношений и воздействие на правосознание граждан), каждый из которых обеспечивается пятью способами. В частности, первый приём реализуется через 1) установление круга охраняемых общественных отношений, 2) наделение участников правами и обязанностями, 3) установление санкций, 4) угрозу применения санкций и 5) механизм, приводящий в действие все эти отношения. Отдавая отчёт тому, что Т.А. Бушуева анализиру-

¹ К ним относят, например, правовую догматику и юридическую герменевтику, в то время как реальными методами именуют социологический и психологический анализ права. – См.: *Трикоз Е.Н.* К вопросу о методах познания права // *Современные проблемы правоведения.* – Краснодар: КубГУ, 1998. – С. 65.

² *Коган В.М.* *Логико-юридическая структура советского уголовного закона.* – Алма-Ата: «Казахстан», 1966. – С. 25, 60, 65 (69, 74).

³ *Бушуева Т.А.* Структура уголовно-правового метода и её значение для определения эффективности уголовного права // *Проблемы правового регулирования вопросов борьбы с преступностью.* – Владивосток: ДВГУ, 1977. – С. 39-47.

ет метод воздействия уголовного права, но не метод его познания специалистами отрасли, всё же увидим в её позиции то обстоятельство, что метод в праве есть весьма сложное образование.

Н.С. Таганцев выделял два основных метода исследования уголовно-правовых явлений: *метафизический* или отвлечённый (чаще именуемый догматикой либо нормативизмом) и *положительный*, т.е. базирующийся на материалах практики (сегодня устойчиво называется социологическим методом анализа)¹. А.А. Жижиленко² во «Введении» к своей самой известной монографии обосновывает целую программу определения понятия наказания, но в центр её ставит догматику. До сих пор при исследовании уголовного института отрасли, критически замечает он, учёные исходили из чего угодно (философии, герменевтики и пр.), только не из положительного права (с. 1). Догматика же предполагает необходимость первичного размещения исследуемого объекта в рамках всего рода подобных объектов (через призму «уголовной ответственности») с последующим выделением его особенностей как вида через сравнение с другими объектами того же класса (с. 20). Отсюда его метод в приложении к наказанию заключается в том, чтобы «дать общую схему принудительных средств правоохраны и показать место, занимаемое среди них наказанием» (с. 24).

Все мыслимые последствия «уголовно-правовой неправды» (преступления – А.Б.) А.А. Жижиленко разбивает на четыре разряда: меры защиты, меры пресечения, возмещение вреда и собственно наказание. При этом последнее отличается от первых трёх особой *сущностью* – возмездием: «наказание в его историческом развитии и современном виде покоится на идее возмездия» (с. 114). Возмездие же есть реагирование на учинённое субъектом зло (преступление) для достижения определённых целей: «возмездие есть действие, направляющееся в отношении лица, учинившего что-нибудь, и выражающего собой оценку учинённого» (с. 173). Все попытки обойтись без указания на то, что в понятии наказания заключается элемент возмездия, утверждает цитируемый авторитет уголовного права, бесплодны: «пока наказание будет существовать, мы его должны мыслить как меру, покоящуюся на возмездии» (с. 248). В силу этого «наказание есть правовое последствие недозволенного деяния, состоящее во вторжении в сферу правовых благ виновного и выражающее этим оценку учинённого им деяния» (с. 248). Схематически наказание в результате такого методического обследования предстаёт в виде оболочки или *внешней стороны*, состоящей из двух компонентов – правовое последствие преступления или неправды плюс вторжение в правовую сферу личности, и *внутренней стороны* или сущности, представленной в виде союза мер по реагированию на учинённое и его негативной оценки. Примитивный вариант дефинитивных упражнений, поверхностного движения к классическому определению (указание

² Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Изд. 2-е. Часть Общая. Том I. – СПб., 1902. – С. 17.

³ Жижиленко А.А. Наказание. Его понятие и отличие от других правоохранительных средств. – Пг., 1914.

рода и видового отличия), но не метод анализа понятия, скажет кто-то; и будет полуправ. Ведь движение к дефиниции через познание существенных черт явления есть неплохой метод.

Постоянный научный конкурент А.А. Жижиленко во взглядах на наказание¹ пропагандировал другие подходы к исследованию базового института отрасли. Во введении к своему детищу он сразу объявляет о существовании двух изначальных методов изучения наказания – оценка его вне зависимости от опыта (метафизический метод) или опора на опыт человечества, а в нём концентрация на поиске этических оправданий права карательной деятельности. «Этическим началам, – утверждает С.В. Познышев, – принадлежит первое место в содержании нашей науки, а среди этих начал выдающееся место занимает тот верховный нравственный принцип карательной деятельности, к которому, как к своему центральному и последнему основанию, примыкают все построения науки» (с. XII). Если бы понадобилось определить наименование его метода, то наиболее достойным названием оказалось бы «этико-социологический метод» (с. XIX).

Обосновывая необходимость производства «критического очерка уголовных теорий» (исторического метода), учёный справедливо говорит: «тщательное изучение безуспешно практиковавшихся уже приёмов... в достаточной мере гарантирует от повторения прежних заблуждений» (с. 2). Попутно выясняется полезность классификационного подхода: «классификация... как приём изучения... вносит в исследование систему и порядок», «предопределяет полноту и правильность выводов» (с. 5). Что касается предмета исследования, то в соответствии с избранным этико-социологическим методом объявляется: «основной вопрос о наказании есть вопрос нравственный, вопрос о нравственной законности данного правового института» (с. 348). Логика последующих рассуждений достаточно убедительна. Наказание заявляется как одна из форм государственного принуждения. А «правовое принуждение нравственно законно, поскольку необходимо... для защиты уже устоявшихся или для утверждения новых условий физического или духовного благосостояния граждан» (с. 361). Кроме этого, нужда в наказании возникает в силу недостаточности других средств правоохраны. Наконец, карательная деятельность государства, в эпицентре которой расположено наказание, должна отвечать некоторым важнейшим принципам, как-то: а) экономия страданий и б) исключение позора для осужденного.

Особый разряд методологических изысков – выступления на всероссийских конференциях. Возьмём за основу материалы конгрессов по уголовному праву, ежегодно проводимых в МГУ, и пролистаем специализированные сборники. **2001 год.** Б.С. Волков укоряет криминологов за мелкотемье, за неумение по-крупному обобщать сведения о преступности в то время, когда статистика вдруг стала доступной, предупреждает, что «в перспективе нас (криминалистов – А.Б.) ожидает не только зна-

¹ Ниже цитируется работа С.В. Познышева «Основные вопросы учения о наказании» // Ученые записки императорского Московского университета, вып. 22. – М., 1904.

чительный рост фактических данных, но и увеличение потока научной информации в монографической, учебной и другой литературе, в различных публикациях. Несомненно, это облегчает научное познание, но вместе с тем создаёт и новые проблемы»¹. Проблемы – это методология. Г.К. Мишин критически относится к предложениям «очистить право от государства» и осуществить крен в сторону приватизации права², к призывам ограничить публичные начала в уголовном правосудии³. Такую постановку вопроса он называет кризисом, а средством выхода из него науки видит решение проблемы «определения сущности и пределов использования догматического и диалектического методов в уголовной политике»⁴. Ставку нужно делать на диалектику, поскольку «в уголовном законе всегда присутствуют... политические элементы»⁵, негативно влияющие на догматические рассуждения.

2002 год. Н.Ф. Кузнецова предлагает «для измерения эффективности УК, его институтов и норм... развести результативность собственно закона и результативность его применения. Сделать это (конечно – А.Б.) непросто, так как закон живёт в его практическом действии. Поэтому более корректна постановка вопроса не «или – или», а «кто больше или меньше» повинен в той или иной степени эффективности – законодатель или правоприменитель»⁶.
2005 год. Л.С. Аистова призывает соблюдать историческую преемственность в толковании системы (уголовного) права⁷, а Л.Л. Кругликов также находит важным искать генетические корни Уголовного уложения от 22 марта 1903 года в новом УК России⁸; Б.В. Волженкин же упрекает коллег в том, что они, освободившись от идеологических пут предыдущего режима, «не смогли ещё долж-

¹ *Волков Б.С.* Научно-технический прогресс и проблемы науки уголовного права // Уголовное право в XXI веке: Материалы Международной научной конференции на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова 31 мая – 1 июня 2001 г. – М.: «ЛексЭст», 2002. – С. 93-94.

² *Бачило И.Г.* Государство и право в условиях глобализации // Государство и право на рубеже веков (материалы Всероссийской конференции): Проблемы теории и истории. – М., 2001. – С. 35.

³ *Пашин С.* Понимание преступления // Уголовное право. 2000. № 3. – С. 82.

⁴ *Мишин Г.К.* О методологических предпосылках преодоления кризиса российской уголовной политики // Уголовное право в XXI веке: Материалы Международной научной конференции на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова 31 мая – 1 июня 2001 г. – М.: «ЛексЭст», 2002. – С. 187.

⁵ Там же, С. 188.

⁶ *Кузнецова Н.Ф.* Критерии эффективности уголовного закона // Пять лет действия УК РФ: итоги и перспективы. Материалы II Международной научно-практической конференции, состоявшейся на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова 30-31 мая 2002 г. – М.: «ЛексЭст», 2003. – С. 37.

⁷ *Аистова Л.С.* Система права и современное уголовное право России // История развития уголовного права и её значение для современности: Материалы V Международной научно-практической конференции, состоявшейся на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова 26-27 мая 2005 г. – М.: ЛексЭст, 2006. – С. 9.

⁸ *Кругликов Л.Л.* О восприятии идей Уголовного уложения 1903 г. в Общей части современного российского уголовного права // История развития уголовного права и её значение для современности. С. 222-226.

ным образом разработать новые методологические подходы, что является одной из актуальнейших задач современной науки»¹.

Участница конференции 2007 года в Московской государственной юридической академии поставила очень важную в познавательном отношении и трудную в практическом разрешении проблему сочетания публичности и диспозитивности в уголовном праве². Критически оценивая «попытки подвргнуть ревизии постулат о публичном характере уголовного права» (с. 60), Н.В. Шигина находит, что «идея диспозитивности в уголовном праве выглядит неубедительной... потому, что при её обосновании вопрос о предмете уголовно-правового регулирования подменяется вопросом о его методе» (с. 62). Но это не всё: «являясь антиподом публичности той или иной отрасли права, диспозитивность определяется не столько методом уголовно-правового регулирования, сколько социально-политическим значением его предмета. Попытка скорректировать представления о публичном характере уголовного права неизбежно повлечёт изменение представлений об этом предмете» (с. 63). Так на что влияет проникновение диспозитивности в нашу отрасль – не её предмет или не метод? На наш взгляд, хотя бы минимальная диспозитивность в уголовном праве необходима не для удовлетворения пресловутого частного интереса, а для более гибкой защиты публичного предназначения отрасли.

Нельзя ни обратить внимания на то обстоятельство, что отдельные криминалисты, пусть и робко, ставят вопрос о необходимости сочетания методов уголовно-правового анализа: 1) Б.С. Волков ратует за совмещение логического и исторического подходов – «характеристика законодательных актов, отдельных институтов уголовного права не должна быть чисто исторической. Исторический аспект исследования того или иного института нужно всегда увязывать с логическим содержанием этого института, его развитием, предназначением»³; 2) Ю.А. Демидов выделяет ограниченность специальных методов познания права и тем самым подаёт сигнал о целесообразности их объединения – «каждый из частнонаучных методов по самой своей сути односторонен, ни один из них не может использоваться с претензией на создание концепции, раскрывающей в целом какой-либо объект изучения»⁴; 3) Н.А. Стручков – «без догмы нет права. Тем не менее, полное забвение социологии при изучении уголовно-правовых институтов тоже не годится. Нужно в соотно-

⁴ *Волженкин Б.В.* О предмете науки уголовного права: уроки истории // История развития уголовного права и её значение для современности, С. 84.

⁵ *Шигина Н.В.* Публичность и диспозитивность в уголовном праве (к постановке проблемы) // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: материалы 4-й Международной научно-практической конференции. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – С. 60-63.

¹ *Волков Б.С.* Методология научного познания уголовного права // Международное и национальное уголовное законодательство: проблемы юридической техники. Материалы III Междунар. науч.-практ. конф., состоявшейся на юрид. фак. МГУ им. М.В. Ломоносова 29-30 мая 2003 г. – М.: ЛексЭст, 2004. – С. 95.

² *Демидов Ю.А.* Предмет и методология науки уголовного права // Личность преступника и уголовная ответственность: Межвузовский научный сборник. – Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1981. – С. 16.

шении нормативного и социологического в уголовном праве добиваться разумного равновесия»¹; 4) А.М. Яковлев жёстко объявляет, что «закон с неизбежностью дихотомичен: либо есть преступление, либо его нет»², в связи с чем как бы презюмируется и парность исследовательских приёмов; 5) усмотрев парность уголовно-правовых норм, проф. В.И. Ткаченко тем самым косвенно высказывается и за усложнение (удвоение, сочетание нескольких методов) их анализа³.

Ограниченность отраслевых приёмов науки предполагает необходимость обращения к более высокому этажу самоорганизации познания – философскому, а в нём – к диалектике, которая определяет стадийность гносеологического процесса: познание единичных фактов – их обобщение – расшифровка внутренних закономерностей – формулирование научных выводов⁴. В связи с такой диспозицией Ю.А. Демидов даже заявлял в последней своей статье, что «наука уголовного права не знает какого-либо специфического метода и пользуется комплексом философских и других знаний, образующих общую методологию общественных наук, хотя есть особенности в её применении в данной науке. Поэтому следует говорить не о методе, а о методологической основе или, короче, о методологии науки уголовного права. Методологическую основу её составляет прежде всего диалектический и исторический материализм». И далее: «частнонаучные методы существуют и используются не сами по себе, а как компоненты марксистского диалектико-материалистического анализа»⁵. Вряд ли такая категоричность обоснована. Современный сциентизм пользуется огромным сонмом частных методов, из которого каждая отрасль науки отбирает наиболее подходящие для её задач и функций приёмы. Почему их нельзя причислять к дисциплинарной культуре мысли? Кстати, сам Ю.А. Демидов описывает как принадлежащую именно уголовно-правовой науке социологической, исторической, генетической, структурно-функциональной, системной, теоретико-ценностной (аксиологической) и формально-логической методы познания (с. 13-17). А оговорка о месте происхождения того или иного исследовательского приёма («эти методы... возникают и развиваются не в правовой науке, которая получает их в готовом, достаточно развитом виде, как правило, не позднее того времени, когда в них возникает потребность» – с. 15) по большому счёту не важна.

Очевидный тезис о превосходстве и материнском предназначении философских приёмов освоения действительности перед отраслевыми пропагандирует К.К. Панько. «Философские знания, – пишет он, – определяют философские методы, специальные знания – специальные методы. Первые имеют основополагающее

³ *Стручков Н.А.* Учение о преступлении и его значение для разработки теории наказания // Уголовно-правовые исследования: Сборник, посвящённый 80-летию со дня рождения Т.В. Церетели. – Тбилиси: Изд-во «Мецниераба», 1987. – С. 24.

⁴ *Яковлев А.М.* Социальные функции процесса криминализации // СССР – Франция: социальные вопросы правотворчества. – М., 1980. – С. 109.

⁵ *Ткаченко В.* Парные нормы // Уголовное право. 2000. № 2. – С. 63-64.

⁶ См.: *Сырых В.М.* Метод правовой науки: основные элементы, структура. – М., 1980. – С. 17-18.

¹ *Цит. соч.*, С. 11, 12.

значение и широкое применение, вторые – более узкое, вспомогательное значение. Соотношение между ними – соотношение между общим и частным. Общие методы дают ключ к пониманию мира в целом, частные методы (методики) дают ключ к пониманию отдельных сторон и раскрытию специфических закономерностей»¹.

Зависимость избираемого исследовательского инструментария от философских методологий, а более – от особенностей изучаемого предмета, очень часто заявляется в отраслевой литературе: а) «метод регулирования, – пишет проф. Ю.И. Ляпунов, – при всей его важности... произведен, вторичен от содержания и социальной сущности общественных отношений, составляющих предмет отрасли права», «в значительной степени связан с основными функциями данной отрасли законодательства»²; б) специфические методы нормативного регулирования, по А.В. Наумову, зависят от общественных отношений, составляющих предмет уголовного права³; в) Ю.А. Демидов акцентировано утверждает, что частнонаучные методы «не навязываются (какой-либо – А.Б.) науке извне, необходимость в них выявляется как потребность в адекватных подходах, способах раскрытия разнохарактерных связей, отношений, сторон, присущих самому исследуемому предмету»⁴.

Приведённые суждения вне всякого сомнения справедливы, но своим количеством как бы затемняют другую сторону проблемы, которую можно было бы обозначить *научностью* либо *истинностью* отраслевых методов. Пожалуй, разговор об этих характеристиках исследовательских приёмов более важен. Криминалисты могли бы извлечь много пользы из критериев научности частных методов, приводимых в общей юриспруденции. По мнению В.А. Шабалина, к ним относятся: а) детерминированность (соответствие избранных приёмов анализа области их применения); б) направленность (подчинённость определённой цели); в) результативность (способность достигать эту цель); г) плодотворность (присутствие эвристического компонента исследования); д) надёжность (высокая вероятность получения планируемого результата); е) экономичность (достижение научного или правоприменительного результата с наименьшими затратами средств и времени)⁵.

Приверженцы терминологической строгости в отраслевой доктрине не могут ни обратить внимания на то обстоятельство, что их компаньоны по цеху, занятые исследованием различных теоретических и практических проблем правоведения, довольно свободно употребляют термин «методология», адресуя его и праву, и науке, и практике нормативного регулирования. Для убедительности приведём подборку лишь учебных позиций во времени и последовательности: А.А. Герцензон (1948) – говорил о методах уголовно-

² Кирилл Панько. О методологии изучения законодательной техники в уголовном законодательстве // Уголовное право. 2005. № 1. – С. 61.

³ Юрий Ляпунов. Уголовное право: предмет и метод регулирования и охраны // Уголовное право. 2005. № 1. – С. 48, 52.

⁴ Наумов А.В. Российское уголовное право: Общая часть: Курс лекций. – М., 1996. – С. 10.

⁵ Демидов Ю.А. Предмет и методология науки уголовного права, С. 12.

¹ Шабалин В.А. Методологические вопросы правоведения. – М., 1972. – С. 30-32.

правовой науки, вооружённой марксизмом-ленинизмом¹; М.Д. Шаргородский (1968) – автор специализированного параграфа к отраслевому Курсу ЛГУ, показательно названного «Метод науки уголовного права»², применял категорию метода к той же ипостаси; М.И. Ковалёв (1971) – писал о «методе регулирования уголовно-правовых отношений»³; Г.А. Кригер (1981) – аналогично адресует метод советской науке уголовного права⁴; И.Я. Козаченко (1997) – пишет уже о методе уголовно-правового регулирования, понимаемом как «совокупность приёмов, способов воздействия уголовного права на общественные отношения, выступающие его предметом»⁵; Р.Р. Галиакбаров – придерживается того же адресования метода⁶; Н.Ф. Кузнецова (2002) – предпочитает говорить о методе уголовного права, который, оказывается, охватывает и методологию, и методику познания⁷; в понимании А.В. Наумова метод – принадлежность уголовно-правового регулирования⁸; по мнению Ю.В. Голика (2005) в рамках общего понятия «метод уголовного права» объединяются более мелкие группы исследовательских приёмов – метод уголовно-правового регулирования и метод науки уголовного права⁹; И.М. Тяжкова (2006) – придерживается той позиции, что категория «метод» свойственна уголовно-правовому регулированию¹⁰; А.И. Бойцов (2006) – опять-таки предпочитает метод уголовно-правового регулирования¹¹; группа известнейших ученых России (2006) – призывает к «созданию универсальной шкалы или системы методов уголовно-правового воздействия»¹²; для А.Г. Кибальника (2007) оптимальным вариантом является метод уголовного права¹³; В.К. Дуюнов (2008) – говорит об отраслевых методах

² Уголовное право. Общая часть. Изд-е четвёртое, переработанное. – М.: Юриздат МЮ СССР, 1948. – С. 12.

³ Курс советского уголовного права (Часть Общая). Т. 1. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1968. – С. 41-45.

⁴ Ковалёв М.И. Советское уголовное право: Курс лекций. Вып. 1: Введение в уголовное право. – Свердловск: СвЮИ, 1971. – С. 82.

⁵ Советское уголовное право. Общая часть. – М.: Изд-во МГУ, 1981. – С. 12-17.

⁶ Уголовное право. Общая часть: Учебник для вузов / Отв. редакторы – И.Я. Козаченко и З.А. Незнамова. – М.: Изд-ка группа ИНФРА-М – НОРМА, 1997. – С. 16.

⁷ Галиакбаров Р.Р. Уголовное право. Общая часть: Учебник. – Краснодар: Кубанский государственный аграрный университет, 1999. – С. 11.

⁸ Курс уголовного права. Общая часть. Том 1: Учение о преступлении: Учебник для вузов. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. – С. 7.

⁹ Уголовное право России. Общая часть: Учебник / Под ред. В.Н.Кудрявцева, В.В. Лунева, А.В. Наумова. – М.: Юрист, 2004. – С. 16.

¹⁰ Уголовное право Российской Федерации. Общая часть: Учебник. – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – С. 11-19.

¹¹ Российское уголовное право: в 2 т. Т. 1. Общая часть: Учебник. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2006. – С. 7.

¹² Уголовное право России: Общая часть: Учебник. – СПб.: Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Изд-во юридического факультета С.-Петерб. гос. ун-та, 2006. – С. 37-41.

¹³ Юрий Голик, Людмила Иногамова-Хегай, Владимир Комиссаров, Виталий Номоконов. О национальной концепции уголовного права // Уголовное право. 2006. № 2. – С. 19.

¹⁴ Современное уголовное право. Общая и Особенная части: Учебник / Под ред. проф. А.В. Наумова. – М.: Илекса, 2007. – С. 12.

в множественном числе и относит к ним совокупность отраслевых приёмов исследования, расквартированных в пределах уголовного права, понимаемого в свою очередь как отрасль права, отрасль законодательства, отрасль науки и учебной дисциплины¹.

Как оценить это многообразие мнений, о методе *чего* в пределах уголовного права позволительно говорить? Специально затронувший этот вопрос В.В. Мальцев считает, что «понятие «метод уголовного права» по объёму шире понятия «метод уголовно-правового регулирования». Первое понятие своим содержанием охватывает второе, включает его в себя. Метод уголовного права – это *система* приёмов, способов, средств, используемых при определении оснований криминализации или декриминализации деяний, отражении и оценке общественно опасного поведения и других социальных явлений в уголовном праве, реализации норм уголовного законодательства». Чуть позже следует дополнительное разъяснение: «метод уголовного права охватывает метод (механизм) уголовно-правового воздействия, составными звеньями которого в свою очередь являются регулятивные и охранительные отношения, отношения ответственности». Воздействие отрасли на общественные отношения посредством регулирования, охраны и ответственности, по мнению В.В. Мальцева, является «сердцевиной (ядром, стержнем) метода уголовного права». К другим, по логике автора цитируемой статьи – менее важным разновидностям отраслевого метода, относятся «методы исследования общественных отношений и общественно опасного поведения», «способы их уголовно-правового отражения», «приёмы конструирования уголовно-правовых норм», «средства эффективной реализации данных норм»².

Позволим понимать данную позицию проф. В.В. Мальцева следующим образом. Термин «метод уголовного права» имеет право на существование, а наиболее подходящим словосочетанием для выражения его содержания является «уголовно-правовое воздействие». Последнее образуется из нескольких, более дробных компонентов, зависящих от предмета и функций отрасли – методов регулирования (общественных и правовых отношений), охраны (основных благ и ценностей социума) и ответственности (виновных лиц)³. Поскольку же уголовное право не только реализуется, но и познаётся, поскольку оно являет себя в нескольких ипостасях (отрасль права, законодательства, науки и учебная дисциплина), то понятие отраслевого метода охватывает собой и познавательные, и правоприменительные приёмы. Такую позицию принять

¹ Уголовное право России. Общая и Особенная части: Учебник. – М.: РИОР, 2008. – С. 9.

² **Мальцев В.В.** Предмет и метод уголовного права // Правоведение. 2004. № 4. – С. 78, 80.

³ Похожую позицию по рассматриваемому вопросу занимает проф. **Р.Р. Галиакбаров**, который выделяет несколько отраслевых методов, «привязывая» их к типу общественных отношений, входящих в предмет уголовного права. Отсюда методы: установления уголовно-правового запрета; применения или угрозы применения уголовно-правовых санкций; освобождения от уголовной ответственности или от наказания; применения принудительных мер медицинского характера или воспитательного воздействия; привлечения граждан к борьбе с преступностью. – См.: Уголовное право Российской Федерации. Общая часть: Конспекты лекций и иные материалы. – Краснодар: Изд-во КубГАУ, 1999. – С. 11.

должно. Но В.В. Мальцев идёт дальше; сочувственно цитирует Н.Ф. Кузнецову и соглашается с ней в том, что «понятием «метод» охватывается и методология, и методика познания» (с. 79). Метод чего охватывает и методика, и методологию? В оригинале мысль проф. Н.Ф. Кузнецовой звучит дословно так: «предмет уголовного права определяет содержательную специфику его (уголовного права – А.Б.) метода. Понятием «метод» охватываются методология и методика познания (но не воздействия – А.Б.)»¹. Так входит ли в метод отрасли методология и методика познания?

Нужны пояснения. Их можно позаимствовать в уже готовом виде у проф. Ю.В. Голика. «Понятия метода и методологии, – пишет он, – зачастую смешивают, употребляют как синонимы, что приводит к размыванию границ и того, и другого понятия. Метод – это способ получения результата, избранный исследователем путь познания, конкретные приёмы и операции действия и воздействия. Поэтому в уголовном праве целесообразно рассматривать вопрос о методе 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»². Уточнение бесспорно; но как быть с применимостью методологии к праву и науке? Прямого ответа на данный, просящийся в строку учебника, вопрос Ю.В. Голик не даёт, но одаривает читателя блестящим различением метода и методологии: а) методология – понятие интегральное, дополнительно включающее в себя помимо общенаучных и специальных приёмов познания также мировоззрение, фундаментальные теоретические концепции, диалектические категории и законы; б) «метод позволяет узнать одну из сторон изучаемого явления», а «методология позволяет познать сущность этого явления»³; в) «методология – это (целая – А.Б.) система координат, а метод – (всего лишь один – А.Б.) вектор поиска и действия»⁴.

Так какова область приложения метода и методологии в уголовном праве? – повторяем свой вопрос. Свою настырность мы объясняем не только отсутствием чётких ответов у предшественников, но и позициями отдельных учёных (Ю.А. Демидов – отраслевая наука не имеет фирменных методов, но обладает методологической основой). На наш взгляд, можно и нужно говорить и о методах, и о методологии уголовного права, но: 1) при оговорке, в каком смысле понимается уголовное право – как отрасль юриспруденции, законодательства, науки или как учебная дисциплина; 2) надлежит различать методы отраслевого управления процессом

³ Курс уголовного права. Общая часть. Том 1: Учение о преступлении: Учебник для вузов / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой и И.М. Тяжковой. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. – С. 15.

⁴ Уголовное право Российской Федерации. Общая часть: Учебник / Под ред. О.Н. Ведерниковой и С.И. Никулина. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – С. 11.

¹ Точнее было бы говорить, что в рамках любого отдельного метода изучается «внешний» объект, а на уровне методологии центр тяжести перемещается от объекта к инструментальному исследованию.

² Там же, С. 11–12.

борьбы с преступностью и методы познания как преступности, так и мер противодействия ей; 3) в применении к уголовному праву как разновидности «невидимого» духовного продукта, как совокупности защитных правил социума, вырабатываемых им постоянно и хаотично, но при опоре на все культурные сферы общежития, вряд ли корректно говорить о методах, а тем более – о методологии; 4) более удачный вариант – методы уголовно-правового воздействия или реагирования; 5) по отношению к уголовному закону упоминание методов вполне разумно хотя бы потому, что в самом кодексе ставятся задачи охраны ценностей общежития и предупреждения преступлений, цели наказания и т.д.; 6) методология, понимаемая как познание того, как понимать познание, может адресоваться лишь уголовно-правовой науке; 7) наконец, полезно различать методы и *способы* уголовно-правового регулирования, которые представляют собой «конкретные приёмы воздействия уголовно-правовых норм на поведение людей, определяемые характером сформулированных в этих нормах правил поведения»¹.

Следует отметить, что с началом реформ, обычно олицетворяющих социальное недовольство предыдущими приёмами управления страной и прежним исследовательским аппаратом науки, закономерно обострился интерес криминалистов к адекватности и достаточности своего инструментария. Появились профильные статьи² и

¹ Уголовное право России. Общая часть: Учебник. – СПб.: Изд-кий Дом СПб гос. ун-та, Изд-во юрид. факультета СПб гос. ун-та, 2006. – С. 41 (А.И. Бойцов).

² **Ветров Н.И.** Уголовное право: понятие, метод и задачи (функции), принципы // Юриспруденция. 2004. № 5. – С. 56-66; **Гонтарь И.** Догмы в науке уголовного права // Уголовное право. 2003. № 3. – С. 22-23; **Горбуза А.Д., Козаченко И.Я., Сухарев Е.А.** Понятие методологии уголовно-правовой науки // Уголовно-правовые меры борьбы с преступностью в условиях перестройки. – Свердловск: СвЮИ, 1990. – С. 4-13; **Горелик А.С.** Проблемы применения количественных методов в уголовном праве // Актуальные вопросы правоведения в период совершенствования социалистического общества. – Томск: Изд-во ТГУ, 1988. – С. 154-156; **Жалинский А.Э.** О методологических основах уголовного права // Уголовное право. 2000. № 3. – С. 15-21; **Клейменов М.П.** Уголовно-правовое прогнозирование // Соц. законность. 1990. № 7. – С. 21-23; **Кузнецова Н.Ф.** Методологические аспекты изучения уголовного права // Методологические проблемы правоведения. – М., 1994. – С. 141-158; **Ляпунов Ю.** Уголовное право: предмет и метод регулирования и охраны // Уголовное право. 2005. № 1. – С. 48-52; **Мальцев В.В.** Предмет и метод уголовного права // Правоведение. 2004. № 4. – С. 68-81; **Марцев А.И.** Диалектика сущности основных уголовно-правовых явлений // XXVII съезд КПСС и вопросы совершенствования правовых мер борьбы с преступностью. – Омск: Омская ВШ МВД СССР, 1987. – С. 21-29; **Миньковский Г.М.** Криминологические обеспечение совершенствования уголовного законодательства // Криминологические проблемы совершенствования законодательства о борьбе с преступностью. – Баку: Азерб. НИИ судебных экспертиз, 1988. – С. 23-28; **Мишин Г.К.** К вопросу о природе и методе уголовного права: Правовые и политические элементы в уголовном законе // Уголовное право России: Проблемы и перспективы. – М., 2004. – С. 182-199; **Наумов А.В.** Обновление методологии науки уголовного права // Сов. государство и право. 1991. № 12. – С. 23-31; **Орехов В.В.** О социологических исследованиях в уголовном праве // Вестник ЛГУ. Серия 6. 1991. Вып. 1. – С. 65-68; **Романов А.К.** Состояние и задачи методологического исследования уголовно-правового регулирования общественных отношений // Методологические проблемы уголовно-правового регулирования общественных отношений. – М.: ВНИИ МВД СССР, 1989. – С. 16-29; **Ситковская О.Д.** использование психологических знаний в совершенствовании уголовного законодательства и практики его применения // там же, С. 90-94; **Тенцов Э.** Методы регулирования // Сов. юстиция. 1989. № 4. – С. 6

ведомственные тематические сборники¹, посвящённые методологии и методам уголовного права. Неоднократно цитировавший Ю.В. Голик в публикации с претензионным названием² предпринял попытку классификации отраслевых приёмов анализа. На его взгляд, *методы науки* уголовного права (условно) «могут быть подразделены на формальные и содержательные»; к первым он отнёс догматический, сравнительно-правовой, историко-правовой, а ко второй группе – философский, социологический и криминологический (с. 71). Отмечено, что догматический, или логический метод, или собственно юридический метод – «один из самых древних методов познания. Все остальные методы в определённом смысле производны. Когда-то он был самодостаточным, ибо позволял вполне адекватно ситуации досконально изучить саму норму как таковую либо совокупность норм, институтов, понятий уголовного права. Однако в связи с усложнением общественных отношений, всей структуры общества его возможности в познании уголовно-правовой материи постепенно сужались» (с. 71). В сфере же правового регулирования действуют два основных метода – принуждения и поощрения, причём «вопрос достижения подлинной гармонии» между ними – «это вопрос будущего» (с. 75).

Теперь специально отметим особенности современного социально-политического фона для методической рефлексии науки – он выгоден и опасен одновременно. Внешне, после падения советской однопартийности и радостного улюлюканья в адрес вдруг ставших безопасными партийно-административных бонз, юриспруденция как бы освободилась от своих неусыпных мировоззренческих сторожей, что объективно должно способствовать раскованности и достоверности исследований; но самостоятельностью ума надо ещё и уметь пользоваться; гуманитарное же знание, в том числе и правоведение, всегда чрезмерно идеологизированно, поставляет на поток примеры преданности (нужных элите мыслей и оценок). Стоп.

Не перебарщиваем ли мы с предположением, будто «чернорабочее» уголовное право, заряженное на применение организованного насилия к нарушителям общественной дисциплины, способно поддаваться политическим страстям и непроверенным социальным идеям (не конституционное право ведь, всегда и во всех странах призванное по преимуществу оправдывать и пропагандировать идеологические знамёна и управленческие универсалии)? Для разрешения возможных сомнений (которых у автора нет) у возможных оппонентов (которые обязательно будут) порядочно и полезно обращаться к внешнему арбитражу с более высоким уровнем знаний о правовом регулировании и его изъянах. На эту роль прежде всего подходят представители общей юриспруденции. Вот мнение только одного из них.

Проф. В.В. Сорокин, с которым автор настоящего тома не знаком, на страницах явно не оппозиционного, не вчера начавшего

¹ Методологические проблемы уголовно-правового регулирования общественных отношений. – М.: ВНИИ МВД СССР, 1989. – 96 с.; Методологические проблемы уголовно-правового регулирования. – М.: ВНИИ МВД СССР, 1991. – 75 с.

² *Голик Ю.В.* Метод уголовного права // Журнал российского права. 2000. № 1. – С. 69-75.

отсчитывать свою печатную историю и не академического журнала, да к тому же совсем недавно, протестно изложил свои весьма правдоподобные опасения по поводу кампании против теории государства и права как некоего методологического каркаса всей национальной юриспруденции – в русле и под флагом очередных идеологических рецептов, традиционно заимствуемых из стран, по воле Создателя расположенных за Россией по ходу движения Солнца¹. Соль и пафос его небольшой статьи² очевидны и просты для понимания даже обывателями: переход к рыночной экономике даёт не только потребительское благополучие, но и большие издержки в силу слепого копирования чужого управленческого опыта, основанного на прагматизме и отказе от фундаментального правопонимания в сфере науки и образования. Вот наиболее характерные суждения В.В. Сорокина.

1. Начиная с середины 1990-х годов теория права и государства «оказалась под прицелом целенаправленной обструкции. Возникло какое-то организованное негативное отношение» к ней как к «фундаментальной юридической науке». При этом «сторонники данной точки зрения принадлежат к активным грантополучателям Международных фондов, «западникам» и отличаются радикальной либеральной ориентацией... Кто-то очень не хочет, чтобы Россия возрождалась с ясной и концептуально выверенной национальной правовой доктриной, которую возможно разработать только в рамках теории права и государства» (с. 51).

2. «Силам разрушения... угоден корпус юристов с беспринципной позицией, продажной психологией и чужеродной, антинациональной идеологией». Если разрушить теорию права и государства как фундамент отечественной юриспруденции, чего хотят сторонники «западного» мировоззрения, произойдёт, «как минимум» сегментация правовых знаний, дезориентация правосознания и торжество антисистемности в правовой сфере». А всё идёт к этому. «В системе юридического образования наблюдается прагматическая, утилитарная направленность юридических знаний, их всё большая включённость в оборот потребительского общества. Отсюда

¹ Здесь автор книги не может удержаться, чтобы ни сообщить читателю о своей неакадемической привычке разбавлять собственные публичные выступления охладительными миниатюрами, адресуемыми по преимуществу доверчивым слушателям и в меньшей степени – хитрым пропагандистам от науки, смущающих простаков (в зависимости от времени) заклинаниями о близости «мировой революции» и коммунизма либо о приближении счастья для всех обладателей «прав и свобод человека и гражданина». Вот всего две из них. 1. Древнегреческий философ и пересмешник Диоген однажды увидел женщину, распростирающую перед статуей Бога, и назидательно сказал ей: «Бог вездесущ! Ты не боишься, что Он зайдёт сзади?». Нации, долго и преданно взирающей только на Запад, а сегодня – на статую Свободы в Гудзоновом заливе, не лишне оглядываться назад, на встающую из пепла Поднебесную. 2. На Кавказе, около дагестанского города Избербаш, природа изваяла тысячелетний профиль великого Пушкина. И наш национальный духовник умудрёно смотрит почему-то на Восток, а не на Запад. Вот фокус! Почему бездействуют либералы, одноклассники власти? Нужны динамит и краны! Агу!

² **Сорокин В.В.** Демонтаж отечественной юриспруденции (О месте и роли теории права и государства в контексте современного юридического образования) // Российская юстиция. 2007. № 7. – С. 51-55.

известное пренебрежение к фундаментальной науке и к общетеоретической правовой проблематике, в частности. По поводу предмета теории права и государства рыночники-прагматики высказываются как об увлечении кабинетных учёных, оторванных от «живой» юридической практики» и потому неспособных производить новых социальных менеджеров на началах «точных количественных показателей эффективности вложений в образование» (с. 51).

3. В соответствии с новыми либеральными настроениями и заёмной идеологией «высшее юридическое образование усиленно стараются превратить в ремесло», когда «преобладает информационный, комментаторский способ обучения». Но «как только комментируемое законодательство устаревает либо по каким-то иным причинам утрачивает юридическую силу, студенты и сами преподаватели переживают «шок» в ожидании новых готовых правовых рецептов. Отсюда... юристы..., в совершенстве овладевшие «буквездским» стилем работы, теряются в ситуации пробела в праве, оказываются неспособными разрешить правовой спор на основе правового мировоззрения, принципов права, духа права» (с. 52).

4. Активно внедряемые у нас электронные и дистанционные формы обучения, а также тестовая система передачи знаний не позволяют «подготовить человека к ситуации, не описанной в условиях теста» (с. 52). Кроме того, подготовленные по импортной методике юристы «за высокие гонорары... готовы проводить в своих офисах, судебных и административных учреждениях большую часть суток и ни разу на протяжении профессиональной карьеры не испытать совестного акта» (с. 53).

5. «На высшее юридическое образование уже смотрят не как на важнейшую социальную и духовно-культурную миссию, а всего лишь как на сферу платных услуг... И поскольку субъекты рынка не заинтересованы в государственном контроле, подготовка прокурорско-следственных работников на юридических факультетах оказывается менее значимой и престижной... Рыночный подход в подготовке юристов вынуждает безудержно дифференцировать и дробить юридическую специализацию по весьма узким проблемам правового регулирования». Как итог, «юрист-практик не видит общеправовых связей и системных начал права... Узкопрофильные юристы-прикладники... – просто находка для анти-системных сил» (с. 53).

6. В наш темповый век «любое знание, данное студенту в готовом виде жёсткой схемы, устаревает до того, как появляется возможность его использовать в юридической практике. Учебные программы по юриспруденции должны быть направлены на формирование у студента-юриста целостного образа мира». Противоположными же методиками «недостаточно развитые умы побуждаются к невежеству самоуверенных оценок» и «капризной субъективности», к знакомству «с правовыми явлениями и процессами на уровне «осведомлённого безразличия» (с. 53).

7. «России грубо и бесцеремонно навязывается западный, европейский и американский стандарт образования. Холопская психология заимствования американско-европейских стандартов без учёта специфики нашей страны, забвения национальных тра-

дидий и лучших образцов из опыта российской высшей школы – примета эры вестернизации. Умалая роль теории права и государства в учебном процессе, мы разрушаем фундаментальные начала юридического образования, подменяя логику обучения структурными экспериментами с рокировкой учебных курсов на основе апологии англо-американской юридической доктрины... Складывается (даже – А.Б.) впечатление, что кадры российских юристов готовят для иностранной правовой системы» (с. 54).

Итак, рядовые служители доктрины и даже её адепты, ещё вчера преданно облакавшие в юридические формулы идеологические установки, химеры и задания советского режима, зачастую легко отрываются от прежнего политического хозяина и начинают славить программу управления страной от новой (очередной) элиты. Но фанфары и аплодисменты новому строю, помноженные на критику упразднённой социальной организации страны, сами по себе не заменяют произведённый другими, пусть и плохой, духовный продукт: теоретики обеспокоенно говорят о том, что образовавшуюся в отечественной юриспруденции «чёрную дыру» после дезавуации марксистской школы «предстоит заделывать ни одному поколению учёных»¹. Уголовное право (имеется в виду его «письменная верхушка», текущая процессуальная деятельность и господствующие лояльные комментарии в прессе) попадает в сильную (преимущественную) зависимость от политической целесообразности, в результате чего влияние других детерминант времени и искусственно падает, а гомеостатические задачи отрасли усложняются и становятся более затруднительными в разрешении. Поскольку же наша страна перманентно переживает смену уклада жизни и идеологических знамён, юридической науке следует выработать противоядие от чрезмерной политической «верности», так сказать, впрок. Отсюда следующий, довольно непривычный для науки раздел наших размышлений о методическом обеспечении уголовного права – о целесообразности гармоничного сочетания в отраслевой доктрине мировоззренческой свободы, общественной идеологии, политической ориентации и методологической дисциплины.

§ 2. Социальные модернизации, идеология и методологические свободы

Самые известные и уважаемые учёные обычно предостерегают против настырного поиска и, особенно, коленопреклонённого учёта политических зёрен в отраслевой истине, находя такие опыты опасными, способными привести к искажению проверенных уголовно-правовых технологий. Вот как звонко отозвалась на данную проблему проф. Н.Ф. Кузнецова: «по моему глубокому убеждению, всякая идеологизация и политизация уголовного закона, а тем более конъюнктурного свойства, недопустима. Это нарушает

¹ Поляков А.В. Петербургская школа философии права и задачи современного правоведения // Правоведение. 2000. № 2. – С. 4.

непреложный международно-правовой и конституционный принцип... ненаказуемости убеждений. Это способствует уходу от ответственности крупных экономических преступников под предлогом преследования их по политическим мотивам. Политические и идеологические мотивы не носят уголовно-правового характера. Неужели история с репрессиями 1930-1950-х годов в СССР за контрреволюционную, а позже за антисоветскую агитацию и пропаганду (ст. 58¹⁰ УК РСФСР 1926 г. и ст. 70 УК РСФСР 1960 г.) ничему не научила?». Властям предписывается не путать политику и право, а любые, действительные либо мнимые, попытки поступать именно так, подвергаются научной критике. «Социальная ориентация Закона о реформе УК от 8 декабря 2003 г., – указывает всё та же Н.Ф. Кузнецова, – не вызывает сомнений. Трёхлетняя борьба за восстановление в УК конфискации награбленного имущества похожа на баррикадные бои криминальных олигархов с ограбленной беднотой. Пока победа за первыми»¹.

Проф. А.Э. Жалинский, внешне говоря о том же, фактически настаивает на обратном – на ограничении исканий политического содержания в текстах закона именно представителями науки, но не в праве властей на политическое вмешательство в типовое юридическое регулирование: «рассмотрение уголовно-правовых проблем... с позиций политических теорий целесообразно только в рамках проектных подходов... При этом в качестве обязательных условий должны соблюдаться: конституционная лояльность, при которой равно недопустимы в научной дискуссии как призывы к отказу от существующего строя, так и его провокационная критика; профессионализм, требующий использования принятого научного языка или обоснования отступления от него, обеспечивающий и обоснование выдвигаемых суждений, и готовность к их верификации; осознание и признание последствий провозглашаемых идей»². Вряд ли это ограничение реализуемо, даже если его теоретически принять. Закон есть мера политическая, право и политика – два совмещённых инструмента управления обществом, представитель гуманитарного знания не может отчуждать себя от обсуждения стратегических вопросов развития социума вообще либо на каких-то стадиях их реализации, а политика как раз и составляет нутро данных вопросов. Политический аспект юриспруденции практически до неприличия обнажается (в том числе помимо воли её верных служителей) в эпохи перемен, а Россия перманентно переживает неэволюционные времена. Посему разговор о сопряжении мировоззрения, идеологии, политики и методологии в (отраслевой) юриспруденции вполне правомерен.

Не нами открыта истина об особой (повышенной) роли и ответственности интеллигенции за разработку главного вектора развития страны или национальной идеологии, что определяет в

¹ *Кузнецова Н.Ф.* Проблемы квалификации преступлений: Лекции по спецкурсу «Основы квалификации преступлений» / Науч. ред. и предисл. академика В.Н. Кудрявцева. – М.: Издательский Дом «Городенц». 2007. – С. 43, 331.

² *Жалинский А.Э.* Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. – М.: Проспект, 2008. – С. 89.

главном и технологии борьбы с преступностью. А она «пока что... находится в состоянии апатии» либо демонстрирует «чудеса конформизма, беспринципности и приспособленчества». Она, в силу своей вежливости и воспитанности, не лидировала на митингах и не рвала микрофоны из рук «пенных выскочек демократии», но и прозевала момент, когда «лжепророки, лжеучёные, лжеполитологи и лжеполитики фактически создавали «дымовую завесу» для банального разворовывания страны и уничтожения народа, для дел, ставящих под угрозу само существование нации. Наступил период «разрухи в головах», на фоне которого и можно было ликвидировать этические нормы и решать вопросы личного обогащения за счёт народного достояния, попутно служа антироссийским геополитическим интересам (с радостью или огорчением – не важно)»¹.

В обычные периоды истории, т.е. при работающей (а не при современной явно паразитической – ростовщической, спекулятивной, арбитражно-рейдерской, торгово-закупочной, а потому «по справедливости» административно контролируемой и административно обираемой) экономике, когда обновление идёт эволюционным путем, а нервное-психическое здоровье народа не расшатано борьбой элит и гражданскими столкновениями, управление и принуждение в руках государства – обычная, даже вялая реакция на текущие и легко прогнозируемые контакты и эксцессы в людской среде. Монотонность убаюкивающая. Население свыклось с официальными правилами поведения, покорствуя им и отдаёт себя производительному труду. Войны, революции, реформы, перестройки, чрезвычайщина и прочая дрянь, по алчной человеческой традиции затеваемые прежде всего из-за собственнического вируса нараждающейся политико-экономической элиты (истинный мотив реформ), а не по причине поиска более гуманного уклада жизни для всех (официальная версия), переворачивают мир: выбивают обывателя из привычных ритмов существования; дают сигнал к безжалостному соревнованию индивидов на скорость приспособления к новой среде; обнажают первобытные психизмы *pes plus ultra*; срывают тонкий слой культурных отложений предыдущих эпох с наших поведенческих стереотипов, – и страну покрывает волна социальных фантазий, насилий, непотребств, властного разврата². А ещё, как мастерски писал И.А. Бунин в своих «Окаянных днях», – этом художественном свидетельстве революционного буйства 1917 года и последующей гражданской войны – в эпохи реформ создаётся бездна новых (никчемных) ад-

¹ *Подберёзкин А.А.* Русский путь. Из-е 4-е, дополн. и перераб. – М.: РАУ-Университет, 1999. – С. 10, 5.

² Это очевидное обстоятельство, связь неэволюционных эпох истории или «периодов шатания политических, нравственных или экономических основ общественного быта» с резкими переменаами государственной идеологии, в том числе её юридического сегмента, давно замечена в отечественной науке. – См., например: *Мокрицкий С.П.* Наказание, его цели и предположения. – М., 1902. – С. 35; *Владимирский-Буданов М.Ф.* Обзор истории русского права. – Ростов н/Д: Феникс, 1995. – С. 369; *Краснушкин Е.К.* Криминальные психопаты современности и борьба с ними // Преступный мир Москвы. – М.: МХО «ЛЮКОН», 1991. – С. 192 и пр.

министративных учреждений, образуется особый (хвастливый) язык, в человеке просыпается бешеная жажда игры, позы, лицедейства, балагана (т.е. обезьяна)¹. Всё это, к несчастью, имеет место в сегодняшней России.

Ныне в стране объявлен поход за рыночной экономикой, демократией, правами и свободами личности, правовым государством etc. За «междусобойчиковой» или воровской приватизацией, за отказом государства от своего диктата в сфере производства и обмена неминуемо воспоследовал целый шлейф жизненных новаций: имущественная и социальная дифференциация населения, азартная пропаганда культа собственности и успеха любой ценой, переход от коллективизма к индивидуалистической жизненной философии и т.д. За (*чаще* – параллельно, *реже* – накануне) становлением нового уклада жизни следует соответствующее законодательство; а свежие или срочно обновившиеся пропагандисты от правоуправления толкуют его как абсолютно правильное и призывают к отмене ещё уцелевших установлений предыдущей власти, которую они дотоле верно обслуживали, находя в старом праве бездну нравственных откровений².

Конечно, в смутное (или переходное) время традиционные нравственные терзания или богоискательство, ибо «всякий раз, когда в обществе чувствуется необходимость перестроить существующие отношения между людьми, неизбежно начинается также оживлённое обсуждение нравственных вопросов»³. В эту эпоху хулят вчерашний строй жизни, а непререкаемость становится базовым фоном дискуссий. Юридическая мысль не может избежать этой участи; на обложках книг и в отраслевой периодике прешалят революционные названия, в текстах строятся смелые прогнозы, лихо обличаются прежние правила, читатель призывается в сообщники обновленцев, новый бытовой и правовой уклад объявляется самым приемлемым и производительным. Alias, крайности побеждают беспристрастность и благоразумие.

От упразднения мировоззренческих сторожей – к инструментальному психозу? Давно осознана пагубность однопартийности в политической системе и в управлении, опасность искусственно насаждаемого в обществе единомыслия; правозащитники и гуманисты всех мастей дружно и по справедливости заклеили косность старых советских методов властвования и недопустимость цензуры; замечена и доказана зависимость научной стаг-

¹ Цит. по: Горбаневский М.В. В начале было слово... – М.: Изд-во Университета дружбы народов, 1991. – С. 52.

² Как ярко пишет В.М. Сырых, многие из тех, кто «наиболее рьяно отстаивал чистоту марксистско-ленинского видения проблем права, активно и бескомпромиссно боролся со всяким инакомыслием, сегодня оказались в стане столь же бескомпромиссных критиков. Некогда благочестивые адепты марксистской теории права бросают в предмет своего многолетнего обожания и поклонения не то что камни, а целые булыжники». – Логические основания общей права: В 2 т. Т. 1: Элементный состав. – М.: Юридический Дом «Юстицинформ», 2000. – С. 17.

³ Кротошкин П. Справедливость и нравственность // Публичная лекция. – Пг.-М.: Голос труда, 1921. – С. 14.

нации от узости методического багажа учёного люда... На этой волне в отечественном правоведении наблюдается закономерное мировоззренческое и инструментальное оживление, прирост новых направлений правопонимания. Не сдаёт своих позиций догматика, по-прежнему яростно соперничает с нею юридическая социология, пережила забвение и вновь зазвенела теория естественного права. Подают заявки на признание, как и принято у новичков, – напористо и громко, только через критику старых направлений мысли – «герменевтика (А. Кауфман, В. Хассемер), неотоцизм (Ж. Дабен, В. Кантрайн, Ж. Маритен, Р. Марчич, Й. Месснер, А. Фердросс), феноменологизм (Х. Вельцель, Э. Гуссерль, А. Райнах), экзистенциализм (Э. Фехнер, В. Майхофер, Г. Кон)»¹.

Современный российский правовед более раскован; он давно освоил синергетику и герменевтику, а теперь жадно поглощает и гносеологическую экзотику – правовую биоэтику, эмпатию, методы ролевых и имитационных игр, вероятностные приёмы познания². Всё это хорошо и полезно. Но нужно помнить, что юрист в системе разделения труда занимает нишу, связанную с созданием и обслуживанием шаблонов поведения, рассчитанных на типовые ситуации и человека *средних* способностей. Это обстоятельство налагает (не может ни налагать!) очень явный отпечаток на мировоззренческую культуру и предпочтения в исследовательской культуре правоведов. От догматики и закона они удаляются ненадолго и недалеко: совершив почти ритуальные социологические, системно-структурные и компаративистские упражнения, выдав обязательные расписки о знакомстве с философскими постулатами, осторожный юрист всегда возвращается к нормативной основе, к догматике и казуистике. Официальные тексты есть та спасительная гавань, где спесивый юридический интеллект работает и отдыхает, где принимают и журят чудаковатых «отшельников и авантюристов» от науки, которые под тяжелым конформистским взглядом традиционалистов, а равно цензоров «любимой народом» правящей партии чистят киль своего исследовательского корабля от чужеродных наслоений и затаиваются.

В общем, юристу свойственна особая гносеологическая привередливость и осторожность; обычно он сторонится прогнозов, размашистых разговоров о случаях и вероятностях, морщится при живой народной речи и обсуждении индивидуальных методик управления жизнью. Такие умонастроения кажутся ему капризной прихотью, гнездящейся где-то между фантазией, забавой и шарлатанством. Другое дело – жёсткие законодательные установления: они суть не только «основной продукт правотворческой деятельности и источник права»³, но и стандартный предмет труда, калиброванный инструмент для проверки собственных и чу-

² Кузнецов Э.В. Философия права в России. – М.: Юрид. литература, 1989. – С. 185.

³ См. об этом, например: Трикоз Е.Н. К вопросу о методах познания права // Современные проблемы правоведения: Сб. научных трудов. – Краснодар, 1998. – С. 66 и др.

¹ Научные основы советского правотворчества. – М., 1981. – С. 6.

жих мыслей о праве. Догматический метод¹, вне сомнения, есть и останется важнейшим приёмом правопонимания; жёстко нормированная и базирующаяся на законе классика никогда не подводит, но нуждается в подпитке другими подходами².

Р. Паунд как-то назвал представителей догматической школы «юридическими монахами»³, что наверняка справедливо. Но ещё вопрос в том, какие монахи худшие – юридические или политические? и в каких отраслях права (знания) предпочтительнее те или другие? Выскажем предположение, что догматическое направление должно побеждать по преимуществу политические или идеологические соображения прежде всего в «чернорабочих» отраслях юриспруденции, ежедневно обнаруживающих себя в правоприменительных инстанциях. Грубо говоря, уголовное право не чета, например, конституционному праву, в сравнении с ним должно быть более педантичным и жизненным, нацеленным на осязаемое реальное вмешательство в текущую жизнедеятельность людей, а не на декларацию далёких, почти сказочных (политических) миражей. Право слово, странное впечатление получаешь от прочтения утверждений, будто «основой метода конституционно-правового регулирования является метод правового гарантирования», который присущ «только этой отрасли права» (хотя страницей прежде объявлено о невозможности «выделения правовых методов, присущих исключительно одной конкретной отрасли права»), ведь «если уголовное право призвано не допустить, ограничить возможность возникновения «вредных» общественных отношений (преступлений), то конституционное право наоборот имеет целью гарантировать существование в общественной жизни демократических социальных ценностей»⁴. Не отождествлены ли в мыслях написавшего эту книгу учёного слова «гарантирование»

² Обсуждаемая технология познания именуется по-разному: *классикой* – если разумеется первенство во времени и максимальную распространённость такого правопонимания, которое базируется на считывании и комментировании нормативного текста; *догматикой* – если делать упор на жёстком самоограничении учёных какими-либо идеями; *нормативизмом* – когда предпочтение отдаётся внешней (законодательной) форме, а не социальному содержанию. *О.С. Иоффе* и *М.Д. Шаргородский* призывали видеть более тонкое различие между двумя последними вариантами правопонимания: «нормативисты так же, как и догматики прошлого столетия, ограничивают юриспруденцию рамками одних лишь правовых норм, не допуская выхода за их пределы. Но если для юристов XIX века нормы служили не более чем предметом систематизации и описания, то для нормативистов они приобретают существенно иное значение. Сторонники нормативной школы очень мало внимания уделяют анализу юридического содержания правовых норм, догматической обработке конкретного правового материала. Они ставят перед собой задачу выявить сущность права; дать этой сущности, так сказать, общее обоснование. Представление же о сущности права связывается ими с категорией нормы». – Критика современных буржуазных теорий права. – Л.: Общество по распространению политических и научных знаний РСФСР, 1961. – С. 8.

³ О важности аксиоматичного знания в отраслевой доктрине см., например: *Игорь Гонтарь*. Догмы в науке уголовного права // Уголовное право. 2003. № 3. – С. 22-23.

⁴ См.: *Алексеев С.С.* Право на пороге нового тысячелетия: Некоторые тенденции мирового правового развития – надежда и драма современной эпохи. – М.: «Статут», 2000. – С. 173.

¹ *Мухачев И.В.* Актуальные проблемы гомеостаза российской правовой системы: Монография / Под ред. В.П. Сальникова. – СПб.: СПб университет МВД России, 2000. – С. 45, 46, 44, 45 (соответственно).

и «декларирование»? Уж если говорить о реальных юридических гарантиях от нарушения прав и свобод граждан, то их в состоянии представить в первую очередь наша отрасль; недопущение преступлений и есть жизненность надежд на безопасность.

Сциентичны ли общественные (юридические) науки? Общеизвестно, что система знаний об обществе и человеке, по привычке именуемая наукой, сложилась исторически позднее представлений об окружающей природе и развивается с большими изъятиями и трудом. Причин этому несколько, и они давно объявлены: а) включённость исследователя в наблюдаемый объект (общество), что объективно снижает беспристрастность анализа; б) сильное давление на учёный мир со стороны господствующего класса, препятствующего честному рассмотрению основ социального устройства и заинтересованного в наличии общей веры о справедливости установившихся порядков; в) отсутствие постоянно работающей экспериментальной базы общественных наук, что существенно понижает впечатлительности достоверности выводов. В итоге в Англии и США термин «science» адресуется только естественным знаниям¹, а в специализированных трудах не без основания утверждается, что общественные науки представляют собой наборы остроумных, но безрезультатных слов, что они пригодны только для классификаторских построений и ценностных суждений, плетутся за событиями вместо их упреждающего анализа, даже являются откровенно продажными².

Доказательствами политической всеядности теоретиков от юриспруденции переполнена мировая история, в том числе российская. Вот пример из эпохи *галломании*: «французская революция была принята (в России – А.Б.) со страстью: молодым людям она совсем вскружила голову, права человека стали всеобщим катехизисом... Мне показывали даже знаменитых вельмож, важных помещиков, проповедовавших эту систему со всеми крайностями. Не следует поэтому удивляться, что Екатерина в конце своего царствования забила тревогу, сделалась подозрительною и боязливою и удвоила предосторожности своей тайной полиции.. Ещё существовали преувеличенные идеи... мнения русских о свободе были подражанием мыслям Мирабо, Пэтиона, Робеспьера и Сьейеса»³. В конце XX века глашатаи обновления непременно «по-западному» увлеклись уже *янкоманией*, пошли на смелые призывы к «приватизации публичных отраслей юриспруденции»⁴, чем вызвали

² Лидеры мирового естествознания не удержались от хлестких высказываний по поводу неискренности обществознания: *Л. Ландау* – науки делятся на естественные, неестественные и противоестественные; *М. Планк* – существует лишь то, что можно измерить; *Э. Резерфорд* – науки делятся на физику и собирание марок. Жутко, но формула «2 X 2 = 4» выглядит доказательнее конституционных прописей, будто каждому гарантируется жизнь, свобода, труд, жильё, охрана здоровья и пр. нужные вещи.

¹ *Бернал Дж.* Наука в истории общества. – М.: Инostr. литература, 1956. – С. 529-534.

² Дневник Этьена Дюмона о его приезде в Россию в 1803 году // Голос минувшего. 1913. № 2. – С. 153.

³ *Бачило И.Г.* Государство и право в условиях глобализации // Государство и право на рубеже веков (материалы Всероссийской конференции) // Проблемы теории и истории. – М., 2001. – С. 35.

отпор, требование освободить «науку от некритических заимствований, очередного идеологического наваждения»¹. Но результаты увлечений уже случились, и проф. В.Д. Филимонов прямо указывает, что «отказ от прежнего представления об объекте преступления (как общественных отношениях – А.Б.) обусловлен не научными, а идеологическими соображениями»².

Это – горькая правда: но есть и вторая часть правды, также реалистичная и привлекательная. Быстро меняющиеся условия обитания населения Земли корежат коллективные правила жизни, формируют срочный социальный заказ на национальную идеологию (в том числе и на её юридический сегмент), ломают вчерашнюю обломовщину и апатию, понуждают нации к сравнениям своего быта с жизнью зарубежных соседей. Мысли об общественном устройстве, его вчерашнем дне, нынешнем состоянии и достижимом идеале завтра; о взаимных правах и обязанностях государства и личности; о месте принуждения в управлении и прочая интеллектуальная пища – становятся привычным блюдом для миллионов людей. Потребны объяснения перемен со стороны обществоведов и юристов; они способны повлиять на результативность труда и представителей физического труда, и «настоящих» учёных (естественников). Для последних (не гуманитариев) ясность условий очередного общественного эксперимента, прозрачность юридических координат и социальной политики вообще, честное обсуждение проблем государственного управления превращаются в нормальное условие и даже стимул существования. Посему юридические исследования, даже если они не приравниваются к настоящей науке, полезны хотя бы как дополнительное средство моральной гигиены общества, ведь «нравственные силы ничоём на современном базаре житейской суеты»³.

Наконец, третья часть правды состоит в том, что общественные науки отличаются от естественных по технологии познания. «Точные науки – это монологическая форма знания: интеллект созерцает вещь и высказывается о ней. Здесь только один субъект – познающий (созерцающий) и говорящий (высказывающийся). Ему противостоит только безгласная вещь. Но субъект как таковой не может восприниматься и изучаться как вещь, ибо как субъект он не может, оставаясь субъектом, стать безгласным, следовательно, познание его может быть только диалогическим»⁴.

О политизации юридической науки и покаяниях её адептов или плоды идеологического рвения в правоведении. Не подлежит сомнению выстраданная мысль, что государство является генеральным приказчиком общества, а юрист – служкой двух хозяев: близкого (политической элиты) и дальнего (самого общества). Как политик призван умело сочетать требования моментальной целе-

⁴ *Сухарев А.Я.* Преступность в России переходного периода: меры государственной реорганизации // Преступность и законодательство. – М.: Криминологическая ассоциация, 1996. – С. 18.

⁵ *Филимонов В.Д.* Охранительная функция уголовного права. – М., 2003. – С. 21.

¹ *Салтыков-Щедрин М.Е.* Благонамеренные речи. – М.: Правда, 1984. – С. 49.

² *Бахтин М.М.* Эстетика словесного творчества. – М., 1979. – С. 363.

сообразности с дальнобойными стратегиями, так и правовед обязан постоянно искать «золотую середину»; обеспечивать согласование формальных (стилизированных, заранее оглашённых для всех граждан) требований с постоянно (и беспорядочно) обновляемыми нюансами общежития. В эпохи реформ этот зыбкий баланс традиционно нарушается в пользу политики или целесообразности. Закон или «царство спокойного» (по Гегелю) призывается к беспрекословному обслуживанию беспокойного, нечистоплотного, а часто и аморфного начала (идеологических установок нарождающейся элиты).

Хорошо это или плохо? Ещё древнеримские юристы экзаменовались по данному вопросу и оставили потомкам следующий завет: *politiae legibus, non leges politus adaptande* (политика должна согласовываться с законом, а не закон с политикой). Эта максима античного права ненавидима любой элитой, пока только рвущейся к власти, а потому отчаянно обругивается накануне реформ. Так продолжается недолго – до закрепления основной имущественной массы и средств производства за новыми владельцами, до кодификации законодательства в «нужном» направлении и смены старых руководящих кадров на более «лояльных». Одновременно следует помнить, что формальная законность, составляющая досадное препятствие своеволию политико-экономических хозяев страны, есть базовый компонент профессиональной деятельности юриста. Правовед поэтому (по традиции) настороженно относится к разговорам о сравнительной выгоде политической целесообразности перед юридическим формализмом. В то же время опасна и другая крайность – отрицание ценности политики как тонкого метода управления страной, как системообразующего фактора, как передаточного звена от социально-экономических необходимостей к законодательным жерновам, как инициатора перемен в жизни и в праве, как умелого подсказчика при толковании нормативных текстов.

Поставленные в заголовок параграфа слова обязывают нас внести ясность в содержание и соотношение таких понятий, как «мировоззрение», «идеология», «политика». Первое обычно трактуется как «совокупность принципов, взглядов и убеждений, определяющих направление деятельности и отношение к деятельности отдельного человека, социальной группы или общества в целом»¹. По большому счёту мировоззрение базируется на философии, предполагает удовлетворительное решение её основных вопросов и опору на это решение при определении стратегий и границ познания. Сложнее обстоит дело с идеологией: «идеологические посылки не лежат на поверхности философской рефлексии. Связь между философией и идеологией или, если ставить вопрос шире, мировоззрением и идеологией носит глубинный характер»². Идеология есть система взглядов по поводу *стратегии* общественного развития. В отличие от неё политика олицетворяет *тактику* управления социумом. Политика всегда находится в собственности правящей

¹ Философский словарь / Под ред. М.М. Розенталя. Изд. 3-е. – М.: Политиздат, 1975. – С. 247.

² Деятельность: теории, методология, проблемы. – М.: Политиздат, 1990. – С. 83-84 (Ю.К. Плетников).

элиты, а вот идеология может принадлежать различным группам населения, собственно элите или всему обществу. Правящий слой обычно вызывает к общенациональной идеологии только в тех случаях, когда он завёл страну в эволюционный тупик и не знает, как оттуда выбраться, при неудаче реформ и прочих вариантах политического банкротства. Классический пример – последние годы ельцинского правления Россией.

В смутные или переходные времена прежде преимущественно догматическое племя правоведов быстро расслаивается; наиболее «предусмотрительные», они же и самые энергичные проповедники требований прежних политических хозяев, становятся и наиболее яростными их обличителями. Лавина саморазоблачений и покаяний, целые серии книг под новыми идеологическими знамёнами, публичные пеплопосыпания и массовые переодевания во власяницы обрушиваются на растерявшуюся от этой бесцеремонности публику, в том числе и просвещённую. Но дело науки не движется. Когда «были сняты идеологические барьеры, – указывает проф. Т.В. Кашанина, – учёные-юристы не спешили продвинуться в изучении проблемы происхождения государства и права»; напротив, «многие из них впали в бескомпромиссную критику энгельсовской концепции, не предлагая ничего нового от себя»³. Nomina sunt odiosa, но личными извинениями адептов юриспруденции, добровольно и страстно пропитываемых миазмами политической преданности перед фактическими владельцами и распределителями национального богатства, встреча старого и нового времён не исчерпывается. Дело в том, что пропагандисты перемен изобрели и запустили в юридический оборот идеологические установки, реализация которых уже принесла стране горькие плоды. Назовём и прокомментируем некоторые из них, уже негативно отзывавшиеся на практике борьбы с преступностью.

1. Превознесение субъективных прав и свобод на фоне умалчения об обязанностях. Начнём с того, что в Конституции РФ заявлено несколько десятков индивидуальных полномочий и лишь 4 обязанности (да к тому же в ней содержится подсказка, как уклониться от службы в армии – ч. 3 ст. 59), что противоречит аксиоме корреспонденции или взаимообусловленного существования прав и обязанностей и уже аукается техногенными катастрофами и управленческими провалами. Понимая общетеоретическую неловкость, возникшую вследствие конституционной скупости в отношении гражданских обязанностей, специалисты базовой отрасли права оправдываются положениями естественно-правовой доктрины: «обязанности устанавливаются законами, а права человека по отношению к государству имеют естественный, т.е. везаконотворческий характер. Никаких дозаконотворческих и везаконотворческих обязанностей, аналогичных естественным правам, у человека по отношению к государству нет... И если такие обязанности ставить в один ряд, на один уровень с неот-

³ Кашанина Т.В. Происхождение государства и права. Современные трактовки и новые подходы. – М., 1999. – С. 9.

чуждаемыми правами человека, то это значит принижать права человека, уменьшать их юридическую силу, низводить до уровня произвольных суждений законодателя, иначе говоря – считать их *октроированными*»¹.

Заметим вначале, что в процитированном мнении права человека некорректно адресуются только государству. А почему – не другим людям, хотя бы и через посреднические услуги государства? ведь оно лишь аккумулирует опыт социально-значимого поведения и облекает его в юридические формулы. Разве сравним объём межличностных контактов отдельно взятого гражданина с числом его непосредственных встреч с чиновниками? Главное же возражение коренится в том, что настоящий смысл естественно-правовой доктрины заключается вовсе не в торжественном провозглашении индивидуальных полномочий, а в учреждении обязанностей ради спасения прав, в самоограничении человеческой автономии и отказе от абсолютного эгоизма. Вспомним суждения адептов теории общественного договора: «из общего сожительства людей (невозможного без сопряжения прав и обязанностей – А.Б.) возникает гораздо больше удобства, чем вреда»².

Те, кто сегодня неистово пропагандируют непререкаемость доктрины прав и свобод человека и гражданина, но молчат об обязанностях, когда-то гипнотизировали читателей и слушателей внешне примитивной премудростью марксизма: «нет прав без обязанностей, как обязанностей без прав»³. Сегодня замалчивается, что данный, одновременно нравственный, политический и юридический шаблон безоговорочно воспринимался духовниками русской нации из числа философов и юристов ещё в XIX веке: «его (субъекта – А.Б.) полномочия живут и питаются чужими обязанностями лишь благодаря тому, что чужие полномочия живут и питаются его обязанностями... что правопорядок есть как бы сеть субъективных правовых ячеек, отовсюду соприкасающихся и поддерживающих друг друга: что поддержание... правопорядка есть единое общее дело и что дело это требует, чтобы каждый первоначально не попирали пределы своего правового статуса»⁴; «в осуществлении прав человека самое важное не собственные правовые притязания, а уважение к правам другого... обязанности человека глубже прав человека, они и обосновывают права человека. Право вытекает из обязанности»⁵; «превращение интереса в праве совершается именно посредством ограничения другого, ему противоречащего интереса, установлением соответствующей обязанности. Право есть не всякая охрана интереса..., а только охрана одного интереса в отношении к другому»⁶. Автор евразийской

¹ Конституция Российской Федерации: Проблемный комментарий / Отв. ред. В.А. Четвернин. – М., 1997. – С. 40-41.

² Спиноза Б. Избр. произведения. – М., 1957, т. 1. – С. 549.

³ Маркс К. и Энгельс Ф. Соч., т. 16. – С. 13.

⁴ Ильин И.А. О сущности правосознания. – М., 1993. – С. 42.

⁵ Бердяев Н.А. Философия неравенства. 2-е изд., испр. – Париж: YMKA-PRESS, 1970. – С. 119-121.

⁶ Коркунов Н.М. Указ и Закон. – СПб., 1894. – С. 237.

концепции государства и права еще в начале XX века призывал, чтобы российская юриспруденция слепо не копировала западные представления о жизненном устройстве, в основе которых превосходство прав над обязанностями и частного интереса – над коммунальными потребностями. Национальная юриспруденция должна перенимать лишь те заграничные премудрости, которые соответствуют её этническим корням и могут быть с пользой для правового регулирования использованы в инструментальных целях¹.

Естественность юридических обязанностей и естественность их неразрывной связи с правами и свободами доказана тысячелетней историей нашей цивилизации. Чего стоят лишь знаменитые римские максимы: *do ut des, do ut facias* и пр. В этих внешне примитивных формулах заложен огромный нравственный и юридический смысл; именно такие и подобные им установки привели к кристаллизации «золотого правила нравственности»²: *поступай так по отношению ко мне, как ты хотел бы, чтобы поступал я (выполни свой обязанности для реализации моих прав, и тогда ты можешь надеяться на моё встречное адекватное поведение, т.е. на реализацию своих прав – А.Б.)*.

Теперь мы позволим себе утверждение, способное вызвать активные протесты из лагеря либералов и гуманистов. **Лишь то общество может рассчитывать на успешное эволюционное развитие, приращение богатств, улучшение стандартов жизни и безвредную государственную власть, которому удастся поместить в центр национальной идеологии и психологии обязанности, но не права; надобно только, чтобы требование безусловного исполнения обязанностей первоначально адресовалось федеральным столоначальникам, а в последнюю – лицам, стоящим на нижней ступени общесоциальной Табели о рангах.**

2. *Масштабное возвеличивание суда* в государственном механизме страны посредством возложения на него традиционных полномочий исполнительной власти, что неточно именуется в науке судебным контролем, а на деле ведет к умалению юрисдикционного начала и издержкам в управлении³. Расширение арбитражных полномочий (в обязательном или альтернативном с административной формой порядке), а также закрепление за судом прерогатив надведомственного контроля в отношении правотворческой и правоприменительной деятельности различных ведомств, занятых текущей управленческой работой, означает одно: суд вступает на заповедную территорию классического государственного управления, начинает заниматься общей организацией жизни людей и поведения власти. Традиционная работа – разбирательство конфликтов и споров – теснится, растворяется в новых функциях.

¹ Алексеев Н.Н. Русский народ и государство. – М., 1998. – С. 18.

² См.: Лики морали. Введение в этику // Учебно-научное пособие под ред. В.Л. Обухова. – СПб, 1996. – С. 66.

³ См. подробно об этом наше: *Бойко А.И.* Судебный контроль по уголовным делам в системе государственного управления // Юристь-Правоведь. 2003. № 1 (6) – С. 43-49; Новые полномочия российского суда и культура их использования // Закон и право. 2003. № 3. – С. 2-8; а также § 3 главы III настоящего тома.

В ходе реформ перед судом ставятся всё новые управленческие и воспитательные задачи, включая даже воспитание сотрудников милиции в направлении «большого почтения к судебной власти». А ведь есть ещё арбитражное судопроизводство в части реализации законодательства о несостоятельности и банкротстве: здесь суд не просто втянут в передел имущества, сопровождаемый дрызгами собствеников; он вместо кредиторов принимает решение о назначении хозяйственного руководителя и, если дело пойдёт так и дальше, скоро будет составлять бизнес-планы для умирающего предприятия и дефолтной страны. По воле законодателя (КоАП РФ) суд попал в длинный список органов отраслевого управления, включая Государственную семенную инспекцию, и нормотворческих ревизоров (Минюст, прокуратура и пр.).

Опасность подмены судом органов отраслевого управления теоретически заявлялась давно¹, а сегодня, когда она стала реальностью, специалисты процессуального права бьют тревогу по поводу новых полномочий судов²; председатель же Верховного Суда РФ, сглаживая ситуацию, аккуратно именует контрольные функции судов общей юрисдикции «имеющими остаточный характер» – это полномочия, находящиеся за рамками исключительной компетенции Конституционного Суда РФ и конституционных (уставных) судов субъектов Федерации³.

В ходе идущей судебно-правовой реформы стало чуть ли не правилом хорошего тона противопоставлять прокуратуру (профильная надзорная инстанция, *ex officio* пекущаяся о публичном интересе) суду, мысля первый государственный орган узурпаторской машиной, мешающей справедливому и мудрому арбитражу. В результате этих общественных настроений суд получил от прокуратуры частицу обвинительной власти (санкционирование арестов, обысков и пр.), что лишает его будущие арбитражные усилия по этому же делу в отношении предполагаемого преступника ореола беспристрастности. Но это не всё. Вглядимся в уже происшедшие судоустройственные и процессуальные перемены и вскричим: *et quis custodit custodes ipsos?*⁴ Ведь: отменён выборный порядок формирования судейского корпуса (его призывает на службу власть, а не население)⁵; введена единоличная процедура рассмотрения отдельных категорий уголовных дел, чего прежде не было⁶; сохраня-

² Об этом, в частности, предупреждал отечественные власти ещё 40 лет назад **А.В. Мицкевич**. – Субъекты советского права. – М.: Госюриздат, 1962. – С. 90-91.

³ **Павлушина А.** Судебный нормоконтроль: «тихая революция» в гражданском процессе // Российская юстиция. 2000. № 7. – С. 17-19.

⁴ **Лебедев В.** От идеи судебного нормоконтроля к административному судопроизводству // Российская юстиция. 2000. № 9. – С. 3-4.

⁵ А кто караулит самих сторожей? – *лат.*

⁶ В большинстве американских штатов в порядке общественного контроля за правосудием сохраняется выборность судей, а в России последними мерами лишь частично устранили региональные власти из процесса формирования корпуса федеральных судей.

⁴ А по новому ГПК РФ (№138-ФЗ от 14 ноября 2002 г.) институт народных заседателей, как форма коллегиальности и способ участия граждан в отправлении правосудия (ч. 5 ст. 32 Конституции) вообще упразднён.

ется административный порядок распределения дел для слушания внутри суда его председателем; прокуратура утратила право надзора за законностью и обоснованностью судебных решений и оно никому не передано; вероятность юридической ответственности судьи за производственный брак и злоупотребления почти уравнивались с шансами осуществления президентского импичмента. Усилили ли эти меры в совокупности расчёты на беспристрастность судебных вердиктов, принесут ли они больше надежд на чистоплотность власти пострадавшему обществу¹? Разве внешний надзор хуже внутриведомственного контроля (апелляционное, кассационное, надзорное производства)? Порядочнее ли, объективнее ли надзорный протест председателя областного или краевого суда на кассационное определение своего коллеги по труду и зданию, чем аналогичная реплика из обвинительного ведомства, скромно именуемая по новому УПК (ст. 402) надзорным представлением? И на что теперь будем надеяться – на совесть судей?

3. *Пересмотр иерархии основных ценностей.* Россия, где всегда были сильны общинные или коллективистские настроения, свои управленческие мероприятия строила преимущественно на началах публичности. И вела себя в данном деликатном вопросе по-рреволюционному, браво. Павел I запрещал даже употребление термина «Отечество», понуждая своих подданных к казарменно-административной тиши, к благоволению перед государственной машиной. В эпоху большевизма палку перегнули ещё сильнее; интересы самой власти, задрапированные под сладкие фантазии о далёком счастье для всего общества (коммунизм), потребовали уже миллионы жертв. Сегодня в Отечестве стали думать *строго по-иному*, чем прежде. Триада ценностей ранжирована на новый лад: «личность – общество – государство». Самозабвенно открепясь от оголтелого классового подхода прежнего режима, от насилия к меньшинству в пользу большинства, новые оракулы ведут общество в другую крайность, абсолютизируют личность и частный интерес (суперменьшинство). Как будто Российская Федерация объявлена не социальным (ст.7), а индивидуалистическим государством. Как будто сущность современного государства определяется всеми иначе, чем орудие социального компромисса. Как будто не существуют и не множатся многочисленные коммунальные ограничения, всё сильнее сужающие поле личной свободы. Их главная причина и необходимость – в вынужденной регламентации и ограничениях той сферы жизнедеятельности каждого, которая обуславливает безопасное существование и саморазвитие остальных.

Можно предположить, что новая иерархия ценностей избрета «массой серьезных людей, которые выбрали либерализм,

¹ Как говорил недавно один из вдохновителей и организаторов судебно-правовой реформы, «мы решили, что сама по себе независимость обеспечит нам всё: добьемся её – будет честный, неподкупный, принципиальный судья. Он такой же гражданин, как мы с вами. И он подвержен тем же искушениям и слабостям, как и мы» (*Яшманов Б.* Судебной реформе быть? Интервью с Дмитрием Козаком // Российская газета. 2001. 1 ноября).

как временный *modus vivendi*»¹. Можно предположить также, что право сверяется у нас только по западному оселку – так называемым естественным и неотчуждаемым правам и свободам человека и гражданина. Этот космополитический стандарт заменил прежние коммунистические установки на историческую перспективу: по ним надобно было терпеть сегодняшние неудобства и трудности, жить в общей упряжке, чтобы будущим поколениям выпало «наслаждаться» материальными и духовными благами. Сегодня же каждому предлагается в одиночку работать на себя, то есть жить на ближайшую перспективу, не обращая внимания на усилия, интересы и мнения окружающих.

Разумность закрепления в праве новых идеологических ориентиров ещё предстоит осмыслить. Но уже ныне ясно, что «славоправие» индивидов имеет не только положительные результаты; оно атомизирует общество, дезорганизует систему управления, делает в итоге обывателя беззащитным перед насилием социальных хищников и пороками. Для проверки состоятельности современных политических рецептов заглянем в прошлое, ведь проблема ранжирования главных объектов юридического регулирования известна человечеству с незапамятных времен. Древние римляне, поклонявшиеся частной собственности и тем близкие рыночной формуле хозяйствования, любили сравнивать индивидуальные и коллективные начала управления, но отдавали предпочтение последнему благу. Звучала эта заповедь следующим образом: *necessitas publica major est, quam privata* – общественная необходимость более важна, чем частная. Постулат о превосходстве общественных позиций перед частной пользой отстаивали и Папиньян (*Jus publicum privatorum pactis mutari non potest* – Pap. D. 2, 14, 38) с Ульпианом (*Non capitur, qui jus publicum sequitur* – Ulp. D. 50, 17, 116, 1). А пионер просвещенного уголовного права Ч. Беккариа, размышляя о соразмерности преступлений и наказаний, посчитал в итоге, что «**на первом месте** (выделено нами – А.Б.) стоят нарушения, наносящие вред непосредственно обществу, а **на последнем** (выделено нами – А.Б.) – самые незначительные нарушения прав частного лица»². Известный американский учёный в конце XX века вновь «открыл» эту проблему (или истину о значимости общественного интереса) для Америки: «наказание предполагает наличие нейтральной власти. Обычные граждане такой властью по отношению друг к другу не обладают». И далее: «Поскольку преступление само по себе есть караемое законом посягательство на общество, имеет смысл подумать о наказании как о выражении публичной власти»³.

Один из проповедников теории правового государства в царской России, которого невозможно упрекнуть в любви к тоталитаризму, писал: «для существования всякого общественного организма, в частности государства, требуется, чтобы целое господствовало над

¹ *Салтыков-Щедрин М.Е.* Благонамеренные речи. – М.: Правда, 1984. – С. 329.

² *Беккариа Ч.* О преступлениях и наказаниях. – М.: Фирма «Стелс», БИМПА, 1995. – С. 85.

³ *Флетчер Дж., Наумов А.В.* Основные концепции современного уголовного права. – М.: Юристъ, 1998. – С. 112-113.

частью, чтобы общество господствовало над личностью. Где нет такого господства, с одной стороны, и подчинения, с другой, там не будет ни права, ни организованного общества, а будет анархия. Но подчинение лица государству должно иметь известные границы: лицо должно подчиняться государству лишь постольку, поскольку это необходимо для осуществления целей социального организма, для его существования и процветания. Безграничное господство государства над личностью равнялось бы полному рабству индивидуума, а такое бесправие вовсе не нужно для целей общества...»¹.

Сегодня важность (пере)осмысления роли права в достижении баланса различных интересов становится предметом интенсивного обсуждения. Именно проблема сочетания публичных и частных начал в праве и государственном управлении стала рефреном Всероссийской конференции, прошедшей 2-4 февраля 2000 г. в Москве². Исследованию феномена публичного интереса посвящена обстоятельная статья А.В. Кряжкова³. О.В. Корнелюк страстно и предупредительно глаголит, что «в настоящее время мы ориентируемся на естественно-правовую западную доктрину прав и свобод человека и гражданина, основной идеей которой является независимое от общества и государства существование свободного человека со своими частными интересами...Западноевропейская правовая доктрина весьма индивидуалистична, суть её – свобода одного индивида против свободы другого индивида. В ней нет ни малейшего указания на некое общее благо». Но отечественная правовая мысль «полностью пронизана именно идеей общего блага, в отличие от западного представления о праве». И далее: «для большинства правовых доктрин, альтернативных западной, характерна тесная взаимосвязь с верой, религией, нравственностью. Право рассматривается сквозь призму служения общему благу. Думаем, что это основа, в частности, российского права»⁴. И мы так думаем. Ясно одно: в этом концептуальном вопросе правового регулирования должна быть своя мера, а главное – требуется синкретическое единство различных интересов, иначе хрупкий гражданский мир может разрушиться, и то, что не удалось уравновесить мудростью, будет навязано силою. «Абсолютизация частных интересов... не может считаться идеальным типом взаимоотношений государства, общества и человека»⁵.

4. *Некорректное понимание главной основы уголовного преследования* – объективного вменения (как «ответственности без вины») и превознесение субъективного вменения в качестве единственной базы для наказания. Ныне идеологизированная ломка ак-

³ Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. – СПб.: Изд-во «Лань», 1998. – С. 195.

⁴ См.: Российское государство и право на рубеже тысячелетий (Всероссийская научная конференция) // Государство и право. 2000. № 7. – С. 5-14.

⁵ Кряжков А.В. Публичный интерес: понятие, виды и защита // Государство и право. 1999. № 10. – С. 91-99.

¹ Корнелюк О.В. Русское в праве // «Черные дыры» в Российском Законодательстве. 2005. № 4. – С. 138, 143.

² Никулин С.И. Уголовный закон и частный интерес: Лекция. – М.: УМЦ МВД России, 1994. – С. 5.

сиоматичных и презумптивных установок прошлого проходит и по линии сочетания объективных и субъективных начал в уголовном преследовании. Амплитуда просвещённого мнения резко шатнулась в пользу субъективного вменения, то есть ставки на психические переживания злодея¹. Крайности зафиксированы не столько в публикациях «специалистов», благонамеренно настроенных на новую политическую моду, что стало привычным с 1917 года и продолжается по сей день, но и в самом Уголовном кодексе (ч. 2 ст. 5). Законодатель использовал негативную дефиницию (объективное вменение не есть субъективное вменение), что явно неудачно; ведь определение должно откликаться на существенные свойства предмета или явления, а не перечислять, чем они не являются.

В этих условиях приходится напоминать, что *cogitationis poenam nemo patitur* (никто не подлежит наказанию за одни лишь мысли); что национальная доктрина уголовного права ещё в XIX веке провозглашала, будто именно «во внешнем вреде право ищет проявления внутренней виновности»²; что истина, как и всегда, расположена посередине. В уголовном праве должно быть обеспечено единство объективного и субъективного вменения, оценка внешних данных о поступке при страхующем учёте психических переживаний его автора. При этом первоначально учитываются, доказываются и оцениваются объективные данные (что сделано), и лишь во вторую очередь, но в обязательном порядке, идея субъективного вменения (кто и почему это сделал)³. После обязательного отвержения объективного вменения на законодательном уровне (ч. 2 ст. 5 УК) что-то не наблюдается в науке взвешенных оценок, призывов к союзу двух начал уголовного преследования. А ведь ещё совсем недавно это было нормой: «нельзя согласиться с трактовкой вины, – предупреждал один из советских специали-

³ Ни в коем случае не ставя под сомнение профессионализм авторов многочисленных работ, не оспаривая выверенность их суждений по поводу содержания и значимости субъективного вменения, всё-таки отметим, что исследований по объективному вменению в его рациональном либо даже искажённом понимании *нет вовсе*, а вот публикаций по идее субъективного вменения – в изобилии: **Векленко С.В.** Концепция виновного вменения в уголовном праве // Вопросы правовой теории и практики. Вып. 1. – Омск, 2004. – С. 39-51; **Злобин Г.А.** Виновное вменение и уголовная ответственность // Актуальные проблемы уголовного права. – М.: ИПП РАН, 1988. – С. 38-46; **Иванов Н.Г.** Принцип субъективного вменения и его реализация в УК // Государство и право. 1999. № 10. – С. 52-59; **Кулыгин В.В.** Субъективное вменение в уголовном праве: Автореферат дисс. канд. юрид. наук. – М.: ИПП РАН, 1993. – 27 с.; **Лунеев В.В.** Субъективное вменение // Уголовное право: новые идеи. – М.: ИПП РАН, 1994. – С. 26-43; **Михеев Р.И.** Принцип субъективного вменения и его реализация в правоприменении // Уголовно-правовые исследования. – Тбилиси: Изд-во «Мецниерабо», 1977. – С. 71-86; **Намясева В.В.** Уголовно-правовые гарантии от объективного вменения: Автореферат дисс. канд. юрид. наук. – Волгоград, 1996. – 177 с.; **Шаталова Л.И.** Правовые, психологические и этические аспекты субъективного вменения в уголовном праве Российской Федерации. – Тольятти: Волжский ун-т им. В.Н. Татищева, 2002. – 144 с.; **Якушин В.А.** Субъективное вменение и его значение в уголовном праве. – Тольятти, 1998. – 290 с. Где исследователи и исследователи по объективному вменению?

¹ Курс русского уголовного права. – СПб., 1874. – С. 2.

² Подробно нашу позицию на сей счёт см.: **Бойко А.И.** Преступное бездействие. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. – С. 57-75 (глава – «Объективное вменение в современной уголовно-правовой идеологии и юридической риторике»).

стов по учению о вине, – как субъективного основания уголовной ответственности. Подчёркивая, что вина – субъективное основание уголовной ответственности, которое существует самостоятельно, (даже – *А.Б.*) наряду с объективным основанием, мы как бы изолируем вину от объективных признаков преступления и создаём возможность представления о вине и её формах как чисто субъективного переживания лица, не связанном с внешним поведением. В этом состоит основной недостаток трактовки вины как субъективного основания уголовной ответственности (или идеи субъективного вменения – *А.Б.*)»¹.

Это правило о первенстве объективного фактора легко доказывается теми соображениями, что: 1) объективная сторона посягательства – «источник, главный поставщик конкретных фактов, физических характеристик деяния..., изначально наиболее надёжных доказательств, менее других могущих быть фальсифицированными»²; 2) деяние стандартизируется (а это – дело и предел права вообще) значительно легче души и потому львиную долю текста диспозиция законодатель посвящает описанию внешних признаков содеяния; 3) уголовная ответственность устанавливается за конкретное преступление, а не за вину вообще или за опасное состояние личности; 4) требования должностования опережает по закону учёт субъективных возможностей (ст. 26 УК РФ); 5) при назначении наказания характеристики общественно опасного деяния первичнее данных о личности преступника (ст. 60 УК РФ) и пр., и т.д.

Ещё раз отследим логику уголовного закона (ст. 5 УК РФ): а) ч. 1 – для ответственности нужна вина (верно); б) ч. 2 – без вины ответственности нет (повтор предыдущей установки, попутно, не иначе – для важности, наречённой «объективным вменением»). Но в статье 5 отсутствует часть 3-я, где с тем же усердием проклиналось бы голое субъективное вменение (ответственность за одни мысли и намерения). Нет, значит можно: дозволяется преследование вначале за плохие призывы и высказывания, потом – за мысли, наконец – и за убеждения. Хотели, как лучше... Что это, как ни готовая юридическая почва, как принципиальная установка-разрешение для преследования инакомыслящих? Вот где ситуация, предостерегающе сформулированная древними юристами в качестве пути к производству – *stat pro ratione voluntas*. Вот – результат пылких идеологических увлечений. Этого ли хотели правозащитники, либералы и прочие искренности и не очень радикалы? Поспешай медленно³.

³ Тихонов К.Ф. Субъективная сторона преступления. Саратов, 1967. – С. 94.

² Уголовное право. Общая часть: Учебник / Под ред. В.Н. Петрашева. – М.: Приор, 1999. – С. 188 (В.Г. Беляев).

³ Возможно, так происходит и по той причине, что в общей юриспруденции до сих пор нет чётких представлений о соотношении объективного и субъективного начал в праве. Как заявляет К.Ю. Тотьев, (Публичный интерес в правовой доктрине и законодательстве // Государство и право. 2002. № 9. _ С. 21), научные взгляды по данному вопросу разделились на три лагеря: а) право – объективное явление, существующее вне и независимо от сознания; б) право – субъективно, ибо суть результат «человеческого» правотворчества; в) право и объективно, и субъективно («в этом контексте право признаётся одним из элементов правовой системы и рассматривается как результат функционирования двух других её

5. *Протесты против «слепого, механического» поклонения праву* и призывы к выборочному применению только так называемых «правовых» или «демократических» законов – представляют собой очередную цивилизационную попытку наступать на политико-юридические грабли, против чего предупреждали потомков ещё римляне своими сентенциями «*dura lex, sed lex*» и «*fiat justitia, pereat mundus*». Законность – общеправовой идеал, не знающий исключений и светотеней. Либо ставка на общий шаблон, либо индивидуальная позиция по каждому случаю.

Юрист прежде и более других видит и понимает правотворческие изъяны, но он не должен превращаться в бунтаря, призывать к неповиновению юридическим правилам. Его назначение и удел – спокойное внесение предложений по устранению нормативных изъянов, его девизы: синица в руке, а не журавль в небе; постный, но действующий закон лучше благородной, но бесконечной и опасной по своим последствиям правозащитной критики. Напомним ещё раз афористичную премудрость американского профессора о том, что поиски справедливости надёжнее производить не в политических программах и грёзах, а в аскетичном, непривлекательном, неточном законе, ибо только «законность обеспечивает стабильность уровня справедливости»¹.

Каждый среднеобразованный юрист знает, что многие столетия законность отождествлялась с послушанием и правоприменительной дисциплиной, с точным и неуклонным исполнением всех предписаний властей. В годы российских реформ забрезжила старая песня, началась очередная проверка древних аксиом. Возобновляются академические разговоры о юридической обязательности лишь так называемых «правовых законов» (под ними понимаются прогрессивные или совершенные нормативные акты, отвечающие идеям свободы, справедливости и демократии)². Это – красивый, частично справедливый, но опасный в целом и по своим последствиям идеологический рецепт. Если строго следовать ему, политическая целесообразность приобретёт диктаторские полномочия, а правоприменительная дисциплина и законопослушание граждан деградируют под огнем сплошной (многосубъектной) критики правотворческих актов. Страна, ожидающая гражданского мира и порядка, напротив, должна культивировать презумпцию безукоризненности законов и обязательности исполнения *всеми всех* правовых предписаний. Судьи (и другие практики) не обсуждают разумности законов, в принятом парламентом акте воля народа становится на место разума – *stat pro ratione voluntas populi*.

Пора собирать камни или связь исследовательской культуры

компонентов – правосознания и правовой действительности».

¹ Флетчер Дж., Наумов А.В. Основные концепции современного уголовного права. – М.: Юрист, 1998. – С. 489.

² См., например: Лившиц Р.З. О легитимности закона // Теория права: новые идеи. Вып. 4. – М.: ИГП РАН, 1995. – С. 18-26; Малеев Н.С. О законности в условиях переходного периода. Там же, с. 26-32.

правоведения с отечественной цивилизационной средой¹. Критика легка – искусство мудрено. Пришло время отвечать на любимый риторический вопрос национального ума – что делать? Аlias: можно ли противостоять (хотя бы временно и в ограниченных размерах) перманентной повальной идеологизации юридического мышления и как? поскольку любимой игрушкой и самой судьбой России стали революционные качели, есть ли шанс у правоведов уловиться о благоразумии на будущее, о предохранительных средствах против ситуативного политического усердия в пользу «золотой середины»? В нашем понимании ответ должен быть положительным, а его расшифровка видится нам в следующих мерах.

1. Юристы в основу своего промысла, обеспечения смычки права и жизни, политики и закона, должны положить *дихотомию*. Эта объяснительная конструкция давно известна мировой философии. Да и в юридических кругах ширится взгляд, согласно которому в системе принципов правового регулирования нужно видеть их парные сочетания. Эта установка отражает сложность государственного управления обществом, внутреннюю недостаточность обобщённых юридических регламентов для полных и точных характеристик индивидуальных событий. Дихотомичность правовых принципов – способ снятия диалектического противоречия, к примеру, между требованием равенства граждан перед законом и судом, сориентированным на законодательный шаблон, каковым является состав преступления (ст. 4 УК РФ), и принципом справедливости (ст. 6 УК), направленном на корректировку санкций по неучтённым в законе особенностям преступления и сведениям о личности виновного. Правоприменитель должен искать «золотую середину», обеспечивать взвешенное сочетание интересов личности, общества и государства, учитывать позицию потерпевшего и последнее слово подсудимого, оценивать содержательную сторону конкретного посягательства и его формальное описание в диспозиции статьи УК, в равной степени опираться на объективные и субъективные данные.

Дихотомия, этот приём страхования от пристрастий, давно известен философам, есть частная отводка от общего диалектического ствола, переключается с представлениями о двуликом Янусе, созвучен намечившемуся в общенаучном методе переходу от пара-

¹ Во время лекции Ю.М. Лужкова в Международном университете 25. 02. 1999 г. он, в частности, утверждал, что «неудачи реформ есть закономерный результат небрежного отношения к российским реалиям, что западная традиция управленческого фольклора по грустной ошибке родилась не у нас, что для России нужны законы, предусматривающие неполучение результата ещё на стадии постановки задач, что мы живём по правилу рискованного оптимизма и принципу обязательной незавершённости, что наша отечественная цивилизационная среда любит небесную манну, крайности, вечный опыт разрушения, скорый энтузиазм, но никак не последовательную спокойную работу по должности, исполнение банальных операций. В общем, мы живём по законам Паркинсона». (Ю. Лужков. Российские «Законы Паркинсона». – М.: Вагриус, 1999. – С. 11, 17-18, 21, 43, 53, 59). Культивируемая в нынешнем обыденном и профессиональном сознании небесная мана – слепая вера в спасительную личность руководителя взамен равного, но бездушного закона, в реализацию прав без исполнения корреспондирующих им обязанностей, в превосходство индивидуальных потребностей перед коммунальными необходимостями, в призывах следовать закону выборочным порядком.

дигм к синтагмам¹. Профессиональное сообщество юристов могло бы условиться, что упоминание строго противоположных точек зрения и их аргументов становится **обязательным** для всех научных дискуссий и трактатов, для парламентских чтений.

2. Противоядием против чрезмерной политизации юриспруденции, против ошибок и нечистоплотности в анализе правовых явлений могло бы стать широкое и обязательное использование инструментальных *приёмов естественных наук*, а в первую очередь нам нужна математизация юридических знаний² – как средство беспристрастной проверки наших расчётов и рецептов. Ведь новые общественные идеи всегда слащавы и обольстительны, а обслуживающие их политики новой волны паразитируют на этом, раздувая необузданные фантазии в дополнение к обличениям своих противников. В результате правила жизни огромного общественного организма оказываются нерациональными или затратными, просто глупыми либо противоестественными. Времено заразные, но непроверенные парадигмы производства и быта всей страны, будучи закреплёнными в законодательстве, приводят и к пробуксовке самих реформ, к материальным издержкам и трагедиям. В связи с этим справедливы призывы открыть шлязы для проникновения в юриспруденцию математических методов, сделать их преподавание «предметно ориентированным, а не только лишь общеобразовательным»; ведь «чем сложнее и обширнее предмет, тем важнее выработать критический подход к нему; (поскольку – А.Б.) слишком часто очевидное оказывается неверным»³.

3. Давно назрели пересмотр, а точнее ужесточение (силами ВАК, ИГП РАН, УМО по правоведению, Минобразования РФ) *социологических стандартов* для юридических исследований. Сегодняшние ритуальные ссылки в авторефератах диссертаций на якобы изученную местную практику и результаты анкетирования магических ста (именно 100 и ни одним респондентом больше либо меньше!) сотрудников правоохранительных органов уже не гипнотизируют просвещённый мир⁴. Очень необходима (повы-

¹ «Проблемный метод организации знаний, при котором разнородные знания, методы и сообщества специалистов группируются не по дисциплинарным и окостеневшим парадигмам, а по динамичным, быстро сменяющимся и преобразующимся синтагмам, станет, по всей видимости, новой доминирующей формой развития науки». (Философия, основные идеи и принципы. – М.: Политиздат, 1990. – С. 330).

² См. предложения на сей счёт в работах: *Блувштейн Ю.Д.* Криминология и математика. – М., 1974; *Гаврилов О.А.* Математические методы и модели в социально-правовом исследовании. – М., 1980; его же. Право и математика: взаимосвязь и взаимодействие // Журнал российского права. 1998. № 7; *Селезнев Л.И.* Математические методы в юриспруденции. – М., 2001; и др.

³ *Селезнев Л.* Математические методы в юриспруденции // Законность. 2002. № 4. – С. 32.

⁴ Сегодня становится грустной традицией ситуация, когда соискатели учёных степеней в ходе публичной защиты подвергаются в огромное смущение от вопросов членов Советов касательно инструментария диссертаций и их социологической основы; в частности, многие не в состоянии объяснить оппонентам существо метода контент-анализа, не говоря уж о более сложных вещах типа пороговых значений общественных явлений в плане допустимости их юридического регулирования либо сопряжённости социологического и догматического методов.

шенная, пороговая) стандартизация социологических методов вкпе с их обязательностью; в той же мере нужна и жёсткая нормативная база для опросов общественного мнения – в том случае, если их результаты претендуют на научное признание либо на практическое (правотворческое, организационное, кадровое) использование. Это предлодение вовсе не обременительно, логично согласуется с тем бесспорным обстоятельством, что исследовательский труд юриста сегодня существенно облегчён на других направлениях – с созданием справочных правовых систем компьютерного вида и публикацией Указа Президента РФ «О свободном доступе граждан к правовой информации» скорость поиска и получения нужных для юридической науки данных выросла во сто крат¹.

4. Гармония юриспруденции и политики может пройти и по линии расширения классической методологии правопонимания – в первую очередь в части углубленной *трактовки социальной детерминации* и практического применения добытых данных о ней. Сегодня к числу консолидированных, вошедших в энциклопедические и философские словари истин относится мысль о многообразии связей и зависимостей, существующих в живой и неживой природе. Детерминация уже не отождествляется только с простейшей её формой – причинно-следственной связью. Среди других механизмов взаимосвязи явлений и вещей – отношения симметрии, пространственно-временные корреляции, функциональные и вероятностные (статистические, а не только механические) зависимости².

Развитию представлений о детерминизме, признанию его новых форм в основном способствовали общественные науки. Именно их успехи продиктовали необходимость отхода от механической (лапласовской) причинности, привели к изучению феномена случайности, к признанию вероятностных отношений. На подмогу динамическому типу закономерных связей, в течение многих столетий обозначавшему простейшие ситуации в изолированных системах, пришёл статистический тип размышлений об окружающем мире³. Динамические законы ориентированы только на причинно-следственные связи; последние же являют собой пограничные (редкие, рафинированные) случаи действия статистических закономерностей.

³ См. об этом, например: Справочные правовые системы в вузе. Проблемы использования и преподавания: Сборник докладов. – М.: ООО НПО «Вычислительная математика и информатика», 2002.

¹ См.: *Аскин Я.Ф.* Философский детерминизм и научное познание. – М., 1977; его же: Философский детерминизм. – Саратов, 1971; Философский энциклопедический словарь. – М., 1983. – С. 149.

² Американец У. Уивер, один из основоположников теории информации, утверждал в середине XX столетия, что естествознание движется по следующей исследовательской дороге: а) классическая механика; б) теория вероятностей и статистическая физика; в) системный подход. (*Weaver W.* Science and complexity // *American Scientist*. V.36. 1948. № 2. – P. 536-539). Две последних технологии приращения и развёртывания знаний образовались из-за проблем в понимании организованных сложностей, к которым относится и всё общество, и (уголовное) право.

Но вся штука в том, что юриспруденция уже несколько веков эксплуатирует для своих нужд только однолинейные причинные закономерности и сторонится более близкого генетического родственника – вероятностных зависимостей. Философия, естественные и некоторые общественные науки стремительно уходят вперед в познании закономерностей окружающего нас мира, а юриспруденция продолжает делать ставку на проверенные, но примитивные исследовательские методики. Эта архаическая преданность, даже если именовать приверженность классике ортодоксальностью, конечно, имеет свой резон. Ведь за правом закреплена не только и не столько гносеологическая функция. Его преимущественное предназначение проще и в то же время важнее и ответственнее – регулировать человеческое поведение; объяснять не столько мир, сколько свои регламенты; сдерживать социальную агрессию посредством простоты предлагаемых решений. Простота же¹ заказывается (объясняется, приравнивается) средним интеллектом населения и правоприменителей, а опирается на первичные объяснительные схемы, к которым относятся как раз причинные закономерности.

Однако жизненные потребности (увеличение численности и плотности населения в местах проживания, рост и усложнение социальных связей, обрастание техническими приспособлениями среднестатистического индивидуума, появление новых общесоциальных опасностей вследствие хищнического истребления природной среды и гонки за улучшенными условиями быта) понудят нас к пропуску во внутренние покои (уголовного) права новых закономерностей.

Движение по односторонней дороге необходимой причинности завершается. К примеру, многочисленность и разноразличность каузальных факторов в уголовно-правовой сфере уже потребовали уточнения оснований преследования за бездействие, прикосновенность, соучастие и технические преступления. Стержневой доминантой отраслевого регулирования и прогресса становится также идея сопричинения². Расширения мировоззренческих представлений и методик юриспруденции для познания зависимостей, безусловно, потребует (уже требует) и политика; она изначально более многообразна и динамична, а потому ждёт от юристов освоения новых форм

³ То, что в данном месте книги названо профессиональной простотой, большинство исследователей именует формализмом и поёт ему заслуженную осанну. Именно в этой тональности выписана весьма своеобразная и занимательная по замыслу книга: *Коган В.М.* Логико-юридическая структура советского уголовного закона. – Алма-Ата, 1968.

¹ Основными разработчиками этой проблемы (но только для преступлений и при неосторожной форме вины) стали профессор *А.И. Рапог* (Уголовная ответственность за неосторожное сопричинение // Уголовное право в XXI веке. – М., 2002. – С. 62-70) и *В.А. Нерсесян* (Неосторожное сопричинение и его уголовно-правовое значение // Правовые проблемы деятельности органов внутренних дел в современных условиях. – М., 1992. – С. 110-117).

детерминации¹.

5. Познавательных приёмов в рамках одной отрасли жизни и знаний обычно требуется несколько (много); в противном случае все предыдущие рассуждения малореалистичны. Так должно быть уже по той очевидной причине, что сложные объекты исследования (а право, безусловно, относится к таковым объектам) многоаспектны; данное свойство диктует потребность в многочисленном и разнообразном познавательном инструментарии, что признаётся свидетельством теоретической зрелости правоведения². Прошлое и настоящее юридической науки убедительно подтверждают указанное предположение: «ни в какой другой науке нет столько противоречащих друг другу теорий, как в науке о праве. При первом знакомстве с нею получается такое впечатление, как будто она только и состоит из теорий, взаимно исключающих друг друга. Самые основные вопросы о существовании и неотъемлемых свойствах права решаются различными представителями науки о праве совершенно различно»³. По В.М. Сырых, множественность применяемых в юриспруденции исследовательских приёмов образуют некий интегрированный свод правил познания права, которое представляет собой адекватный объект для многостороннего обследования как «органическое целостное образование»⁴. А вот мнение Л.С. Явич: «само по себе утверждение многогранности, равноуровневости, сложности права имеет принципиальное методологическое значение. Оно дает возможность исследовать право в разных направлениях и на этой основе глубже осмысливать его сущность, свойственные ему закономерности социального бытия, достовернее выявлять его общественную значимость и ценность, правильнее определять его потенциальные возможности и точнее найти его реальное место в жизни людей». Кроме того, «принципиально-методологическое значение признания права сложным социально-юридическим феноменом заключается и в том, что оно обеспечивает творческий характер его исследования, освобождает дальнейшее познание права от элементов догматиз-

¹ По-видимому, нужны уточнения знаний и о самих каузальных связях, хотя бы по линии их классификации – по производительной силе контактирующих сил, по предконтактному состоянию принимающего внешнее давление объекта, по характеру среды, где протекают процессы взаимодействия. Ещё И.Кант протестовал против объявления механической или одномерной связи явлений единственной формой каузальности. А современный научный авторитет предлагает ввести в научный оборот категорию «пусковой причинности». (См.: *Жданов Ю.А.* Пусковая причинность // Избранное. – Ростов н/Д.: Изд-во Рост. ун-та, 2001, т. 2. – С. 92-102). Она адресуется объектам, пребывающим в предкризисном или кризисном состоянии и вызывает интенсивное развёртывание в объекте внутренних процессов и энергий, при которых первичный причинный импульс выглядит ничтожным фактором (эффект снежной лавины, распад ядер урана, напряжённое состояние конструкций, неустойчивое состояние тел и пр.). Риснём предложить полярный вариант – тормозящую причину (причинность).

² См.: *Лукашева Е.А.* Общая теория права и многоаспектный анализ правовых явлений // Сов. государство и право. 1975. № 4. – С. 31.

³ *Кистяковский Б.А.* Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. – М., 1916. – С. 371.

⁴ *Сырых В.М.* Метод правовой науки. – М., 1980. – С. 158.

ма и начетничества, узкопрагматического толкования задач юридической науки, конъюнктурщины и схоластики, нацеливает на фундаментальное изучение правовой действительности»¹.

Пришло время объявить, что прекраснодушный тезис российской интеллигенции 15-летней давности о полной деидеологизации государственной деятельности и правоведения (в начале и якобы для успеха реформ) был изначально фальшив. Мысли, что социально-экономические преобразования в РФ «начались без какой-либо программы, и общественное сознание было практически не готово к ним»², в начале 90-х годов сыпались как из рога изобилия. Внешне всё так и выглядело: обывателю настойчиво внушалась мысль о деидеологизации, деполитизации и департизации власти. Рвавшаяся к государственным рычагам и бюджетным закромам новая экономическая элита могла победить старый режим только с помощью антигосударственного психоза, и она, опираясь на послушные «независимые» СМИ, создавала предубеждение к госаппарату, особенно к его принудительному сектору. Предубеждение, граничащее с ненавистью, предубеждение, теоретически оправдываемое ненужностью и вредностью государственной политики. Однако, как писал Г.М. Миньковский, «государство и его органы – всегда политический институт: идеология или система основных идей всегда лежит в основе его деятельности. Другое дело, что речь должна идти об идеологии и политике приоритетной защиты человека и гражданского общества. Именно на этой основе могут быть решены такие сквозные задачи концептуального уровня, как правильное определение места борьбы с преступностью в структуре социальной деятельности; формулирование реальных целей этой борьбы и дифференциация задач и статуса правоохранительных органов»³.

Похожие рассуждения высказывал и А.Ф. Черданцев: «коль скоро государство и право в своём функционировании ориентированы идеологически на определённую систему ценностей и принципов, то мимо этого не может пройти и юридическая наука, и прежде всего теория государства и права. Она поэтому неизбежно склоняется на сторону той или иной идеологии, что даёт основание приписывать этой науке идеологическую функцию»⁴. В статье А.В. Наумова, выполненной на волне общественного воодушевления и возбуждения, порождённых горбачёвской перестройкой, тем не менее утверждается, что «пересмотр основной идеи в правовой науке не означает её деидеологизации – общественная наука в принципе не может быть не идеологизированной»⁵. А.А.

¹ Явич Л.С. Сущность права. – Л.: ЛГУ, 1985. – С. 13-14.

² Колдава Н.П. К вопросу о роли идеологических факторов в правообразовании // Теория права: новые идеи. – М., 1995, вып. 4. – С. 35.

³ Миньковский Г.М. Правовая политика в сфере борьбы с преступностью и проблемы законодательного регулирования этой борьбы // Проблемы формирования уголовной политики Российской Федерации и её реализация органами внутренних дел. – М., 1995. – С. 34.

⁴ Черданцев А.Ф. Теория государства и права. – М., 1999. – С. 25.

⁵ Наумов А.В. Обновление методологии науки уголовного права // Сов. государство и право. 1991. № 12. – С. 24.

Белкин подчёркивает, что «как система норм, современное право неизбежно подвержено ближайшему обоснованию со стороны идеологии»¹. И даже С.С. Алексеев, обласканный предыдущим политическим режимом, но стремительно поменявший идеологическую ориентацию в середине 90-х годов XX века, всё-таки признал, что «правоведение... оказалось одной из наиболее идеологизированных областей знания»².

Непременное наличие идеологического компонента в праве признают и зарубежные специалисты: «право – это инструмент власти... Инструментальная теория права совсем не обязательно мешает нам различать два разных идеальных типа: правление посредством права (rule by law) и правление (или верховенство) права (rule of law). Право остаётся инструментом в обоих случаях... В системе «правления посредством права» власть крепко удерживается в руках небольшой социальной элиты, которая использует правовую систему для защиты и укрепления своих привилегий и своей власти... В системе «правления права», напротив, власть фрагментирована и рассредоточена среди соперничающих социальных групп и организованных интересов, и ни один из них не имеет достаточно власти, чтобы навязать свою волю посредством запугивания или применения силы»³.

О наличии политического курса и практике жёсткого следования ему в начале 90-х годов XX века, в том числе вопреки действовавшему законодательству, недавно разоткровенничался организатор приватизации: «очевидно, что противодействие (грабительским реформам со стороны населения и оппозиции – А.Б.) носило политический характер, и играть следовало не по юридическим, а по политическим правилам»⁴. А бывший премьер-министр невинно декларирует одну из идеологических установок ельцинской эпохи: общественную полезность экономической преступности и целесообразность размена власти на собственность⁵.

Идеология в управлении всегда присутствовала, есть и будет, она закрепляется в Конституции и отраслевых кодексах. Естественна и по-своему бесценна политика – как генеральный штаб по стратегическому и оперативному управлению обществом, как место выработки аксиологических установок, как повивальная бабка для правотворческих новаций, как орган, выдающий должностным лицам и правоохранительным службам удостоверения на руководство страной и принимающий от них отчёты о проделанной работе. Динамичная политика постоянно опережает неповоротливый закон. Но генетический консерватизм права надо преодолевать не беспешашной политизацией нормативных правил и доктринальных представлений о них, а юридическими же приёмами.

⁴ Белкин А.А. Комментарии к решениям Конституционного Суда Российской Федерации (1992-1993). – СПб., 1994. – С. 9.

⁵ Алексеев С.С. Право. Опыт комплексного исследования. – М., 1999. – С. 402.

⁶ Стивен Холмс. Судебная реформа в России. Введение // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2002. № 2 (39). – С. 31.

¹ Чубайс А. Приватизация по-русски. – М., 1999. – С. 99.

² Гийдар Е. Государство и эволюция. – М., 1995. – С.143.

Юрист, по своему предназначению исповедующий идеологию «золотой середины», должен удовлетворять меняющиеся требования политической элиты только в правовых рамках (коридор, люфт), предоставляемых законом – употреблением норм-исключений, использованием методов аналогии, применением альтернативных и относительно-определённых санкций и пр.

Политика и право суть две крайности в управлении легалистским обществом; каждое средство имеет свои недостатки, но в случае их умного союза получается благо: политика – динамичное, но большею частью тайное и компромиссное средство, а юриспруденция традиционно ставит на формализм и постоянство, на гласные, медленно меняющиеся и объявляемые всем стандарты. Сегодня маятник общественного мнения зримо качнулся в сторону политики. Этот дисбаланс опасен, но и привычен для нашего национального духа, благоволяющего к революционным качелям. Д.С. Лихачев как-то с горечью, но справедливо написал: «одна черта, замеченная давно, действительно составляет несчастье русских: это во всём доходить до крайностей, до пределов возможного... Хорошо это или плохо? Не берусь судить. Но что Россия благодаря этой своей черте всегда находилась на грани чрезвычайной опасности, – это вне всякого сомнения, как и то, что в России (поэтому? – А.Б.) не было счастливого настоящего, а только заменяющая его мечта о счастливом будущем»¹.

Наш разговор о сочетании методологии с идеологией и политикой позволяет выдвинуть несколько обобщений: 1) исторически доказано, что цунами идеологических увлечений накатывают на Россию исключительно с Атлантики, а глашатаями перемен выступают либо представители формирующейся элиты (будущие хозяева страны), либо нанятые ими пропагандисты (в том числе от юридической науки), именуемые противниками «пятой колонной»; чаще всего первые и вторые действуют одновременно и совместно. При этом протрезвление от иноземного идеологического нектара всегда бывало тяжёлым; 2) отсутствие (точнее декларация отсутствия) идеологии общественного развития в начале реформ – почти безальтернативное доказательство эгоистических мотивов узкой группы людей, осознавших «сказочную» реальность быстрого и беспоследственного присвоения ими природных ресурсов и созданного трудом прежних поколений общественно-го богатства, но при умолчании или искажении главного мотива своих призывов к реформам; 3) идеология полезна и необходима для законодательства, юридической теории и практики, ценность же политики – проблематична, ибо власть пьянит², а неконтроли-

³ Лихачев Д.С. О национальном характере русских // Из истории русской гуманистической мысли. – М.: Просвещение, 1993. – С. 279.

¹ Великий Кони на процессе о самоуправстве земского начальника говорил: «Власть имеет сама в себе много привлекательного. Она даёт облечённому ею сознание своей силы, она выделяет его из среды безвластных людей, она создаёт ему положение, с которым надо считаться. Для самолюбия заманчива возможность приказывать, решать, приводить в исполнение свою волю и, хотя в узкой сфере, карать и миловать». – Цит. по: Смолярчук В.И. Гиганты и чародеи слов. – М., 1984. – С. 171.

руемая обществом власть ещё и вытравливает профессионализм в своей среде и не пускает в свои ряды знающих работу новичков¹; 4) для уголовного права, резко выделяющегося среди других отраслей юриспруденции «гвардейской правоспособностью» или принуждением, политическое идолопоклонничество особенно нетерпимо²; 5) давно сказано, что «в науке нельзя петь с чужого голоса, и притом даже не стараясь дать себе отчёт, не фальшиво ли поёт первый голос»³, что «наука начинается там, где она может сказать законодателю: «Нет!» (М.Д. Шаргородский, 1963)⁴. Но поют – и побеждают. Как точно подметил П. Фейерабенд, развитие гуманитарной науки иррационально: новые теории побеждают старые не обязательно потому, что они ближе них к истине, точнее и глубже отражают объективную реальность, а вследствие того, что они наиболее интенсивно (мы бы сказали, агрессивно – А.Б.) пропагандируются их сторонниками⁵.

И последнее. Если кто-то поймёт настоящие мысли как банальный протест против экономического, социально-политического и юридического обновления страны, он ничего не понял. А. Бебель как-то изрёк: *все юристы – реакционеры*. Этой оценкой, пожалуй, можно и гордиться: как свидетельством того, что правед всегда отдаст предпочтение унылой умеренности перед сладким общением; как напоминанием известных слов из профессиональной присяги, будто народу юристы служат исполнением законов, а не политических прихотей; как средством реализации тысячелетней заповеди, что *in mediam viam tutissimum ibis*⁶; как частным проявлением непреложной истины, что предназначение юриста – в поддержании гражданского мира на базе общих стандартов поведения, рассчитанных на типовую жизнь обывателей в течение нескольких десятилетий.

Конечно, «всё новое проявляет несправедливость к старому». А «реформация никогда не возникает в наилучшей юридической форме, но всегда проявляется лишь своеобразным, неожиданным, **незаконным** (выделено нами – А.Б.) образом». Понятно также, что «каждый реформатор неизбежно является узурпатором, каждая

¹ Как заманчиво, но не реалистично звучит требование *И.В. Ильина*, чтобы только «духовно-зрячий» компетентный человек, профессионал, мог взять на себя властное руководство общественной жизнью. – О сущности правосознания. – М., 1993. – С. 135.

² «Судебный орган, – указывал *М.О. Хадсон*, – должен оставаться в рамках норм и порядка, которые не изменяются вместе с каждым перемещением политиков, резко отличаясь в этом отношении от политического органа, предназначенного для того, чтобы служить выразителем преобладающих направлений общественного мнения и применяться к ситуациям, создаваемым постоянными изменениями этих направлений» (Международные суды в прошлом и будущем. – М., 1947. – С. 310).

³ Проф. *М. Чубинский*. Очерки уголовной политики. – Харьков, 1905. – С. 51.

⁴ Данные приводятся по: *Кузнецова Н.Ф.* Наука российского уголовного права и законодательство // История развития уголовного права и её значение для современности: Материалы V Международной научно-практической конференции, состоявшейся на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова 26-27 мая 2005 г. – М.: ЛексЭст, 2006. – С. 251.

⁵ Цит. по: *Радугин А.А.* Философия: Курс лекций. – М., 1998. – С. 203.

⁶ Посередине дороги ехать безопаснее – *лат.*

реформация – духовное насилие»¹. Будем помнить эти справедливые слова, когда приходится читать или слушать истеричные обличения старых правовых несправедливостей, почему-то всегда сопряжённые с призывами к новым жертвам и реформациям. Если юристу на роду написано быть служкой политических хозяев общества, пусть он и ограничивается рутинным оформительством заказанных ему новых правил, но не превращается в азартного проповедника идеологических опытов; ведь политическое агитаторство всегда ведёт к разрушению чувства законности и правоприменительной культуры (дисциплины); ведь Бог юриста – сложившийся стереотип. В общем, *sapienti sat*².

§ 3. Методическое сопровождение системно-структурного подхода к уголовному праву

Прежде, в материалах всех томов трилогии, нами специально и с акцентацией приводились многочисленные научные мнения в пользу совмещения нескольких методик анализа права. Вот и пришло время приложить эту усложнённую познавательную технологию именно к обследованию уголовного права, да ещё и в свете системно-структурного подхода. Сообразуясь с нашими представлениями и возможностями, покажем полезность нескольких инструментальных связок – принципов и презумпций, исторического и сравнительного методов, теорий криминализации и эффективности, классификации и дисциплинарного архивирования.

1. Стабилизирующие (принципы) и развивающие (презумпции) установки отрасли.

Даже непрофессионалам ведомо, что излюбленное блюдо юристов, в том числе и криминалистов – принципы права. Показания к такому массовому интересу известны: «недостатки в осуществлении правосудия, в особенности в сфере борьбы с преступностью, и наиболее значительные из них обнаруживаются именно там, где нарушаются принципы. Последствия таких нарушений настолько тяжкие, что по существу от права ничего не остаётся»³.

Публикаций и словословий в адрес принципов – тьма, а объёмы публикаций всё продолжают нарастать. Вот и совсем недавно славащееся своей плодovitостью питерское издательство «Юридический центр Пресс» порадовало специалистов отрасли капитальной работой профессора В.В. Мальцева⁴. Печатные размеры, заявленный план, вовлекаемые в оборот и обильно цитируемые материалы предшественников по теме, само название, наконец, – всё рас-

¹ Павел Таранов. Интеллектуальные крылья. – М.: ООО «Фирма «Издательство АСТ», 2000. – С. 380.

² Умный поймёт – лат. (Прим. редактора).

³ Коржанский Н.И. Очерки теории уголовного права. – Волгоград: ВСШ МВД РФ, 1992. – С. 13-14.

⁴ Имеется в виду и ниже обильно цитируется: Мальцев В.В. Принципы уголовного права и их реализация в правоприменительной деятельности. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. – 694 с.

полагает к ожиданию того, что мы получили в распоряжение не рядовую монографию, а претензионную; в ней специалист надеется встретить не столько дотошное обсуждение *всех* продолжений *всех* принципов во *всех* нормативах отрасли и их применение на практике, сколько укрупнённый анализ базовых правил по борьбе с преступностью, то, что мы бы назвали *теорией принципов уголовного права*. К таким ожиданиям располагает, зовёт многое: и накопленный запас доктринальных знаний, и социальные потребности реформационного времени, и собственный опыт автора (В.В. Мальцева), известного многочисленными публикациями о принципах отрасли. Ожидания сбылись, но частично и не выигрышно, не в форме предельных обобщений проблемы, а попутно, то есть без расчётливого возвышения над частностями и без акцентации узловых представлений о принципах.

Конечно, эпоха реформ *актуализирует* именно принципиальные рассуждения о мире и обществе в исполнении профессионалов и даже обывателей, а одна из коренных причин этого – очевидная неудовлетворённость прежними управленческими парадигмами и идеологическими установками. Критика же стереотипов прошлого всегда перерастает в напряжённый поиск новых универсалий, ибо «всякий раз, когда в обществе чувствуется необходимость перестроить существующие отношения между людьми, неизбежно начинается... оживлённое обсуждение нравственных вопросов»¹. А политико-правовые дискуссии и исследования по глобальной уголовно-правовой проблематике и сопряжены «прежде всего с переоценкой содержания принципов права»².

Конечно, профессиональное понимание базовых установок по борьбе с преступностью и их грамотное употребление в практике, несмотря на кажущуюся простоту изложения в законе и идеологическую привлекательность, отличаются заметной *сложностью*. И понятно почему: принципы суть вершина юридической мысли. Здесь конусируются социально-экономические условности и политические заказы, запросы правоприменителей и давление правозащитников. Принципы – свидетельство общественного компромисса и стадии роста человечества одновременно. С ними, как с самым драгоценным подарком, власть выходит к народу и афиширует их в кодексах. Если власть честна и опытна, принципов будет немного и они наверняка будут реальными; об этом как раз и пишет В.В. Мальцев, когда говорит о 3-х видовом *минимуме* принципов уголовного права, подразумевая под избранными установками моральные категории справедливости, равенства и гуманизма (с. 86).

Эти и прочие обстоятельства предполагают нужду в некоей *общетеоретической* площадке для доктринальных разговоров о принципах уголовного права. Автор рецензируемой книги следует данной презумпции прежде всего в главе II, названной им «Теоретико-правовые основания принципов уголовного права». В

¹ Кроткий П. Справедливость и нравственность // Публ. лекция. – Пг.-М.: Голос труда, 1921. – С. 14.

² Кленова Т.В. Принципы уголовного права и принципы кодификации в уголовном праве // Государство и право. 1997. № 1. – С. 54.

ней: 1) сливаются принципы уголовного права и законодательства, в результате чего утверждается, что установки первого разряда важнее и надёжнее, ибо они «отражают весь предмет уголовного права и по содержанию ближе к... общесоциальным категориям» (с. 90); 2) обсуждаются, но не пропускаются в стан принципов идеи неотвратимости (не соответствует даже уровню принципов законодательства – с. 105) и личной ответственности (оценивается как простая «предпосылка... уголовной ответственности» – с. 106); 3) пропагандируется особая роль принципа справедливости, которая «имеет сквозной, всепроникающий характер» (с. 108).

В главе III – «Принципы уголовного законодательства» В.В. Мальцев вновь возвращается к вопросу о различии и взаимоотношении правовых и нормативно-выраженных идей по борьбе с преступностью; первые «наиболее абстрактны по содержанию», однако «неограниченны в средствах выражения», вторые – «жёстко ограничены в указанных средствах» (с. 249). Весьма оригинально выглядит по наименованию следующая, IV глава монографии – «Принципы категорий уголовного законодательства»¹. Практически данный раздел сводится к осуждению вольностей учёных в пользовании юридическими понятиями, всё множачихся попытки награждать любые нормативы отраслей высокими титулами. В.В. Мальцев сетует, что вскоре «Общая часть уголовного законодательства будет состоять исключительно из институтов, нормам там просто не останется места» (с. 254), и помещает на вершину уголовного права категории «преступления» и «наказания», но ему одновременно «представляется возможным говорить и о категории «принципы уголовного права»» (с. 256).

Нам такая возможность представляется призрачной. Не всякое отраслевое понятие, каким бы грандиозным оно ни казалось исследователю, достойно сана категории. «Понятие» и «категория» – различные уровни мыслительного процесса по степени их абстрагирования от реальности. Через «*понятия*» отражаются все три ступени бытия – единичное, особенное и всеобщее, а «*категория*» суть **высшая** форма существования понятий, предназначенная для отражения именно всеобщего в природе и обществе. Отсюда: а) количество категорий должно быть несравненно меньше, чем число употребляемых человеком понятий; б) область преимущественной разработки и сосредоточения категорий – философия², а частные науки должны пробавляться понятийным (хотя и богатым) фондом; в) список и содержание категорий характери-

¹ Оригинально по той причине, что понятия «принцип» и «категория» самостоятельны и различны; они входят в классический набор гносеологических инструментов, наряду с *идеями, аксиомами, постулатами, абсолютами, гипотезами, универсалиями, сущностью, истинами, законами* и пр. Оба гносеологических средства суть временные инварианты мысли. Однако: если категории предельно обобщают сведения о реальности, то смысл принципов – в операционных правилах работы со знанием; если категории по преимуществу отражают мир, то с помощью принципов его преобразуют.

² О различиях между прямой (философия) и свитой (отраслевое знание), между понятиями и категориями полезно помнить не только представителям учёного мира, но и законодателю, который термином «категория» неосновательно наградил классификационные группы преступлений (ст. 15 УК РФ).

зуется значительно большим постоянством, нежели понятийный анклав разума; г) категории универсальны и постоянны в терминологическом отношении, а вот понятия отличаются более гибким содержанием и мимикрирующей семантической формой; д) понятия формируются через познание и учёт явлений в их природной упаковке, категории же свободны от этого примитивного труда, игнорируют опытное поле, формируются за счёт уже проверенных понятий, т.е. внепредметных знаний низшего уровня; е) сомн понятий практически не поддаётся режиссированию, каждое из них расположено безнадежно далеко от универсальных представлений о мироздании; категории же, в силу количественной ограниченности, «находятся в определённой связи между собой и представляют систему, в к-рой они не просто расположены произвольно друг подле друга, а выводятся одна из другой соответственно объективным законам реальности и развития познания»¹.

В силу сказанного очевидно, что шансов на внесение в реестр именно познавательных категорий у юридических принципов мало; по причине их многочисленности, дискуссионности содержания, выборочного закрепления в законе etc; категория – штучная мыслительная единица, а в обсуждаемой монографии пропагандируется тезис о «категории *принципов* (курсив наш – А.Б.) уголовного права». Предварительный итог рецензирования обстоятельнейшей книги маститого учёного таков: она понуждает любого читателя к дальнейшим обобщениям, к заглядыванию за горизонт, талантливо прочерченный В.В. Мальцевым, к концентрации внимания на тех проявлениях руководящих идей отрасли, где их значимость и возможность развития наиболее прогнозируемы. Лично нас автор вывел на необходимость объявить и поставить на обсуждение, в завершение обозначив и свой взгляд, следующие положения теории принципов уголовного права.

Проблема субординационных зависимостей и субсидиарности принципов уголовного права. В юридической литературе принято рассуждать о неравенстве принципов через деление их «на более важные и подчинённые, производные от других принципов»². Производится эта операция на основе утверждений, будто одни установки покрывают другие: индивидуализация – личную и виновную ответственность (П.А. Фёфелов), справедливость (С.Б. Карамашев, В.В. Похмелькин) либо свобода (В.А. Мальцев), а равно союз справедливости, свободы и равенства (Н.В. Разуваев) – все остальные принципы. Сравнительная (неодинаковая) цена отраслевых принципов у В.В. Мальцева просматривается тоже и выражается она в их ранжире: «принципы уголовного права имеют своим социолого-философским истоком одну из важнейших категорий общественного сознания – категорию социальной справедливости» (с. 108); однако в итоге базовая установка помещена им почему-то на третьей, после равенства и гуманизма, позиции (с. 250).

¹ Философский словарь / Под ред. М.М. Розенталя. Изд-е третье. – М.: Политиздат, 1975. – С. 169.

² Наказание по совокупности преступлений и приговоров (принципы, законодательство, судебная практика). – Красноярск: Изд-во «Соло» при Краснояр. ун-те, 1991. – С. 19-21.

Благодатная почва для субординационных взглядов на принципы обычно имеется. Она выражена либо в несовершенстве закона (1), либо в идеологической ориентации его толкователей (2). В *первом случае* кодекс содержит заведомо неравнозначные по отношению друг к другу принципы. Так бывает в годы реформ, когда увлечение новыми идеалами ослепляет, их достижение кажется делом легко и скоро решаемым, а правотворческая продукция производится недостаточно обдуманно, с многочисленными повторами и наслоениями. В условиях, когда право превращается в «библиотеку законов», которой никто не пользуется (Ю.А. Тихомиров), основания для неравенства и соподчинённости юридических идей будут всегда; в уголовные кодексы обязательно попадут и общеправовые, и межотраслевые, и сугубо отраслевые принципы по борьбе с преступностью.

Роль *другой причины* для ранжирования отраслевых принципов выполняют второстепенные факторы типа идеологической ориентации исследователя: догматик и консерватор всегда поставят на первое место идею законности, либерал и любитель естественно-правовой доктрины – отдадут предпочтение гуманизму. И будут спорить за свою правду до хрипоты, не слушая друг друга. Такова цена веры; она мнит себя выше предметного знания и сторонится каких-либо аргументов. Сегодня показательный пример обольщения науки связан с азартным обслуживанием очередной – прозападной идеологической иконы, именуемой «правами и свободами человека и гражданина».

На наш взгляд, среди сугубо *отраслевых* принципов отношений соподчинённости и субсидиарности быть не должно, а корни всё-таки существующих субординационных зависимостей лежат за пределами уголовного права. Так, высшие нравственные ценности, заложенные в УК, имеют собственную, сложную взаимообусловленность и соподчинённость. Императив справедливости, по мнению теоретиков юриспруденции, охватывает другие моральные требования, соединяет *воздающее* (неотвратимое, возмездие, кара за содеянное), *уравнивающее* (состав преступления и типовая санкция) и *распределяющее* (характер и степень общественной опасности деяния и личности виновного) начала¹.

Проблема объективно-субъективной природы принципов есть демонстрационный стенд успехов и заблуждений науки, искренности или своеволия законодателя. Тут сознание объявляет об очередном постижении закономерностей общежития, и тут же примешиваются политические расчёты – как ещё улучшить устройство этого общежития, с помощью каких идеологических знамён и управленческих технологий. Либералы постоянно пропагандируют социальные модернизации через обновление принципов, на которые следует опираться; однако реализация этих идей зависит от общей готовности населения к приёму новшеств, а такового условия может и не быть. Мало знать и говорить, что принципы объективны, т.е. бытуют независимо от способности и глубины

¹ Общая теория права: Курс лекций / Под ред. В.К. Бабаева. – Нижний Новгород: НГ ВШ МВД РФ, 1993. – С. 113.

осознания их людьми, что следует различать «объективное содержание принципа и его субъективное значение»¹. Недостаточно и афиширования в кодексах выявленных идей. Нужно ещё, чтобы и сама власть, и каждый индивид узнали о генеральных правилах жизни, которые до того работали в обществе незаметно. А, узнав, приравнивали свое поведение не столько к обстоятельствам, сколько к принципам.

До 1996 года в российском законе не прописывались принципы, а теперь они появились. Первый законодательный опыт порождает множество вопросов: почему в криминальном законе именно 5 принципиальных положений; где запись постоянно звучащей и не критикуемой идеи неотвратимости ответственности; насколько характерен для сферы борьбы с преступностью гуманизм; почему 4 принципа раскрываются и в своей основной ипостаси, и в дополнительной оговорке, а принцип равенства и основание уголовной ответственности излагаются одной фразой, в одной части статьи; куда подевалась идея экономии репрессии; если государство готовилось, но не решилось на введение уголовной ответственности юридических лиц, где обособленный принцип личной ответственности²; стоило ли повторять конституционные установки в качестве отраслевых принципов – если да, то почему правило об обратной силе закона не удостоилось титула принципа?

В общем, подтверждая своим существованием диалектическую борьбу противоположных начал, субъективизм уголовно-правовых принципов (дополняющий объективное начало) вечен. Вечен как свидетельство релятивизма любой человеческой истины, пусть даже самой значительной: «нет одной и вечной справедливости, как нет одной и вечной истины... И истина, и справедливость – ипостаси идеала. Но идеал в исторической практике складывается из частных, относительных истин, из отдельных, ущербных, неполных моментов справедливости»³. И в этом смысле субъективизм принципов служит постоянным импульсом развития уголовно-правовой доктрины, дополнительным залогом её прогресса.

Тезис *о нравственной основе принципов по борьбе с преступностью*, кажется, из разряда аксиом. Сегодня сами правоведы⁴ и представители других отраслей гуманитарного знания⁵ осуждают профессиональную ограниченность и прокажённый формализм

¹ Келина С.Г., Кудрявцев В.Н. Принципы советского уголовного права. – М.: Наука, 1988. – С. 7.

² По В.В. Мальцеву (с. 106), «положение о личной ответственности – это скорее необходимый элемент (предпосылка) основания уголовной ответственности (ст. 8 УК), чем принцип уголовного законодательства».

³ В. Лакшин. Нравственность, справедливость, гуманизм (заметки на полях философских книг) // Коммунист. 1989. № 10. – С. 37.

⁴ См.: Авдюков М.Г. Принципы законности в гражданском судопроизводстве. – М., 1970. – С. 9; Гринберг М.С. Уголовное право как феномен культуры // Правоведение. 1992. № 2. – С. 57; Флетчер Дж., Наумов А.В. Основные концепции современного уголовного права. – М.: Юристъ, 1998. – С. 506; Экимов А.И. Справедливость и социалистическое право. – Л.: ЛГУ, 1980. – С. 8.

⁵ Священномученик Илларион (Троицкий). Христианство или Церковь? // Без Церкви нет спасения. – М.-СПб., 1999. – С. 58-59.

юристов, отрыв заявляемых ими принципов госуправления от базовых нравственных идей. О чём это говорит?

Государство или генеральный приказчик гражданского общества, не может ни учитывать в своей деятельности нравственной ориентации своего патрона. Народ же, как истинный суверен, организует собственную жизнь не только и даже не столько с помощью формализованных государством предписаний. В заведомо большем почете те правила и ограничения, которые вырабатываются этносом самостоятельно; они всегда дороже ценятся и им люди с большей готовностью подчиняются. Мораль, традиции, обычаи, поговорки и пословицы, мнение старших и т.д. есть внутреннее, а не внешнее, т.е. «навязанное» право⁴. Оно и принимается без принудительной мотивации, не нуждается в специальном контрольном аппарате, не затратно.

Власть это понимает и освящает законодательство ссылками на приверженность нравственным раритетам. Упоминание базовых категорий этики (справедливость, равенство, гуманизм) в качестве принципов уголовного права стереотипно и, в какой-то мере, неизбежно. Обращение к цивилизационным добродетелям облагораживает карательную деятельность государства, делает её социально приемлемой и терпимой, с большим вероятием смягчает благородный гнев потерпевшего и естественные страхи преступника, а в целом – способствует сохранению гражданского мира, взаимному доверию граждан и госаппарата. Нравственность суть и главный «социальный потенциал нации» (Н.Г. Чернышевский), и страховка от взаимного непонимания властей и населения в самой болезненной сфере управления.

Внутриотраслевая спецификация принципов. Каждая отрасль права придерживается нормативов различной степени обобщения. А там, где есть обобщения, появляются заявки на принципы. Они медленно вызревают и закрепляются в сознании и законе: от частных запретов – через нормы Общей части, которые «непосредственно не связаны с конкретными видами общественно опасного поведения человека, более абстрактны по своему характеру» (с. 80) – к дальнейшей генерализации уголовного права. Его приспособление к меняющейся «окружающей среде» – конституционным директивам, международному праву, положениям других отраслей национального закона – требует обобщений различного уровня: форс-мажорных и прочих исключительных обстоятельств, сугубо отраслевых принципов и норм для обслуживания институтов отрасли, типа общих начал назначения наказания.

В специальной литературе нет единодушного признания статуса принципов у различных институтов уголовного права. Одни учёные, ориентируясь на предмет своего исследования и как бы попадая в творческую зависимость от него, возвещают о существовании принципов криминализации деяний (Н.А. Лопашенко), уголовной (Н.А. Беляев, П.С. Дагель, А.А. Тер-Акопов) и криминологической (М.М. Бабаев) политики, правотворчества (Т.В. Клёнова), дифференциации уголовной ответственности и

⁴ См.: М. Оруу. Основы публичного права. – М.: Комакадемия, 1929. – С. 751.

индивидуализации наказания (Ю.И. Ляпунов), сотрудничества в борьбе с преступностью на международном уровне (В.М. Волженкина, Л.Н. Галенская), назначения наказания (Л.В. Иногамова-Хегай, В.С. Савельева). Другие (И.Э. Звечаровский, В.И. Зубкова, В.П. Малков, Л.А. Прохоров, Т.Г. Чернова) протестуют против такой увлечённости.

В нашем понимании, категоричность или многоуровневость принципов – вещь закономерная, обусловленная дифференциацией самого права (на международное и национальное, материальное и процессуальное, публичное и частное, конституционное и отраслевое) и правоохранительной сферы (законотворчество, оперативная работа, дознание и следствие, судопроизводство, пенитенциарная система), а равно зависимостью от ранее ранжированных (не юристами) нравственных категорий. Весь вопрос в том, именовать ли все обобщения отрасли принципами либо относить их к идеям, пока не оостеневшим в форме принципов¹.

Политическое содержание в принципах по борьбе с преступностью неизбежно; хотя бы потому, что государство есть политический инструмент власти, призванный заявлять и реализовывать, если это возможно в определённых социально-экономических координатах, интересы элиты. Как «агент публичного интереса» в управлении обществом², государство не может ни опираться на некие общесоциальные расчёты. Стоящая «за спиной» госаппарата элита пропагандирует в политических программах и законодательстве идеологию своей эпохи – конгломерат общественного мнения, состоящий из либеральных настроений меньшинства, инстинктивных ожиданий лучшей жизни от низов, давления мирового сообщества, стереотипов прошлого и рассудительных формулировок творящей сегодня интеллигенции. Юриспруденция прочно прикована к политической колеснице и вынуждена демонстрировать мировоззренческую лояльность. Сия зависимость хорошо осознается в юридической науке: о принципах как политических идеях по борьбе с преступностью писали Н.А. Беляев, А.М. Васильев, П.С. Дагель, А.И. Коробеев, О.В. Смирнов³, Л.С. Явич и другие специалисты.

В.В. Мальцев считает, что принципы уголовного права выступают «узловыми, краеугольными положениями» политики, ибо они первичны, а политическим требованиям «принадлежит подчинённая, служебная роль, которая в этом аспекте в том и заключается, чтобы точнее и полнее отразить содержание принципов уголовного права в уголовном законодательстве» (с. 275). В целом же «уголовно-правовая политика... выступает соединительным звеном, связывает принципы уголовного права и его задачи» (с. 284).

С этим очень хочется соглашаться, поскольку приведённые мысли созвучны выстраданной максиме *politiae legibus, non leges politus adaptande*, но приходится печально оговариваться, что в

¹ **Осипов П.П.** Теоретические основы построения и применения уголовно-правовых санкций. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1976. – С. 99.

² **Тотьев К.Ю.** Публичный интерес в правовой доктрине и законодательстве // Государство и право. 2002. № 9. – С. 24.

³ Основные принципы советского трудового права. – М., 1977. – С. 16.

эпохи реформ зыбкий баланс между политикой и правом традиционно нарушается в пользу целесообразности. Это – пиррова победа, свидетельствующая об очередном революционном скачке, который всегда есть надругательство над идеей законности и прочими стандартами эволюционного развития. Для настоящего юриста такое развитие событий всегда дискомфортно; ведь квинтэссенция его профессиональной клятвы составляет приверженность идеологии «золотой середины». Политика и право суть два проверенных способа в управлении легалистским обществом. Каждый имеет свои недостатки, но в случае их умного союза получается благо: политика – динамичное, большею частью тайное и компромиссное средство, а юриспруденция традиционно ставит на формализм и постоянство, на гласные, медленно меняющиеся и объявляемые всем стандарты. Сегодня маятник общественного мнения зримо качнулся в сторону политики. Этот дисбаланс опасен, но и привычен для нашего национального духа, благоволящего к революционным качелям. Опора на принципы блокирует крайние опыты политиков, сохраняет мировоззренческую культуру правоведения, способствует рационализации общего управления и успеху государственной борьбы с преступностью.

Пока в науке нет единства по вопросу о *целесообразности закрепления руководящих юридических идей в законодательстве*: одни (С.С. Алексеев, Т.Н. Добровольская, В.И. Зажицкий, Н.Н. Полянский, М.Л. Якуб) находят такую практику обязательной, другие (И.Э. Звечаровский, А.В. Наумов) занимают противную позицию, а третьи (Т.В. Кленова, С.Н. Кожевников, А.П. Кузнецов, А.Н. Попов) – допускают явное (в законодательных текстах) и неявное (в правосознании) сосуществование принципов.

Н.Г. Иванов связывает с законодательной регламентацией принципов надежды на ликвидацию либо качественное восполнение пробелов кодекса: «нормы Общей части УК, – говорит он, – зачастую искажаются, и правоприменительные решения основываются в критических, пограничных ситуациях не на принципах и общих положениях УК, а на постановлениях высших судебных инстанций, грешащих отступлением от принципиальных положений Общей части... Прогнозируя дальнейшее развитие российского правоприменения, сценарий которого представляется негативным, вряд ли следует ожидать... законности правоприменения. Именно поэтому чёткое закрепление в законе статуса принципов и общих положений УК в состоянии... создать достаточно надёжную основу «реабилитации» принципа законности...». В развитие своих критических оценок цитируемый специалист предлагает вполне разумные добавления в текст действующего уголовного закона. В частности, заслуживают внимания и поддержки мнение Н.Г. Иванова о внесении в УК РФ 1996 г. новой статьи под названием «Принципы и общие положения Уголовного кодекса РФ» следующего содержания: «1. Для осуществления задач уголовного законодательства настоящий Кодекс предусматривает принципы и общие положения. 2. Принципы Уголовного кодекса представляют собой руководящие идеи, имеющие общеобязательный характер как для правоприменения, так и для кодификации.

3. Общие положения Уголовного кодекса представляют собой законодательные суждения, имеющие общеобязательный характер для всех норм Особенной части настоящего кодекса». Уместна и планируемая добавка в ст. 3 УК РФ: «Расширительное толкование уголовного закона не допускается за исключением случаев, когда закон непосредственно указывает на такую возможность». Наконец, принципиально гуманным духом проникнуто предложение о специальном узком нормировании множественности: «1. В одной норме уголовного закона может содержаться лишь один состав преступления. 2. Если конструкция нормы включает в себя несколько деяний, ответственность за совершение которых предусмотрена другими нормами Особенной части настоящего Кодекса, то такая норма устанавливает единое преступление и деяние не может квалифицироваться по совокупности»¹.

Как отнестись к этому (положительному и даже чрезмерному по своим надеждам на удовлетворение) мнению и противоположным ему позициям? На наш взгляд, с введением в текст УК РФ 1996 г. статей 3-8 этот спор не завершится. Однако нормативное закрепление принципов в тексте кодекса всё-таки полезно в минимум одном отношении. Открытое провозглашение исходных начал уголовно-правового регулирования ставит власть под дополнительный присмотр гражданского общества, позволяет критикам сверять текущее правотворчество и правоприменение с ранее выставленными для всеобщего обозрения идеалами.

Вопрос о закреплении в тексте УК руководящих юридических идей имеет ещё одну грань – о целесообразности дублирования в отраслевом законе конституционных директив. Нам представляется такая практика излишней, ибо положения Основного закона обязательны для всех юридических отраслей, а их сила вовсе не увеличивается повторами на более низком нормативном уровне. Конечно, юридическая система любой страны покоится на множестве основополагающих идей, вес которых различен. В связи с этим наиболее оптимальным расквартированием их в национальном законодательстве мыслится такой вариант: общеправовые идеи подлежат закреплению в Конституции, межотраслевые – в материнских отраслях, строго отраслевые – в отраслевых кодексах, принципы отдельных правовых институтов – в первых статьях соответствующих разделов и глав Уголовного кодекса. Исходя из настоящих показаний, представляются *излишними* статьи УК, дублирующие текст Основного закона страны, и явно *недостающими* – сугубо отраслевые установки по борьбе с преступностью, о которых как о данности давно и устойчиво пишется и в научной, и в учебной литературе.

Наш соратник в данном настроении – проф. Н.И. Коржанский. Высказав неудовлетворённость списком и качеством текстуального закрепления принципов в проекте УК РФ (находившегося на этой стадии во время написания книги), отвергнув идеи демократизма,

¹ *Иванов Н.Г.* Некоторые вопросы пробельности уголовного законодательства России // Пять лет действия УК: итоги и перспективы. Материалы II Международной научно-практической конференции, состоявшейся на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова 30-31 мая 2002 г. – М.: «ЛексЭст», 2003. – С. 25-28.

законности, гуманизма, равенства и справедливости (как не характерные только для уголовного права), а также неотвратимости (уголовно-процессуальный принцип), профессор находит, что принципами именно уголовного права могут быть признаны лишь те общие положения по борьбе с преступностью, которые имеют «конкретное практическое действие». К ним он относит: а) принцип законодательного определения преступления (*nullum crimen sine lege*); б) принцип личной (персональной) ответственности; в) принцип виновной ответственности; г) принцип субъективного вменения; д) принцип полной ответственности (полноты вменения); е) принцип приоритета смягчающих обстоятельств; ж) принцип соразмерности наказания тяжести совершённого преступления; з) принцип полного возмещения причинённого преступлением вреда¹.

Каждый студент знает, что принципы входят в общую картину юридических явлений, даже составляют сердцевину права, но не исчерпывают всего содержания этого явления. Полный **реестр юридических механизмов** цивилизации по преимуществу² именуется «правовой системой общества», под которой понимается «вместилище, средоточие разнообразных юридических явлений»³, «совокупность взаимосвязанных, согласованных и взаимодействующих правовых средств, регулирующих общественные отношения, а также элементов, характеризующих уровень правового развития той или иной страны»⁴. Особо заметим то место в процитированном мнении В.К. Бабаева, что есть прямо регулирующие жизнь инструменты и есть внутренние правовые средства, просто держащие некую фирменную марку всей юриспруденции. Вглядимся в содержание правовой системы общества и обнаружим наличие в ней заведомо неравноценных элементов: несмотря на отдельные различия в общей теории права, её специалисты признают и оценивают в ПСО⁵: 1) само право как совокупность защитных правил социума, 2) частично выражающее его «письменно-огосударственное» законодательство, 3) реальные правовые отношения по поводу совершённых преступлений, 4) явления духовного или мировоззренческого порядка (юридические понятия и термины, принципы и политика, наука и культура), 5) юридическую практику и технику, а в рамках последней усматриваются аксиомы, конструкции, символы, фикции и презумпции. Последние вместе с принципами – предмет нашего сравнительного анализа, по преимуществу в приложении к нуждам уголовного права.

¹ *Коржанский Н.И.* Очерки теории уголовного права. – Волгоград: ВСШ МВД РФ, 1992. – С. 14–21.

² О состоятельности и жизнеспособности конкурентных и близких для «правовой системы общества» понятий с использованием управляющего термина «правовая» – надстройка, жизнь, материя, модус, мир, бытие, среда, реальность, действительность, сфера, пространство, ткань, энергия и прочее – см. в книге *Н.И. Матузова.* Актуальные проблемы теории права. – Саратов: Изд-во Саратов. гос. акад. права, 2003. – С. 93–118.

³ *Карбонье Ж.* Юридическая социология / Пер. с франц. – М.: Прогресс, 1986. – С. 187.

⁴ Общая теория права: Курс лекций / Под общей ред. В.К. Бабаева. – Нижний Новгород: НГВШ МВД РФ, 1993ю – С. 83 (*В.К. Бабаев*).

⁵ ПСО – авторская аббревиатура «политической системы общества» (*Прим. редактора*).

Закон – равная мера к неравным людям и обстоятельствам. Эта общеизвестная, одновременно критическая и справедливая оценка правового регулирования обличает юристов приспосабливать свой чёрно-белый метод управления к многоликой жизни, искать и употреблять *дополнительные* по отношению к законодательным текстам коррективы и страховочные меры. Отсюда современное уголовное право покоится, помимо «письменного» законодательства, *ещё* на нескольких «китах»: а) на народных взглядах и обычнотворениях (именуемых обычным правом), постепенно теряющих прямое регулирующее влияние, но сохраняющих значение живучего и ядовитого оппонента в пословицах, обрядах, эстетических приёмах разрешения межличностных конфликтов; б) доктрине естественного права, состоящей из высоких нравственных идеалов или общепризнанных ценностей, противопоставляемых обычно (прогнозируемому) государственному произволу; в) праве юристов, т.е. в находках и ошибках практики, гнездящихся в трактатах, прецедентах, презумпциях.

Уголовное право в силу крайней жёсткости своего метода находится под постоянной правозащитной критикой и потому сторонится тех инструментальных «вольностей» регулирования, которые в ходу у других отраслей, например, аналогии и прецедента¹. Для частичной нейтрализации имманентной несправедливости закона, сближения формализованного текста с подвижной, многоликой и меняющейся жизнью, в отрасли используются лишь исключительные нормы, да расширительно-ограничительное толкование. Наша доктрина традиционно увлекается анализом общеправовых и специальных принципов², не признает символов

¹ В отраслевой науке активным проповедником прецедента выступает проф. *А.В. Наумов*. (См., например, его: О судебном прецеденте как источнике уголовного права // Современные тенденции развития уголовной политики и уголовного законодательства. – М.: ИГП РАН, 1994. – С. 31). В нашей стране в силу высокой коррупции властей *обычного* прецедента боялись всегда, а пользовались лишь его *идеальным* видом – кассационными постановлениями Правительствующего Сената и руководящими разъяснениями пленумов Верховных Судов, которые в силу особого порядка подготовки с профессиональной точки зрения были намного совершеннее комментируемых текстов уголовного закона.

² См.: *Виттенберг Г.Б.* Развитие основных принципов советского уголовного права в новом Уголовном кодексе РСФСР // Правоведение. 1962. № 4; *Загородников Н.И.* Принципы советского уголовного права // Сов. государство и право. 1966. № 5; *Звечаровский И.Э.* Современное уголовное право России: понятие, принципы, политика. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001; *Иванов Н.Г.* Модельный уголовный кодекс: Общая часть. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2003; *Келина С.Г., Кудрявцев В.Н.* Принципы советского уголовного права. – М.: Наука, 1988; *Клёнова Т.В.* Принципы уголовного права и принципы кодификации в уголовном праве // Государство и право. 1997. № 1; *Кожеников С.Н., Кузнецов А.П.* Общеправовые и отраслевые принципы: сравнительный анализ // Юрист. 2000. № 4; *Коняхин В.П.* Теоретические основы построения Общей части российского уголовного права. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002; *Ляпунов Ю.И.* Принципы уголовного законодательства // Соц. законность. 1989. № 2; *Мальцев В.В.* Принципы уголовного права и их реализация в правоприменительной деятельности. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004; *его же.* Принципы уголовного законодательства и общественно опасное поведение // Государство и право. 1997. № 2; *Молодцов А.С.* О принципах уголовного права // Категориальный аппарат уголовного права и процесса. – Ярославль: ЯрГУ, 1993; *Фефелов П.А.* Принципы советского уголовного права // Правоведение. 1989. № 2; *его же.* Механизм уголовно-правовой охраны. Основные методологические проблемы. – М.: Наука, 1992. – С. 89-111.

и фикций¹ и почти не обращает внимания на аксиомы и презумпции. Сожалительно. И лишь в отношении презумпций лед частично тронулся².

Роль презумпций в мировоззренческой ориентации уголовного права трудно понять и оценить в отрыве от близких им по духу и по назначению в правовом регулировании средств – принципов и аксиом. Все вместе они сообщают концептуальность отрасли («дух права» по Иерингу), представляют собой тот муцифицированный экстракт, который живёт долго, заворачивает своей простотой и ошарашивает сложностью реального применения. Они обеспечивают большую жизненность и справедливость частным уголовно-правовым установлениям, высвечивают правотворческий и правоприменительный путь, действуют как «пружины правового развития» (Ю.А. Тихомиров). Но есть и различия: главный смысл принципов и аксиом – в консервации юридических представлений и технологий, а презумпции работают на вырост, обозначают несовершенство старых и направления поисков новых регламентов, представляют собой запасный резервуар, тонкий, не совсем правовой, то есть не чёрно-белый ответ на жизненные запросы. Презумпции образуют дихотомичный отвес чрезмерной категоричности принципов и аксиом, они суть гормоны юридического роста и потому их нужно искать за пределами действующего позитивного права, в анналах естественно-правовой доктрины и нравственности, в редких публикациях адептов. Они прямо не афишируются в криминальных кодексах – либо в силу обывательской очевидности, либо из-за генного пиетета отраслевого правосознания перед правилами, не допускающими сомнений в их праведности, а потому отвергающего диспозитивность в употреблении уголовного закона³. А зря.

Доктрина должна заняться возрождением и пополнением банка уголовно-правовых презумпций именно сейчас, в пылкие годы реформ и переосмысления национального карательного опыта, во время буйных проникновенных клятв в приверженности общечеловеческим ценностям и нравственным идеалам. Это необходимо хотя бы для профилактики морального обезвоживания, в целях

² Единственное, насколько нам известно, «крупное» исключение – монография *К.К. Панько* «Фикции в уголовном праве и правоприменении» (Воронеж: Истоки, 1998. – 135 с.).

³ Помимо давно ставшей классикой монографии *В.К. Бабаева* (Презумпции в советском праве. – Горький: ГВШ МВД СССР, 1974) имеются в виду работы: *Беляев В.Г.* Новые элементы в содержании насилия // *Насилие в современной России.* – Ростов н/Д: СКНЦ ВШ и РФ РТА, 1999; *Брызгалин А.* Презумпция невиновности: дискуссия продолжается // *Уголовное право.* 1999. № 4; *Кругликов Л.Л.* Аксиомы, презумпции и фикции в уголовном праве: динамический аспект // *Lex Russia. Научные труды МГЮА.* 2006. № 5. – С. 920-929; *Печников Г.А.* О важности юридических аксиом в преподавании основ уголовного права и уголовного процесса // *Юридическое образование и наука.* 1999. № 2; *Селезнев М.* Презумпция экологической опасности // *Российская юстиция.* 1998. № 4; *Яцеленко Б.В.* Правоположения в уголовном праве // *Государство и право.* 2000. № 6.

¹ Когда американский профессор говорит, что «уголовное право всегда (!? – А.Б.) включает в себя принципы, которые выходят за рамки юридических формулировок, используемых в уголовных кодексах» (*Флетчер Дж., Наумов А.В.* Основные концепции современного уголовного права. – М.: Юристъ, 1998. – С. 502), можно предположить, что обсуждаются презумпции, т.е. незрелые до уровня аксиом или принципов правила отрасли.

проверки степени сходства государственных и обывательских представлений о преступном и наказуемом поведении, из-за естественного отраслевого консерватизма и потому живучей перспективы научной стагнации.

Начало – в инвентаризации презумптивных истин. И здесь многое можно взять у лидеров эпохи Возрождения; тот же Вольтер, обольщавший своими прогрессивными взглядами нашу Екатерину II, высказывал и такие предположения по борьбе с преступностью: 1) кто конфискует тело, конфискует и имущество; 2) лучше оставить преступление безнаказанным, чем наказать безвинного 3) снисхождение – привилегия слабых и увечных; 4) вероятность недостаточна для решения судьбы преступника; 5) наказание должно быть слабее преступления и пр. Смело вторя Вольтеру, казанский профессор начала XIX века Гавриил Иванович Солнцев, даже изгнанный из университета за увлечение прозападной естественно-правовой доктриной, проповедовал явно презумптивную заповедь, будто «лучше 10 виновных освободить, нежели одного невиновного истязать»¹.

Другой западный «агент влияния», толкнувший Екатерину Великую даже на законодательный плагиат, очень специфически обосновывал карательную силу уголовно-правовых мер: «чтобы наказание имело своё действие, достаточно, чтобы вред его превосходил пользу, истекающую из преступления, и по этому избытку вреда должна быть рассчитана безусловность наказания и потеря выгоды, происходящей от преступления: всё остальное излишне и следовательно жестоко»².

Ещё больше презумптивных откровений дарит знакомство с закладами античной цивилизации. Находясь у подножия уголовно-правового Везувия, древние римляне вынуждены были формулировать общие криминальные правила, что называется, «с листа». От всего произведённого ими вследствие этого веет первозданной чистотой, приглашением к добровольному признанию только что открытых «полузнаний», а не отвердевших истин. Жаль, что современная спесивая мысль не достаивает вниманием эти откровения: а) *vix ulla lex fieri potest quae omnibus commode sit, sed si majori perti prospiciat, utilis est* – едва ли может быть создан закон, удобный для каждого, но если он хорош для большинства, он полезен; б) *inde datae leges ne fortior omnia posset* – законы созданы для того, чтобы более сильный не стал всемогущим; в) *aequior est disposition legis quam hominis* – закон решает более справедливо, чем человек; г) *ad impossibilia lex non cogit* – закон не требует невозможного; д) *quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt* – ни один закон не может предписывать того, что не допускает природа вещей; е) *juris effectus in executione consistit* – исполнение закона есть его основное предназначение; ж) *leges intellegi ab omnibus debent* – законы должны быть понятны каждому; з) *non est regula quin fallat* – нет правил, кото-

² Солнцев Г.И. Российское уголовное право. – Ярославль, 1907. – С. 106.

¹ С. Зарудный. Беккария о преступлениях и наказаниях и русское законодательство. – СПб., 1879. С. 70.

рые не плодят исключений; и) *generalis regula generaliter eat intelligenda* – общее правило надлежит и понимать общим образом; к) *crimen transit personam* – преступление влечёт за собой человека; л) *ubi quis delinquit, ibi punientur* – где лицо совершило преступление, там оно должно быть наказано; м) *lex de futuro; iudex de praeterito* – закон смотрит в будущее, судья рассматривает прошлое; н) *poenalia nullo modo sunt extendenda* – запрет расширительного толкования уголовно-правовых норм; о) *judicandum est legibus, non exemplis* – мы должны судить на основании законов, а не примеров; п) *ubi culpa est, ibi poena subesse debet* – где есть вина, там должно быть наказание; р) *plus in re est quam in existimatione mentis* – объективная действительность важнее (субъективного) мнения; с) *aequitas naturalis preferenda est rigori juris* – естественная справедливость предпочтительнее строгости права; т) *qui facit per alium facit per se* – тот, кто действует через другого, действует сам; у) *nequi impunita maleficia esse oporteat* – преступления не должны оставаться безнаказанными; ф) *necessitas publica major est, quam private* – общественная необходимость более важна, чем частная; х) *casus a nullo praestatur* – за случай никто не отвечает; ц) *error juris nocet* – ошибка в праве вредит; ч) *sufficit furore ipso furiosum puniri* – безумный (уже – А.Б.) достаточно наказан безумием; ш) *in jure causa proxima non remota spectator* – в праве учитывается не отдалённая, а ближайшая причина; щ) *carcer ad homines custodiendos, non ad puniendos dari debet* – задача тюрем заключается не в том, чтобы карать людей, а в том, чтобы содержать их под стражей; э) *multiplicita transgressione crescat poenae inflictio* – при умножении правонарушений пусть возрастает применение наказания; ю) *ea sunt animadvertenda peccato maxime quae difficilime praesaventur* – наиболее строго следует наказывать те преступления, которые труднее всего предотвратить; я) *jus publicum privatorum pactis mutari non potest* – публичное право не может быть изменено соглашением частных лиц.

Современники из нашего цеха также заявляют о существовании неокостеневших до уровня принципов закономерностей. К примеру, М.И. Ковалев в публикациях только одного года выдвинул сразу две презумпции – преимущественного значения юстиции деяния в сравнении с юстицией деятеля (главным для понимания общественной опасности злодеяний и криминализации последних пока должны быть объективные признаки, а значение субъективных данных возрастает по мере понижения общественной опасности преступлений)¹ и то соображение, что «всякий вменяемый и достигший определённого возраста человек сознаёт общественную опасность своего поведения, и это обстоятельство не подлежит специальному доказыванию со стороны обвинения»². Известный исследователь объективной стороны преступления сформулировал

¹ *Ковалёв М.И.* Правосознание и правотворчество в области уголовного законодательства // Уголовно-правовые исследования: Сборник, посвящённый 80-летию со дня рождения Т.В. Церетели. – Тбилиси: Изд-во «Мецниерабо», 1987. – С. 38.

² *Ковалёв М.И.* Понятие преступления в советском уголовном праве. – Свердловск: Изд-во Урал. ун-та, 1987. – С. 103.

попутно презумпцию общественной опасности всех криминальных посягательств – «суд не должен каждый раз специально доказывать наличие общественной опасности, если законодатель сам дал действию такую оценку. Исключения составляют лишь так называемые малозначительные деяния»¹.

И.Л. Петрухин², усматривая назначение легальных презумпций в упрощении и экономии правоприменительной деятельности (с. 63), оценивая их служебную роль в процессе доказывания по уголовным делам и при формировании внутреннего убеждения судей, оговариваясь, что через один год только «оправдательный приговор становится неопровержимой презумпцией» (с. 71), в то время как обвинительный – находится под сомнением без срока, выдвинул список из 4-х легальных предположений, «известных советскому доказательственному праву»: а) презумпция, согласно которой лица, не достигшие возраста уголовной ответственности, не способны понимать критерии возможного и должного поведения, выраженные в уголовном законе... (эта презумпция основывается на данных психологии и медицины); б) презумпция знания закона... (... законы своевременно и полно доводятся до граждан, которых они касаются); в) презумпция невиновности... (лишь соблюдение уголовно-процессуальных гарантий... обеспечивает достоверность вывода о виновности); г) презумпция истинности... приговора... (суд имеет возможность устанавливать и... устанавливает объективную истину)» (с. 63).

Умные люди не зря говорят, что *любая тайна слишком высока, чтобы к ней вела одна дорога* (Симмах). То, что наши концептуальные представления по борьбе с преступностью, закреплённые в УК, нуждаются в тщательной прочистке на презумптивном уровне, легко подтверждается внимательным прочтением первых же статей кодекса: 1) права и свободы частника важнее прочих ценностей, охраняемых УК (ст. 2); 2) деяние значимее последствий (ч. 2 ст. 9); 3) территориальные воды, воздушное пространство, континентальный шельф и исключительная экономическая зона имеют в уголовном праве другой режим, чем суша, недра и пр. (ч. 2 ст. 11); 4) «свои преступники ближе к телу» – ч. 1 ст. 13; 5) тяжесть преступления зависит от размера наказания за него (ст. 15); 6) «общие условия уголовной ответственности» распространяются только на субъекта преступления (ст. 19), а «основание» ориентировано на весь состав (ст. 8); 7) небрежность менее упречна, чем невменяемость, поскольку психически больной человек не осознавал общественную опасность своего деяния (ч. 1 ст. 21), а «неосторожник» всего лишь не предвидел последствий своего поведения (ч. 3 ст. 26); 8) умысел + неосторожность = умысел (ст. 27); 9) уголовная ответственность за преступление, фактически совершённое до момента добровольного отказа от другого, не зависит от вины (ч. 3 ст. 31); 10) в ст. 44, названной «Виды наказаний»,

¹ Тимейко Г.В. Общее учение об объективной стороне преступления. – Ростов н/Д: Изд-во Рост. ун-та, 1977. – С. 172.

² Петрухин И.Л. Внутреннее убеждение суда и правовые презумпции // Сов. государство и право. 1964. № 3. – С. 63-71.

меры принуждения только предположительно выстроены по степени тяжести... – и т.д., и т.п.

Итожим: наши партнеры по правовому регулированию (цивилисты, в первую очередь) давно, усиленно и с пользой для дела пользуются презумпциями (*bona fides*, например) и, пожалуй, не мыслят свое профессиональное существование и устойчивое развитие без них. Совсем другая атмосфера традиционно наблюдается в уголовном праве. Здесь в отношении предположительного знания – зона пренебрежения и молчания. Жаль. Возможно, так происходит по причине, давно описанной Франсуа Вольтером в трактате «Опыт о вероятностях в деле правосудия». Теория вероятностей, утверждал он, действует и в гражданских, и в уголовных делах. Но есть различие. В гражданских делах нужно и на основании вероятности решать судьбу собственности, ибо «невозможно, чтобы оно (имущество – А.Б.) не принадлежало никому. Но когда человек обвиняется в преступлении, то нет явной необходимости в том, чтобы он при наибольшей вероятности был отдан палачу. Очень возможно, что он будет жить, не нарушая гармонии государства»¹.

На наш взгляд, уголовно-правовые презумпции, по их формированию и признанию, могли бы сыграть роль мировоззренческого и координирующего фактора, камертона правотворчества и правоприменения, того интеллектуального фокуса, адсорбирующего идеи и проблемы, где осуществляется их межотраслевой баланс и выдаются летучие рекомендации к использованию по разделам уголовного права. Презумпции, как и юридическая наука в целом, имеют ту же судьбу и предназначение – служить выверенным умственным фоном, а не прямым руководством, для всей карательной практики.

Презумпции – *перевалочная база* на тернистой дороге познания, временный пункт питания для интеллекта на пути от конкретного к абстрактному и наоборот. Здесь знания и сомнения накапливаются до такой консистенции, когда осмыслено (уже или пока) большинство важнейших признаков объекта, но и познано вполне достаточно, чтобы приступать к построению общих представлений на пути к сущности. Если принять на вооружение трёхзвенную модель познания по Д.А. Керимову (непосредственное созерцание–анализ–синтез), при которой происходит процесс «восхождения от одного «звена» социальных факторов к другому, 3-му и т.д. – до тех пор, пока взаимосвязь и взаимодействие этих факторов в процессе познавательного воздействия не будут полностью вскрыты»², то можно утверждать, что уровень комплектования презумптивных истин налицо, когда осмысление закономерностей бытия объекта в окружающей среде незавершенно и потому не аксиоматизировано.

Как всякое право когда-то было чьей-то привилегией, так и *презумпции есть недозревшие аксиомы либо принципы*. Юридические максимумы медленно зреют в обществе, вначале обозначаются как вздорные откровения буревестников общественной морали,

¹ Цит. по: Франсуа Мари Вольтер. Избранные произведения по уголовному праву и процессу. – М.: Госюриздат, 1956. – С. 161–162.

² Керимов Д.А. Философские проблемы права. – М.: Мысль, 1972. – С. 97.

и лишь по мере их восприятия большинством населения достигают сана принципов. Нравственные и профессиональные мучения и сомнения при этом испытывают все – и политики, и законодатели, и учёные. Вот пример непоследовательности в отношении к идее равенства даже у великого Н.С. Таганцева. В одном из комментариев к русскому уголовному законодательству он пишет: «начала сословности должны уступить место начала равенства перед уголовным судом. Так, ещё в 1879 году, при обсуждении в Государственном Совете будущей лестницы наказаний,... высказано соображение о том, что при пересмотре уложения не следует отступать от начала назначения наказаний по преступлениям, а не по сословиям, ... и что ссылку на жизнь надлежит заменить общим для лиц всех сословий лишением свободы». Но на одной из предыдущих страниц того же издания маэстро сочувственно представляет норматив о телесных наказаниях, уже отменённый ко времени выхода в свет комментария: *«лицо, изъятое от телесных наказаний по правам состояния, ни в коем случае не подлежит отдаче в арстанские роты или рабочие дома»*¹.

Рискнём утверждать, что **презумпция есть и то юридическое правило (квазиаксиома), которое обременено исключением**. Например: в ч. 1 ст. 20 УК РФ прописано, что по общему правилу уголовная ответственность наступает с 16 лет; по самому тиражированному мнению науки это значит предположение, будто все лица, достигшие данного возраста, понимают общественную опасность любых преступлений; но эта мысль есть пример всего лишь презумпции, ибо в ч. 2 той же статьи кодекса допускается ответственность и с 14 лет, а в ч. 3 – оговаривается возможность освобождения от уголовной ответственности субъектов, достигших 18-летнего возраста. Следовательно, налицо не прочная аксиома, а шаткая презумпция.

II. Исторический компаративизм.

Давно стала клишированной и броской, но не потерявшей от этого своей праведности мысль, что изучение прошлого (народа, страны, цивилизации, права) помогает лучше понять настоящее и даже предвидеть будущее², что «судьбы народа сокрыты в его истории... она являет собою его духовное естество: и его силу, и его дар, и его задание, и его призвание. История народа есть молчаливый глагол его духа; таинственная запись его судеб; пророческое знамение грядущего» (И.А. Ильин). Давно замечено и то, что любые крупные социальные перемены обостряют не только интерес к богоискательству и нравственные терзания, но и переоценку прошлого опыта. Исторические экскурсии полезны по любой проблематике. Так предостерегаются обычно от односторонностей и поспешностей в выводах и решениях. История – это *testis temporum, vita memoriale, lux veritatis*³. Её откровения хотя бы частично сглаживают политическое прожектёрство и пристрастную кри-

² Таганцев Н.С. «Уложение о наказаниях уголовных и исправительных» 1885 года. – СПб., 1912. – С. 69, 61.

³ В.Г. Белинский назидательно написал крылатые слова: «мы вопрошаем и допрашиваем прошедшее, чтобы оно объяснило нам наше настоящее и намекнуло о нашем будущем».

² Свидетель прошлого, живая память, свет правды – *лат.* (Прим. редактора).

тику прежних властей во время реформ, способствуют принятию более взвешенных управленческих и правовых решений.

Исторические обзоры, прежде всего уголовного законодательства¹, реже – правоохранительной практики и эволюции отраслевой науки привычны для отечественной уголовно-правовой доктрины. Нельзя не упомянуть труды и заслуги А.А. Герцензона², М.Н. Голднюк (несколько статей об истории уголовной ответственности за преступления против правосудия), С.В. Жильцова³, Н.И. Загородникова (серия исследований о вкладе в отечественную науку Н.С. Таганцева), В.Н. Иванова⁴, В.П. Коняхина (цикл работ по эволюции норм и структуры Общей части уголовного права), Н.Ф. Кузнецовой⁵, П.Г. Мишунина⁶, В.А. Рогова⁷, А.Н. Трайнина⁸, А.И. Чучаева (цикл публикаций о творчестве виднейших российских криминалистов прошлого), Г.В. Швекова (исследования по истории уголовного законодательства первых лет Советской власти), В.Н. Ширяева⁹, О.Ф. Шишова¹⁰, А.В. Ястребова¹¹ и других. Конечно же, в этом ряду

¹ Так происходит потому, что «историческая оценка всякого нового закона является одним из первых приёмов критического анализа права». – *Таганцев Н.С.* Русское уголовное право. Часть Общая. Том 1. – Тула, 2001. – С. 28.

² См.: Двадцать лет социалистического уголовного законодательства // Соц. законность. 19937. № 11. – С. 85-108; Из истории науки советского уголовного права // Сов. юстиция. 1967. № 10. – С. 14-15; Из истории советского общесоюзного уголовного законодательства // Соц. законность. 1967. № 6. – С. 20-23; Из истории создания первого советского уголовного кодекса // Сов. государство и право. 1967. № 3. – С. 92-96; Руководящие начала уголовного права РСФСР и их значение в истории социалистического уголовного права // Сов. юстиция. 1937. № 22. – С. 8-12; Социалистическое уголовное законодательство в период до издания первого советского уголовного кодекса // Соц. законность. 1937. № 12. – С. 75-85.

³ Смертная казнь в истории России. – М.: Зерцало-М, 2002. – 460 с.; *Малько А.В., Жильцов С.В.* Смертная казнь в России. История. Политика. Право. – М.: Изд-во НОРМА, 2003. – 224 с.

⁴ Развитие советского уголовного законодательства за 50 лет Советской власти: Учёные записки ВНИИСЗ, вып. 13. – М., 1968. – С. 111-126; У истоков советского уголовного законодательства // Сов. юстиция. 1967. № 3. – С. 11-13.

⁵ Вопросы истории советского уголовного законодательства (Общая часть) // Вестник МГУ. Серия 11. 1991. № 3. – С. 31-39; № 4. – С. 24-32; № 5. – С. 30-39; № 6. – С. 44-52; Исторический анализ Основ уголовного законодательства СССР // Вестник МГУ. Серия 11. 1989. № 1. – С. 40-42.

⁶ Очерки по истории советского уголовного права 1917-1918 гг. – М.: Госюриздат, 1954.

⁷ История государства и права России IX – начала XX веков. – М.: Зерцало, ТЕИС, 1995. – 263 с. (глава V, С. 214-248); История уголовного права, террора и репрессий в Русском государстве XV-XVII вв. – М.: Юристъ, 1995. – 288 с.; Уголовное законодательство Временного правительства. – М.: ВЮЗИ. 1986. – 36 с.; Уголовное право и карательная политика в Русском государстве XV-XVII вв. – М.: ВЮЗИ, 1990. – 70 с.

⁸ Десять лет советского уголовного законодательства (итоги и перспективы) // Право и жизнь. 19927. № 8. – С. 36-46.

⁹ Эволюция советского уголовного законодательства // Право и жизнь. 1926. № 2-3; № 4-5.

¹⁰ Серия работ, увенчанная докторской диссертацией «Становление и развитие науки уголовного права в СССР: Проблемы Общей части (1917-1936 гг.)», защищённой в ИГПАН СССР в 1985 году, а также две крупные статьи об истории смертной казни в царской России и в СССР (Смертная казнь: за и против / Под ред. С.Г. Келиной. – М.: Юрид. литература, 1989. – С. 10-130 и одна из последних публикаций историко-правового характера: Основные этапы развития советского уголовного права // Вестник МГУ. Серия 11. Право. 1989. № 1. – С. 42-44.

¹¹ История уголовного права России (1917-1993). – М., 1997. – 74 с.

особняком выделяются своей фундаментальностью исследование Г.С. Фельдштейна¹ и специализированный сборник ИГПАН СССР². Очень полезными для поддержания интереса к прошлому нашей отрасли были и остаются справочники по уголовному законодательству³. Проф. В.А. Томсиновым, нынешним заведующим кафедрой истории государства и права МГУ, осуществлена блестящая идея – на юридическом факультете головного вуза страны издается журнал юридической библиографии «Зерцало», где история уголовного права представлена широко – рецензиями, обзорами, переводами юридических памятников, публикацией научных древностей.

Вероятно, древнеримская премудрость «*priscum permaent in novo ius*»⁴ витала над сообществом криминалистов России, избравшим одной из тем своих ежегодных собраний в МГУ исторический аспект уголовного права⁵. Среди опубликованных по итогам этого форума мыслей наиболее примечательными в нашей оценке и для нашего исследования выглядят суждения о том, что: 1) «преemptивность в развитии уголовного законодательства является его закономерностью» (Ю.В. Баулин – «Пределы преemptивности в развитии уголовного законодательства», с. 34); 2) границы предмета (уголовно-правовой) науки зависят и от развитости её методов, от способности специалистов охватить своим анализом различные (никогда – все) аспекты действия уголовного закона в обществе (Б.В. Волженкин – «О предмете науки уголовного права: уроки истории», с. 82-87); 3) многие идеи и частные нормативы из шедевра отечественного отраслевого правотворчества – Уголовного уложения от 22 марта 1903 года – пусть «и не в первоизданном виде... нашли своё отражение в современном уголовном законодательстве» (Л.Л. Кругликов – «О восприятии идей Уголовного уложения 1903 г. в Общей части современного российского уголовного права», с. 226); 4) отечественные юристы «в своём почтении к римскому праву» не должны «выходить за пределы и предпочитать Юстиниана нашим приснопамятным законодателям царю Алексею Михайловичу, Петру Великому и преславнейшей преемнице законоположнице Екатерине II»⁶.

В плане признания и эксплуатации научным сообществом с историческим методом прочно конкурирует сравнительно-

⁸ Главные течения в истории науки уголовного права России. – М.: Зерцало, 2003. – 542 с.

⁹ Уголовное право. История юридической науки. – М.: Наука, 1978. – 309 с.

¹⁰ См., например: История уголовного законодательства Советского государства: Сборник правовых актов 1917-1991 гг. / Сост. Ю.А. Агафонов и др. – Краснодар: КЮИ МВД России, 2000. – 298 с.; Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР (1953-1991) / Сост. Н.С. Захаров, В.П. Малков. – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1993. – 303 с.;

¹¹ Ушедшее право навсегда остаётся в современном – *лат.* (Прим. редактора).

¹² История развития уголовного права и её значение для современности: Материалы V Международной научно-практической конференции, состоявшейся на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова 26-27 мая 2005 г. – М.: ЛексЭст, 2006. – 664 с.

¹³ Десницкий С. Юридические рассуждения на торжественном заседании Императорского Московского университета 22 апреля 1778 года. – М., 1778. – С. 10 (цит. по: Кузнецова Н.Ф. – «Наука российского уголовного права и законотворчество» // История развития уголовного права и её значение для современности, С. 244).

правовой. Давно минули те времена, когда было принято писать и даже думать, будто «практика развития советского (читай, *отечественного* – А.Б.) права должна полностью исключать какие-либо заимствования из правовых систем современного буржуазного права»¹. Напротив, с началом перестройки стало принятым вспоминать прежде игнорируемое высказывание К. Маркса о том, что всякая (уважающая себя – А.Б.) нация может и должна учиться у других народов², напоминать, что «сравнение и сопоставление – важнейшие методологические источники открытий в любой отрасли науки», а «отрицание этих методов может оказаться тормозом на пути поступательного развития общества», что «начиная с древних времен все, кто стремился усовершенствовать национальное законодательство, обращались к иностранному праву». Так, «Солон в Афинах, Ликург в Спарте приступили к законодательным реформам после того, как возвратились из путешествий по странам Средиземноморья, привезя с собой заметки о нравах и обычаях этих стран. Законы XII таблиц в Риме возникли в результате законодательного подражания правовым институтам Греции. Геродот, отмечая несовершенство законодательства Спарты до реформ Ликурга, писал: «У лакедемонян были дурные законы, так как они не общались ни друг с другом, ни с другими государствами»³.

«Классические» историки юриспруденции говорят о трёх ярчайших чертах отечественного права, выявленных при обследовании законодательства. «Первая такая черта – это неразвитость юридических традиций у российского населения, зачастую переходящая в откровенный правовой нигилизм, в отрицание самой необходимости и ценности права... Девятьсот лет преобладания христианства и семьдесят лет «марксистско-ленинского» диктата прочно закрепили такую (вторую – А.Б.) традицию отечественной юриспруденции, как идеологизация правовых норм, подчинение права идеологии». Наконец, «свойственные западной культуре юридические формы неразрывно соединялись в России с присущими Востоку коллективизмом, соборностью, общиной», что сообщило нашей юриспруденции и вообще менталитету этноса евразийский характер⁴.

Для преодоления первых двух тенденций (с последней тенденцией или ментальными особенностями народа, пусть и от-

¹ Горшков В.М. О преемственности в советском праве // Проблемы социалистической законности. Вып. 6. – Харьков: Харьковский юрид. институт, 1980. – С. 22.

² Маркс К., Энгельс Ф. Соч., 2-е изд., т. 23. – С. 10.

³ Цит. по: Иванов Н.Г. Сравнительный метод в советском уголовном праве // Правоведение. 1988. № 2. – С. 38, 34 (соответственно).

⁴ Ильин А.В., Морозова С.А. Из истории права. – СПб.: «Специальная литература», 1996. – С. 307-308. Как видим, исторические параллели пересекаются с компаративизмом, хотя сравнительно-правовой подход в юриспруденции развивается и сам по себе, но с различной интенсивностью по отдельным отраслям: он «пока в меньшей степени используется в публичном праве с его подвижными властными институтами и в большей мере – в частном праве с его диспозитивностью, равенством сторон и устойчивым сходством институтов». – Тихомиров Ю.А. Право: национальное, международное, сравнительное // Государство и право. 1999. № 8. – С. 7.

рицательными, бороться бесполезно) есть «чудодейственное» средство – усовершенствованный анализ правовых явлений специалистами, соединение нескольких классических методов в одно синтетическое направление. Для этого парящиеся приёмы должны обладать расположенностью к сопряжению, быть генетически близкими. Так, Ф. Энгельс утверждал, что логический метод «в сущности является ни чем иным, как тем же историческим методом, только освобождённым от исторической формы и от мешающих случайностей»¹. Но соединимы ли усилия историков и компаративистов?

Пока в отраслевой науке такие вопросы почти не ставятся, да и осмысленного стремления к удвоению методов или к ещё более сложным гносеологическим союзам не наблюдается. Но, с другой стороны, сама возможность объединения исторического и сравнительного подходов к праву специально также не оспаривается. Тогда приведём редкие примеры призывов или даже реализации историко-компаративистских исследований. Очень показательно, что научные интересы первого русского профессора по юриспруденции из Московского университета С.Е. Десницкого «были направлены (именно – А.Б.) на сравнительно-историческое изучение уголовного права»². А что современники?

Известнейший компаративист советской эпохи уже во введении к своей, самой известной и широко цитируемой книге³ оговаривается, что «подавляющее большинство современных юристов под сравнительным правоведением... понимает сравнительное исследование *разных правовых систем*, т.е. одновременное исследование не менее чем двух правовых систем или их фрагментов (институтов, норм), причём *современных* правовых систем» (с. 11). Для него сравнительное правоведение «имеет двуединый характер», являет себя как метод исследования и методологическая наука одновременно (с. 12). А.А. Тилле считает установленным фактом то обстоятельство, что «сравнительно-правовые исследования начались именно в области истории права» (с. 139). Для него также очевидно деление сравнительного метода «на два вида: синхронический и диахронический, примерно соответствующие сравнению в пространстве и сравнению во времени. При этом... такое деление *условно* (выделено нами – А.Б.), поскольку пространство неотделимо от времени. Научная абстракция позволяет изучать отдельно пространственные и временные явления. Однако нельзя забывать, что в действительности указанные явления неотделимы, теснейшим образом взаимосвязаны» (с. 140). Полезность объединения двух сложившихся типов правового анализа доказывается и особой важностью «сравнительно-исторического

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч., т. 13. – С. 497.

² Комиссаров В.С. Вклад юридического факультета Московского университета в развитие уголовного права // История развития уголовного права и её значение для современности: Материалы V Международной научно-практической конференции, состоявшейся на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова 26-27 мая 2005 г. – М.: ЛексЭст, 2006. – С. 186.

³ Тилле А.А. Социалистическое сравнительное правоведение. – М.: Юрид. литература, 1975. – 207 с.

анализа... для прогнозирования», поскольку «лишь сравнивая развитие законодательства или отдельных правовых институтов, можно установить *законы и тенденции их развития*» (с. 145). Получается, что для определения будущего юриспруденции важен союз историзма и компаративистики.

Наш вывод из процитированных мест подтверждает и сам автор: «нам кажется, – пишет он, – что в настоящее время существует недооценка исследований истории государства и права и сравнительно-исторического метода. Привычное отношение к ним состоит в признании их познавательной роли в изучении *прошлого*. Между тем их роль более значительна в определении современного и *будущего*» (с. 146).

Через три года А.А. Тилле возвращается к излюбленной теме в соавторстве с Г.В. Швековым¹, где сравнительный анализ определяется как «метод определения неизвестного путём сравнения с известным» и предлагается расчленять названный исследовательский приём на «две основные ветви: сравнительный метод синхронический и сравнительный метод диахронический» (с. 11-12). Значение последнего или сравнительно-исторического способа познания юридических явлений представляется в книге следующим образом: «невозможно переоценить и преувеличить роль, которую может сыграть (в изучении истории права – А.Б.) применение сравнительного метода» (с. 108). Называются и единомышленники – А.А. Ушаков², А.И. Косарев³ и О.А. Жидков⁴, которые «указывают на значение сравнительного метода для отбора материалов, их анализа и синтеза, выявления закономерностей исторических процессов, что для исторической науки особенно важно», а также для систематизации и периодизации накопленной информации (с. 109).

Показательно, что авторы отдельно останавливаются на правомерности и полезности диахронического исследования римского права. Их положительная позиция зиждется на таких доводах: любому обществу нужны юристы широкого, а не узкого профиля, а римские заповеди служат этому в наибольшей степени (с. 124); «однако главное в образовании – методология «римского права». Оно – «школа юриста, это те гаммы и этюды, через которые должен пройти студент консерватории, чтобы стать хорошим музыкантом» (с. 125).

Дальневосточники А.Г. Корчагин и А.М. Иванов сразу (в предисловии к своей книге) объявляют, что «всё новое это очень хорошо забытое старое и что отдельное знание или со-знание представляют собой лишь частицу всеобщего знания или со-знания», в силу чего они используют «не только метод сравнительно-

¹ Тилле А.А., Швеков Г.В. Сравнительный метод в юридических дисциплинах. – М.: «Высшая школа», 1978. – 199 с.

² Ушаков А.А. К вопросу о предмете, задачах и структуре курса истории государства и права // Учёные записки Пермского госуниверситета, т. XIX, вып. 5. – Пермь: Изд-во ПГУ, 1961. – С. 222-224.

³ Косарев А.И. Об использовании сравнительного метода в историко-правовом исследовании // Сов. государство и право. 1965. № 3.

⁴ Жидков О.А. История буржуазного права. – М., 1971. – С. 4-5.

правового анализа в срезе современного действующего уголовного права, но и прибегают, где это возможно, к историко-правовому анализу». В результате «мы вновь и вновь подчёркиваем уникальность исторического опыта России. Мы полагаем, что в нём нашли отражение все существовавшие когда-либо типы общественного строя. К тому же, в силу синтеза многих культур и конфессий, распространённых на территории нашей многонациональной Родины, России, действительно, можно назвать «мостом между Востоком и Западом»¹.

В другой совместной работе те же учёные предпослали сравнению «краткий ретроспективный взгляд в историю становления отдельных норм уголовного права некоторых стран» и объяснили совмещение компаративизма с историческим методом тем, что это «позволит яснее представить читателю формирование общественного правосознания. Дело в том, что существует вполне обоснованное мнение о том, что право западного образца, введённое в странах Дальнего Востока не без вмешательства самих западных стран, – по большей части лишь орнамент. Большинство населения продолжает жить в соответствии с традициями (мало похожими на то, что на Западе понимают под правом), но обращая внимания на искусственные своды правовых норм². Поэтому исторический экскурс поможет проследить мысль о том, что законодательное регулирование криминальной ситуации в современных странах и мире в целом ещё не очень скоро может стать реальным регулятором взаимоотношений»³.

По мнению Н.М. Азаркина, «в рамках исторического (хронологического) метода (всё – А.Б.) активнее проводятся сравнительные исследования (анализ) двух видов – синхронные и диахронные... При синхронном анализе сравнивают юстиции как существующие в пространстве в одно и то же время, отвечая на вопросы: об объективных закономерностях формирования однотипных или сходных юстиций разных стран... о видоизменении воспринятых в данной стране юртеорий в соответствии с её условиями, традициями, особенностями национальной правовой культуры», а «диахронный анализ предполагает сравнение в рамках одного и того же выбранного региона во времени, прослеживая генезис одной и той же юстиции, её метаморфозы. Главными в таком анализе оказываются проблемы преемственности (позитивного или негативного свойства), взаимосочетания познавательных и конкретно-исторических методов юстиций»⁴.

И.А. Малиновский в специализированном, но очень маленьком параграфе своей монографии обсуждает целесообразность со-

¹ Корчагин А.Г., Иванов А.М. Сравнительное исследование коррупционных и служебных преступлений. – Владивосток: Изд-во ДВГУ, 2001. – С. 3-4.

² Следует сноска на: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / Перев. В.А. Туманова. – М.: Международные отношения, 1999. – С. 27-28.

³ Корчагин А.Г., Иванов А.М. Сравнительное уголовное право: Монография. – Владивосток: Изд-во ДВГУ, 2001. – С. 7.

⁴ Азаркин Н.М. Всеобщая история юриспруденции: Курс лекций. – М.: Юрид. литература, 2003. – С. 13.

пряжения историзма и компаративизма в исследовании уголовно-правовых институтов. «Изучение уголовного права различных правовых систем в их исторической регрессивности, – пишет он, – есть по сути дела использование сравнительно-исторического метода познания. Компаративисту, решающему современные юридические проблемы, **никогда** (выделено нами – А.Б.) не стоит отказываться от сравнительно-исторического анализа зарубежного права». Пояснение к данному многозначительному заявлению даётся на следующей странице книги: «сравнительно-исторический метод позволяет прийти к важным теоретическим выводам о роли и месте уголовного права в развитии человеческой цивилизации, проследить формирование основных тенденций в уголовной политике, обобщить опыт криминализации и декриминализации некоторых деяний, выявить предпосылки отмены одних наказаний и введения других. Данный метод полезен современному юристу тем, что, зная достоинства и недостатки проводимых в разное время правовых реформ, можно не только более объективно оценить настоящее, но и попытаться заглянуть в будущее»¹.

Теория компаративистики в изложении Г.А. Есакова² включает в себя несколько фрагментов: а) сравнительное правоведение есть одновременно метод анализа и отрасль академической правовой науки (с. 9); б) к основным концептуальным приёмам данного метода относятся *диахронное* («исторический анализ ранее существовавших правовых систем») и *синхронное* («анализ современных правовых систем») сравнения (с. 10); в) для данной познавательной технологии свойственна определённая этапность (вначале исследование собственно иностранного законодательства, затем – его сопоставление с национальным правом) – с. 10-11; г) «фирменные» принципы анализа – потенциальной сравнимости зарубежного и внутреннего законодательства, «учёта исторических и социальных условий времени появления и развития конкретной правовой нормы», «критического анализа полученных результатов» сравнения (с. 11-13); д) отправные категории – «правовая система» и «правовая семья» (с. 13-15).

И.М. Клейменов, приветствуя развитие «новых научных направлений в отечественных науках криминального цикла» (сравнительное уголовное право и сравнительная криминология), ориентируется на сравнение не частных юридических правил или отраслей отдельных государств, а целых правовых систем, ибо тогда «в поле зрения исследователей оказываются глубинные пласты социальной психологии, формирующие правовую идеологию и правовое сознание»³. Ясно, что каждая правовая система или тем более правовая семья есть продукт длительного исторического

¹ *Малиновский И.А.* Сравнительное правоведение в сфере уголовного права. – М.: Международные отношения, 2002. – С. 8, 9.

² *Есаков Г.А.* Основы сравнительного права: Монография. – М.: ООО «Издательство «Элит», 2007. – 152 с.

³ *Клейменов И.М.* Сравнительная криминология: Анализ правовых систем. – Омск: Изд-во института предпринимательства и права, 2004. – С. 3, 4.

развития, что сравнение целых правовых систем неизбежно предполагает и темпоральные оценки.

Приведённые здесь цитаты показывают предпочтительность «сдвоенного» исторического компаративизма перед *раздельным* историческим либо сравнительным анализом государственно-правовых явлений. Синхронный вариант таковой технологии сегодня стал практически общепринятым, а вот диахронической разновидности исторического компаративизма не везёт. Жаль. Надо исправлять ситуацию. Мы же ещё более обострим ситуацию, «перемешаем» пространство и время, попытаемся сравнить давно «умершее» *зарубежное* право со *здравствующим* сегодня *российским*, а именно римское уголовное и российское уголовное законодательство. Зачем?

В нашем понимании, намерение осуществить сравнительный анализ римского и современного (российского) уголовного права дышит не оригинальностью, а рядовой практичностью. Слишком велик оказался собственный путь античных юристов и нравственно-правовой шлейф от него во всём культурном мире: от микроскопической Roma civitas, борющейся за этнические выживание – через войны и огромные колониальные приобретения¹ – к могуществу, владычеству и расцвету Древнего Рима – от многовекового величия к падению Западной, наиболее динамичной части империи, а затем и к медленному угасанию Восточной – завершает же этот путь (пока) восторженная рецепция античного клада в феодальной Европе и ситуативные обращения к античным залегам современников. Много смешалось на этой исполинской дороге. Сосуществовали и сменяли друг друга обычаи, религиозные догмы и закон, писаные правила жизни и тайны понтификсов, внутригосударственные и международные порядки², либеральные устоики и варварская жестокость, частные и публичные начала... Генезис этих фрагментов юридического регулирования был неровным, с рывками и откатами. Если же помнить и учитывать то печальное обстоятельство, что нормативные памятники и научные трактаты древней эпохи почти не сохранились для сегодняшнего анализа, то исторический экскурс прямо-таки просится в строку. Иначе современник многое не поймёт, в противном случае (без диахронического среза) метания римско-византийской власти в области

¹ Завоевательные набеги на соседние и дальние территории обеспечивают приток на Аппенины огромных материальных ценностей и денежных капиталов. К примеру, контрибуции после первой Пунической войны составили 3 200 талантов, после второй – уже 10 000 талантов, а в результате победы над Антиохом III в 189 году список приобретений вообще гигантский: 1 200 слоновых клыков, 234 золотых венка, 137 тыс. фунтов серебра, 224 тыс. серебряных греческих монет, 140 тыс. золотых македонских монет, огромное количество изделий из золота и серебра. (Данные приводятся по: *Утченко С.Л.* Древний Рим. События. Люди. Идеи. – М.: Наука, 1969. – С. 8). Понятно, что данный финансовый багаж спонсировал международную торговлю, убыстрял миграционные потоки и заказывал для правотворческой власти новые правила обменных операций.

² Сегодня принято считать и писать, что в Древнем Риме внутренние заботы страны оказались отодвинутыми на задний план по сравнению с космополитическими планами. Что это не так, писал и предупреждал ещё Иеринг в своем «Духе римского права» (§ 20). Национальную привередливость римлян он даже называл «дисциплинированным эгоизмом».

уголовного права покажутся необъяснимыми, тогда – при статичном постижении отрывочных законодательных правил прошлого – нынешний исследователь так и останется в плену увиденных противоречий.

Для считывания и постижения римского права нужна историческая экспертиза. Благодарной памяти, как и всему сущему, требуется безостановочное движение (эта вечная юность Вселенной – по К.Э. Циолковскому) за отражаемым объектом. Многократно прав был известнейший отечественный романист, когда утверждал, что «только тот юрист стоит на высоте своего призвания, у которого достаточно развито историческое чувство, и для которого право является не мертвым собранием сухих логических формул, а одной из жизненных сил, которые определяют правила деятельности человеческого общества»¹. Да и вообще скажем искренне: запах истории восхитителен!

Минуло более пятисот лет с тех пор, как погибла под напором варваров могущественная средиземноморская цивилизация², а дивные сполохи её юридического духа всё ещё озаряют общественную жизнь. Так пульсируют своей энергией далёкие и непознанные квазары. Наверняка, этот немеркнущий свет тонизирует и уголовно-правовые размышления. Мы вновь³ берёмся утверждать, что юридические конструкции, понятия и догадки римлян в области уголовного права имеют и сегодня немалую ценность. Мы, криминалисты, зря чураемся и стыдимся данного наследственно-го пирого, единого для всех юридических специализаций. Странное сложилось мнение, будто древнее римское право представляет лишь цивилистический интерес, будто тысячи лет назад существовала жесточайшая законодательная, научная и правоприменительная специализация, не допуская обменных операций между уголовным и гражданским правом, будто великолепные юридические аксиомы, презумпции и фикции были закупорены исключительно в сфере цивилистики и не распространялись на область борьбы с преступностью.

В случае сравнения древнего римского права с нынешним российским имеет место диахронический исторический компаративизм. Он не всеми приветствуется: бытует мнение о нецелесообразности прямых параллелей между институтами римского права и подобными ему современными институтами национальных правовых систем; якобы такой анализ целесообразно проводить лишь в пропедевтическом аспекте⁴. Позволим себе пойти своей дорогой. Тем более что мы не первые и мы не одиноки. Так, пионерской книгой в области сравнительного права можно признать компиляцию

¹ Проф. В.М. Хвостов. История римского права. – М.: Моск. научное изд-во, 1919. – С. 3.

² Падение великой державы случилось в 476 году, а ещё через столетие, в 568 году лангобарды оторвали от империи и её материнскую часть – Италию.

³ Историко-сравнительный метод в исследовании уголовного права нами уже был применён в книге: *Бойко А.И.* Римское и современное уголовное право. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. – 259 с.

⁴ *Алексеева Т.А.* О преподавании римского права на юридическом факультете // Правоведение. 1999. № 2. – С. 246.

ещё V века «*Lex Dei seu incerti scriptoris mosaicarum et romanorum legume collation*» (или, в другой транскрипции – «*Collatio legume mosaicarum et romanorum*») – в ней римское право сравнивалось с еврейским правом, содержащимся в Пятикнижии. Современный американский профессор и знаток российского правоведения удачно применил в своей монографии сравнительно-исторический метод, два принципа изложения материала одновременно – хронологический и проблемный¹. Придирчиво сопоставил действующее цивилистическое право с римскими находками и откровениями А.А. Грось: он нашёл много изъянов – слабое закрепление *aequitas* в законодательстве и страх перед позитивным правом со стороны судебного корпуса; «осколочное» закрепление в ГК РФ важнейшего института «*possession*»; неудачное решение проблемы давности². Методом исторической компаративистики пользуются и другие исследователи³.

Если национально-правовая самодостаточность каждой страны сегодня испытывает мощное интеграционное давление, если Европа приняла континентальную Конституцию, то сравнительное правоведение выглядит незаменимым методологическим фундаментом таких изменений, а юридическое наследие давно почившего Римского государства служит самым нейтральным средством примирения идеи национального суверенитета с принципом превосходства международного права. Мы отнюдь не надеемся использованием метода исторического компаративизма изготовить для России «*usus modernus pandectarum*»; достаточно лишь раздвинуть привычный горизонт научного видения, освободиться от старых и новых политических иллюзий, понять, что поиск справедливости в праве насколько благороден, настолько и вечен.

Безусловно, Риму было *что* передавать, и он имел право наследодателя. Говоря современным языком, он олицетворял геополитический центр античной эпохи и даже больше – служил в то время синонимом всего культурного мира. Завоевательные войны и круговорот народов, постоянное приращение территорий и последующее давление на существовавшие до того национальные перегородки, внеэкономическое увеличение внутреннего богатства и попытки его производительного использования – всё это множило

¹ См. рецензию Н.Ю. Ерпыловой в журнале «Государство и право» (1999. № 11. – С. 124-125) на книгу: W.E. Butler. Russian Law. – New-York: Oxford University Press, 1999 – 692 p.

² «Идеальным (и соответствующим римскому частноправовому варианту) было бы совпадение в исчислении сроков обеих давностей: исковой и приобретательной». И далее: «мы получаем двоих «страждущих» субъектов: невладельца собственника, наделённого «голым» правом, лишённым исковой защиты, и фактического владельца, который в будущем (возможно) превратится в субъекта вещного права. Какова ценность такого результата правового регулирования?!». – Грось А.А. Защита гражданских прав: сравнительный анализ институтов римского частного права и действующего гражданского и гражданского процессуального права // Правоведение. 1999. № 4. – С. 97-115.

³ См.: Андропова М.В. К истории Кормчей в соединении с Мерилон Праведным в XV веке (Погодинская редакция) // Византиноруссика. 1994. № 1. – С. 98-113; Пиния А.Г. Ответственность за совместную преступную деятельность по римскому и западноевропейскому раннефеодальному праву // Правоведение. 1990. № 6.

проблемы государственного управления и права. К традиционному национальному сплаву (*mos, fas, jus civile*) усилиями судов и магистратов ладилось мощное прибавление – *jus honorarium*. В тиглях римской юриспруденции образовался сухой остаток, именуемый *jus gentium*. Формально свидетельство о его рождении содержится в эдикте императора Каракаллы от 212 г. н.э. о распространении римского гражданства на всех жителей империи. Но, как правильно отмечал И.А. Покровский, этот нормативный акт «уже ничего не решал: *jus gentium*... прижилось на римской почве»¹.

Последующие века аппенинский продукт проходит жизненную обкатку. Итог экспертизы оказался блистательным: вечное (по Цицерону) право Рима было награждено ещё одним благозвучным эпитетом – естественное право (*jus naturale*). Итак, могущество Рима и наличие передовой системы права создали объективную возможность внешних юридических заимствований, обеспечили возврат к римскому праву даже после разрушения римской государственности.

А способствовали этому сразу несколько обстоятельств: а) в первых, сами завоеватели весьма снисходительно отнеслись к правовым чувствам бывших римлян и предоставили им возможность выбора между старым законодательством и нормами германского права (так называемый «принцип личного подчинения праву»). Вот как живописали об этом романисты прошлого: «когда Римское государство пало в борьбе с германскими народами, с ним легко могло погибнуть и римское право. Так и было в Германии и Англии, где римское право исчезло вместе с римской народностью и культурой. Но не то имело место в Италии, Франции и Испании; здесь всё романизированное население, конечно, не могло быть ни уничтожено, ни изгнано, ни даже только подавлено. Завоеватели довольствовались лишь приобретением верховной власти и части территории, оставляя римскому населению, преимущественно в городах, его прежнее положение и его прежнее право»²; б) во вторых, охранял право умершего государства и традиционализм церкви, которая в окружении безбожников продолжала управлять паствой и культовыми учреждениями, рядить и мирить спорщиков с помощью старого нормативного наследия – *ecclesia vivit lege romana*; в) в-третьих, вечная тяга самооболащивания, жажды титулов и наград³, которая увеличивается благодаря близости к престолу. Германские вожди, увидев и осознав размеры богатства и истинного величия покорённых народов, стали называть себя преемниками прошлого, объявили о создании Священной Римской империи. Прошлое, сохранившееся право, тем самым, получало индульгенцию на жизнь; г) в-четвёртых, интеллектуальная

² Покровский И.А. История римского права. Изд-е 4-е. – Пг.: Издание юрид. кн. склада «Право», 1918. – С. 98.

¹ Брунс К.Г., Лелел О. Внешняя история римского права / Перев. с нем. – М.: Унив. тип., Страстной бульвар, 1904. – С. 167.

² Знаменитый историк именовал эти человеческие слабости «внешним блеском, похожим на добродетель». – Тацит («Анналы»).

почва для возрождения римского права уснащалась и учёными раннефеодальной Европы. Это их подвижничество и азарт вызвали отыскать в археологической пыли останки некогда великой культуры, осмыслить их реальную цену и возможность повторного использования, разбудить интерес современников к внешне казавшимся ничёнными архивам. Первый всплеск ностальгии случился в начале XII века; вокруг преподавателя Болонского университета Ирнерия образовался кружок единомышленников, прозванных глоссаторами (*glossatores* – толкователи). Их объединило стремление к изучению правовых источников римской эпохи. Научные страсти вылились в следующие формы: обозрение общего характера, своеобразные вступления к законам (*summae*) и объяснения отдельных норм (*brocarda*). При этом научный комментарий записывался на полях первоисточника (*marginale*) либо, если позволяло место, между строками (*interlineae*). Длительная натужная работа скоро достигла предела насыщения.

Со второй половины XII века на арену вступают постглоссаторы или комментаторы. Содержание научных работ по возрождению римского права меняется: в центре внимания оказываются не источники права, а труды предшественников (*glossarum glossas scribunt*); предпринимаются попытки обобщений, выработки правовых категорий, чего прежде чурались. Наибольший успех выпал на долю Accursius (1182-1260), который составил полный комментарий к Юстиниановскому своду по материалам глоссаторских упражнений Болонской школы. Его труд получил название «*glossa ordinatoria*» и всеобщее признание. Дело доходило до того, что «все те места, которые в нём не были комментированы, не получали применения... Отсюда произошла пословица с характером юридического правила: неглоссированное право не должно быть применяемо (*quod non agnoscit glossa, non agnoscit curia*)»¹.

Со временем, однако, чисто юридический подход к римскому наследию исчерпал себя и даже стал надоедать: «В связи с тем, что комментаторы взяли за основу схоластику, очень скоро в обществе юристов стали ненавидеть, как крючкотворов, софистов и обманщиков, прячущихся за судейский субъективизм и громкие фразы о *ius naturale* и *aequitas*»². Интерес был восстановлен только через несколько веков усилиями историков права: Куяция (Jacobus Cuiacius), жившего и творившего в 1522-1590 гг. во Франции – швейцарца Готфрида (Jacobus Gohtfredus, 1587-1622) – профессора Майнцского университета Густава Гуго (1764-1844) – и его преемника, знаменитого профессора Берлинского университета Карла Фридриха фон Савиньи – а позже Иеринга с книгой «Дух римского права». Свою лепту в возрождение римского права внесли гуманисты и просветители всех мастей, задыхавшиеся в тисках инквизиционных и феодальных вообще порядков, а также адепты естественно-правовой школы (Гроций, Гоббс, Гельвеций, Локк, Руссо, Монтескье и пр.).

Лишь на этой интеллектуально-просветительской подкладке

¹ Брунс К.Г., Ленел О., цит. соч., С. 178.

² Покровский И.А., цит. соч., С. 199.

могло случиться массовое возвращение к истокам римской юридической культуры. Но, что важнее и первичнее, – при наличии соответствующих социально-экономических причин, вызревания исторических условий и субъективных предпосылок. Всё это счастливо сошлось в один узел в феодальной Европе XV-XVII веков. Старинное римское право в наилучшей мере способствовало развитию товарообмена и производства, объективно противостояло феодальной раздробленности и юридическому беспределу, давало королям готовый инструмент для установления режима абсолютной власти, из-за своей письменной формы выигрышно смотрелось в сравнении с обычаями кельтов и галлов. Наконец, и это обстоятельство признаётся всеми, древние средиземноморские порядки на голову превосходили (позднейшие) юридические правила средневековой Европы; разрыв был настолько зрим, что изумлённые европейцы прозвали импортированный из архивов продукт *писаным разумом* (scripta ratio).

Разумеется, объёмы заимствования отдельных отраслей римского права были различными: зависели от востребованности, а ещё больше – от уровня их первоначальной разработки на Апеннинах. Само собой, уголовному закону принадлежит здесь не первая роль. Вообще существует какой-то непознанный патриотизм и исключительная национальная нетерпимость к внешнему вмешательству в карательные вопросы. Международная унификация проникает в эту область государственного управления в последнюю очередь и с большим трудом, оставляя профессионалам и любителям только возможности для сравнений.

Сопоставление уголовного права древнеримской эпохи и современной России, на наш взгляд, будет иметь практический смысл и ценность лишь при условии предварительных договорённостей по ряду принципиальных вопросов. *Во-первых*, последовательность комментариев либо сравнений старых и современных нормативов по борьбе с преступностью должна быть привязана к *нынешней* структуре уголовного закона (Общая – Особенная части, закон – преступление – наказание – форс-мажорные обстоятельства): она жёстче и убедительнее. К тому же системно-структурные представления о праве в Древнем Риме ещё только закладывались, были далеки от совершенства: «несмотря на все попытки восстановления (утраченную – А.Б.) систему законов XII таблиц, – отмечал проф. Дорн, – Пухта выставляет против этого серьёзное возражение. Он говорит, что нельзя было ожидать никакой систематизации законов XII таблиц, т.к. они составлены были в очень древнее время, когда о системе не могло быть и речи»¹.

Практическая нужда, потребность в единообразном правовом регулировании жизни, обвенчанная с самомнением окрепнувшей власти, дирижирует процессом кристаллизации пока только принципов, максим и презумпций. Было время, когда рыхлому закону позволялось идти рядом с неокрепшей системной мыслью рядом, раздельно. Но, росли размеры юридического оборота, и научные достижения были призваны для уточнения и структуры са-

¹ Римское право: Лекции проф. *Дорна*. Курс III, 1889-1890. – СПб.: 1890. – С. 317.

мого закона, и его содержания. Наступил звёздный час: «развитая юриспруденция задаётся... целью приведения в научную систему. Такая система делает весь материал существующих норм легко обозримым и легко усвояемым, помогает раскрывать недостатки и пробелы действующего права»¹.

Конечно, современная жизнь и её аскетичный слепок – уголовный закон, а также юридическая практика и доктрина далеко ушли вперёд. Но древнелатинских правил достаёт и по сей день практически на всё: происхождение, смысл и назначение уголовного закона, а также его толкование; принципы уголовного права; преступление и его важнейшие компоненты (элементы и признаки состава); стадии и соучастие в преступлении; обстоятельства, исключающие преступность деяния; учение о наказании и проч. Значительно больший разрыв очевиден лишь по линии уголовной ответственности за конкретные преступления. Посему мы уйдём от анализа частных указаний, откажемся от сопоставлений старых и новых правил, которые, в современном понимании, образуют Особенную часть УК. Они войдут, по возможности, в водоворот обсуждения, но только в том случае, если выводят нас на большую дорогу, к положениям Общей части уголовного права (к примеру, древнеримские взгляды о завершенности отдельных преступлений истолковываются нами как предтеча учения о стадиях совершения преступлений и классификации составов по степени выполнения объективной стороны, а вопросы сравнительной опасности открытого и тайного посягательства – переводятся в плоскость объективной стороны, способа совершения преступления).

Во-вторых, путь от грубых квирических порядков в криминальной области к современным нормативам по борьбе с преступностью нужно рассматривать как глобальный нескончаемый процесс дифференциации преступного поведения. Столетия и тысячелетия юридической практики (чему ярким свидетельством служит эпоха римской государственности) отбирают в огромнейшей массе конфликтов и дел всё новые объективные и субъективные признаки, которые используются для постепенного уточнения стандартов криминальных запретов. Вектор движения известен – далекий, неугасимый, с приближением только ускользающий идеал, именуемый справедливостью, и его частное звучание – индивидуализация наказания. На пути к цели чередуются блестящие рыбки и периоды отчаяния, позже нарекаемые застоём. Творцы криминальных правил Рима ищут гармонию; ставят то на единство закона, то на предусмотрительность и порядочность приближённых к жизни магистратов (юристов, практиков). Свою «священную корову» (*aequitas*) они сдают, следовательно и попеременно, в аренду законодателю либо преторам, позже – знатым юристам, наконец и навсегда, – императору. Эти сизифовы старания древних имеют продолжение и поныне. Попытки преодоления имманентной несправедливости права (в то же время «нужной» для достижения идеи равенства), а именно – общеобязательности, нормативности, неперсонифицированности, формальной неопределённости, –

¹ Проф. Хвостов В.М. История римского права. – М.: Московское научное изд-во, 1919. – С. 68.

сформировали даже две базовые ветви мировой правовой культуры. Континентальная Европа, за исключением Великобритании, нашла выход в детальных письменных распоряжениях центральной власти – законах и исключениях из них. Англосаксы же находят удовлетворение в породистом судопроизводстве, в блеске юридических состязаний, где правда и справедливость куются самими конфликтующими сторонами, при минимальной опоре на некие общие правила.

В-третьих, искания и метания юридической мысли римлян запечатлены в своде сентенций, пробившихся к нам через толщу столетий и событий. Пытливый читатель заметит в них противоречия. Противоречия в расхваленном, обласканном потомками, совершенном римском праве?! Но это же – хорошо. Ведь востребуется анализ социальных и политических условий, последовательно заказавших противные друг другу регламенты: «как на сцене, каждый фактор правообразования выступает в ряду с другими или сменяя их, в своей собственной и оригинальной форме. Элемент национальный представлен в толкованиях XII таблиц жрецами, универсальный – в образовании *jus gentium*, политический – в собственно народном законодательстве, чисто-юридический элемент полезности и справедливости – в преторских эдиктах, логический – в зарождающейся науке»¹.

А отсюда рукой подать до последующих высоконравственных обозрений: трактатов Беккариа и Монтескье, «*обоснования права наказывать*» в русской и европейской доктрине XIX века, современных «*критериев криминализации и пенализации общественно опасных деяний*». Смена вех в римском уголовном праве генерировала все колебания жизни великого народа: в них можно видеть отзвуки противостояния плебса и патрициев, завоевательные импульсы когорты всадников и примиряющую роль торговли, гордый дух первых римских племён и давление на метрополию завоёванных провинций... Но, главное, увидеть социальную, классовую, экономическую составляющие всех обновлений. Пусть это будет самостоятельной хлопотой читателя. Мы намеренно устранимся от толкования части наиболее одиозных (с точки зрения современных права, политики и народных представлений) рецептов. В энциклопедических трудах противоречия и прочие логические неприемлемости принято списывать на ничтожество константинопольской элиты, на упадок нравов и знаний в византийскую эпоху. Так поступает, к примеру, чешский романист Милан Бартошек. В предисловии к его книге проф. З.М. Черниловский замечает: «когда же читатель натолкнётся на неприемлемый тезис, что «злой умысел можно доказать и с помощью предположений», должно видеть знак (+), указывающий на то, что сказанное утверждение принадлежит к послеюстиниановскому праву»². Мы не будем делать этого – узнавайте авторство и потворствующие причины уголовно-правового рецепта самостоятельно.

¹ Брунс К.Г., Ленел О., цит. соч., С. 46.

² М. Бартошек. Римское право: (Понятия, термины, определения). – М.: Юрид. литература, 1989. – С. 13.

В-четвёртых, для сопоставлений следует выбирать самое главное в предписаниях по борьбе с преступностью, то, что составляет «дух права» (Иеринг), его максимы. Они – безоговорочно реализуемые принципы, мысли к действию, собственно поведенческие правила. *Maxime ita dicta quia maxima est ejus dignitas et certissima auctoritas, atque quod maxime omnibus probetur* – максима потому так именуется, что её достоинство есть величайшее и её авторитет самый бесспорный, и потому, что она наиболее одобряется всеми. Здесь нет сомнений в правильности, нет нужды в поправочных коэффициентах и рассуждениях, упор делается на поведенческую, а не на мировоззренческую сторону. Столь же важны презумпции или правила, которые могут иметь изъяны в отдельных ситуациях¹. Наконец, в разряд сентенций попадают меткие, афористичные и привлекательные суждения (сентенции) юристов и прочих авторитетов той далёкой поры: в них адсорбированы закон и правоприменительный опыт прошлого, они дополнительно свидетельствуют о юридических правилах Древнего Рима. Нужно исходить из того, что синтез всех видов принципиальных установок (максимы + презумпции + сентенции) благотворно повлияет на осмысление правовой истории и нынешнего российского законодательства. Будем помнить и о том, что различная юридическая сила разных древнелатинских правил в те времена только нащупывалась, не была столь очевидной, как кажется современникам.

В-пятых, важнейшее одухотворяющее начало римской юриспруденции, о содержании которого спорят и поныне, – *aequitas*, справедливость. Предваряя подробный анализ многочисленных суждений и законоположений на сей счёт, ограничимся здесь показом лишь нескольких граней проблемы. Возникновение и устойчивое культивирование феномена *aequitas* можно объяснить минимум двумя причинами: а) в докодификационный период ставка на трудноуловимую справедливость служит лоцманом в ширящемся море законоположений; б) *aequitas* – наиболее эластичный мостик от квинтского, узконационального права к *jus gentium*; мостик, не ущемляющий суверенитета великого Рима и обычаи предков.

Приверженность юристов классической эпохи справедливому и доброму приводит их к важнейшей интерпретационной установке: «*summa jus*, т.е. точное следование букве без учета истинной воли законодателя и принципиальных положений данной системы права вообще (другими словами, всего того, что может быть названо «духом закона»), есть *summa injuria* – величайшая несправедливость. Легко видеть, что и этот вопрос принадлежит к числу тех, которые, быть может, навеки останутся в числе обсуждаемых»². Действительно, здесь затрагивается вечная и болезненная грань

³ «Это обобщения не достоверные, а вероятные. Однако степень их вероятности очень велика и основывается она на связи между предметами и явлениями объективного мира и повторяемости повседневных жизненных процессов». – *Бабаев В.К.* Правовая система общества // Общая теория права: Курс лекций. Часть I. – Нижний Новгород: НГВШ МВД РФ, 1993. – С. 102.

¹ *М. Бартошек, цит. соч.*, С. 11.

карательной практики государства. Что важнее – данные о деянии либо деятеле? Справедливость кроется в равенстве единых законодательных требований или индивидуальном подходе правоприменителей? Нравственен ли изначально закон, сотканный про всё и на всякого, а может его общественная приемлемость зависит от частных приговоров? Откликаясь на череду подобных вопросов, Г.Ф. Шершеневич утверждал, что «справедливости должна лежать в основе законодательной, а не судебной или административной деятельности»¹. Не правда ли, сомнительное утверждение?

А вот и современная отрыжка. Известно, что вопрос о целях карательной практики – сфера обнажённого государственного интереса, политических пристрастий, результатов предыдущей правоохранительной деятельности. От этого не уйти. Значит, законотворческое прилежание по данному вопросу заслуженно ожидается высоким, согласование отраслевых принципов и указаний безукоризненным. Однако обозначенная в Уголовном кодексе РФ первой цель восстановления социальной справедливости (ст. 43) в Уголовно-исполнительном кодексе даже не упоминается. Нет ли в этом откровенного намёка, что справедливость исчерпывается деятельностью Фемиды, а Немезида призвана карать, не соображая свой пыл с мнением окружающих, да и самого осужденного? Неужели справедливость завершается постановлением обвинительного приговора, а все последующие уголовно-исполнительные усилия несправедливы?² Как видим, вечный спор продолжается.

В-шестых, давно замечено, что римские юристы не прельщались историческим опытом и высоким теоретизированием. Их талант отдан точным, чувствительным рецептам для живой действительности, для той современности. «Главное достоинство римской юриспруденции, – писал почти столетие назад И.А. Покровский, – заключается в тонкой разработке практической стороны права, и в этом отношении она дала блестящие образцы юридического анализа, обнаружила тонкое понимание практических потребностей гражданского оборота... Но их мало интересовала история права: их исторические сообщения случайны и отрывочны. Их мало интересовала также теория права; лишь изредка они пытаются дать известному положению то или иное философское обоснование, причём далеко не всегда такое обоснование бывает удачным»³.

Как следствие, их формализованные рецепты лишены длинот, а, напротив, характеризуются лаконизмом, доходящим до афористичности. Тут ли не простор для опытов с *aequitas*, для шлифовки судебного красноречия, для продолжения научного поиска... Руководствуясь этой свободой, мы позволим себе некоторый отход от дословного, давно канонизированного перевода текстов и сентенций. Тем паче, что предыдущее толмачество не принадлежало представителям уголовного права; за отбором и

² Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. – М.: 1912. – С. 713.

¹ См. подробнее об этом наше: *Бойко А.И.* Проблемы сочетания и согласования уголовного и уголовно-исполнительного законодательства // Новый Уголовный кодекс РФ: проблемы борьбы с преступностью. – Ростов н/Д: РВШ МВД РФ, 1997. – С. 124-130.

³ Проф. И.А. Покровский. История римского права, С. 155.

переводом древнеримских презумпций и максимум почти наверняка скрывается цивилист либо историк. За что, конечно, они заслуживают всяческой благодарности.

В-седьмых, при диахроническом сравнении двух правовых систем нужно помнить, что Россия когда-то рецепировала не римское, а греко-римское право. Причина в том, что к моменту образования государственности у восточных славян классическое римское право открыто циркулировало только в Восточной части бывшей империи, да и то в византийской (греческой) упаковке. При этом византийское законодательство пришло завоёвывать Русь не в одиночку, а в компании с религией; переводилось и пропагандировалось по преимуществу служителями культа. Это – факт: «влияние Юстинианова Корпуса на светское право европейских стран, включая и Россию, – это общепризнанное капитальное обстоятельство в истории права. Для русского права чрезвычайно характерно, что проводником этого влияния была почти исключительно Церковь»¹.

Длительности и устойчивости византийского влияния способствовало и особое место церкви в русском обществе. Благодаря принципу симфонии она входила в качестве самостоятельного естественного элемента в государственный механизм России и принимала самое деятельное участие в регулировании человеческих страстей и дел. Ассимиляция зарубежного (римского) права (в силу исторических причин в греко-византийской упаковке и под влиянием канонической апологетики), непосредственные контакты русичей с Константинополем значили для славянских племён многое. «Принадлежность Руси к Христианской цивилизации и восточному её объединению под эгидой Константинополя преодолевала замкнутость восточнославянского феодального мира, делала древнерусское общество открытым для использования культурных достижений других стран и передачи собственных достижений за рубеж»².

Конечно, настоящей (массовой и повсеместной, одномоментной) рецепции греко-римского права на восточно-славянских землях не было. Можно говорить лишь о частичных заимствованиях, отдельных удачных попытках, полезном узнавании чужого опыта, запитывании духом исконно римского права, сохранившегося в восточной части империи. Только не нужны крайности; слишком смело утверждать, будто «в России действующее право никогда не основывалось на римском праве в отличие от некоторых других стран Восточной Европы»³.

Справедливость требует признать одно важное обстоятельство: если нормативные заимствования производились с Юга, то настоящая правовая наука как система взглядов и представлений открылась нашим пращурам на Западе с началом петровских реформ: «после Петра I римское право и выросшая на его почве наука на-

³ *Цыпин В.А.* 123-я новелла императора Юстиниана в ныне действующем церковном праве // Древнее право. 1998. № 1 (3). – С. 120.

¹ *Щанов Я.Н.* Государство и Церковь Древней Руси X-XIII вв. – М.: Наука, 1989. – С. 171.

² *Алексеева Т.А.* О преподавании римского права на юридическом факультете, С. 246.

чинает влиять на Россию иным путём – с Запада Европы... Что же касается нашей юридической науки, то она целиком пересажена к нам с Запада и потому в той же мере обязана своим методом и выводами римским юристам, в какой им обязана наука западно-европейская»¹.

И последнее общее соображение, предвещающее непосредственное сопоставление нормативов и идей по борьбе с преступностью современной России и Древнего Рима. То, что юридической автокефальности на заре нашей государственности не случилось, есть благо для будущих поколений. Предки избрали и заложили на наших землях русифицированный византийский вариант римского права, и он долго работал, медленно формируя в числе прочего менталитет россиян, нашу общую правовую культуру. В её основе – щадящий компромисс между объективным и субъективным правом, приоритет общинного (общественного) интереса перед личным, терпимость к нищим, убогим и приговорённым. Реформаторское же руководство России, особенно 90-х годов прошлого века, ориентировалось почти исключительно на Запад, проповедовало персоноцентризм, под эгидой критики прошлого подразумевало даже нашу юридическую отсталость. «Между тезис о правовой отсталости России, обусловленный культурно-историческими особенностями её развития, основан, скорее, не на фактах и опыте непредвзятого культурно-правового анализа, а на искушении... Говорить о некоторой правовой отсталости нашего Отечества – значит, забывать о Соборном Уложении 1649 г. (которое с точки зрения юридической техники и систематизации нормативного материала «не имело себе равных в современной ему европейской практике») и о Русской Правде, преимуществе которой перед германскими и скандинавскими «варварскими законами» отмечают авторитетные западные исследователи»².

После столь пространных предисловий о важности объединения исторического и сравнительного приёмов и о полезности обращения современных криминалистов к античному наследию, приступим к его анализу в надежде найти тот рентгеновский луч, с помощью которого нужно заглянуть в духовные закрома собственного народа и попытаться оценить состоятельность действующего уголовного закона. С данного фрагмента и стартуем.

1. Учение об уголовном законе, пожалуй, начинается с вопроса о его происхождении. Для древних римлян с их первичными уголовно-правовыми установками данный вопрос – не праздный, и даже не из отдалённой области – теоретической либо исторической. Они творили положительное право, что называется, с листа. Государственное вмешательство в людские дела, необходимость существования публичных правил римляне оправдывали 3-мя обстоятельствами: договорённостью, необходимостью либо обычаем (*omne jus aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo*). Очевидно, что первый ингредиент адресуется гражданскому праву, а два других – более расположены к уголовному. Латин-

³ Проф. Хвостов В.М. История римского права, С. 441.

¹ Кулыгин В.В. От Пути Права к Русской Правде // Правоведение. 1999. № 4. – С. 12.

ны вынуждены были с почтением относиться к наставлениям своих пращуров, ведь догосударственный период развития был ещё столь близок. Отсюда вполне понятны те установки, что укоренившийся обычай замещает закон и зовётся обычным правом (*inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur et hoc est quod dicitur moribus constitutum* – Jul. D.1,3,32,1); что обычай есть лучший толкователь закона (*optima est legum interpres consuetudo* – Paul. D.1,3,37). Благоговение перед установками, сформированными общиной самостоятельно, без участия государственных органов, были вознесены на уровень принципов или истины, не подлежащих обсуждению или сомнению. *Non omnium quae a majoribus constituta sunt ratio reddit potest* (невозможно привести основания всех норм, установленных предками – Jul. D.1,3,20).

А что сегодня? Если не принимать в расчёт хлесткие сарказмы типа того, что обычай – опора глупости (Поль Декурсель), можно утверждать, что современное уголовное право покоится на нескольких устоях: а) на народных взглядах или обыкновениях, именуемых обычным правом, постепенно теряющих прямое регулирующее влияние, но сохраняющих значение живучего оппонента в пословицах, обрядах, эстетических приёмах разрешения межличностных конфликтов; б) на доктрине естественного права, этой нравственно-исторической вытяжке, противопоставляемой обыкновению государственному произволу под эгидой международных правовых ценностей; в) на законодательстве, называемом положительным правом, где предписания и запреты официальной власти выражены в систематизированном и полном виде; г) на праве юристов, то есть находках и ошибках практики, изложенных в трактатах по проблемам уголовного права. Здесь найдётся место и для древнеатинских правил.

Включим в этот пантеон и ещё два кита – религиозные и нравственные установки. Они представляют собой наиболее древние хранилища человеческого опыта, а в них – назидания и гротескные примеры, крылатые фразы и многозначительные недомолвки, похожие перечни пороков и добродетелей. Правда, у религии есть штатные поводыри, а нравственность продирается через суету и искушения жизни самостоятельно.

Так есть ли *будущее*, или хотя бы *настоящее*, у обычаев в рамках современного уголовного права? Для подготовки ответа разумно вспомнить о том, что есть сей народный продукт. В любом учебнике обычай трактуется как стереотипный способ поведения, который является привычным для членов социальной группы¹; «обычай есть сопутствующий развитию человечества от его древнего состояния до современности социальный институт, выполняющий регулятивные функции в человеческих сообществах и группах в целях упорядочения отношений между людьми»². Добавим ещё, что обычай суть обрядная добродетель, прикладная этика, союз житейской совести, красоты и процедур взаимодействия лю-

¹ Советский энциклопедический словарь. – М., 1984. – С. 911.

² Мальцев Г.В. Очерк теории обычая и обычного права // Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики. – Ростов н/Д: Изд-во СКАГС, 1999. – С. 7.

дей. Обычаи куются этносом медленно, но живут долго, при разных социально-экономических укладах. В них концентрируются празнания предков; они свободны от сухо-приказательных интонаций, имеют доправовое нравственно-поучительное звучание.

В реформируемой России стоит вспомнить о назиданиях римлян касательно важного статуса народных правил, ибо привычное соотношение различных компонентов правообразования меняется. Народные правила замирения виновной и потерпевшей сторон снова нужны. 70 лет принудительного атеизма сильно обескровили возможности конфессий, уронили регулирующее влияние религии на население России. Крылатые латинские выражения о праве, законности и государственных порядках вообще по большей мере доступны знанию и пониманию только узкого сословия юристов. Прежняя коммунальная нравственность граждан сильно корежится под давлением новых экономических порядков; частнособственнический вирус разрушает коллективистскую мораль. Практически этизация карательной деятельности бывших социалистических государств идёт через так называемые общечеловеческие ценности. Плохо, что они диктуются большинству жителей Земли странами пояса потребления. В силу этого можно прогнозировать трудную судьбу духовных и правовых ценностей, поставляемых из-за океана. Что же тогда? Вероятно, должна возрасти роль обрядов, традиций, обыкновений, других этнических инстинктов самосохранения.

В эпоху перемен, когда возбуждаются нравственные искания, без возрастающей, а иногда и показной опоры на обычаи и традиции народа (хотя бы из необходимости борьбы с политическими противниками) власти не обойтись. Приходится поступаться малым, чтобы не лишиться всего – приоритета публичности в криминальной области. Первый немецкий философ, сапожник Якоб Бёме, положивший начало диалектике ещё до Гегеля, в XVI веке писал: «повсюду одно противоречит другому не для вражды, но для того, чтобы самому за счёт этого быть и открываться»¹. Нужда в учёте местных этнических порядков тем выше, чем больше наций и народностей населяют государство, если предпочитают они для себя т.н. традиционный тип общества. К примеру, А.М. Цалиев относит республики Северного Кавказа к регионам с традиционным типом общества, где в социально-бытовой сфере в значительной мере сохранились механизмы социальной саморегуляции, а среди них главные – обычаи и традиции².

Одно очевидно: и давно открытые азы уголовно-правового регулирования, и свежие законодательные интервенции образуются под действием нескольких факторов, а не одной, открытой властью, необходимости (по Диогену – городской прихоти). Государственная идеология в эпоху перемен не в состоянии дать ответы на все вопросы, в силу чего стремительно теряет доверие

¹ Энциклопедия символов. – М.: Изд-во КРОН-ПРЕСС, 1995. – С. 452.

² Цалиев А.М. Криминологические проблемы корыстно-насильственных преступлений в республиках Северного Кавказа: Автореферат дисс. докт. юрид. наук. – СПб., 1993. – С. 7, 13, 14.

основной части населения, именуемой обывателями. Привычный режим прежней жизни для них – уже опробованное благо, новый же пугает вероятностью личной непригодности. Выход для государства, как и советовали римляне, состоит в поиске самого выигрышного сочетания объективных и субъективных критериев уголовного правотворчества, в оптимальном согласовании публичного начала и народных предпочтений. Здесь как раз и должно проявляться искусство политики. Должна прийти мысль о важности расширения социальной базы власти, о постепенном возрождении этнических регуляторов и обычаев.

Находясь у подножия своего уголовно-правового Везувия, волею Провидения попавшие в число первопроходцев, римляне вынуждены были формировать общие криминальные правила и страховочные добавления к ним, что называется, «с листа». От всего произведённого ими вследствие этого веет первозданной чистотой; ими заявлены были и такие фрагменты, которые современная спешивая мысль не достаивает внимания, полагая их естественным делом, не достойным обсуждения либо даже упоминания. А мы напомним их:

а) *vix ulla lex fieri potest quae omnibus commoda sit, sed si majori parti prospiciat, utilis est* (едва ли может быть создан закон, удобный для каждого, но если он хорош для большинства, он полезен). Хорошее напоминание инициаторам шоковых приёмов управления и адептам западного персонцентризма – «золотой век» рыночного хозяйствования на рабовладельческий лад, век частнособственнического экстаза помнил, оказывается, об интересах большинства населения. Эти мысли предвосхищают хлёсткие суждения последующих эпох об имманентной несправедливости права как равной меры к неравным людям и обстоятельствам (Ф. Энгельс), гасят нравственный пессимизм здоровым прагматизмом. Нам указывается наиболее подходящий путь правотворчества, в том числе уголовного;

б) главное назначение уголовного законодательства латиняне видели в сохранении гражданского мира, не исключая и принудительный вариант направления социальной энергии людей в полезное русло, в ограждении беззащитных персон от агрессии соседей. Ведь законы были созданы для того, чтобы более сильный не стал всемогущим (*inde datae leges ne fortior omnia posset*). Для этого законы наделяют власть полномочиями повелевать, запрещать, разрешать, наказывать (*Legis virtus haec est imperare vetare permittere punire – Mod. D.1,3,7*). В чреве юридической цивилизации тем самым задаётся тон будущим классификациям правовых норм и формам реализации права;

в) римляне очень рано отказались от обычая кровной мести, уяснили для себя на горьком опыте, что этот способ регулирования страстей – дорога в никуда, средство натурального самоуничтожения общины. Административные органы перехватывают инициативу у частного, обещают ему в обмен на общее повинование защиту в любом случае, если даже пострадавший милостиво сдался агрессору. *Ab assuetis non fit injuria* – нарушение юридического права не перестаёт быть им ввиду отсутствия сопротивления. Из этого же ряда великая мысль о зависимости коллективного по-

коя и порядка от общих нормативов; отдельные личности, даже обременённые огромным доверием населения, единолично карать не должны, их индивидуальная шкала правды очень скоро будет оспорена и обругана, и в стране воцарится хаос. Уверенность в спасительном предназначении именно общих правил была настолько велика, что в народном и юридическом сознании родилась горделивая поговорка: *prius vitiis laboravimus, nunc legibus* – раньше мы были обременены пороками, теперь законами. Гласная и постоянная система управления, построенная на чётких началах, должна заменить неосновательные надежды на личность: вождя, цезаря, императора, магистрата. Ведь закон решает более справедливо, чем человек (*aequior est dispositio legis quam hominis*); а распоряжение, осуществляемое законом, сильнее и справедливее (и могущественнее), чем осуществляемое человеком (*fortior et equior (et potentior) est dispositio legis quam hominis*); да и охрана, предоставляемая законом, сильнее, чем предоставляемая человеком (*fortior est custodia legis quam hominis*). Тогда понятно и другое правило древних: правовые предписания устанавливаются не для отдельных лиц, но имеют общее значение. – *Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur* (Ulp. D. 1,3,8). Эта Ульпианова сентенция верно формулирует один из признаков права вообще (неперсонифицированность), а также указывает магистральный канал развития уголовного законодательства;

г) юридический Рим руководствовался весьма простой заповедью в части содержания законов – предписания права суть следующие: жить честно, не чинить вреда другому, предоставлять каждому то, что ему принадлежит (*Praecepta juris sunt haec honeste vivere alterum non laedere suum cuique tribuere* – Ulp. D. 1,1,10,1). Любители нравственных исканий и знатоки морали могут увидеть в этой сугубо правовой заповеди проблески так называемого «золотого правила нравственности».

Это вполне объяснимо. «При переходе от родового строя к классовой цивилизации осуществляется исторический переход от коллективной ответственности рода к индивидуальной ответственности отдельного человека, в связи с чем меняются формы социального регулирования. Именно в эту переломную эпоху, приблизительно в середине I тысячелетия до н.э. в разных концах мира, в разных культурных регионах формируются идеи гуманности, любви к людям. Одним из первых конкретных воплощений стало золотое правило нравственности»¹. Тем самым римское законодательство закрепляло итоги духовного развития человечества, сохраняло базовые заповеди мира («Махабхарата» V века до н.э., учение Конфуция IV-V вв. до н.э., наставления Питтака и Фалеса VII-VI вв. до н.э., учения Будды VI-V вв. до н.э., Библия и пр.), очеловечивало жизнь собственного народа и пролагало дорогу для нравственных исканий на эту тему Сенеке, Августина, Гоббсу, Локку²...

¹ Лики морали. Введение в этику: Учебно-научное пособие / Под ред. ВЛ. Обухова. – СПб., 1996. – С. 66.

² См. об этом: Гусейнов А. Золотое правило нравственности. – М., 1988. – С. 113-117.

На этой простейшей этико-правовой основе формировались и другие, столь же понятные предписания, уже в области уголовного права: 1. Лучше оставить преступление безнаказанным, чем осудить невиновного (*Satius esse impunitum reliqui facinus nocentis quam innocentem damnari* – Traianus у Ulp. D. 48,19,5 pr.); 2. Никто не может улучшать своего положения путём правонарушения/преступления (*Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest* – Ulp. D.50, 17,134,1); 3. Преступления нельзя оставлять безнаказанными (*Neque impunita maleficia esse oporteat* – Jul. D.9,2,5,1,2); 4. Наказуемы действия, речи, писания, советы (*Aut facta puniuntur aut dicta aut scripta aut consilia* – Claud. Sat. D.48, 19,16 pr.);

д) переход от общинной саморегуляции к внешним правилам жизни был сложным и противоречивым, иногда жестоким. Не трудно предположить, что адепты нового строя искали наиболее эластичные объяснения переменам, удовлетворяющие возбужденную толпу. Именно умиротворяющую нагрузку в первую очередь нужно видеть в сентенции о том, что законы естественны, как сама жизнь, подстраиваются под неё, не содержат ничего несусветного: «*ad impossibilia lex non cogit*» – закон не требует невозможного, либо «*lex neminem cogit ad impossibilia*» – закон ни от кого не требует невозможного. От себя добавим, что в уголовном праве этот тезис тем более корректен и реализуем, поскольку речь идет о простом – запретах, а не предписании действовать по определенным, возможно, очень сложным правилам. Воздержание по плечу многим, если не всем. А в дополнение власть обещает ещё и расчёты на типичные ситуации. *Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit ea quae plerumque accidunt contineri* – ни законы, ни сенатусконсульты не могут быть написаны таким образом, чтобы они охватывали все случаи, которые когда-либо возникнут, но достаточно, чтобы они включали в себя то, что случается большей частью. (Jul. D.1,3,10)

Мы привели те максимы, презумпции и сентенции, которые, говоря современным языком, выражают назначение, смысл, дух закона вообще и уголовного, в частности. Но есть ещё и другая, более прагматичная часть мыслей, объясняющих порядок перевода общественных надобностей в законодательные требования. У власти есть, должны быть, свои стереотипы законотворчества. Принято считать, что обоснованность решений о преступности и наказуемости деяний получают освещение и развитие в идеологии, науке, литературе лишь с устранением абсолютистской монархии, с учреждением коллективных институтов властвования, что в целом верно. Завеса тайны над отдельными фрагментами государственной практики падает, если эти разделы управления действительно становятся известными многим. Непременно возникают споры, критика, поиск лучших рецептов, а попутно – обвинения прежних авторов в варварстве или коварстве. Ныне общепризнанная теория уголовного законодательства («критерии уголовной наказуемости деяний» или «основания криминализации и пенализации общественно опасных деяний»), конечно, зиждется

на рецептах идеологов европейского Ренессанса и их последователей. Именно поэтому цитируются чаще всего мысли пионера просвещённого уголовного права Ч. Беккариа («строгость наказания должна соответствовать состоянию самого государства: на очерствелые души народа, едва вышедшего из дикого состояния, нужно действовать впечатлениями более сильными и чувствительными; но по мере развития народа в условиях общечитания должна ослабляться строгость наказания»), либо непревзойдённого Монтескье («опыт показал, что в странах, где наказания не жестоки, они производят на ум гражданина впечатление столь же сильное, как самые жестокие наказания в других странах»), либо адептов «теории права наказывать» XIX века («государственный диагноз, – читаем мы у Н.С. Таганцева, – может быть поставлен ошибочно... приёмы лечения общественной болезни государством могут быть весьма и весьма несовершенны – оно так мало ещё знает условия заболеваний, целебную силу употребляемых им лекарств, их воздействие на заражённый организм и на заражённую им среду, что ошибки, неправильности вполне объяснимы»).

Однако мысли о том, какие соображения, требования, критерии должно принимать в расчёт законодателю, включающему в круг преследуемых деяний новый вид поступков, как технически или внешне должен выглядеть сам уголовный закон, раздавались и на заре цивилизации, принадлежали и пылкой юности человечества. Древние римляне требовали от себя и оставили в назидание потомкам следующие советы:

а) *quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt* – ни один закон не может предписывать того, что не допускает природа вещей (Сел. Д. 50, 17, 188, 1). Правящей элите никогда не стоит обольщаться: есть естественные пределы её самоволия. Вероятно, барьеры сии касаются всего спектра уголовно-правового регулирования – принципов, целей наказания и задач уголовного права, видов наказания, перечня преступлений и т.д. Это та мысль, которая была позже повторена в крылатой форме К. Марксом: «законодатель не делает законов, он не изобретает их, а только формулирует, он выражает в сознательных положительных законах внутренние законы духовных отношений»¹;

б) *jus constitui oportet in his quae ut plurimum accidunt, non quae ex inopinato* – закон должен устанавливаться в отношении случаев, которые возникают чаще всего, а не в отношении тех, которых не следует ожидать. Уголовное право должно программироваться на типичное, на постоянные ситуации. Случайность – этот запасной фонд Господа Бога (Александр Дюма-отец), не может служить законодательным ориентиром. Для редкостных событий используются исключительные нормы, либо они (события) остаются без реагирования, гасятся общим потоком истории;

в) *dormiunt aliquando legis, nunquam moriuntur* (хотя законы иногда спят, они никогда не умирают) – эта сентенция прямо ведёт нас, современников, к проблеме сравнительной важности противоправности и наказуемости, сообщает рецепт правотворчества в

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч., т.1. – С. 162.

одной из нетипичных ситуаций – при малой распространённости общественно опасных деяний данного вида. Если преступления встречаются крайне редко, нужна ли уголовная ответственность за них? Не избыточна ли криминализация в подобных обстоятельствах? Не ухудшится ли нравственная физиономия страны от чрезмерной бдительности государства? Римляне страховались, рекомендовали сохранять уголовную ответственность в этой крайней ситуации. И это правильно: нельзя оставлять общество без защиты даже от редких пока эксцессов. Кроме того, различные социальные пружины могут спровоцировать неожиданный рост накануне декриминализированных (потому что редко встречались) посягательств;

г) с другой стороны, бесполезно издавать законы, если им не покоряются и не подчиняются (*frustra ferentur leges nisi subditus et obedientibus*). Это – пример борьбы с ветряными мельницами. Закон бессилён против массовых увлечений населения. Приведённое правило по-славянски размашисто и не раз звучало в России (петровское – «все законы писать, ежели их не исполнять» или ленинское – «то, что мы надекретировали, мы еще недостаточно провели в жизнь»). Звучало, но мало чему учит. Образование в современной России профессионального, постоянно работающего парламента вызвало прямо-таки законодательную агрессию, бум законотворчества: «все – и депутаты, и учёные, и специалисты, и руководители – одержимы идеей подготовки и принятия законов. Сам факт их принятия рассматривается как синоним эффективности законодательства»¹. На этом фоне правоприменители пасуют, наблюдается эрозия правового пространства, в обществе растёт неуверенность в завтрашнем дне, а законодательство преобразуется в «библиотеку законов, которой никто не пользуется» (Ю.А. Тихомиров). Хорошо, что единственным источником уголовного права объявлен закон, а с 1996 года ещё строже – только настоящий закон (ст.ст. 1 и 3 УК РФ).

Мысль о том, что «правило существует для того, чтобы применяться» (*applicatio est vita regulae*), будучи принятой к руководству, обязывает власть сообразовывать свои решения в области уголовного права с социально-психологическим складом (менталитет, общественное мнение и пр.) и социально-психологическими сдвигами собственного народа. Полезно знать, что идти против системы взглядов, оценок и предпочтений населения, даже из лучших (к народу) побуждений, есть безрассудство. Данность, именуемая социально-психологическим складом, формируется медленно, от власти практически не зависит, и не ей, власти, эту твердьню ломать. Следует терпеливо ждать, пока социально-экономические условия и собственное самосознание обывателей разрушат вчерашние неприступные предрассудки. Ещё более безрассудно, глупо и преступно, атаковать менталитет уголовно-правовыми карами. Иное дело – социально-психологический сдвиг; явление, характеризующееся частичным откатом нравов,

¹ Тихомиров Ю.А. Общая концепция развития российского законодательства // Журнал российского права. 1999. № 1. – С. 17.

регрессом в одной узкой области взглядов. Причем это отступление от стратегии мирового развития и собственной судьбы происходит с населением не по прихоти, капризу или заблуждению (народы никогда не ошибаются), а под давлением внешних обстоятельств, чаще всего – вследствие варварского управления страной в предыдущие десятилетия. Таков социально-психологический сдвиг современного российского общества, выражающийся в увлечённости, слепой вере в силу только жестоких наказаний: из 12 видов кар по УК РФ 1996 года, «по-настоящему», как уголовная ответственность, воспринимается назначение только смертной казни, пожизненного лишения свободы и лишения свободы на определённый срок. Не надо никого убеждать, что попятное нравственное движение социальной психологии обусловлено сталинскими репрессиями.

Что делать? Социально-психологический сдвиг подлежит коррекции со стороны власти, в том числе посредством уголовного закона, но делать это следует осмотрительно, щадящим образом, при убедительном пропагандистском массаже, не наскоком, не шоковой терапией. Руководство Венгрии в социалистические ещё времена лечило аналогичное испорченное самочувствие своего народа с помощью так называемого «позорящего эффекта» наказания: для снижения чрезмерных надежд на лишение свободы, для уравнения этой меры с наказаниями без элемента изоляции виновных от прежней социальной среды, в стране организовывался выпуск справочников об осужденных к менее суровым наказаниям (фабула посягательства, место работы и жительства, сведения о родственниках и пр.), открыто распространявшихся через сеть киосков/магазинов и по подписке;

д) итак, исполнение закона – его основное предназначение (*juris effectus in executione consistit*). Из четырех основных форм реализации права уголовному свойственны более всего соблюдение (запретов) и применение (государственная, процессуальная форма). Работа закона в обществе, покоящаяся на добровольном следовании ограничениям, начинается с его опубликования (*non obligat lex nisi promulgata*), а принудительный вариант – после вынесения судебного приговора, ибо сила должна действовать за правосудием, а не наоборот (*sequi debet potentia justitiam, non praecedere*);

е) современная уголовно-правовая мысль видит две основных группы требований к законодательству: его социальная обусловленность (1) и техническое совершенство (2). Второй раздел критериев уголовного правотворчества в нынешнем понимании подразумевает те позиции, которые в большинстве своём не были известны римлянам – вопросы оптимального сочетания международного, конституционного и национального уголовного закона; уголовно-правовые регламенты в государствах с федеративным устройством власти; требования к структуре уголовного закона и гармонии между его составными частями; язык закона и перспективы использования оценочных понятий... Сегодня буревестничают на этом направлении Т.А. Бушуева, Е.В. Кобзева, М.И. Ковалев, И.Я. Козаченко, В.П. Коняхин, М.Б. Кострова, Н.Ф. Кузнецова,

В.В. Питецкий, Е.А. Фролов и др.¹ Их усилия востребованы как никогда. Стоит только прочесть ч. I ст. 1 УК, чтобы убедиться в этом. Второе предложение здесь буквально запрещает вносить в УК новеллы исключительного характера (например, согласие или просьба потерпевшего как обстоятельство, исключающее преступность деяния) – дозволяются инкорпорации только тех норм, которые *предусматривают* уголовную ответственность. Вероятно, все добавки, *освобождающие* от уголовной ответственности, по логике подлежащие размещению в Общей части УК, должны быть отнесены к Семейному или Гражданскому кодексам!

Отдельные технические требования к законодательству, в том числе и уголовному, к оформлению принятых криминальных решений формулировались и в Древнем Риме. Когда закон неопределён, гласит максима той эпохи, – закона нет (*ubi jus incertum, ubi nullum*). Области карательной деятельности государства, её нормативным основам такой максимализм подходит больше всего. За запретами ведь следуют казни. Непоследовательности, пробелы и недомолвки в тексте УК сердят пользователей более обычного, тотчас вспыхивают обидные и опасные мысли о намеренной несправедливости, союз или хотя бы мирное сожительство госпарата и так называемого гражданского общества становятся проблематичными.

Законы должны быть понятны каждому (*Leges intellegi ab omnibus debent* – С.1,14,9 (454)). Как совместить эту священную заповедь с предметом обывательского осмысления – с формализованными сухими приказами власти? Ведь любой гражданин знаком с таким признаком законодательного текста, как его лаконичность, то есть малословие, скупость в выражении мыслей (термин прижился благодаря сжатости слога спартацев-лакедемонцев). Сегодня экономия текста УК объясняется многоцветьем жизни, стремлением через общие шаблоны поведения уходить от частных, надеждой обеспечить принцип равноправия граждан перед законом. Сенека же в своих эпистолах того далёкого времени объяснял страсть к лаконизации законодательной речи по-иному: *legem brevem esse oportet quo facilius ab imperetis teneatur* – закон должен быть краток, чтобы легче запоминался незнающими.

Нормативный акт формулирует стандартные правила, рассчитанные на типичные, повторяющиеся ситуации (*ad ea quae frequentius accidunt jura adaptandur*). Однако нет правил, которые не плодят исключений (*non est regula quin fallat*). В современном УК норм исключительного характера много, причём те из них, что расположены в Особенной части, иногда дублируют законоположения Общей части (в первую очередь нормы о добровольном отказе от доведения преступления до конца). Это – плохая практика. К категории

¹ Право, стоило бы повторить филологическое обследование резервов и вольностей законодательного текста, предпринятое в свое время студенчеством МГУ под руководством проф. Н.Ф. Кузнецовой. – См.: Эффективность уголовно-правовых норм и терминология уголовного закона // Соц. законность. 1973. № 9.

исключительных норм относятся положения об обратной силе закона (*nunc pro tunc* – ст. 10), о малозначительности поступка, формально напоминающего преступление, но таковым не являющегося (*de minimus non currat lex* – ст. 14), о добровольном отказе (*locus poenitentia* – ст. 31), о невменяемости (*furiosus furore solo punitur* – ст. 21). Особняком в структуре УК РФ 1996 года, отдельной главой, расположены нормы, позволяющие освободить от уголовного преследования лиц, причинивших вред вынужденно или по благородным мотивам. Это – необходимая оборона, крайняя необходимость, меры по задержанию преступника, обоснованный риск, психическое или физическое насилие, исполнение приказа или распоряжения (глава 8).

Проблема диалектического уживания общего и особенного, правил и исключений, судя по обилию сохранившихся высказываний и утверждений, весьма волновала аппенинскую юриспруденцию. Среди множества сентенций, напоминающих вышеприведённые и отличающихся от них только нюансами, есть максимы, заслуживающие отдельного, особого запоминания и обсуждения. *Первое*. Исключение в праве – это не гротеск, не пример интеллектуальной шалости или властного каприза. Оно необходимо правилам как дополнительное свидетельство их (правил) достоверности и всеобщности, как оттеняющее достоинства уголовного закона средство. Без исключений полезность, святость и обязательность общих правил не были бы поняты в размере, необходимом для повиновения. Исключение доказывает правило (в случаях, не выпадающих под исключение) – *exceptio probat regulam* (*de rebus non exceptis*). *Второе*. Исключения имеют и собственную ценность, они суть самостоятельные правила ограниченного действия: каждое исключение само есть правило (*omnis exceptio est ipsa quoque regula*). *Третье*. Общие правила и исключения из них в законе взаимосвязаны. Это доказывается несколькими максимами: если основания для исключения не доказаны, судья обязан следовать правилу (*judicis est pronuntiando sequi regulam, exceptioe non probata*); каждое правило подлежит своим собственным исключениям (*omnis regula suas patitur exceptiones*). *Четвертое*. Общее правило надлежит и понимать общим образом (*generalis regula generaliter eat intelligenda*), то есть оно распространяется на весь круг регулируемых событий. Для современного уголовного закона это актуально в том смысле, что установки Общей части УК распространяются на все нормативы, предусмотренные Особенной частью, и, как следствие, повторы общих правил излишни для отдельных статей Особенной части УК. *И пятое*, последнее. Исключение всегда следует помещать в конце (*exceptio semper ultima ponenda est*), – закона, его раздела, главы и проч. Очень логично, уместно, неоспоримо.

Обязательность применения или исполнения уголовного закона предполагает определённый порядок. Последний образуется под флагом весьма тривиальной посылки: всё сущее имеет место в определённом месте и в определённое время. Нужно помнить также и о законопослушных пользователях УК, и о нарушителях общественного спокойствия. На этой основе современный закон и

юридическая наука оперируют понятиями действия уголовного закона в пространстве, во времени и по кругу лиц, экстрадиции.

У римлян в те давние времена требование привязки уголовной ответственности к месту преступления (*locus criminis*), к территории, где действует уголовный закон, выражено очень крепко: преступление влечёт за собой человека (*crimen tranit personam*) – эта позиция больше толкуется в пользу территориального принципа подсудности. А вот и более точные указания: *debet quis juri subjacere ubi delinquit* – лицо должно подлежать действию закона места совершения преступления; *statuta suo clauduntur territorio, nec ultra territorium disponut* – законы ограничены своей территорией, они не действуют за пределами своей территорией; *ubi quis delinquit ibi punientur* – где лицо совершило преступление, там оно должно быть наказано.

Временной позитив в отличие от *locus criminis* римляне формулировали более одномерно: закон смотрит только вперед, он не действует в обратном направлении (*lex prospicit, non respicit*); закон действует на будущее, судья рассматривает прошлое (*lex de futuro; iudex de praeterito*); новый закон по своему действию должен быть обращён в будущее, но не в прошлое (*nova constitutio futuris formam imponere debet, non praeteritis*). Обратная сила уголовного закона (*nunc pro tunc*) уже известна, но рассматривается как крайняя мера, как очень редкое исключение: *leges quae retrospectiunt raro, et magna cum cautione sunt adhibendae neque enim Janus locatur in legibus* – законы, имеющие обратную силу, редко и с осторожностью принимаются, ибо Янусу по сути дела нет места в праве.

Обязательнейшим, ничем не заменимым условием правильного и единообразного применения уголовного законодательства, что надёжнее всего гасит страсти в обществе, является толкование. Толкование – раздел юридической практики, выражающийся в уяснении или разъяснении действительного (истинного) смысла законодательного текста. Надобность в подобной операции абсолютна, предварительная внутренняя или внешняя интерпретация источника заказывается несколькими причинами: существованием ссылочных и бланкетных диспозиций; сложной структурой уголовного закона; наличием в нормативных текстах специальной терминологии, то есть слов и выражений, имеющих ограниченный, профессиональный смысл; использованием законодателем оценочных понятий – суждений о правовых явлениях, чьё содержание (суждений) устанавливается только по факту, местным юристом вместо парламентского консилума.

В Древнем Риме переход к подлинному, то есть публичному толкованию состоялся на памяти и при участии тамошних юристов; вместе с укреплением светской власти за счёт бывшего могущества сакральной, нужно было снимать покров таинственности с правил жизни, по-земному обосновывать «земные» же веления. Этот процесс тонко подметил проф. Н.П. Галанза: «Понтифики считали себя передатчиками воли богов и не заботились о мотивировке своих консультаций. Светские же юристы уже не только мотивируют свои консультации, но и дают толкование (*interpretatio*)

норм права, вдумываясь в смысл не только отдельной нормы, но и целой их системы, а также обнаруживают общие принципы права... Изучение греческой философии помогает римским юристам привести право в логическую систему»¹. Управленческий и нормативный хаос, возрождаемый с каждым актом присоединения новой провинции, требовал постоянного напряжения магистратов и нарастающего сословия учёного сословия юристов, умного толкования новелл.

В нынешней России свои проблемы, дополнительно актуализирующие интерпретационные усилия. В их числе: а) широкоформатные реформы, которые всегда обнажают мировоззренческую сторону государственно-правовых порядков; б) сплошная кодификация российского законодательства, сеющая или обнаруживающая противоречия и несурезицы межотраслевого характера; в) сужение юридической силы за актами толкования Верховного Суда РФ (утрачено их значение как «руководящих разъяснений»); г) сильное влияние прецедентной практики США – гегемона современного политического мира или «нового Рима» (где истина по уголовным делам не столько прописана в общих нормативах, сколько ищется в судебных присутствиях); д) стремительная порча русского (государственного) языка, в первую очередь на Олимпе власти, где преклонение перед англоязычными истинами, представлениями, терминами и конструкциями чрезвычайно велика; е) резко возросшие, практически неограниченные возможности публикации научных размышлений, мировоззренческая свобода для представителей учёного мира.

Отстаивая тезис об особой цене грамотного толкования уголовного закона в современных условиях, о необходимости исторической памяти в этом вопросе, жееаем отдельно сказать о роли презумпций в российском уголовном праве. Раньше это было принято, большую роль сыграли «римские юристы в разработке и практике применения юридических презумпций, распространившихся на все отрасли права, включая уголовное и процессуальное. В гражданском праве непреходящее значение приобрела презумпция, согласно которой двусмысленность договора должна трактоваться против кредитора. Для уголовного права и процесса может быть отмечена презумпция, согласно которой «всегда предполагается добросовестность, если не доказан злой умысел», как равно и то, что «каждый считается честным, пока не доказано обратное»; остается актуальной сентенция Павла, что «в уголовных делах желательно более умеренное толкование (закона)»².

Приятно отметить, что интерес к толкованию у римских юристов в основном концентрировался вокруг уголовно-правовых источников. Общеправовых сентенций, посвящённых правилам интерпретации вообще, также довольно – о необходимости свободного толкования документов/законов с тем, чтобы они сохраняли свой смысл, а не утрачивали его (*benigne faciendae sunt interpretationes*

¹ Галанза П.Н. Государство и право Древнего Рима. – М.: МГУ, 1963. – С. 72.

² Милан Бартошек. Римское право: (Понятия, термины, определения). – М.: Юрид. литература, 1989. – С. 11 (З.М. Черниловский).

chartarum, ut res magis valeat quam pereat); о губительности толкования, которое уничтожает суть текста (*glossa viperino est quae corridit viscera textus*); об исключительной важности межотраслевого понимания правовых предписаний (*optimus interpretandi modus est sic leges interpretate ut leges legibus accordant*). Особо пришлось условливаться латинянам о единообразиях при текстовых двусмысленностях. По всей видимости, такие препятствия не были редкостью. Вот рецепты той эпохи: а) в случаях сомнения лучше придерживаться слов эдикта (закона) – *In re dubia melius est verbis edicti servire* – Ulp. D. 14,1,1,20; б) *In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc collegi possit* (При двусмысленности слов закона надо, скорее, принимать то значение, которое лишено порока (лучше отвечает предмету), в особенности когда из этого можно сделать заключение о намерении законодателя. – Cel. D.1,3,19; в) когда же в словах не содержится никакой двусмысленности, то не должно быть допускаемо исследование воли (законодателя – А.Б.) – Paul. D.32,25,1.

Весь пафос наставлений по толкованию сугубо уголовных законов можно определить легко и однозначно: воззвание к добродетели и гуманности. Тут согласованные друг с другом рекомендации о запрете расширительного толкования уголовно-правовых норм (*Poenalia nullo modo sunt extendenda*) и призыв к ограничительному пониманию (*criminalia sunt restringenda*). Здесь же настояние о *милосливом* (*Benignus leges interpretandae sunt quo voluntas earum conservetur* – Cel. D.1,3,18), *доброжелательном* (*In poenalibus causis benignus interpretandum est* – Paul. D.50,17,155,2) либо *ослабленном* (*Interpretatione legum poenae mollidae suht potius quam asperandae* – Ierm. D.48,19,42) толковании именно уголовного закона. Из того же логического и нравственного ряда рецепт, что во всех уголовных делах юстиция и справедливость имеют преимущество перед строгим пониманием права (*Placuit in omnibus rebus praecipiam esse justitiae aequitatisque quam stricti juris rationem* – С.3,1,8 (314)). Вообще нравственные барьеры чутко улавливались нашими предшественниками и, в соответствии с тогдашними представлениями о добром и злом, они пытались обелить карательные акции. Отсюда указание сглаживать общий, равный (а потому справедливый) стандарт при индивидуальной расправе. Отсюда откровенное и дорого стоящее для тех лет признание о возможности расхождения официального уголовного права и морали, о существовании преступлений, не включающих в себя аморальных качеств, а преследуемых исключительно по черствому положительному праву (так называемые *mala prohibita*).

II. Принципы уголовного права. Человеческая и общественная жизнь строится в значительной мере по общепринятым правилам, отражающим здоровый прагматизм и, частично, инерцию: так выгодно, так безопасно, так красиво и, наконец, так поступали предки. Стандарты одобряемого и неприличного поведения обсуждаются и кристаллизуются в различных формах общественного сознания. Праву здесь принадлежит не последняя роль. Юри-

спруденция представляет собой область социальной математики, откровенно сформированную из нормативов для всех и про всё. Уголовное право тем более базируется на строгости, чёрно-белой оценке поступков. Иначе и быть не может. Взаимные обиды виновной и пострадавшей сторон лишь усилятся, если властные решения будут расплывчатыми, давать повод думать, будто уголовная ответственность может существенно редактироваться местными чиновниками и юристами, зависеть от подношений и других возможностей тяжущихся.

Из многочисленных правовых регламентов, укрепляющих общежитие, выделяются те, которые имеют генеральное звучание, координируют содержание и тональность частных правовых норм, облагораживают практику, отражают правовую идеологию. Имя им – правовые принципы. Они цементируют частные предписания. Если отсутствие законов в обществе создаёт, по мнению современных социологов, состояние аномии, то отказ от генеральных директив в самом праве повлечёт атрофию и законотворчества, и правоприменения. Конечно, нужно видеть ограниченность принципиальных установок, их не прямое воздействие на правовые отношения в силу чрезмерной обобщенности (*nec plus ultra*), но и отвергать их политико-нравственную силу было бы опрометчиво. Можно одарить читателя и афоризмом: принципы в праве – это компромисс идеи с действительностью.

Вероятно, эти очевидные истины, святая вера в универсальные вещи, сподвигли римлян на абсолютизацию своих правовых принципов: *principiorum non est ratio* – для принципов нет причины. Разумеется, здесь нет никакой идеологии, этого серийного протеза мировоззрения, а есть рьяная прагматика: не задерживайтесь на пройденном, берите принципы за истину и направляйте свой задор на более частные обстоятельства преступления и мысли о нём!

Оставленный нам нравственно-правовой багаж в виде принципиальных установок по борьбе с преступностью требует пояснений и оговорок. Слишком уж велик разрыв во времени между наставниками и пользователями их истин, во многом изменились наши взгляды... А ещё следует приладить древние высказывания к видам и системе принципов по УК РФ 1996 года. Посему отметим следующее. 1. Суждениями римлян об идеале справедливости можно покрыть все остальные их установки; но мы воздержимся, приспособив их к нынешней, рациональной трактовке этого принципа. 2. Нам не удалось обнаружить отдельных, особых указаний либо сентенций о гуманистических основах карательной деятельности государства. Это и понятно: данное понятие войдёт в юридический лексикон значительно позднее. 3. Современный российский законодатель по-школьному устремился воспроизводить в тексте УК конституционные узаконения¹. И, как водится, позабыл о собственных достижениях и установках уголовного права. А римляне, не знавшие Основного закона страны и не отягощённые поэтому системным пиететом, формулируют принципы личной

¹ См. об этом наше: Уголовное право. Общая часть: Учебник / Под ред. В.Н. Петрашева. – М.: ПРИОР, 1999. – С. 44.

ответственности, неотвратимости, сравнительной важности общественных благ перед частными интересами.

Принцип законности как руководящее начало в организации государственной и общественной жизни обычно противопоставляется произволу властей, олицетворяет социальные требования по публично оглашению самых существенных условий юридического регулирования, официальному и внятному закреплению всех регламентов поведения, наведению элементарного порядка в законодательстве, организации скорого и праведного суда, подчинённости праву госорганов.

Законность – общеправовой идеал, не знающий исключений. Или – или. Либо ставка на общий шаблон, либо индивидуальная позиция по каждому случаю. Выгоды от единообразного регулирования, притом заранее оглашённого, сверхочевидны, заведомо покрывают издержки даже от буквального следования несовершенному тексту. Из двух зол нужно выбирать меньшее. «Присвоение» законодательной власти практиками, временное и небольшое отступление от общих нормативов под предлогом достижения благовидной цели и прочие «оправдательные» мотивы нарушения режима законности, безусловно, входили в круг размышлений и опыта латинян. Они устояли перед искушением (вероятно, не раз испытав судьбу), отдали предпочтение строгому и сухому единообразию для всех – взамен индивидуальных подходов. Древние римляне оставили в назидание и для руководства потомкам однозначные правовые максимы: «*fiat justitia, pereat mundus*» (да свершится правосудие, хотя бы погиб мир) и «*dura lex, sed lex*» (хотя и строг закон, но соблюдать его надо). Они звучат как завет, как предупреждение новичкам, ищущим свои грабли.

И такие новички, мнящие себя самыми разумными знатоками возможностей юриспруденции, находятся во всякую эпоху. «Учеба» современников продолжается на старых ошибках, как бы несмотря или даже вопреки достижениям прошлого. Многие столетия законность отождествлялась с законопослушанием, правоприменительной дисциплиной, с точным и неуклонным исполнением всех предписаний закона. В годы российских реформ забрезжила старая песня, началась очередная проверка древних аксиом. Высказываются протесты против «слепого» или «механического» поклонения закону, приводятся в доказательство очевидные примеры несбалансированного и недемократического законодательства, предлагается включить в понимание законности в связи с этим требование исполнения только так называемых «правовых» законов (под ними разумеются прогрессивные и совершенные нормативные акты).

Именно им и только им якобы надлежит следовать обывателю и юристу, именно такие законы создают обстановку разумного законопослушания и право на преследование нарушителей. Плохие, недостойные уважения демократов и правозащитников законы не заслуживают исполнения. При этом легко прогнозируемые произвол либо бездействие властей под предлогом дискусионности правовых актов сторонники нового понимания принципа законности надеются блокировать проверочной деятельностью специаль-

ных органов государства типа Конституционного Суда РФ. Блажь. Страна, ожидающая гражданского мира и порядка, должна культивировать презумпцию безукоризненности и обязательности исполнения права. Нельзя не видеть также, что новая концепция законности, ориентирующая своих поклонников на избирательное следование законодательным требованиям, посягает и на общеизвестный принцип разделения властей: *stat pro ratione voluntas populi* – воля народа становится на место разума (судьи не обсуждают разумности закона). Ещё Ч. Беккариа осуждал подобную трактовку принципа законности: «наказания за преступления могут быть установлены только законом. Назначать их правомочен только законодатель, который олицетворяет всё общество... И, следовательно, судья не может, даже под предлогом ревностного служения общественному благу, увеличивать меру установленно-го в законе наказания гражданину, нарушившему этот закон»¹.

Современная научная мысль проявление принципа законности в области уголовного права видит в объявлении закона единственным источником разрешения криминальных деликтов, в неотвратимости ответственности за содеянное, в чёткой регламентации правового положения виновного на различных этапах расследования и судебного разбирательства, в совершенствовании законодательного текста, в эффективной работе службы правоприменения. Римляне же в своё время руководствовались следующим: а) *nullum crimen, nulla poena, sine lege* – без закона нет ни преступления, ни наказания (то, что в ст. 3 УК РФ 1996 года расшифровывается как «преступность деяния..., наказуемость и иные уголовно-правовые последствия определяются только настоящим Кодексом»); б) что есть право и в чём состоит правонарушение, это должен определять закон (и никто другой – А.Б.) – *quid sit jus, et in quo consistit injuria, legis est definire*; в) право судьи отправлять правосудие, а не издавать законы – *judicis est jus dicere non dare*; г) мы должны судить на основании законов, а не примеров – *judicandum est legibus, non exemplis*.

Принцип равенства граждан перед законом – вечная, как сама природа, идея. Люди давно уверились и принимают как непреложную истину индивидуальность (личностную, социальную, биологическую) или разность окружающих их мужчин и женщин. Мужчины и женщины, взрослые и малолетние, обездоленные и купающиеся в роскоши, одаренные и лица средних способностей, хладнокровные флегматики и импульсивные холерики... Тем не менее тысячелетиями идея равенства согревает сердца миллионов людей, зовёт их к крайним мерам – устраиваются революции, ломаются судьбы, ради прометеевского венца уходят в область политической борьбы несостоявшиеся учёные, скульпторы, актёры. Взрываются старые устои, к власти приходят новые лидеры, а великий идеал, казавшийся таким близким, ускользает вновь и вновь.

Пока потерпел крах и самый крупный социальный эксперимент с социалистическим оборудованием общества в XX веке. Тлевший многие годы индивидуализм при малейшем социальном

¹ Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. – М.: Фирма «Стелс», БИМПА, 1995. – С. 72-73.

неудовольствию и пропагандистской подпитке рвущихся к власти новых хозяев легко победил коллективистские рецепты. Равенства снова не случилось. Не об этом ли предупреждал нас великий интеллектуальный отшельник России XIX века:

*Нет, милый красной, тебе нас не уверить,
Как там ни горячись в напыщенных словах,
Что наша матушка-природа – коммунистка:
Нет, есть и у нея свой выбор и очистка.
Единство видим в ней, но равенства в ней нет.
Таков был искони и есть, и будет свет.
Как почву не ровняй насильственной лопаткой,
Природа кое-где глядит аристократкой¹.*

Но Ульпиан говорил, что с точки зрения естественного права все люди равны (...quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt – Упр. D.50,17,32). Идея равенства граждан перед законом закрепляется и в ст. 4 УК РФ 1996 года. В чём же дело? Неужели мы имеем дело с тысячелетним заблуждением, неуничтожаемым нравственно-юридическим психозом?

Вероятно, нужно видеть несколько уровней или измерений равенства и неравенства граждан. Во-первых, это фактическое (физиологическое, половозрастное) неравенство. Общественная мысль и право безоговорочно признают и используют в своих построениях данное обстоятельство. Во-вторых, (не)равенство может иметь имущественное происхождение и измерение. Политико-правовые, религиозные, нравственные воззрения и рецепты на сей счёт переменчивы, непоследовательны, противоречивы. Осуждение демонстративной роскоши одних («новых русских» в сегодняшней России)² соседствуют с обвинениями в производственной апатии пролетариев (рабов, холопов, быдла, совков, лохов, социальных аутсайдеров).

В этих непростых условиях право, включая уголовное, подчиняется политическим доктринам, меняет регламенты в наследственных вопросах, в ставках налогообложения физических лиц, в вопросах допустимости альтернативы между имущественными санкциями и лишением свободы. Вообще область регулирования имущественных отношений наиболее расположена к проявлениям кастовости. Первые колебания случились уже у римлян. С одной стороны, даются уверения в том, что закон говорит со всеми одним ртом (lex uno ore omnes alloguitur), что равенство составляет важнейшее свойство справедливости (prima pars aequitatis aequalitas). Но при первой критической ситуации (неисполнимость имущественных взысканий) образцовые апеннинские юристы заколебались: qui non habet in crimena luat in corpore – тот, кто ничего не

¹ Вяземский П.А. Из старой записной книжки // Русский архив. 1876. № 10.

² Широко известна поговорка о том, что невозможно одновременно капитал приобрести и невинность соблюсти. По Евангелию от Матфея (XIX, 24) и от Луки (XVIII, 25) утверждается, что «удобнее верблюду пройти сквозь угольные уши, нежели богатому войти в царство Божие».

имеет в кошельке, должен подвергнуться телесному наказанию. Вот так!

Российский уголовный закон образца 1996 года занимает столь же противоречивую позицию. В прежнем УК РСФСР (ст. 30) существовал прямой запрет на замену штрафа лишением свободы и наоборот. В нынешнем криминальном законе данного ограничения нет; более того, в подавляющем большинстве санкций статей Особенной части эти наказания как бы специально поставлены в альтернативу. К многочисленным искушениям российского суда добавилось ещё одно: за одно и то же преступление состоятельным лицам можно (хочется, просят, надо бы) адресовать лишь штраф, неимущим и обездоленным остаётся жертвовать личной свободой (тут выбора нет!). Здесь, а не в случаях арестов олигархов, укравших «из-за» несовершенства приватизационного и прочего законодательства несколько миллиардов казенных средств (фирменная логика политического сутенера и тайного регента Кремля 90-х годов прошлого века Б.А. Березовского), – поле деятельности для настоящих правозащитников, для нравственной санации юридических порядков России. Напомним слова знаменитого итальянского маркиза Чезаре Беккариа: «ни знатный, ни богатый не должны иметь возможности откупиться деньгами за преступление против людей незнатных и бедных. Иначе богатство, которое благодаря защите законов стало наградой за трудолюбие, превратилось бы в питательную среду тирании»¹.

Надо сказать, что в подобных размышлениях о принципах правового регулирования имущественных отношений мы не одиноки. Совестьливые учёные стран из «пояса потребления» давно анализируют проблему кастовости современных уголовных законов. Англичанин Д. Чэпмен утверждает, что «козёл отпущения» из низших слоев общества чаще всего подвергается превентивно-принудительным ударам со стороны государства, ибо он наиболее уязвим из-за «бедности, отсутствия возможности держать свои дела в секрете, отсутствия образования, из-за социальной разобщённости, слабости родственных связей, особой заметности в силу цвета кожи, иностранного имени или происхождения»². Ему вторит со страниц своего исследования, впервые опубликованного в 1980 году в Стокгольме, а в 1982 году в переводе – и в Москве, профессор криминологии Стокгольмского университета Хенрик Там: «анализ классового характера закона и его применения... является... просто ненужным. Ведь и так ясно, что лица, которым назначаются самые суровые меры наказания, лица, содержащиеся под арестом или в пенитенциарных учреждениях закрытого типа, лишь за небольшим исключением относятся к неимущим слоям общества»³. С переходом России к рыночному строю жизни и хозяйствования эти тенденции не замедлили проявиться и у нас: «в 1995 году темпы прироста числа преступников из лиц, не имев-

¹ Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях, С. 141.

² Чарпман Д. Sociologi and the stereotype of the criminal. – In: Tavistok publications. – London, 1968. – P. 19-20.

³ Там Х. Преступность и уровень жизни. – М.: Прогресс, 1982. – С. 108.

ших постоянного источника доходов, составили 24,3%, а из числа безработных – 43,8%»¹.

В-третьих, правовое равенство, и в области государственного принуждения в том числе, сегодня объявляется абсолютом. Конституционные и отраслевые обещания равенства граждан перед законом и судом звучат привычно, как заклинания. Классики мысли также давно пропели аллилуйю этому принципу уголовного права: «великая формула людей» (А. Барбюс); «оправдано только природное неравенство» (А. Бебель); «единственная прочная основа для общественного устройства» (Б. Шоу).

В этой социальной атмосфере уголовный законодатель буквально приговорён обещать ожидаемое правовое равенство для всех групп населения, и он это сделал в ст. 4 УК РФ. К сожалению, стилистически неудачно. Дело в том, что практически любое личностное обстоятельство, оценённое властью как индифферентное для решения судьбы виновного, может быть опровергнуто последующим текстом УК, рождает многочисленные вопросы и сомнения. Как раз те индивидуальные характеристики преступников, которые названы в ст. 4 кодекса, используются в последующих статьях Особой части в виде признаков специального субъекта, дополняющих общеизвестные и действительно равные для всех требования возраста и психического здоровья.

Кстати, в самом УК есть и отход от обещания ценить и оберегать среднестатистическую личность более всего на свете. Мы не найдем в Кодексе отдельной нормы об ответственности за убийство женщины в детородном возрасте и детородном состоянии (личность, пригодная подарить миру ещё одного неповторимого человека), зато обязательно встретим обособленное указание (ст. 277) на суровую ответственность за посягательство (начиная с покушения) на тело вождей. Оно, тело, освящено только одним – государственным платьем или ризой, но бывает не способным даже к отправлению естественных надобностей без медицинской помощи. Так, где же принципы правового равенства, почему властный интерес стоит выше личного, не говоря уже об общественном?

Проще и лучше было бы оговорить, что все лица равны перед законом и судом независимо от каких-либо фактических обстоятельств, за исключением возраста и вменяемости, то есть признаков состава, характеризующих субъекта преступления. Состав преступления в области уголовно-правового регулирования – наиболее надёжный и проверенный инструмент обеспечения юридического равенства людей. Это свойство образуется у него потому, что среди небольшого числа составляющих его признаков лишь два обрисовывают авторов посягательств. Тем самым все виновные в преступлениях действительно уравниваются, стандартизируются.

Принцип вины в древнеримском изложении звучал примерно так: *ubi culpa est, ibi poena subesse debet* – где есть вина, там должно быть наказание. Объективная потребность выдвижения одного из признаков состава преступления в число принципов правового

¹ Преступность и правонарушения (1991-1995) // Статистический сборник. – М.: МВД РФ, Межгосударственный статистический комитет СНГ, 1996. – С. 10.

регулирования обусловлена, по крайней мере, тремя факторами: а) вина – гуманный редуит против огульного преследования любых авторов вредоносного поведения, в том числе и оправдываемого общественной моралью; б) вина – обязательное условие достижения правовых целей, возможной лишь при осознанном диалоге власти и преступника (о замыслении и волевом осуществлении намерения, о справедливости расправы в связи с этим, об исправлении и долге и пр.); в) вина – дополнительный критерий индивидуализации ответственности (что всегда облагораживает правоприменение).

Требование вины адресуется властью только кондиционным её носителям. Под ними мыслятся любые лица, достигшие возраста, гарантирующего безопасное общественное поведение, а также способные к адекватному восприятию жизни по биологическим показателям – состоянию психического здоровья. Возраст и вменяемость в теории современного уголовного права именуется иногда предпосылками вины и ответственности, что справедливо.

Вина – признак субъективной стороны состава преступления, который входит в предмет доказывания по любому уголовному делу. Возведение признака вины в ранг правового принципа делает эту работу ещё более значимой и ответственной. На стадии привлечения лица к уголовной ответственности, для решения вопросов именно виновности, поисково-аналитическая работа правоприменителей ограничивается именно законодательными формулами умысла и неосторожности, реже – мотива и цели. Иные субъективные характеристики злодеяния на решение основного вопроса уголовного права (привлекать или не привлекать к ответственности) не влияют, но могут быть учтены судом при определении меры наказания, а спецслужбами – в целях разработки и осуществления профилактических мер. Этот учёт проводится уже вне рамок суждений о вине и виновности, этого принципа уголовного права.

Уже много веков принцип вины в интеллектуальном отношении связывается только с правильным отражением фактов, а равно с пониманием общественной значимости (опасности) поступка. Осознание противоправности, запрещённости преступления, то есть его официальной маркировки, юридического значения не имеет и не требует добывания доказательств на сей счёт. *Ignorantia legis neminem excusat* – незнание закона никого не извиняет. С древних времен этот девиз пользуется всеми странами мира, но, в отличие от римлян, не афишируется в Конституциях и Уголовных кодексах, где ему самое место. Вероятно, по тем соображениям, что подобное вынужденно-бесцеремонное обращение с собственным народом власть никак не оправдывает, а подаёт обвиняемым повод для психологической защиты, для попреков государству в своеволии. Ситуация лишь несколько обеляется существованием лоскутного правового воспитания, да практикой опубликования нормативных актов. В остальном обыватель должен рассчитывать на человеческое благоразумие законодателя, широту своего мировоззрения и на самостоятельное освоение большинства вариантов рационально-безопасного поведения.

Принципиальное обязательство учёта вины при уголовной расправе принято государством с большим историческим запозданием. Длительное господство объективных данных над сведениями о мятущейся душе и злой воле, постепенное возвышение личного начала над ничем прежде не стесняемым государственным произволом привело к тому, что в ч. 2 ст. 5 УК РФ так называемое «объективное вменение» предается анафеме. Российское государство торжественно обещает гражданам, что невинное причинение вреда не будет преследоваться. Это замечательно. Плохо, что статья не завершается ещё одной частью, балансирующей крайности: «субъективное вменение, то есть ответственность за мысли и намерения, не допускается». Ведь с мысли пошлыны не берут, или ещё более древняя сентенция – *cogitationis poenam nemo patitur* (никто не подвергается наказанию за одни лишь мысли).

Истина, золотое правило, как всегда посередине. В уголовном праве должно быть обеспечено единство объективного и субъективного вменения, оценка данных о поступке при учёте психических переживаний его автора. При этом первоначально учитываются, доказываются и оцениваются объективные данные (что сделано), и лишь затем, во вторую очередь, но в обязательном порядке, идея субъективного вменения (кто и почему сделал). У древних этот постулат звучал следующим образом: объективная действительность важнее (субъективного) мнения – *Plus in re est quam in existimatione mentis* (Jul. D.40,2,4,1; Paul. D.22,6,9,4). Это правило о первенстве объективного фактора легко доказывается теми соображениями, что деяние стандартизируется значительно легче души; что уголовная ответственность устанавливается за преступление, а не за вину вообще; что требование долженствования опережает учёт субъективных возможностей (ст. 26 УК); что при назначении наказания характеристики самого преступления первичнее данных о личности виновного (ст. 60) и пр.

Принцип справедливости (ст. 6 УК РФ) выражает древнейший общечеловеческий идеал и надежду. Это тот нравственный императив, который должен олицетворять человеческое взаимодействие, но в первую очередь – поведение власти в обществе. С неё (власти) традиционно повышенный спрос за действия в интересах общественной пользы, за личную чистоплотность чиновников, за бережное отношение к казённым средствам, за вежливое обхождение с налогоплательщиками. От неё требуют объяснений и периодических отчётов, к ней предъявляются требования обеспечения порядка и общественной нравственности.

Как и любое моральное требование, справедливость отличается подвижностью своего содержания. Каждая эпоха и каждый общественный строй вкладывает в надежды о справедливости свое понимание. «Ромул дал право отцу выбрасывать детей чудовищного и безобразного вида (*portentum, monstrum*), предварительно показавши такого ребенка пяти соседям; ни один отец не мог умертвить ребенка, которому не было трёх лет; по истечении трёх лет отец получал *jus vitae ac necis*, и это постановление столь соответствовало нравам, – пишет Л.Н. Загурский, – что даже по закону XII таблиц, вообще смягчающему многие постановления

квиритского права, позволялось отцу задушить ребенка *monstrum* вскоре после рождения»¹. Более 200 лет (с 1637 по 1863 гг.) в России проводилось официальное клеймение преступников, выполнявшее функцию примитивных справок о судимости; варварская практика выжигания на лице букв «ВОРЪ». И.И. Карпец в одной из своих многочисленных работ приводит подборку, надо полагать, нелёгких перемен в уголовном законодательстве, на которые шли российские самодержцы в силу этических новаций: ненаказуемость детоубийств по Соборному уложению 1649 года – признание случаев умерщвления своих детей по Своду законов 1832 года обычным преступным актом – и оценка этих же поступков по Уложению о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года уже как особо квалифицированных преступлений².

В нашем понимании существуют два базовых юридических подхода к справедливости: определение изначальной порядочности нормативных рецептов (1) и обеспечение справедливости в стадии исполнения законов, постоянная нравственная экспертиза правоприменительных акций (2). Пожалуй, наши предшественники преуспели в втором направлении больше. Они быстро осознали, что законы, одинаково удобные для всех, отсутствуют вовсе (*nulla lex satis commoda omnibus est*), что фоновая справедливость общего предписания в отдельных случаях может выглядеть (и часто выглядит) далеко не лучшим рецептом. Нужны особые поправочные коэффициенты.

В результате они сделали ставку на *aequitas*, как постоянный и единственный оппонент строгой законности, как логический надправовой императив, как спасительный инструмент, оживляющий уголовное правосудие: «*aequitas* есть общий субсидиарный источник права, а положения римского права вытекают... из самой *aequitas*»³. Им, римлянам, казалось, что найден великолепный выход из нравственно-юридического тупика, открыт *perpetua lex*. Отсюда благоговейное преклонение перед справедливостью: *jus respicit aequitatem* (право считается с соображениями справедливости) или *lex respicit aequitatem* (закон с уважением относится к справедливости) и даже *lex aequitate gaudet* (право наслаждается справедливостью).

Основное русло нравственных исканий юристов Древнего Рима – просвечивание закона на справедливость, утверждение превосходства вечного морального критерия над земными и потому несовершенными устремлениями власти. Здесь и призыв к чувству меры самого законодателя (*tantum habent de lege, quantum habent de justitia* – для закона важно то, что важно с точки зрения справедливости), и намёк преторам на надёжную руководящую нить, на отыскание в частных правилах закона духа права вообще (*aequitas naturalis preferenda est rigori juris* – естественная справедливость предпочтительнее строгости права; *judex aequitatem*

¹ Принципы римского гражданского и уголовного процесса Л.Н. Загурского. – Харьков: В университетской типографии, 1874. – С. 35.

² Карпец И.И. Уголовное право и этика. – М.: Юрид. литература, 1985. – С. 40.

³ Проф. И.А. Покровский. История римского права. Изд-е 4-е. – Пг., 1918. – С. 205.

semper spectare debet – судья всегда должен иметь в виду справедливость), и прямое указание на необходимость сверки всех правоприменительных решений с моральным эталоном. «Во всех делах, особенно же в праве, – учил Павел, – нужно помнить о справедливости» (*In omnibus maxime tamen in jure aequitas spectanda est* – Paul. D. 50,17,90). Хороший пример умственного и нравственного самоконтроля в судебных размышлениях продекларировал и Ульпиан: «*Licet hoc jure contingat, tamen dictat*» – хотя это и по праву, однако справедливость требует (*Ulp. D. 15,1,32 pr.*).

Диалектический апофеоз в согласовании принципов законности и справедливости, в снятии противоречия между крайностями был найден в те же далёкие годы. «Обращение римского права к «справедливому и доброму (*aequum et bonum*)», приводит к одному из наиболее примечательных философских достижений: *summus jus*, т.е. точное следование букве без учёта истинной воли законодателя и принципиальных положений данной системы права вообще (другими словами, всего того, что может быть названо «духом закона»), есть *summa injuria* – величайшая несправедливость. Легко видеть, – добавляет З.М. Черниловский, – что и этот вопрос принадлежит к числу тех, которые, быть может, навеки останутся в числе обсуждаемых»¹.

В современной юриспруденции справедливость понимают как единство трёх составляющих: *воздающее* (разумность карательного ответа общества на дерзкий вызов), *уравнивающее* (одинаковая мера государственных суждений и оценок о допустимом и преследуемом поведении) и *распределяющее* (учёт особых, нетипичных сведений о злодеянии и его авторе) начала². В уголовном праве сегодняшнего дня принцип справедливости сводится, в основном, к распределению аспекту. Ответственность в форме наказания и иных мер уголовно-правового воздействия мыслится справедливой, если судебные и пенитенциарные акции опираются на три группы данных.

Первая – учтённые в диспозициях и санкциях статей Особенной части УК характер и степень общественной опасности деяния. Вторая группа – детализирующие данные, не обозначенные в статьях закона, по которым осуждаются виновные. Как правило, большинство из них обозначаются в списках смягчающих и отягчающих наказание обстоятельств. Часть сведений, сигнализирующих о необходимости особого подхода к преступнику, может быть вообще не зафиксирована в законе. Брезговать ими, определяя судьбу хотя бы и злодея, значит, уходить от поиска наиболее оптимального решения, именуемого в праве древних справедливым (просьба потерпевшего или гражданского истца в уголовном деле о снисхождении, акты альтруизма или благотворительности в биографии виновного, получившие хорошую общественную аттестацию, и пр.).

Третья группа – данные о личности виновного – собирательная характеристика всех возможных сведений о лице, совершившем

¹ *Милан Бартошек*. Римское право: (Понятия, термины, определения), С. 11.

² Общая теория права: Курс лекций / Под ред. В.К. Бабаева. – Нижний Новгород: НГВШ МВД РФ, 1993. – С. 113.

преступление (анкетные и послужные данные, поведение в общественных местах, семейная жизнь, предыдущие криминальные эпизоды в биографии, действия непосредственно после эксцесса, взаимоотношения с потерпевшим). Список подобных сведений не ограничен, а зависит лишь от активности участников уголовного процесса. Задача практиков, в первую очередь судей, заключается в том, чтобы из числа собранных или представленных для аттестации подсудимого сведений отвергнуть те, которые уже учтены законодателем как признак состава преступления, а остальным дать толковую оценку с точки зрения их влияния на выбор вида и меры наказания.

Частной трактовкой принципа справедливости в древнеримские времена была следующая договоренность: *nemo bis punitur pro eodem delicto, nemo debet bis puniri pro uno delicto* – никто не должен дважды наказываться за (одно и то же) преступление. Современный законодатель убеждает общество в том же; нужна одноактность расправы; недопустимо возложение уголовной ответственности дважды за одно и то же преступление (ч. 2 ст. 6 УК РФ). Однако с тех пор в уголовном законе и судопроизводстве появилось много частных правил, которые, на первый взгляд, ставят под сомнение генеральный принцип *non bis in idem*. К ним относятся, к примеру, практика возобновления дел по вновь открывшимся обстоятельствам, пересмотра приговоров в кассационной и надзорной инстанциях, направления дел на новое судебное рассмотрение, назначения дополнительных наказаний. В подобных ситуациях новое производство по уголовному делу организуется не с целью отягощения положения субъекта преступления, а для исправления допущенных юридических ошибок. Кроме того, существует целый ряд гарантийных правил материального и процессуального закона, устраняющих в таких экстремальных случаях возможность двойного, повторного, усиленного и иного наказания: зачёт отбытого наказания, уголовно-процессуальный принцип запрета преобразования к худшему, сроки давности...

Аналогично, в нашем представлении, не нарушают принципа *non bis in idem*: практика употребления дополнительных наказаний (назначение по приговору суда и основного, и дополнительного наказания суть единый собирательный акт наказания виновного, состоящий из мер, лишь по законодательно-техническим соображениям рассортированных порознь в Общей и Особенной частях УК); случаи отмены условного осуждения (наказание не отбывалось, а при принятии решения о реальном исполнении наказания суд повторно не входит в обсуждение существа преступления с целью его покаяния); осуществляемая по закону замена прежде назначенного и не отбытого до конца наказания на более мягкое (откровенный шаг в пользу преступника: первичная, нереализованная мера ответственности заменяется на более гуманную).

Поиски образцов справедливости бесконечны, осуществляются они и в материальном, и в процессуальном законодательстве, и в практике их применения. Но великий идеал (величайший из посредников – Пьер Буаст), казавшийся таким близким, вновь удаляется. Эта горькая закономерность подтверждается каждую

эпоху обновления, когда экзальтированное общественное мнение подвергает беспощадной критике вчерашние юридические регламенты и практику по ним. Найденные тут же реценты выдаются новыми политическими агитаторами как лучшие или даже непревзойденные образцы. Но грядущая жизнь со временем неумолимо отшвырнет и их. В области государственного принуждения, дабы государство выглядело справедливым, нужно подчинять голос местного социального негодования холодному расчёту, покоящемуся на общих правилах; своевременно обновлять списки наказаний и виды преследуемых преступлений; внятно объявлять основные правила борьбы с деликтами и неумолимо следовать им; доверять местным судам и административным органам через альтернативные и относительно-определённые санкции, но стеснять эту свободу установлением общих начал и специальных правил назначения кары; опираясь на общие установления, видеть и применять исключения.

Принцип личной ответственности за содеянное пробивал себе дорогу медленно, по мере укрепления и централизации власти и перехода к ней всей полноты карательной функции, с параллельным отказом от обычая кровной мести, преследования животных, общинной уголовной ответственности (круговой поруки). У древних римлян он звучал как призыв не распространять последствия преступления на наследников (*in heredes non solent transire actiones quae poenales ex maleficio sunt* – иски, имеющие карательный характер и возникающие из факта совершения преступления, не переходят по наследству). Столь же однозначно выглядит ещё одна анонимная сентенция – *nemo punitur pro alieno delicto* (никто не наказывается за преступление другого лица). По Ульпиану, за правонарушение и вред отвечает лично правонарушитель (*et delicta et noxae caput sequuntur* – Ulp. D. 16,3,1,18). Свидетельством медленного разрыва формирующегося государственного уголовного права с прежними, обычными порядками является правило о запрете преемственности в криминальных делах: *crimen vel poena paterna nullam maculam infligere potest: namque unus quisquae ex suo admisso sorti subicitur nec alieni crimines successor constituitur* – преступление или наказание отца никак не может запятнать сына, ибо каждый отвечает за последствия своего поступка и никто не является преемником чужого преступления (Call. D.48,19,26). Заметим специально, что речь идет об ответственности взрослого сына за деликты отца, а не наоборот.

Идеологические и правовые конструкции рабовладельческой эпохи (раб представляет собою вещь, а не человека; отцу принадлежит право жизни и смерти сына и пр.) знали и исключения из принципа личной ответственности. Ныне мы бы краснели за них (исключения), римлянам же перекладка ответственности с недолжных деятелей на бездействовавших правосубъектных граждан казалась делом естественным (не оставлять же преступление безнаказанным!), каждый из них оправдывал бы отход от правила персональной ответственности истово, по убеждению. Так, Ульпиан говорил о забвении, которым смерть преступника покрывает само злодеяние (*Crimen extinguitur crimen mortalitate, nisi forte*

quis majestatis reus fuit – Ulp. D.48,4,11), но при одной оговорке – если не было государственной измены. Значит, в случае гибели родственника – государственного преступника наследники должны были готовиться к расправе. Из этой же серии правила об ответственности за чужую вину: хозяина – за правонарушение слуги (*injuria servi dominum pertingit*), человека – за деликты рабов или детей (*ob alterius culpam tenetur, sive servi, sive liberi*).

В современном уголовном законе нет прямого упоминания о принципе личной ответственности. Такое положение достойно сожаления минимум по двум причинам. Первое – по логике в отраслевых нормативных актах в первую очередь должны фиксироваться отраслевые же установки и достижения. Правило о личном, персональном, индивидуальном расчёте перед обществом и государством за содеянное, безусловно, входит в круг главных принципов уголовно-правового регулирования. И второе – вместо возвышения базовых отраслевых требований творцы УК занялись дублированием конституционных, то есть общеправовых узаконений. В УК РФ 1996 года отражены прежде всего те принципы, которые нашли закрепление в Основном законе страны: законности ст. 15 Конституции – ст. 3 УК), равенства граждан перед законом и судом (ст. 19 Конституции – ст. 4 УК), гуманном наказании (ст. 21 Конституции – ст. 7 УК), недопустимости повторного осуждения за одно и то же преступление (ст. 50 Конституции – ст. 6 УК).

Но принцип личной ответственности, не будучи провозглашённым в первой главе Уголовного кодекса, живет и реализуется в частных правилах. Таковы рецепты УК о персональном покарании соучастников (ст. 67), наставления по ответственности подельников при эксцессе исполнителя (ст. 36), положения о причинной связи, институт посредственного причинения вреда (ст. 33). Кстаты, римляне знали и культивировали последнюю заповедь: *qui facit per alium facit per se* (тот, кто действует через другого, действует сам).

Принцип неотвратимости сегодня, при достигнутом уровне дифференциации права на отрасли, после появления и развития в качестве самостоятельного раздела государственного управления уголовного процесса, большинство учёных отнесёт к процессуальным, а не материальным требованиям. Так, Н.И. Коржанский считает, что «неотвратимость уголовной ответственности – это больше принцип уголовно-процессуального, а не уголовного права»¹. Это суждение верно лишь отчасти, в том смысле, что реальное преследование осуществляется по технологическим ритмам, закреплённым в Уголовно-процессуальном кодексе, что без процессуального реагирования указание на неотвратимость останется пустым звуком. Однако импульс неотвратимости задаётся первоначально и именно в материальном законе: «настоящий Кодекс устанавливает основание и принципы уголовной ответственности, определяет, какие опасные для личности, общества или государства деяния признаются преступлениями, и устанавливает виды наказаний и иные меры уголовно-правового характера за совершение преступлений» (ч. 2 ст. 2 УК РФ); «наказание применяет-

¹ Коржанский Н.И. Очерки теории уголовного права. – Волгоград: ВСШ МВД РФ, 1992. – С. 14.

ся к лицу, признанному виновным в совершении преступления, и заключается в предусмотренных настоящим Кодексом лишениях или ограничении прав и свобод этого лица» (ч. 1 ст. 43 УК). Вероятно, эти нормативные позиции соблазняют учёных на включение идеи неотвратимости возмездия в число приобретений именно уголовного права. В частности, П.А. Фефелов в рамках отраслевых принципов находит два подвида: *основные* (неотвратимость ответственности и индивидуализация наказания) и *регулятивные* (экономия принудительных средств и соответствие наказания тяжести преступления)¹. В любом случае нужно проявить снисходительность к межотраслевым спорам о праве на обособленное владение принципом. Они, споры, вопреки намерениям участников, свидетельствуют о единстве, о межотраслевом звучании принципа неотвратимости ответственности.

В давние времена порождённая общественной совестью мысль о необходимости расправы за любое злодеяние входила в общую копилку карательных установок населения и власти. «Не в жестокости, а в неизбежности наказания, – провозглашал свою великую находку Ч. Беккариа, – заключается один из наиболее эффективных способов предупредить преступления... Неизбежность наказания, даже умеренного, всегда производит более сильное впечатление, чем страх подвергнуться самому суровому наказанию, если при этом существует надежда на безнаказанность»².

Принцип неотвратимости наказания у римлян относился к проявлениям естественной справедливости, мыслился важным превентивным средством, почитался как аксиома. Прежде всего это требование увязывалось с задачей реагирования на антиобщественный выпад преступника: *neque impunita maleficia esse oporteat* – преступления не должны оставаться безнаказанными (Jul. D.9,2,51,2). Особо приветствовалась мысль о неразрывной связи преступления и наказания, о заведомой обязательности возмездия. Никого нельзя освобождать от ответственности за правонарушение (*nemo delictis exiuitur*) – говорил Ульпиан (Ulp. D.4,5,2,3). Или: *ibi esse poenam, ubi et nox est* – где преступление, там же должно быть и наказание.

Чаще же идея неизбежности уголовного воздаяния сопрягалась с заботами о предупреждении новых преступлений. Говорили о государственных интересах (*interest reipublicae ne maleficia remaneant impunita* – в интересах государства, чтобы преступники не оставались безнаказанными), о том, что безнаказанность постоянно поощряет преступника (*impunitas cotinuum affectum tribuit delinquendi*), что надежда на безнаказанность представляет собой постоянное искушение к преступлению (*spes impunitas continuum affectum tribuit delinquendi*). Ульпиан видел в наказании средство пресечения развращающих надежд на пользование плодами преступления, на разрастание преступного бизнеса. *Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest* – никто не

¹ Фефелов П.А. Механизм уголовно-правовой охраны. Основные методологические проблемы. – М., 1992. – С. 102, 107.

² Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях, С. 162-163.

может улучшить свое положение путём правонарушения (Ulp. D. 50, 17, 134, 1).

Но всему есть пределы. Увлечение идеей неотвратимости расправы сподвигло римлян и на такой рецепт, который современное (да и будущее) общество не воспримет никогда. Имя ему – возмездие без закона: «лучше отойти от установленных законов, чем допустить, чтобы правонарушения и преступления оставались безнаказанными» (*receditur a placitis juris potius quam injuriae et delicta maneant impunita*). Ныне в чести и пользовании другая редакция. Неотвратимость – основанный на законе и противопоставляемый надеждам на суровость наказания общепредупредительный мотив, лучшее средство воздержания от преступного поведения.

III. *Преступление*, как институт и понятие уголовного права в современном звучании, в римской юриспруденции развитие не получило. Видимо, сказалась общая, упомянутая выше, неприязнь к сухому теоретизированию, к построению «правильных» дефиниций по заранее проверенным свойствам. Латиняне предпочитали точные и краткие формулы приказаний, жёсткие поведенческие рецепты. В согласии с общим тоном настоящей книги представим уровень классификаторских взглядов на преступления и остановимся лишь на нескольких максимах.

Первое. Древний Рим уже знал дифференциацию противоправного поведения на проступок (*commissum*), правонарушение (*delictum*) и собственно преступление (*crimen*). Последние, в свою очередь, делились на роды: государственные (*vis publica* либо *de majestate*); насильственные (*de vi*); против собственности (*raptus*), должностные (*ambitus*) и проч. Частные же виды преступлений той эпохи легко идентифицируются современным читателем: *reulatos* (похищение государственной собственности, растрата), *plagium* (продажа свободного человека), *repetundae* (похищение собственности союзников Рима), *veneficia* (отравление ядом)¹, *sicaria* (наёмное убийство), *homicidium* (умышленное убийство), *perduellio* (государственная измена), *furtum* (кража), *calunnia* (клевета), *falsum* (лжесвидетельство), *captio* или *fraus* (мошенничество), *convicium* (оскорбление), *verberatio* (побои) и т.д.

Второе. Со значительной долей условности можно утверждать, что юристы на Апеннингах признавали противоправность обязательным признаком преступления: *poena sine fraude esse non potest* – не может быть наказания без преступления. (Ulp. D. 50, 16, 131 pr.). Существовали и зачатки категоризации преступлений (*minora crimina* – малозначительные преступления); наши предшественники чувствовали необходимость в установлении момента окончания преступного акта (*flagrans crimen*); имелся прообраз к регламенту, закрепленному в ч. 2 ст. 14 нынешнего УК (*de minimus non curat lex* (*praetor*) – закон (претор) не занимает

¹ «Отравление, – читаем у Л.Н. Загурского, – составляет одно из любимейших римских преступлений; оно известно в глубокой древности... Нам известно то неподражаемое классическое искусство, с которым римляне приготавливали яды, убивавшие человека в одно мгновение». – Принципы римского гражданского и уголовного процесса Л.Н. Загурского, С. 181.

ся малозначительными предметами, т.е. малозначительное действие, формально подпадающее под признаки преступления, не расценивалось в качестве такового. Даже эти, дошедшие до нас в отрывочном виде, празнания римлян позволяют думать, что общетеоретические представления о преступлении, служащие единообразному применению отдельных составов, выглядели для того времени вполне солидно.

III. Вина. Преступление, как известно, представляет собою некое психофизиологическое единство, союз мысли и поступка, души и тела, намерений и результата, нерасторжимую связь между доступным внешнему наблюдению событием и скрытой от постороннего проникновения тайной – психическими переживаниями злодея. Маленькая часть внутреннего духовного мира лица, непосредственно отражающая и объясняющая преступный акт, которая естественным образом интересует законодателя и юристов, именуется субъективной стороной состава преступления. Это понятие известно было и древним римским юристам, звучало как *mens rea*. Можно без преувеличения сказать, что относились они к ней с почтением, понимали зависимость справедливой юстиции от дифференцированной оценки проявлений души действующего преступника, от обязательности учёта его сознания и воли. Отсюда резкие, аксиоматичные установки тогдашней власти: *reum linquam non facit nisi mens rea* (язык не виновен, если не виновна мысль). Логика рассуждений легко продолжается и в другом направлении: *telum non nocet nisi mens rea* (железо не виновно, ежели не виновна мысль (*reum cogere non facit nisi mens rea*)).

Современная наука выделяет в *mens rea* *цель* (желанный, искомый для автора результат посягательства) и *мотив* (осознаваемое либо не осознаваемое внутреннее побуждение, часто незаметно для обладателя готовящее его ко вступлению в союз уголовников). Но главный компонент субъективной стороны – *вина*. Безвиновное причинение вреда не преследуется в уголовно-правовом порядке. Древние латиняне загодя приготвили нам плацдарм для подобных построений и мудрствований. Они различали намеренное, случайное и эмоциональное преступления; *delinquitur aut proposito aut impetu aut casu* – люди нарушают право умышленно, в порыве чувств или случайно (Marci. D.48,19,11,2). Любой правонарушитель психически индивидуален, а любое преступление также являет область индивидуального психологического отражения мира и проявления себя в нём. Уголовное право использует в своих конструкциях обобщённые сведения о мире расчётов, переживаний и целеполагания преступников. Современные знания о человеке позволяют условно говорить о внутреннем психическом мире любого лица как единстве трёх сфер: интеллектуальной, волевой и эмоциональной.

Сегодняшнее уголовное право заимствует для собственных нужд, для конструирования форм и степеней вины научные разработки только о сознании и воле. Повышенная чувствительность, быстрота переживаний, энергическая возбудимость от соприкосновений с незначительными внешними раздражителями как бы в расчёт не берутся. Исключение сделано только для по-

рогового состояния эмоций – аффекта. Совершение самых тяжких преступлений против личности при пиковой возбудимости влечёт ощутимое понижение возмездия (ст. ст. 107 и 113 УК РФ). Но и здесь нас опередили апеннинские пращурсы. Их похожий рецепт прозвучал на 1,5-2 тысячи лет раньше. Максима той поры звучала следующим образом: *delinquens per iram provocatus puniri debet mitius* – преступник, совершивший преступление в гневе, вызванном потерпевшим, заслуживает менее сурового наказания.

Из остающихся двух сфер психической конституции преступника (сознание и воля) решающее значение придавалось и придаётся воле, ибо, по справедливому суждению Н.С. Таганцева, «одна мысль, как бы порочна она ни была, может подлежать суду совести, но не суду уголовному». Мы прилежно цитируем Н.С. Таганцева, но он в данном случае пользовался простейшим приёмом *relata refero* (пересказываю сказанное). Как и мы, виднейший русский криминалист выступал в данном вопросе учеником и пользователем готовых рецептов. Вот несколько близких по смыслу и направленности древнеримских максим: *voluntas pro facto (reputatur)* – «воля за действие» (волеизъявление считается за поступок, желание рассматривается как само деяние); *tolle voluntatem et erit omnis actus indifferens* – уберите волю, и каждое действие становится безразличным; *in criminalibus, voluntas reputabitur pro facto* – в уголовных делах воля считается за действие.

Знания о субъективной стороне и вине представляли для римлян, как и для нас, средство дифференциации уголовной ответственности. Они искали и находили всё новые разграничительные линии в преступной психологии. Отсюда утверждения, что преступления различаются по намерению и цели (*voluntas et propositum distinguunt maleficia*), культивирование близких современному юридическому знанию понятий – равная вина (*par delictum*), заранее обдуманый умысел (*malitia praecogitata*). Отсюда указание на близость грубой необдуманности и намеренного причинения вреда (*lata culpa dolo aequiparatur* – грубая небрежность приравнивается к умыслу или *magna culpa dolus est* – грубая неосторожность равноценна умыслу). Как видим, в уголовно-правовых конструкциях тех лет есть место и умыслу, и неосторожности, и небрежности. Как и сегодня, интеллектуально-волевые усилия и возможности преступника учитывались в уголовном праве по двум направлениям: по психическому отношению к совершаемому деянию (действию или бездействию) и к его последствиям. На языке современного законодательного текста это обозначается словами «сознать», «предвидеть», «желать», «допускать», «самонадеянно рассчитывать», «обязанность и возможность предвидения последствий». В зависимости от фактической компоновки интеллектуально-волевых усилий преступника по отношению к деянию и последствиям вина делится ныне на формы, а последние – на виды или степени.

В законодательных текстах и трактатах древнеримской эпохи нет прямых упоминаний о двух формах вины (умысле и не-

осторожности), ещё нет попыток юридического синтеза («двойной формы вины» – ст. 27 УК РФ), но уже замечено особое влияние алкоголя на преступное поведение. На этот случай были припасены следующие материально-процессуальные указания: *qui pescat ebrius, luat sobrius* – тот, кто совершает преступление будучи пьяным, подвергается наказанию, когда он трезв; и собственно уголовно-правовая максима: *per vinum delapsis capitalis poena remittitur* – наказание за преступление, за которое закон устанавливает смертную казнь, смягчается, если преступление совершено в состоянии опьянения. Нынешний законодатель поступает более осторожно, общим образом разрешает преследование нетрезвых преступников (ст. 23 УК РФ 1996 года). В отечественной науке встречались предложения о признании состояния опьянения самостоятельной, третьей формой вины (Е. О. Сосницкий, 1927 год), но доктринальной и парламентской поддержки они не получили. Думаем, сравниваем: стали ли мы благоразумнее либо уходим от необходимости строго отвечать на черно-белые же вопросы жизни.

Поставив на субъективное вменение, средиземноморские правоведы быстро познали необходимость охраны своего святилища от двух крайностей субъективного же толка – случая и ошибки. Сегодня эта грань проводится чаще всего с помощью инструментария небрежности; нужно видеть и оценивать пределы общегражданской осмотрительности (*должен*) и индивидуального благоразумия (*мог*). В новом законе на казус списываются и такие случаи неосторожности, предотвращение последствий которых лицу были не под силу (ч. 2 ст. 28). Венценосные римские юристы не владели тяжеловесной бланкетной терминологией сегодняшнего дня («несоответствие психофизиологических качеств лица требованиям экстремальных условий или нервно-психическим перегрузкам»), но разницу между статистически подтверждаемыми, постоянными закономерностями и «великим обновителем Вселенной» (Я. Бергман) – случаем, кажется, усвоили крепко и споро. Созрело верное предположение, что право должно цепляться за типичные, повторяющиеся события, предвидимые в силу этого обывателем, в том числе и преступником. Несчастные случаи в быту и на производстве, на войне и при текущей жизнедеятельности напоминают природный сюрприз, который следует принимать как должное. Последовали максимы и презумпции: никто не может предвидеть будущее, то есть отдалённую цепь событий, следующих за преступлением – *nemo tenetur divinare*; нельзя ожидать случайного события и никого нельзя обязать его предвидеть – *casus fortuitus non est sperandus et nemo tenetur divinare*. Хороши, своей убеждающей простотой и краткостью, наставления Ульпиана: а) *casus a nullo praestatur* – за случай (непреодолимую силу) никто не отвечает (Ulp. D.50,17,23); б) *fortuitos casum nullum humanum consilium providere potest* – никакая человеческая предусмотрительность не может оградить от случайностей (Ulp. D.4,4,11,5).

Вторая линия самообороны для вины есть граница соперничества с индивидуальным заблуждением. Сей противник издав-

на и по сей день зовётся «ошибкой» (error). Каждому среднестатистическому человеку известна и, даже может быть, приелась обывательская «мудрость»: ошибка ошибке – рознь. Она из длинного ряда подобных же спинномозговых суждений: «жизнь есть жизнь», «лучше жить хорошо, плохо жить плохо» и пр. Но и в этом мыслительном полуподвале есть свое рациональное зерно, кроется классификаторская пружина. Ошибки могут быть разные. Следовательно, эксцесс по простительному заблуждению и недопустимая оплошность аукнутся по разным карательным меркам. Римляне не просто развели порознь юридические и фактические ошибки. Они же твёрдо и настырно пропагандировали тезис о разной правовой цене первого и второго сорта заблуждений. Смысл различения очень прямолинеен: *ignorantia facti excusatur, ignorantia juris (haud) non excusatur (neminem excusatur)* – незнание факта извиняет, незнание права (ни в коем случае) и (никого) не извиняет.

Сентенций подобного же рода, в том числе имеющих афористичный вид либо достигающих уровня максимы, дошло до нас в избытке. Вот они: Павел говорил, что незнание права вредит любому, незнание факта не вредит (*regula est juris quidem ignorantia cuique nocere, facti vero ignorantium non nocere* – Paul. D.22,6,9 pr.); ошибка в праве – во вред (*error juris nocet*); правило таково, что незнание лицом закона может быть ему во вред, но незнание им факта может быть ему не во вред – *regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*; незнание права имеет тогда, когда мы не знаем о наших собственных правах – *juris ignorantia est, cum jus nostram ignoramus* и пр. Есть даже рецепт на случай сложнейшей разновидности заблуждений – при ошибке в личности потерпевшего. Из трёх мыслимых вариантов (умышленное убийство; неосторожное причинение смерти; покушение на убийство, сопряжённое с неосторожным причинением смерти другому лицу) юристы древности избрали первый путь: *si quis unum percusserit, cum alium percute vellet, in feloniam tenetur* – если кто-либо убивает одного человека, когда он намеревается убить другого, он считается совершившим тяжкое преступление (предумышленное убийство).

Мы, современники, можем гордиться лишь дифференциацией фактических ошибок на несколько разрядов и чётким формулированием принципа, согласно которому извинительная ошибка исключает уголовную ответственность, а непростительная – влечёт уголовное преследование. Не так уж и много приращено знаний за огромный исторический период.

В юстиниановские времена выкристаллизовалась ещё одна максима, не упомянуть о которой было бы непростительно. Демаркируя очевидные провинности, ошибки и случаи, наши коллеги из той эпохи видели вину и в непрофессиональном (ошибочном, по незнанию – ?) причинении вреда: *culpa non caret que rei non intellectae se innusceret* – не свободен от вины тот, кто вмешивается в дела, в которых не разбирается. «Святынькие болваны» (В.И. Ленин) с тех пор и поныне пребывают в большом количестве на различных ступенях общественной и административной лестни-

цы¹, да ещё и рьяно претендуют на конформирование их убогого мировосприятия другими лицами. Ведь «ум часто одинок, а глупости стоит только свистнуть, и к ней прибежит на помощь целая артель товарищей и однокашников»². Не видеть этого и не реагировать на сию грустную данность, кажется, невозможно. Посему действующий уголовный закон преследует подобные «интеллектуальные ошибки», почитает их за невежество, но и учитывает при этом психофизиологические возможности современного человека: вина открыжена от случая, субъективный критерий небрежности корректирует применимость общих правил предосторожности (объективный критерий небрежности). Но есть ещё одна нереализованная грань апеннинской премудрости: акцент в ней сделан на допустимости наказания профана. Значит, глупость специалиста, приведшая к беде, тем более непростительна. Значит, современная власть должна озаботиться дифференциацией ответственности на профессиональную и бытовую неосторожность. Призывы к этому отечественная криминальная наука раздаёт давно, но реакции законодателя нет и по сей день.

IV. Невменяемость. Вина предполагает работающую здоровую психику злодея. Это – аксиома. Причинение существенного вреда при неработающих или плохо (социально-неадекватно для данного случая) работающих по извинительным причинам воле и сознании человека (случай и ошибка), как было показано, уголовной ответственности не влечёт. Но матушка Природа с незапамятных времен снабжает общество людьми с большой психикой. Их деятельное проявление часто аномально, несёт беду окружающим. Общество, по счастью состоящее в большинстве из психически здоровых членов, должно искать способы реагирования. Оптимальное решение было найдено ещё на заре цивилизации. Психически дефектные люди были выведены из-под власти закона, а позже – отданы под опеку медицинских специалистов.

В целях дифференциации уголовной ответственности и врачебной помощи юристы вводят в правоприменительный оборот понятие невменяемости. Оно сохранилось, хотя и в малых дозах, на скрижалях древней апеннинской истории. Собственно юридические правила прямолинейны: *sufficit furore ipso furiosum puniri* –

¹ От чеховского крестьянина, неказисто требовавшего помощи от земского врача в вопросе призыва в солдатчину своего Васьки – через безумную ретивость унтера Пришибеева – мимо заблуждающихся дворян, «потому что их наукам учили» – к учёному разъяснению Леты как реки, отошедшей по Версальскому договору к Исландии – а от них и к верховным правителям. Последний русский государь, как свидетельствовал граф и премьер-министр С.Ю. Витте, «всю свою жизнь и по сие время никогда не открыл ни одной страницы русских законов и их кассационных толкований, да, наверное, и до сего времени не разъяснит, какая разница между кассационным департаментом Сената и другими его департаментами». (Витте С.Ю. Избранные воспоминания. 1849-1911. – М.: Мысль, 1991. – С. 558). А первый Президент России, по собственному признанию, сильно уставал даже от мимолетного чтения Пушкина. Ей-ей, так и хочется произнести сыромятную щедринскую мораль без всякой надежды на её понимание: «ежели ты знаешь, что ты дурак, зачем же не в своё дело лезешь» (Салтыков-Щедрин М.Е. Благонамеренные речи. – М.: Правда, 1984. – С. 48).

² Вяземский П.А. Стихотворения. Воспоминания. Записные книжки. – М.: Правда, 1988. – С. 413.

безумный достаточно наказан безумием (Mod.D.48,9,9,2). Переводим: уголовная ответственность за эксцессы психически больных лиц невозможна. Разумеется, в те давние времена не существовало пристойных психиатрических клиник. Отсюда медицинское продолжение вопроса о последствиях общественно опасных деяний отсутствовало – свободен вовсе и всё. Нет (и не могло быть) принудительных мер медицинского характера. Не было и законодательных дефиниций невменяемости, базирующихся на пристойном медицинском или биологическом фундаменте. Разграничивать вменяемых и душевно больных рекомендовано простейшим образом: *fatuus praesumitur qui in proprio nomine errat* – тот признаётся невменяемым, кто делает ошибки в собственном имени.

V. Объективная сторона преступления. При всей важности субъективного вменения, учения о вине, ошибках и невменяемости, первым, наблюдаемым и легко доказуемым свидетельством преступления выступают его внешние, объективные характеристики. Эта очевидная истина открылась в своё время и римлянам, полагавшим поступки более сильным аргументом, нежели слова (*facta sunt potentiora verbis*), что одних мыслей для расправы недостаточно, что голый умысел не наказывается – *cogitationis reo nam nemo patitur* (Ulp.D.48,19,18). Деяние и его результат в окружении важных внешних координат (место, время, способ, обстановка, орудие, средство и пр.) составляют с тех пор энергетическое ядро преступления, именуемое объективной стороной состава. Именно за данные признаки цепко ухватывается и по максимуму использует их при конструировании диспозиций УК российский законодатель.

В поле зрения наших средиземноморских предшественников, первыми торивших дорогу индивидуализации, попал и вопрос о моменте окончания преступления. Они решали его (с высот современной науки) примитивно, то есть в приложении к отдельным составам, без больших обобщений. К примеру, Гай оставил нам перечень взглядов на завершенность кражи: *manifestum furtum quidam esse dixerunt, quod dum fit apprehenditur. Alii vero ulterius, quod eo loco apprehenditur ubi fit... Alii... donec perferret eo, quo perferre fur destinasset. Alii... quandoque eam rem fur tenens visus fuerit* – по мнению некоторых, деяние заканчивается, если преступник застигнут во время преступления; другие считают... если он застигнут на месте преступления; третьи... пока вор не отнесёт вещь туда, куда задумал, и, наконец, иные считают... когда вора видят с вещью в руках. (Gai. 3,84). В этом правовом наследственном письме придирчивый криминалист нашего времени с некоторым усилием обнаружит зачатки материального и формального составов, почву для различения открытого и тайного хищения. Но нам ещё предстоит осмыслить ценность таких дифференцирующих критериев, как место посягательства и публичная демонстрация похищенных предметов. Стоит только начать раскопки и... будут найдены новые разграничительные линии для сегодняшнего уголовного права. Возможно, они понадобятся не только для правотворческого описания оконченных посягательств в статьях Особенной части, но и для уточнения современных представлений о стадиях совершения преступлений.

Законодательные памятники древнеримской эпохи уже знают пассивную форму преступного поведения и позволяют ответственность за неё. Обвинение в бездействии адресуется преимущественно всадникам (побег с поля брани и т.д.) и рабам (подлежали смерти за непотворение посягательству на господ в доме). Однако есть косвенные данные в пользу того, что уклонение от активного поведения признавалось одной из форм преступной деятельности для всех. Павел свидетельствует о следующей презумпции: *nullum crimen patitur is, qui non prohibet cum prohibere (non) potest* – не совершает преступления тот, кто не препятствует тому, чему воспрепятствовать не мог (Paul. D.50,17,109). Следовательно, римляне освоили первую ступень знания о бездействии («ничего не делание» наказуемо лишь тогда, если на лице лежала правовая обязанность действовать) и пошли дальше – искать правду в субъективной сфере (извинительное бездействие).

Первые конструкторы уголовно-правовых норм, возможно под влиянием защитных реплик преследуемых, занялись изучением внешних закономерностей и связей в деликтах. Потребовались формулы, толково объясняющие происхождение вреда от усилий отдельных, строго определённых лиц. Ширился понятийный аппарат и терминологический ряд, в орбиту осмысления вовлекались пространственно-временные данные. Появились и первые, азбучные сентенции: *effectus sequitur causam* – результат следует за причиной; *eventus est qui ex causa sequitur et dicitur eventus quia ex causis evenit* – последствие есть то, что происходит из причины, и оно называется последствием потому, что следует из причин. Квесторы и другие творцы уголовного права Рима не знали либо не пользовались современными понятиями бинарной связи либо причинной сети, но со сложными закономерностями криминального промысла сталкивались и старались пристойно реагировать. Такова известная крылатая формула: *causa causae est causa causati* – причина причины есть причина результата. А для более сложных ситуаций следовали другие рекомендации: *in iure causa proxima non remota (non remota causa sed proxima) spectatur* – в праве учитывается не отдалённая, а ближайшая причина. Возможно, только с помощью этого наставления нам по силам постичь гоголевскую причинно-следственную головоломку о Ляпкине-Тяпкине: «в детстве мамка его ушибла, и с тех пор от него отдаёт немного водкою»¹, а также архивную запись Б. Садовского: «балка в сарае, сорвавшись, ударила старика по голове. Явных последствий ушиб не имел; изменился немного почерк»².

Рангом ниже (чем деяние, результат и причинно-следственная связь между ними) мыслились римлянами другие внешние данные о преступлении. Об этом сигнализирует, например, требование помнить и выяснять факультативные (в современном звучании) признаки объективной стороны состава: *causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate, eventu* – необходимо выяснять

¹ Ревизор. Действие 1, явление 1.

² Борис Садовский. Записки (1881-1916) // Российский архив, т. 1. – М.: Студия «Триэтэ», 1991. – С. 121.

причину, личность, место, время, характер (Ven. D.48,19,16,1). В зоне особого внимания – способ преступления. Здесь царствуют преубеждения, которые колесили по Европе и России¹ вплоть до 20-го века: *omnia delicta in aperto leviora sunt* – все преступления, совершённые открыто, менее серьезны; *clam delinquentes magis puniuntur quam palam* – тот, кто совершает преступление тайным образом, заслуживает более сурового наказания, чем тот, кто делает это открыто. Объяснение этим установкам видится в нескольких обстоятельствах: а) в те давние времена, особенно у знати, открытый вызов и схватка ценились выше ударов исподтишка; б) отсутствие организованной и повсеместной сысковой службы и средств связи делали затруднительным изобличение именно скрытых дел; в) низкая плотность населения увеличивала вероятность ухода от уголовной ответственности тайного злоумышленника во сто крат по сравнению с посягателями, действовавшими с открытым забралом.

VI. Стадии совершения преступления. Множество человеческих начинаний умирает в зародыше, часть блокируется внешними преградами, другие – пересматриваются и отставляются от реализации из-за неверности первых расчётов, слабости собственных сил, переключения интереса на новые объекты. Таковы обещания усиленно учиться с нового семестра, чистить зубы с понедельника, одарить вниманием и цветами любимых. Преступным же усилиям противостоят дополнительно потерпевший, сторожевые собаки, заборы, уличная стража... Значит, вероятность незавершённости у криминального промысла выше, чем у законопослушных дел. Значит, власть, вооружённая генеральной идеей дифференциации уголовной ответственности, должна предъявить обществу планы борьбы и с неоконченными посягательствами, раздробить процесс совершения преступления на отдельные этапы или стадии – всё в целях индивидуализации наказания, вящей справедливости (ибо о том, что не кончено, не говорят, как о сделанном – *factum non dicitur quod non perseverat*).

Древний Рим не ведал понятия приготовления в современной трактовке, не видел нужды в выделении оконченного преступления как самостоятельной стадии, не делил покушение на подвиды (как это делает сегодняшняя наука уголовного права). Завершённому посягательству противопоставлялось только покушение, и именно ему посвящено наибольшее число сентенций. Часть из них ныне могут быть признаны чуждыми или ущербными: *In lege Cornelia dolus pro facto accipitur* – согласно закону Корнелия попытка (убить человека) приравнивается к убийству (Paul. D.48,8,7); *in atrocioribus delictis punitur affectus licet non sequitur effectus* – при более тяжких преступлениях покушение наказуется, хотя бы результат не наступил), завышенно-претензионными, нахрапистыми. Но вспомним о радостях первых юридических открытий, о контекстах дошедших к нам высказываний, о ярко выраженный

¹ К примеру, пункт 2 ст. 170 Устава о наказаниях, налагаемых мировыми судьями, звучал следующим образом: «когда кража учинена ночью». – *Цит. по:* Российское законодательство X-XX веков. Том 8. – М.: Юрид. литература, 1991. – С. 17.

прагматизме древнеримских юристов и критическое оппонирование обернётся снисходительностью, готовностью обсуждать, а не осуждать старый опыт.

Тогдашняя ставка на практичность рекомендаций объяснит нам многое: и безразличие к законодательным дефинициям (*non definitur in iure quid sit conatus* – то, что составляет покушение, не определено в праве); и активное обсуждение вредоносности покушительной стадии (*non officit conatus nisi sequatur effectus* – покушение не причиняет вреда, если нет результата; *officit conatus si effectus sequatur* – покушение причиняет вред, если следует результат) с итоговим выводом о том, что начатое преступление наказуемо даже без результата (*affectus punitur, licet non sequatur effectus*); и большие объяснения о ценности самого намерения в сравнении с его последующей реализацией (*intentio mea imponit nomen operi meo* – моё намерение даёт имя моему действию; *in maleficus voluntas spectanda est, non exitus* (Hadr. у Call. D.48.8.14) – в преступлении учитывается умысел, а не результат (успех).

VII. Соучастие в преступлении. Апеннинская знать быстро, можно сказать с молоком матери, осознала повышенную опасность групповых форм преступности, кооперативного сопротивления порядку (столкновения с соседними племенами, политическое буйство плебса, внушавшие ужас восстания рабов, волнения в провинциях). Отсюда – пристрастное внимание к проблемам соучастия, защитная реакция в законодательстве, жестокое подавление ереси. Теория ловит размашистый ритм практики, натужно рождает обобщения и правила и даже дотягивается до трудноразрешимых проблем. К числу таковых бермудских мест уголовного права и по сей день относится акцессорность. Здесь непорочный принцип личной ответственности подвергается самым суровым испытаниям; здесь горестная фигура исполнителя как бы назидательно вопрошает – а что вы без меня значите?

В нашей стране смелым и, пожалуй, единственным сторонником теории акцессорности, причём с давних пор, является проф. М.И. Ковалев из Екатеринбурга. По его мнению, «соучастие по самой своей сущности акцессорно, зависимо от действий исполнителя»¹. Ниже учёный разъясняет свою позицию: акцессорность проявляется не в безличной наказуемости поделщиков, а в возможности совершения соучастия только через активность исполнителя². Его, и многочисленного отряда противников, аргументы находятся на сегодняшний день в состоянии зыбкого равновесия. Всем понятно (и потому неопровержимо) фактическая зависимость юридической судьбы соучастников от поведения исполнителя. Но столь же понятно и другое стремление – облагородить законодательными оговорками эту некрасивую позицию, усилить самостоятельную (индивидуальную) основу ответственности для подстрекателя, организатора и пособника.

¹ Ковалев М.И. Соучастие в преступлении. Ч. 1: Понятие соучастия // Учён. труды Свердлов. юрид. института, т. 3. – Свердловск: СвЮИ, 1960. – С. 99.

² Там же, С. 130.

На сегодняшний день это стремление реализовано комбинированием особого состава для подельников из норм Общей и Особенной частей Уголовного кодекса, установлением уголовной ответственности за неудавшееся подстрекательство (п. 5 ст. 33 УК), в индивидуализированном статусе эксцесса (ст. 36), в особых требованиях к добровольному отказу организатора, подстрекателя и пособника, привязанных к их функциям в групповом преступлении (п. 4 ст. 31), в раздельном учёте роли, а также смягчающих и отягчающих наказание обстоятельств для каждого соучастника (ст. 67).

Римляне действовали в этом вопросе достаточно прямолинейно: углядели, что развязка группового посягательства в конечном счёте зависит от финальных усилий исполнителя, и признают его несущей осью, главным виновником: *ubi non est principalis, non potest esse accessorius* – где нет главного виновника (исполнителя), там нет и соучастника. И ещё одна максима в развитии: *accessorius sequitur naturam sut principalis* – соучастник следует за главным виновником (соучастник не может быть обвинён в более тяжком преступлении, чем главный виновник).

Соучастие ещё не оттеняется институтом прикосновенности, но попытка юридически ограничить групповщину временем преступления уже предпринимается: *nullus dicitur felo principalis nisi actor, aut qui praesens est, abettans aut auxilians actorem ad feloniam faciendam* – никто не именуется главным виновником, за исключением исполнителя или же лица, присутствующего в месте совершения преступления и подстрекающего к совершению преступления либо пособничающего ему в этом. Как видим, при общей приверженности субъективным основам соучастия, укрывательство сформулировано дефектно, говорится только о знании укрывателем об усилиях исполнителя, но о совместной договорённости или осведомлённости упоминания нет.

В формирующемся на Аппенинах уголовном праве есть и достижения – выделяется и используется понятие соучастника преступления (*particeps criminis*); широко распространена установка, которую мы бы сегодня назвали нормой о посредственном причинении вреда (*qui per alium facit per seipsum facere videtur* – тот, кто действует через другого, считается совершающим действие сам). К позитиву следует отнести и попытки классификации соучастников, определения сравнительной ценности той или иной фигуры. Особенно «достаётся» подстрекателю: считается, что он всегда более виновен, чем исполнитель (*plus peccat autor quam actor*). Или, настаивая на коллег-современников Ульпиан, «*persuadere plus est quam compelli atque cogi sibi parere*» – подстрекнуть, это более злонамеренно, чем заставить и принудить к повинновению (Ulp. D.11,3,1,3).

VIII. *Обстоятельства, исключаящие преступность деяния.* Общеизвестно сегодня, что законодательно выраженные правила представляют собой шаблоны поведения, рассчитанные на типичные ситуации и человека средних способностей. Нормативность, общеобязательность, формальная определённости и неперсонифицированность правовых предписаний при лаконичности законодательных текстов сообщают праву худую славу, репутацию

бездушного, несправедливого орудия управления¹. Очень ярко порочность правовых методов звучит в одной из распротранённых дефиниций права (приписываемых классикам марксизма) как равной меры к неравным людям и обстоятельствам.

Диалектический конфликт общего и единичного сглаживается в философии категорией особенного. В праве же впечатление кричащей, явной несправедливости приложения общего правила к конкретному случаю жизни может быть скорректировано двумя способами: разрешением правоприменителям «исправлять» закон в пользу индивидуальности события (передача законотворческих функций на места) либо возможностью в самом законе устраивать исключения, своеобразные клапаны, позволяющие выпускать пар общественного негодования. Из обозначенных двух вариантов реагирования на негочность общих правовых предписаний предпочтительнее последний, ибо исключения на уровне правоприменения ставят юристов в гнетущую зависимость от местных условий и местной администрации, коречат незаменимый тезис об управлении через разделение властей, приучают обывателя к мысли, что его судьба зависит не от равных для всех запретов и дозволений, а от усмотрения могущественного территориального чиновника.

Итак, отражая сложные жизненные процессы в форме обобщённых регламентов (общих правил поведения), законодатель же должен дополнять их исключениями, рассчитанными на самые крайние ситуации. Это такие ситуации, когда стандартные запреты оказываются противными целям и базовым ценностям правового регулирования. Дополнительные усилия законодателя по коррекции своих первоначальных установлений вполне допустимы, поскольку исключения доказывают правило (*exceptio probat regulam*). Таким образом, в уголовном законе должны быть нормы-исключения из общих правил (для снятия запретов, в качестве основы правоприменительной декриминализации отдельных поступков, формально сходных с преступлениями). Контрольным рядом для их создания и испытаний служит законопослушное поведение. В представлении любого обывателя оно отождествляется с такими характеристиками, как наиболее рациональная (по способам достижения целей), безопасная (по меркам проверенных жизнью вариантов удовлетворения интересов, не порождающих вреда для окружающих) и окупательная (по бытующим оценкам большинства населения) жизнедеятельность.

Осмысленное вредоносное поведение, имеющее вынужденный характер или опирающееся на благородные мотивы, при определённых условиях объявляется властью непроступным, непредсказуемым, ненаказуемым. Тем самым сограждане демонстративно приглашаются к повторению аналогичных актов, что свидетельствует о правовом стимулировании. Следовательно, исключительные нормы уголовного права в большинстве случаев можно считать одновременно и поощрительными нормами. В.М. Баранов пишет об этом: «Всякая поощрительная норма... права – стиму-

¹ Общая теория права: Курс лекций / Под ред. В.К.Бабаева. – Нижний Новгород: НГВШ МВД РФ, 1993. – С. 112, 119, 282.

лирующая, но не каждая стимулирующая норма права является поощрительной. Стимулирование в праве осуществляется не только с помощью поощрительных мер, но и путём установления юридической ответственности... Таким образом, поощрительные нормы – часть и вид стимулирующих норм советского права»¹.

Таковых норм в действующем УК РФ немало: добровольный отказ (ст. 31), деятельное раскаяние (ст. 75), малозначительность преступлений (ч. 2 ст. 14), примирение с потерпевшим (ст. 76) и т.д. Расположены они в тексте кодекса изолированно друг от друга, встречаются и в Общей, и в Особенной частях. И лишь в одном случае, в главе 8 УК, собраны воедино шесть статей, и все они посвящены регулированию исключительных ситуаций. Именуются они по-разному: необходимая оборона; причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление; крайняя необходимость; физическое или психическое принуждение; обоснованный риск; исполнение приказа или распоряжения. Различаются, и существенно, условия их правомерного осуществления. Но есть и объединительные признаки. Во-первых, при реализации актов, предусмотренных ст.ст. 37-42 УК РФ, причиняется существенный вред правоохраняемым интересам других лиц. Об этом критическом свойстве прямо утверждается в тексте и даже в названии указанных статей. Во-вторых, все они (при соблюдении обозначенных в законе условий) влекут одно и то же правовое последствие – освобождение от уголовной ответственности².

Обозначенные в современном уголовном законодательстве поступки, именуемые обстоятельствами, исключающими преступность деяния, осуществляются субъектами в экстремальной обстановке: ситуация причинения вреда ими не планировалась, имеет вынужденный характер, времени для обдумывания своих ответных действий или сбора советов нет. Если при наличии таких условий присутствует ещё и общественная полезность акций (кроме случаев причинения вреда под принуждением), приходится говорить о необходимости особо щадящего отношения власти к таким людям. Сегодня подобная гуманность проявляется в следующем: а) границы правомерного поведения обозначены с помощью оценочных понятий, что исключает математическое сравнение условий и самого поведения, а, значит, и жёсткость оценок случившегося (порицается только явное несоответствие, преследуется лишь заведомость); б) по общему правилу отсутствует уголовная ответственность; в) в законе выделяются специальные переходные состояния – эксцессы правомерных действий, влекущие пониженный размер наказания; г) уголовная ответственность за

¹ Баранов В.М. Поощрительные нормы советского социалистического права. – Саратов: Изд-во Саратов. гос. ун-та, 1978. – С. 32.

² В связи с этим название главы 8 УК – «Обстоятельства, исключающие преступность деяния» – неудачно. Акцент на последствии явно проигрывает упоминанию о существенных (социальных) свойствах явления. Да и сами по себе обстоятельства, названные в главе 8, преступную окраску не ликвидируют: для этого нужно специальное дозволение законодателя. По этим соображениям предпочтительнее было бы иное наименование главы и самих обстоятельств, например, «Ситуации правомерного причинения вреда».

излишнюю горячность при пользовании своим правом реализуется только при наличии умысла (ч. 2 ст.ст. 38 и 39) или при условии причинения существенного вреда пострадавшим; д) отнесение издержек в пользовании разрешением на правомерное причинение вреда к обстоятельствам, смягчающим ответственность (п. «ж» ч.1 ст. 61 УК).

Игнорировать имманентную несправедливость права в эпоху мировых интеграционных процессов, роста сравнительной юриспруденции, массового увлечения правами и свободами человека, доступности и влияния на умы *mass media* уже невозможно. Закономерны поэтому поиски компромисса между жизнью и законом, частным и общим. Это – сейчас. Названных факторов не было 1,5-2 тыс. лет назад на Апеннингах. А поиск и применение ситуаций правомерного причинения вреда шли, возможно, в чём-то опережая время. Тщедушный, технически безоружный, зависимый от природных катаклизмов человек далёкого прошлого сумел-таки отличить «божьи дела» (*actus Dei, vis major, vis divina*) от социального форс-мажора. Последнему было присвоен титул необходимости: она заменяет закон и смеётся над его путями (*necessitas vincit legem; legum vincula irridet*); оправдывает то, к чему принуждает (*quod necessitas cogit, defendit*); делает законным то, что при других условиях было бы недопустимым (*quod alias non fuit licitum necessitas licitum facit*) и даже не признаёт законов общества (*necessitas non habet legem*).

Как и сегодня, группу социальных форс-мажоров Древнего Рима возглавляла необходимая оборона. Здесь набор правил, оговорок и намёток достаточно обширен. Затрагиваются все важнейшие фрагменты современного учения о необходимой обороне – условия правомерности, эксцесс, провокация... Это и понятно. Право самозащиты, экстренной помощи попавшим в беду соплеменникам является необходимым элементом человеческого общежития, и власть вынуждена считаться с этим фактом. За ним стоит выстраданная длительным опытом выживания нравственность. Государство делится правом на пресечение злодеяний с обывателями. Дозволением необходимой обороны в законе государство совершает ответственнейший шаг – закрепляет естественное и неотчуждаемое право граждан на защиту от нападений других лиц. Право обороны, таким образом не даруется властью, а признаётся и фиксируется ею. Отсюда такое внимание к анализируемому институту.

Во-первых, необходимая оборона провозглашается естественным и благим делом: *quodcunque aliquis ob tutelam corporis sui fecerit jure id fecisse videtur* – всё, что человек делает для защиты самого себя, считается сделанным законно. При самообороне дозволяется любой исход, включая причинение смерти нападавшему (*homicidium se defendendo*). Но, во-вторых, сама схватка с посягателем уже обставляется рядом условий. В-третьих, насилие должно сопрягаться со встречным насилием – *vim vi repellere licet* (Cassius у Ulp. D. 43, 16, 1, 27). А «нападающего можно ранить при самозащите, но не из мести» – *Illum qui vim infert, ferire conceditur, si tuendi dumtaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit* (Paul. D. 9, 2, 45, 4). Последняя сентенция должна быть истолкована таким образом,

что правомерность оборонительных действий зависит от временных рамок (при самозащите) и не может ничем оправдываться, кроме интересов пресечения посягательства (не из мести).

Конечно, при переходе от родоплеменного к государственному укладу жизни право самозащиты было как бы частным делом, разновидностью взаиморасчётов, ничем не ограниченной местию и потому в каких-либо регламентах не нуждалось. По мере развития общежития и укрепления светской власти защита самых важных охраняемых благ постепенно переходит в ведение государства. Квестор, констебль, исправник или мировой судья всё чаще выступают незаменимыми распорядителями частных ссор и обид. Вот римляне и сдерживают частные страсти; теперь, в-третьих, *injuria non excusat injuriam* – причинение вреда не всегда оправдывает (ответное) причинение вреда. Запрещается, в-четвёртых, маскировать насилие под право – *est autem vis legem simulans*. Под запретом и провокации. «Злой умысел, – читаем у Павла, – никому не должен пойти на пользу под предлогом права, вопреки естественной справедливости» – *ne cui dolus suus, per occasionem juris civilis, contra naturalem aequitatem prosit* (Paul. D.44,4,1,1).

Осуществляемые в любом обществе меры по розыску, задержанию и доставлению преступников в органы власти для судебного наказания – самый естественный и абсолютно необходимый фрагмент борьбы с преступностью. В каждой стране существуют многочисленные случаи принудительного задержания виновных, факты причинения им вреда, жалобы на неадекватное поведение милиции (полиции), служебные расследования по ним и даже судебные процессы. И нынешняя Россия – не исключение. Этой же дорогой шли и средиземноморские правоведы. Вот показательная сентенция: *furem, si aliter capi non posset, occidere permittunt* – вора разрешается убить, если его иначе нельзя задержать.

Оправдательное значение по мотивам вынужденности имеют и случаи причинения вреда людям под влиянием физического или психического принуждения. Действующий в Российской Федерации закон выставляет здесь одно условие – насилие должно быть непреодолимым, отбирающим у подвергаемого ему лица возможность действовать избирательно, приказывающим ему действовать против своей воли (*contra voluntatem*). Разумеется, ближе всего к этому порогу стоит физическое насилие. Оно есть непосредственное контактное воздействие на организм человека посредством побоев, истязаний, связывания или других способов лишить насилуемого возможности производить телодвижения или действия, через порезы, имитацию удушения, болевую демонстрацию намерений причинить смерть и др. Психическое насилие или угроза, по мнению древнеримских юристов, менее значимо. Здесь требуются особые доказательства парализации воли, ибо необоснованный страх не является оправданием – *vani timoris justa excusatio non est* (Cel. D.50,17,184). Лишь тогда можно вести речь об оправдании за причинение вреда, если внешнее принудительное воздействие было достаточно сильным. Буквально: *actus me invito factus, non est meus actus* – действие, совершённое мною против моей воли, не есть моё действие.

Жизнь гражданского общества (семья, производство, армия, административная служба, сфера досуга и пр.) объективно строится на принципах не только разумной, то есть самостоятельно испытанной или лично проверенной, но и властной организации – на началах подчинённости, субординации, разделения труда в форме разграничения полномочий между участниками общественного взаимодействия. Приказы, распоряжения, предписания, требования по работе и службе конкретизируют законы, реализуют власть, создают или поддерживают обстановку стабильности в обществе и режим законности в государстве. Административные или дисциплинарные указания могут вторгаться в сферу частных прав, реализацией полученных по службе предписаний исполнитель (подчинённый) может причинить вред правоохраняемым благам. Как бы совместное с начальством зло должно быть оценено с позиций индивидуальной ответственности. Эту задачу как раз и решает самостоятельный норматив уголовного права, предусмотренный в ст. 42 УК РФ. Он обставлен специальными разумными условиями, что создаёт возможности относительно бескровно разрешать неприятные ситуации.

Это только кажется, что современный закон далеко ушёл вперед. В прежнем УК РСФСР 1960 года этой нормы не существовало. Древнеримские указания же по данной ситуации правомерного причинения вреда практически предвосхитили сегодняшние регламенты, их позиция выглядит достаточно взвешенной. Судите сами: вначале утверждается, что нет вины на том, кто вынужден подчиняться (*ejus nulla culpa est qui parere necesse sit*), а затем находится и должный виновник – отвечает вышестоящий сопричинитель (*respondeat superior*).

К сожалению, в УК РФ 1996 года остались нереализованными научные предложения о введении в законодательный и правоприменительный оборот и других исключительных норм поощрительного характера: причинение вреда с согласия (по просьбе) потерпевшего, во время исполнения закона, профессиональных функций или общественно полезных обязанностей, при осуществлении своего права. А вот римляне пользовались специальной формулой (*volenti non fit injuria*), по которой лицо, давшее согласие на причинение себе вреда, не считалось понёсшим юридический вред.

IX. Наказание и его цели, безусловно, всегда будут расположены в фокусе общественного внимания, подвергаться нравственной санации современников и потомков. К нему, наказанию, тянется и профессиональный, и обывательский (часто нездоровый) интерес. По В.И. Далю наказание первоначально понималось как приказ, указание, а позже – в качестве кары, принуждения, то есть ограничений и страданий для ослушника. А Ч. Беккариа завещал, чтобы «ни одно наказание не было проявлением насилия одного или многих над отдельным гражданином, оно должно быть по своей сути гласным, незамедлительным, неотвратимым, минимальным из всех возможных при данных обстоятельствах, соразмерным преступлению и предусмотрен-

ным в законе»¹. Белинг видел в государственном возмездии громоотвод против опасности потери авторитета власти. Н.С. Таганцев образно рисует властные правила следующим образом: «Фемида не разводит только безнадежно руками при виде попавшегося в двадцатый раз карманного вора, не довольствуется, качая старческой головой, порицанием конокрада или поджигателя, укоризненно восклицая: что ты, бездельник, наделал! Нет, меч в привычной и твёрдой руке правосудия наносит ослушнику раны и раны глубокие, не заживающие»². Историк и социолог советской эпохи видел в наказании месть государства за посягательства на его монополию управлять: «закон сурово карает преступника-убийцу и суровее всего за преднамеренное убийство, т.е. за то, что он поднял руку на саму монополию государства убивать»³. Право, по Г.В. Мальцеву, есть гарантированный принудительной силой государства порядок жизни общества, обязательный для всех согласных и несогласных с ним. Создаваемое в законодательных инстанциях право уже содержит определённую программу или общий план реализации обменных или распределительных отношений в обществе⁴.

Таким образом, принуждение в праве и, особенно в наказании – это красноречие силы, гвардейская правоспособность (М.Е. Салтыков-Щедрин). Однако преобладающим на сегодня является убеждение, что наказание – это крайнее средство, что надежды на правомерное поведение следует увязывать с более широкими социальными программами, а не с государственно-организованным насилием. «Что касается уголовного наказания, – пишут авторитеты, – то оно по отношению к преступности вторично и имеет дело не с социальными её причинами, а с результатами действия этих причин. Именно поэтому уголовное наказание (как и все уголовное право) не только не может ликвидировать преступность, т.е. явление, имеющее социальные корни, но вряд ли может даже существенно повлиять на структуру и динамику преступности»⁵.

Это предостережение против гиперболизации государственных решений и экзекуций, несмотря на рабовладельческий строй и варварские порядки, эксплуатировалось и римлянами. Их взгляды на место наказания в арсенале государственных и общественных мер по наведению порядка и поддержанию гражданского мира выглядят вполне благородными, созвучными современным настроениям. Смерть по распоряжению власти считается крайним наказанием (*mors dicitur ultimum supplicium*). Совсем как в отечественных криминальных кодексах последних десятилетий (ст. 23 УК РСФСР 1960 года, ст. 69 УК РФ 1996 года), где она объявлена исключительной и временной мерой наказания.

¹ Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях, С. 247.

² Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Изд-е 2-е. Часть Общая, том 2. – СПб.: 1902. – С. 948-949.

³ Поринев Б.Ф. Франция, английская революция и европейская политика в середине XVII в. – М., 1970. – С. 19-20.

⁴ Мальцев Г.В. Социальная справедливость и право. – М.: Мысль, 1977. – С. 180-185.

⁵ Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования. – М.: Наука, 1987. – С. 140-141.

Палитра аксиологических исканий апеннинских юристов в области пенологии, их представления о целях карательной деятельности государства также близки сегодняшним устремлениям – там было место и превентивным, и педагогическим надеждам. До этого же уровня подтягивался и тогдашний судейский корпус. Ему рекомендуют помнить, что *causa in praeterium, poena in futurum confertur* – причина (преступления) относится к прошлому, наказание назначается на будущее (Ulp. 35,1,12). А в связи с этим полная привязка репрессии к обстоятельствам и последствиям уже случившегося преступления нерентабельна; взгляд в будущее означает варьирование ответственности и с прицелом на нужды общества. *Poena extenditur quandoque ratione rei publicae* – иногда наказание усиливается в интересах государства.

Превентивное предназначение наказания в те давние времена сомнению не подвергалось. Согласно бытовавшей сентенции, мудрый человек наказывает не для того, чтобы аннулировать совершённые действия, а для того, чтобы предупредить будущие (*nemo prudens punit ut praeterita revocentur, sed ut futura praeveniatur*). Да и вообще правосудие истинно предупреждающее предпочтительнее, чем сурово карающее – *melior est justitia vere praeveniens quam severe puniens*. Задолго до благонаправных откровений итальянского маркиза Ч. Беккариа древнелатинские прагматики «поймали» связь между неотвратимостью и предупредительными целями. Строгость имеет малые мотивационные возможности по сдерживанию преступлений в сравнении с убеждением в неизбежности ответа за любое злодеяние. Посему быд составлен следующий рецепт: *cum non remitti poenam facile publice intersit, ne ad maleficia temere quisquam prositiat* – не оставлять преступления безнаказанными – в интересах общества, чтобы и кто-нибудь другой не вздумал совершать преступления (С. 9,47,14).

Сегодня каждый школьник пропитан пропагандой гуманности к оступившимся людям. Все понимают, что наказание – это кара, нежелательные для виновника последствия. Страдания, лишения и ограничения составляют неотъемлемое свойство наказания, без чего оно перестало бы быть им, восприниматься как воздаяние и профилактическое средство. Уголовное наказание как кара объективно сообщает осужденному физические и нравственные/психологические страдания. Это обстоятельство стало в XX веке объектом настырной нравственной санации. В результате неё статьёй 7 Всеобщей декларации прав человека 1948 года, статьёй 7 Международного Пакта о гражданских и политических правах 1966 года и статьёй 7 Уголовного кодекса РФ провозглашается, что наказание не может иметь своей целью причинение физических страданий или унижение человеческого достоинства. Этот девиз – обращение к власти. По факту же, в многочисленных случаях наказание действительно причиняет физическую боль ранее никогда не работавшему великовозрастному балбесу, индивидуально может ущемить личное достоинство осужденного высокопоставленного чиновника, посрамить репутацию человека самим фактом обвинительного приговора. Эти мысли как бы пролонгируют (а лучше – восстанавливают) гуманистический запал древ-

них римлян. По их убеждениям, задачи тюрем заключаются не в том, чтобы карать людей, а в том, чтобы содержать их под стражей (*carcer ad homines custodiendos, non ad puniendos dari debet*).

Вопрос о целях карательной практики – сфера обнажённого государственного интереса, политических пристрастий, результатов предыдущей правоохранительной деятельности. Проблема гуманизации уголовного преследования не выходит из круга забот и мировоззрения человечества. Меняется лишь её категоричность в списке трудностей сосуществования государства и налогоплательщиков. В нашем веке экспансия государственного мщения подвергнута жесточайшей обструкции. Требование максимальной пристойности в области карательного законодательства и деятельности правоохранительных органов не подлежит сомнению. Имя ему – принцип экономии репрессии, и реализовывался он постепенно в следующих подвижках.

Первое. В спектре целей прочно закрепилась (не без помощи римлян) задача исправления виновного; он есть испорченный продукт управления и должен быть возвращён в общество после принудительной ресоциализации. *Второе.* Процесс применения наказания ароматизируется специальной добавкой – мерами исправительного воздействия. Они не имеют принудительного звучания, но существенно облагораживают кару. Это: обязательный труд; воспитательная работа с осужденными; общеобразовательное и профессионально-техническое обучение; общественное воздействие на них (ст. 9 Уголовно-исполнительного кодекса РФ). *Третье.* Взыскания срочного характера таят очевидную для всех неточность, обнаруживаемую в подробностях по ходу реализации наказания, подталкивают население к обидным для власти выводам о её несправедливости, грешности: индивидуально назначенное наказание со временем кажется то весьма суровым, то чрезвычайно мягким. Рождается мысль о том, что правило незыблемости приговора консервативно, что корректировка его заказывается жизнью. В этом вопросе сложились и культивируются два ярко выраженных подхода. На Западе уже много лет испытывается правило неопределённых приговоров; решение о наказании сразу считается примерным, а его фактический размер с точки зрения достижения целей зависит от усмотрения административных чинов. В СССР и современной России в ходу другой приём. Имя ему – прогрессивная система отбывания наказания. Объём карательного воздействия на преступника после приговора ставится в зависимость от поведения осужденного¹; чётко обозначенные в приговоре вид и размер наказания могут быть изменены в процессе его отбывания, но судом по представлению пенитенциарного учреждения. Так порядочнее. Тем самым наказание как способ санкционирующего обучения правилам жизни получает развитие ещё на одну ступеньку.

¹ Как пишет большой знаток данной методологии пенитенциарного дела, проф. Ю.М. Каческий «прогрессивную систему исполнения и отбывания наказания можно определить как смягчение или усиление карательного содержания наказания в зависимости от поведения осужденного». – Российская прогрессивная система исполнения уголовных наказаний. – М.: Издательский Дом «Городец», 2007. – С. 5.

Это – у нас и сейчас. А у римлян эпохи крещёного рабовладения? Странно, но сегодняшние убеждения в том, что «воспитание страхом, угрозами и т.п. – это прошлое человеческого общества (выделено нами – А.Б.), самый грубый способ воздействия на людей»¹, не вполне соответствует фактам. Ещё Цицерон сопоставлял ценность превентивных и педагогических усилий и отдавал преимущество последним. Это ему принадлежит блестящий афоризм о том, что страх является «нестойким учителем обязанности». Лучше воспитывать, чем просто держать в узде. Мы же в ходе недавнего обсуждения проектов Уголовного и Уголовно-исполнительного кодексов наибольшим атакам подвергли именно исправительную цель. Доводы противников известны: наказание – не лучшее воспитательное средство, а исправительные результаты сегодняшней пенитенциарной системы чрезвычайно низки. Однако, говорят оппоненты, исключение из социальной и ценностной ориентации педагогических устремлений даст ещё более удручающие результаты, приведёт к дополнительной ведомственной прагматизации карательно-воспитательного процесса, поставит заслон исправительным и психологическим опытам и новинкам тех педагогов исправительных учреждений, которые всё ещё влюблены в своё дело. Система среагирует моментально в сторону гиперболизации превентивных мероприятий. Тогда придется уповать исключительно на организацию приходов церкви в каждой колонии. Латиняне же не мудрствовали: *poena constituitur in emendationem hominum* – наказание должно исправлять людей (Paul. D.48,19,20).

Х. Назначение наказания. Проблема соразмерности. Квittance к итоговому расчёту за преступление и сейчас, и прежде заполняется в судебном зале – в форме обвинительного приговора. Выбор вида и меры наказания венчает труд целого отряда правоприменителей: розыскников, экспертов и других специалистов, следователей, представителей обвинения и защиты, самого суда. Логично думать, что в итоговой репрессии фокусируются государственное беспокойство и ненависть потерпевшего, тревожные ожидания подсудимого и надежды общества на спокойную и сытую жизнь без эксцессов. Требуется, что ни говори, искусство и даже ловкость арбитража, нужны общие правила, гасящие возбуждение толпы и страхующие юристов от своеволия. Современная власть вынуждена афишировать свои представления на сей счёт в целом разделе (глава 10) УК, а в нём в самом концентрированном виде имеются «Общие начала назначения наказания» (ст. 60).

В обозреваемые времена правовой материал ещё не дифференцировался строго на Общую и Особенную части, и практикующие юристы были заняты поисками *aequitas* на уровне частных деликтов. Перед глазами судьи всегда должна стоять справедливость – *iudex aequitatem prae oculis semper habere debet*. Чаще всего она (справедливость) отождествлялась с индивидуальностью расправы. Судите сами: *bonus iudex varie ex personis causisque*

¹ Кудрявцев В.Н., Казимирчук В.П. Современная социология права. – М.: Юристъ, 1995. – С. 96.

constituet – хороший судья принимает решения по-разному, с учётом особенностей дела и участвующих в нём лиц (Cels. D. 6, 1, 38).

Законы XII таблиц, как и другие памятники рабовладельческой эпохи, давно и прочно ассоциируются с царством *lex talionis*. Примитивные установки типа «око за око», «зуб за зуб», «*membrum pro membro*» повсеместно действуют, однако только в период квиритного права. Крепнущая власть (вначале консульская и, особенно – цезарей), подстегиваемая растущим экономическим оборотом, миграционными потоками и разнообразием преступлений, не имеющих прямого эквивалента для расправы, вынуждена усложнять правила, таксировать криминальные дела по-новому, влетать в расчёты общественные и государственные потребности, весьма далёкие от частных обстоятельств самого преступления и надежд его сторон. Инстинктивные и обрядные меры (таковы, к примеру, *praecipitium* – сбрасывание с Тарпейской скалы и *pedis abscissio* – отрубание ног) вытесняются постепенно имущественными санкциями и заточением.

В анналах римского права сохранилась странная (по сегодняшним меркам) запись о понимании уголовного права. Классический взгляд долго отождествлял эту отрасль государственного управления с наказанием; однако новые веяния требовали внимания и ко второму институту – преступлению. Дословно это звучало следующим образом: *lex pure poenalis obligat tantum ad poenam, non item ad culpam; lex poenalis mixta et ad culpam obligat et ad poenam* – право чисто уголовное смотрит главным образом на наказание, а не на преступление; смешанное уголовное право смотрит как на преступление, так и на наказание. Не будем удивляться: и в наших делах присутствует преходящая мода. Всего сто лет назад уголовные Уложения России начинались с норм о наказании, что свидетельствовало о первостатейности данного института отрасли в сравнении с преступлением.

Главное же заключается в том, что без так называемого «смешанного уголовного права» проблема справедливого наказания неразрешима. Призыв «пусть наказание соответствует преступлению» (*culpa poena par esto*) требует знания не только карательных возможностей, но и особенностей деликта. Латиняне нащупали несколько таких лимфатических узлов и колдовали над ними. Вот они. Первое, общее правило звучало простовато: *pro mensura cuiusque delicti constituendum est* – наказание за любое правонарушение должно быть соразмерным (Divus Pius у Call. D. 48, 10, 31). Нет сомнения, что это требование адресовано по преимуществу правоприменителям, но оно не могло миновать и правотворческие инстанции. Заглянем хотя бы в VIII таблицу и сразу обнаружим законодательную дифференциацию уголовной ответственности в зависимости от вида преступления (штраф – за перелом руки, талион – за членовредительство, смерть – за клевету) или его особенностей (ныне говорили бы о квалифицированных составах) – смерть за умышленный поджог чужого имущества и только простое возмещение вреда – за неосторожное причинение вреда огнём.

Можно утверждать, что множественность преступлений не была известна средиземноморским правоведам, но только на тер-

минологическом уровне. Жизнь быстро подсказала им необходимость дифференциации ответственности по признаку систематичности преступных усилий. Рецепт для практики созрел быстро: *multiplicita transgressione crescat poenae inflictio* – при умножении правонарушений пусть возрастает применение наказания. Оставалось решить, в каком порядке реагировать на прогрессию – поглощением, сложением или, действительно, умножением (буквальный перевод) либо даже возведением в степень. Действующий УК РФ употребляет для случаев совокупности преступлений оба принципа, для рецидива – один.

Ряд дошедших до нас максим позволяет утверждать, что правило о поглощении менее строго наказания более строгим было на Апеннингах отвергнуто бесповоротно. Так, Ульпиан утверждал, что «несколько параллельных правонарушений никогда не приводят к тому, чтобы одно из них стало ненаказуемым» – *numquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur* (Ulp. D.47,1,2 pr.). Это возможно только в одном случае, а именно при отказе от принципа поглощения. Сегодняшнюю просвещённую мысль частично обескураживает сентенция Павла: *numquam crescit ex post facto praeteriti delicti aestimatio* – последующее правонарушение не усиливает наказание за предшествующее (Paul. D.50,17,138,1). Но это только на первый взгляд. Мысль здравая изначально. Повторное посягательство, действительно, не может сказаться на размере ответственности за первое преступление. Но вот общий размер окончательного наказания должен быть выше, чем за каждое посягательство в отдельности, – через принцип сложения наказания. Всё, как в действующем УК России: «окончательное наказание по совокупности приговоров должно быть больше как наказания, назначенного за вновь совершенное преступление, так и неотбытой части наказания по предыдущему приговору суда» (ч. 4 ст. 70).

Наконец, остановимся на тех максимах соразмерности, которые расположены за рамками множественности. Они посвящены самым сложным моментам, зашкаливают за ту границу, которую мы именуем нынче криминологическими основами уголовного права. Одна из них касается соотношения репрессии и количественных параметров преступности. Римляне руководствовались в этом вопросе простым, но спорным правилом: *ex frequenti delicto aequetur poena* – наказание усиливается ввиду частоты (или распространённости) преступления (данного вида). Современники осторожничают, поскольку видят дальше. Согласование поступка и ответственности имеет два рубежа. Первый – криминологический, общегосударственного масштаба, и для решения здесь используются несколько мер: классификация преступлений; система наказаний; наложение одного на другое (чего в умном виде пока нет). Наибольшая же трудность наблюдается на полюсах – когда преступлений того либо иного вида чрезвычайно мало либо очень много. Большинство учёных полагает, что положительное разрешение первого варианта выглядит лояльнее. Уголовную ответственность следует сохранять, дабы не оставить общество беззащитным при новом всплеске криминальной активности. Второй вариант породил различные предложения: одни (И.И. Карпец и

др.) высказываются за чёткое согласование уголовного законодательства и размеров распространённости преступлений, другие (П.П. Осипов, П.А. Фефелов и др.) – состояние преступности считают лишь одним из факторов, принимаемых в расчёт законодателем, причём не самым главным (власть должна отступить в силу массового увлечения населения тем или иным сортом опасного поведения, наказание является самой крайней мерой наведения порядка, нужно медленно подводить базу убеждения). Кажется, второе предложение более состоятельно.

Второй, частный рубеж соразмерности – справедливость как индивидуальность отдельных судебных приговоров. Этот, нижний уровень соразмерности является одним из труднейших и, вероятно, идеально неразрешимых вопросов, встающих перед карающей властью. Для его разрешения испробовано и эксплуатируется поные множество средств: многообразие преступлений адресуется обширная (из разномасштабных видов) система наказаний; отдано предпочтение относительно-определённым и альтернативным санкциям; отобраны народной и юридической мудростью списки смягчающих и отягчающих наказание обстоятельства; созданы и разведены для употребления общие (начала) и специальные правила назначения наказания; медленно, без идеологической ретивости, ищется оптимум в сочетании данных о деянии и деятеле¹.

Человечество испытало, а, испытавши, обожгло и отказалось от простейших вариантов соразмерного реагирования на криминальные эксцессы. В сундук архивариуса отправлены принцип талиона, поединки (при участии или без участия посредников и наблюдателей от власти), денежные зачеты и преследования родственников впридачу. Композиционные построения (от лат. *composito* – соглашение), этот делёж добычи между пострадавшим и властью, просуществовали несколько веков². Через эту ступень уголовно-правового регулирования прошли все страны феодальной Европы. Иначе и быть не могло: светские правила усваивались «язычниками в праве» медленно и неохотно, другие стимулы законопослушания, кроме денежного эквивалента, в те времена придумать было сложно и обеспечить нечем. Позже власть укрепились настолько, что могла вершить расправу, не считаясь с мнением обиженного. А с усложнением жизни и развитием нравственно-

¹ Можно уверенно утверждать, что стратегия уголовного права базируется на гуманизме. Карательная практика будет развиваться по линии увеличения удельного веса и юридической значимости данных о личности правонарушителя: *tat justiz* → *person justiz*. Эту миссию в уголовном законодательстве надо выполнять здраво, то есть постепенно, без политической парадности и опасного задора. Торопиться медленно, через уравнивающий шаблон ответственности (состав преступления), понемногу увеличивая количество используемых данных о личности: сначала лишь для определения размера наказания, а в будущем, вполне возможно, и для решения основного вопроса уголовного права – привлекать или не привлекать злодея к уголовной ответственности.

² Русская Правда, первый нормативный памятник нашей страны по уголовному праву, как раз и базировалась на преискурante штрафов, на том, что «совершивший преступление с помощью рода расплачивался определённым количеством меновых единиц – ракушками, скотом, шкурами». (Уголовное право. Общая часть. – М., 1948. – С. 15).

правовых взглядов система денежных расчётов за преступления обнаружила свою несостоятельность, недостаточность и даже комичность. Эту, последнюю её сторону едко высмеял М.М. Зоценко в исторической подборке к своей «Голубой книге»: «Если придёт на двор (т.е. в суд) человек в крови или в синяках, то свидетелей ему не искать, а обидчик пусть платит продажи – три гривны»... Отметим, – комментирует известный сатирик, – что гривна не равнялась нашему гривеннику, и этот мордобой не оценивался в тридцать копеек, не то все ходили бы с распухшей мордой... «Если убьют купчину немца в Новгороде, то за голову десять гривен». Столь унижительно низкая цена за голову иностранного специалиста в дальнейшем, правда, была доведена до сорока гривен, и убийство интуристов, видимо, стало не всем по карману и не всем доступно, но всё же цена была немного больше, чем за удар чашей или рогом по отечественной морде... «Если кто убьёт княжого тиуна (приказчика, судью, дворецкого) – двенадцать гривен». Судя по данным ценам, интеллигенция мало ценилась в те времена. Юных и повара стоили несколько дороже»¹.

Ныне частная соразмерность добывается известными материально-правовыми регламентами, особыми процессуальными режимами (состязательность и гласность судопроизводства, мнение общественных обвинителей и защитников, ходатайства и обязательность их рассмотрения, кассационный и надзорный пересмотр приговоров по мотивам чрезмерной суровости либо мягкости и т.д.), дифференциацией ответственности уже на стадии исполнения приговоров и прогрессивной системой отбывания наказания (уголовно-исполнительное законодательство), да коррекцией санкций законодателем по материалам предыдущей судебной практики.

Подытоживая, скажем, что поиски эквивалента в уголовном праве будут вечными. Сегодня же (и давно) соразмерность ассоциируется с установлением таких сочетаний поступка и ответственности, где нет места государственным потребностям; власть должна быть беспристрастной в покарании своих налогоплательщиков. Латиняне же, при их зародышевой юстиции, претендовали перед Дирами (богини мщения – А.Б.) и на превентивные добавки: *ea sunt animadvertenda peccato maxime, quae difficillime graesaventur* – наиболее строго следует карать те преступления, которые труднее всего предотвратить. Такой рецепт сегодняшняя общественная совесть не пропустит: нечего перекладывать заботы могущественного государства на плечи обслуживаемого им общества². Вспомним хотя бы судьбу такой формы прикосновенности, многие годы казавшейся естественной и потому незыблемой, как недоносительство.

XI. Освобождение от отбывания наказания. Помилование. Первые законодательные решения в области борьбы с преступ-

¹ Зоценко М.М. Избранные произведения в 2-х томах. Т. 2. – Л., 1968. – С. 182-183.

² Как указывает А.Э. Жалинский, «субъект деяния не может отвечать за ухудшение положения с правопорядком». – Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. – М.: Проспект, 2008. – С. 27.

ностью на сей счёт были весьма прямолинейны, по-жегловски чеканными: вор должен сидеть в тюрьме! Неотвратимость, помноженная на суровость. Прошло много веков, прежде чем общество и его «благородный орнамент» (П.А. Вяземский) – знать решились на отход от механического правила. Вначале верховная власть присвоила себе право на помилование, позже учредила сроки давности. Но настоящий прорыв случился с началом 20-го века – появилось условное осуждение. Далее воследовали условно-досрочное освобождение, меры социальной защиты, отсрочка исполнения приговора, пробация (в России – тюремный патронат), принудительные меры воспитательного характера, замена наказания мерами административного взыскания, изменение обстановки, примирение с потерпевшим и пр. Это сейчас каждый студент знает по работам Н.Ф. Кузнецовой и её последователей, что признак наказуемости преступлений не следует толковать одиозно, что он «выражается в угрозе применения наказания при нарушении запрета совершать те или иные общественно опасные действия»¹, но не в обязательности её исполнения за каждый криминальный поступок.

А во времена Древнего Рима преобладали жёсткие наставления. Власть должна быть твёрдой в своих намерениях и акциях, в наведении порядка, в преследовании виновных. Никаких послаблений для карающей руки правосудия, никаких отступлений от общих правил, ничто не может повлиять на предначертанное преступнику возмездие: ни посткриминальное событие (*actus perfectus nullo casu superveniente tollitur* – завершившееся правовое действие не отменяется никаким последующим событием), ни возврат денег потерпевшему (*liberata pecunia non liberat offerentem* – возвращение денег не освобождает возвратившего их от уголовной ответственности), ни полюбовное соглашение сторон (*Non valet si convenerit, ne dolus praestetur* – никаким соглашением нельзя устранить ответственность за злой умысел. – Улр. D.50.17.23), ибо публичное право не может быть изменено соглашением отдельных лиц (*jus publicum privatorum pactis mutari non potest*). Лишь для состава изнасилования выставлено было исключение, однако дань за освобождение от уголовной ответственности чрезвычайно высока – брак с пострадавшей (*matrimonium subsequens tollit peccatum praecedens* – последующий брак погашает предшествующее преступление).

Современное право также знает несколько преступлений, ответственность за которые ставится в сильную зависимость от мнения/желания пострадавшей стороны (так называемые дела частного и частно-публичного обвинения). А в Уголовном кодексе 1996 года появились и две общие нормы (ст.ст. 75 и 76), в которых государство идёт на немислимое доселе послабление – освобождение от уголовной ответственности по причине деятельного раскаяния виновного или его примирения с потерпевшим. Подумай, читатель: каковы истинные причины столь решительной подвижки – действует побочно западная доктрина персонифи-

¹ Кузнецова Н.Ф. Преступление и преступность. – М.: МГУ, 1969. – С. 100.

тризма, или власть расписывается в бессилии правоохранительных служб, или, наконец, намеренно подаётся мотивационный знак для последователей бурного заглаживания вреда вслед за преступлением?

Помилование как индивидуальное отступление от общих правил, как монаршее благоволение, как атрибут верховной власти изобретено давно и используется по сей день. Ныне, правда, назначение помилования стало несколько иным – это ещё одно средство снятия диалектического противоречия между сухим консервативным законом и мягущейся жизнью, запасной способ сглаживания междунациональных осложнений и внутривластных конфликтов. При этом законность судебного приговора, по которому осужден виновный и который изменяется (освобождение от дальнейшего отбывания наказания, сокращение назначенного срока или замена вида наказания, снятие судимости или юридического бесчестия – *infamia juris*), сомнению не подвергается. В акте помилования как бы кроется высшая справедливость, не родня закону и судебному вердикту.

Апеннинские юристы относились к институту помилования в целом предосудительно и довольно убедительно обосновывали свою настороженность. Вот их доводы: а) *fortior est custodia legis quam hominis* – охрана, предоставляемая законом, сильнее, чем предоставляемая человеком; б) *aequior est dispositio legis quam hominis* – закон решает более справедливо, чем человек; в) наконец, *venia facilis incentivum est delinquendi* – лёгкость помилования есть поощрение преступлений.

Предостережения преемниками вняты. Акты помилования, подписываемые главами современных государств, готовятся тщательно и комиссионно, относительно редки. Иначе нельзя; частое и непрофессиональное вмешательство в типовую работу юридической машины общества к добру не приведёт. И авторитет судов уроним, и обильные надежды на безнаказанность посеим.

XII. Особенности уголовной ответственности несовершеннолетних. Поднатурившись, каждый поймёт и согласится почти с очевидной мыслью: возраст – надёжнейшее свидетельство социализации любого человека¹. Привыкание к канонам окружающей жизни и их нарушение делает вчерашнего ребенка, но сегодняшнего юнца ответственным человеком, а карательные мероприятия государства по отношению к нему – справедливыми. Важно лишь определить тот календарный порог, после которого увещевания сменяются наказанием. Здесь раздолье для наблюдений знатоков детской души (психологов, педиатров, тренеров, учителей), для детей меняющихся психофизиологических кондиций разных поколений (проблема акселерации). Юристы, как заинтересованная сторона, должны ждать приговора этих специалистов и закре-

¹ Базовые личностные характеристики, возраст и вменяемость субъекта, проф. А.Н. Трайнин считал настолько важными, что титуловал их предпосылками уголовной ответственности, а не рядовыми признаками состава, поскольку «уголовный закон карает преступника не за то, что он психически здоров, а при условии, что он психически здоров». – Общее учение о составе преступления. – М.: Госюриздат, 1957. – С. 74.

пять его в УК. Но это – поддела.

Вторая сторона вопроса – в щадящем отношении власти к молодежи; в недавнем прошлом подрастающее поколение зычно (а в сравнении с сегодняшним днем – и не без оснований) именовалось самым привилегированным классом советского общества. В этом особом подходе сконцентрировано многое: и надежда на будущих кормильцев («услуга старости»), и безмерное родительское покровительство и всепрощение (дети – «цветы жизни»), и понимание того факта, что достижение 16-летнего рубежа не уравнивает в вопросах ответственности юношу со зрелым мужчиной. Посему уголовный закон «приходит на помощь несовершеннолетним» (*lex succurit minoribus*). В УК РФ выделен даже специальный раздел для подобной помощи (V) и, кроме того, в Особенной части содержится глава из 8 статей, посвящённая защите интересов семьи и детей (глава 20).

Особая государственная забота о подрастающем поколении демонстрировалась и в древнеримском праве. Диапазон наставлений, максим и правил широк. Есть общий и легко усвояемый совет: *succurritur minori; facilis est lapsus juventutis* – к молодому человеку следует относиться снисходительно; молодость легко ошибается. Почти аналогичен другой завет: *in omnibus poenalis iudiciis, et aetati et imprudentiae succurritur* – при принятии решения по всем уголовным делам учитываются молодость и недостаток развития. Установка на милосердие дополняется запретом на ухудшение положения несовершеннолетнего по сравнению с взрослыми (*melio rem conditionem suam facere potest minor, deterio rem nequaquam*). Наконец, Павел продиктовал соплеменникам ещё более практичный, по меркам уголовного права, совет: *Fere in omnibus poenalibus iudiciis et aetasti et imprudentiae succurritur* – почти во всех уголовных процессах обстоятельствами, смягчающими вину, являются возраст и неискушенность (Paul. D.50,17,108).

Конечно, ни в официальном уголовном законодательстве, ни в преторском праве, ни в сентенциях тогдашних учёных не затрагивались вопросы раздельного содержания молодых и взрослых преступников, сокращённых сроков давности и судимости, неприменимости отдельных видов наказаний и принудительных мер воспитательного воздействия – для несовершеннолетних. Но общий гуманистический тон в отношении подрастающего поколения ими был задан. Ещё более невероятно, чтобы в те времена появилась запасная эластичная норма о переходном психологическом состоянии, которая имеется в ч. 3 ст. 20 УК РФ. Но и здесь первопроходцами были средиземноморские правоведы. Существовало общее правило, по которому несовершеннолетний не считается ответственным в данный период (*minor non tenetur respondere durante minori aetati*). В современном понимании этот срок взросления длится до 16 лет, а по кодексу Юстиниана границей полного совершеннолетия (*aetas legitima*) было 25-летие; оно представляло общий возрастной рубеж для всех отраслей права, уголовная же ответственность наступала с 14 лет. Одновременно законодательно закреплялся возраст мла-

денчества (*aetas infantiae proxima* – до десяти с половиной лет), к обладателям которого уголовное наказание ни в коем случае не употреблялось. Наконец, возрастной период, предшествующий половой зрелости (*aetas pubertati proxima* – от десяти с половиной до четырнадцати лет) давал право суду наказать подростка за преступление, но лишь в том случае, если суд признавал несовершеннолетнего способным нести уголовную ответственность (*doli sарax*).

III. Теории криминализации и эффективности.

В отраслевой доктрине давно и плодотворно разрабатываются две очень нужные для управления процессом борьбы с преступностью технологии – критерии качественного правотворчества (1) и приёмы измерения результативности уголовно-правовых средств (2). Разрабатываются инициативно или без специального государственного заказа (что *привычно* для гуманитарной науки), почти без последующего использования в практике (что *нормально* лишь частично по причине субъективизма общественности) и порознь (а это – *к сожалению*). Последнее обстоятельство означает, что квалифицированные силы науки жёстко рассредоточены по двум, давно очевидным в своей значимости социально-юридическим проблемам, но учёный мир пока проходит мимо перспектив кумулятивного удвоения своих исследовательских возможностей (и достижений) посредством объединения теорий криминализации и эффективности. А вот государственные мужи России, кажется, почувствовали нужду в изменении методик правотворчества, и спасение видят в практике постоянных экспертиз качества нормативных актов. Пышно именуется эта технология «*мониторингом законодательства*».

Застрельщиком подобной рационализации правотворчества выступило руководство Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации во главе с С. М. Мироновым; первоначально начинание материализовалось в форме профильных парламентских слушаний; а недавно верхняя палата ФС РФ стала публиковать на своём сайте отчёты об итогах законодательной деятельности с призывом к их обсуждению, адресованные всем специалистам юриспруденции. Автор откликнулся на это обращение письменно по вертикальным вузовским каналам. Смысл нашего письма был таков: инициатива Совета Федерации очень полезна, заслуживает всяческой поддержки, но поиски нормативной гармонии нельзя ограничивать только рамками кабинетного правотворчества. Мониторинг законодательства не есть логическая экспертиза и коррекция исключительно парламентских процедур в столичных зданиях; надежды на улучшение качества принимаемых нормативных актов состоятельны при обязательном учёте результатов их применения, влияния сопутствующих факторов социальной среды. Ведь «монитор» изначально есть «контролирующее или видеоконтролирующее устройство» для наблюдения за *всем* процессом поведения какого-либо объекта¹,

¹ Ожегов С.И. и Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка: 72 500 слов и 7 500 фразеологических выражений. – М.: Азъ, 1993. – С. 373.

средство «для контроля определённых (т.е. многих – А.Б.) параметров, которые должны сохраняться в заданных пределах»¹, а термин «мониторинг», введённый в мыслительный и речевой оборот обеспокоенными экологами, означает «наблюдение, оценку и прогноз состояния окружающей среды»², что требует максимально широкого подхода, учёта многих факторов, длительного периода анализа, оценки «входа» и «выхода» системы, сопряжения предпринимаемых мер с прежде установленными и свежеполученными результатами. Мониторинг какой-либо деятельности, включая законотворческую, предполагает одновременную 1) экспертизу соблюдения субъектом заранее осмысленных (избранных) параметров деятельности (критерии криминализации и пенализации общественно опасных деяний) и 2) итоги этой деятельности (эффект).

Здесь автор поступит неожиданно, с отступлением от неких традиционных канонов опубликования монографических исследований; он позволит себе включить в текст (практически без купюр) упомянутый выше собственный «**Критический отзыв** к отчёту Совета Федерации ФС РФ об итогах законодательной деятельности». Причина в том, что шанс быть замеченным в огромном потоке (негативных) научных откликов на качество нормативной продукции в России у нашего отзыва невелик. Вот – тезисы нашего видения проблемы мониторинга законодательства, предваряющие обстоятельный разговор о необходимости совмещения теорий криминализации и эффективности.

«1. Представленный для рецензии из Совета Федерации ФС РФ текст ни в коем случае не может быть предметом какого-либо *полезного* обзора профессионалов, поскольку он олицетворяет собой спешно собранный, практически никак не обработанный (отсутствуют единая концепция, данные о промахах, прогностические суждения и пр.), чисто справочный и даже с грамматическими ошибками материал об итогах законодательной деятельности в России за последние годы. За такие, наспех скроенные дела, их авторов обычно не хвалят. Вероятно, цели ставились иные – более высокие и благородные: найти варианты повышения качества и долговечности нормативных правил, изготавливаемых хотя бы на федеральном уровне. Попробуем же *тезисно* обозначить программу усовершенствования парламентской деятельности и конкретные направления её реализации.

2. Но вначале соображения справедливости требуют оценить как очень приятный (воистину государственный) тот факт, что одна из палат национального парламента постоянно возбуждает общественный и профессиональный интерес к качеству правотворческой деятельности и даже стала застрельщиком нового подхода к проблеме, в концентрированной форме именуемого *мониторингом законодательства*. Позволительно будет считать данное начинание свидетельством (хотя бы относительного) небла-

¹ Словарь иностранных слов. 18-е изд., стер. – М.: Рус. яз., 1989. – С. 328.

² Советский энциклопедический словарь. – М.: Сов. энциклопедия, 1984. – С. 825.

гополучия в законодательной области и личной неудовлетворённости положением дел со стороны руководства Совета Федерации. Объявить о проблеме и о своём авторстве в её обнаружении – полдела; вероятно, ставится задача **институционального** свойства: превратить пока существующие претензии СФ ФС РФ на лидерство или на управление законотворческим процессом в реальность. Но в нём соучаствуют несколько структур; может ли одна из них обладать функцией монопольного мониторинговщика совместной деятельности, да ещё на постоянном уровне, и почему (только потому, что Совет Федерации находится в сердцевине правотворческой дистанции: принятие – согласование – подписание закона?) или полезнее создать обособленную государственную инспекцию качества законов, никак не связанную с процессом законодательства? Вот – первичный вопрос, подлежащий обсуждению на высшем государственном уровне, а инициатива и предложение вариантов его решения, вероятно, должны принадлежать Совету Федерации.

Безусловно, существует нужда в хорошо налаженной и постоянно функционирующей организации сбора критических отзывов о качестве законодательства (от населения, учёных, практиков). Сейчас такой всеобъемлющей практики нет вовсе, а отдельные всполохи негодования, появляющиеся в обществе, зачастую преследуют местечковые, ведомственные, оппозиционные или даже популистские цели. Полезность подобных частных отзывов вовсе отрицать нельзя (пусть они и олицетворяют коридорный лоббизм либо предвыборные интересы), но при этом нужно обеспечить полноту и разносторонность социальной критики законотворчества. Ещё более ценны сбор и переработка научных (концентрируются в ВАКе) и правоприменительных предложений (частично «стекаются» в Верховный Суд РФ) типа *de lege ferenda* – данную селекцию в техническом отношении проводить гораздо легче.

3. Людям, по случаю или уму попавшим в высшие государственные кресла, *положено* знать, что законодательное регулирование – не единственный и даже не лучший способ обеспечения мирной производительной жизни населения. Основная и благородная нагрузка по сохранению и улучшению коллективного быта падает на нравственность, традиции и обычаи, наставления старшего поколения, культурные учреждения, религию, даже на пословицы и поговорки. А у нас стало модным хвастаться (в нижней палате ФС) количеством рассмотренных и принятых законопроектов как величайшим достижением. Величайшее заблуждение! Нельзя откликаться на малейшие общественные шорохи принятием нормативных актов, а тем более в статусе федеральных законов; в противном случае Россия скоро станет автором первого в мире Носоковырятельного кодекса. Остановитесь! Лучше меньше – да лучше. Общим правилом и тенденцией ближайшего десятилетия должна стать **минимизация законотворчества** с перекладкой образовавшейся в связи с этим вакуумной управленческой нагрузки на подзаконные нормативные акты, муниципальные правила и другие (названные выше) социальные

регуляторы¹. Ещё в 1998 году, по официальным подсчётам Министерства юстиции РФ, в стране функционировало полтора миллиона нормативных актов, включая локальный уровень. Вдумайтесь в эту устрашающую цифру; если некоторые акты типа Гражданского кодекса имеют в своем составе тысячи статей, а статьи дифференцируются на части, а части иногда имеют буквенную индексацию, и каждый мельчайший юридический фрагмент олицетворяет автономное требование к поведению граждан от власти, получается, что жизнь обывателя ныне опутана сотней миллионов нормативов. Их все не в состоянии просто знать (не то, чтобы грамотно и оперативно применять) даже юридический корпус страны! Отсюда автоматически обеспечено только (недопустимое) выборочное применение правовых норм, (опасные) межотраслевые коллизии и (нежелательная) общественная нервозность.

4. Советом Федерации и лично его руководителем С.М. Мироновым правильно ставится задача производства постоянного мониторинга законодательства и законодательной деятельности. Осталось условиться, что есть этот **мониторинг**. В теории и профильных государственных учреждениях, на наш взгляд, процветает упрощённое представление о данном методе экспертной деятельности, по преимуществу как о сборе критических отзывов, построенных исключительно на политической и юридической логистике. Фактически качество правотворчества оценивается только по случившемуся (неожиданному) негативному результату, без его упреждения, без предварительной выработки критериев правотворчества и проверки их соблюдения парламентом. Мы же предлагаем понимать мониторинг как такую деятельность специализированных инстанций по проверке качества правотворчества навливающей деятельности государства, которая одновременно учитывает (предварительное) соблюдение депутатским корпусом неких социальных показаний правотворчества и (установленную

¹ Далее в нашем «Критическом отзыве» назывались уже приводившиеся в тексте настоящего трёхтомника доказательства того, что в России давно приключилась и увеличивается законодательная инфляция. В принципе это – «нормально», как следствие перехода к рыночному строю жизни, где естественные внутриобщинные и межличностные регуляторы бесцеремонно вытесняются юридическими правилами и санкциями. Вслед за рыночной (рискованной, а в чём-то даже паразитической) моделью хозяйствования, колорадским жуком, амброзией, теорией правового государства, идеологией прав и свобод человека и гражданина ешь, в страну завезли с Атлантики и гипериндивидуализм – установку на абсолютизацию роли личности в её отношениях с социумом. Индивид, моно, его теперь как бы старше и важнее всей общины, класса, слоя, траты, микросреды. Они в сравнении с ним – *dii minorum gentium*. В результате «человек оторван от общины, предоставлен сам себе... потребности предпринимателя с необходимостью превратились в права личности и наоборот. Освобождение индивида от коллективной солидарности... компенсируется ростом значимости юридических санкций, становлением «договорного общества», т.е. общества, в котором отношения между индивидами в основном регулируются посредством контрактного, договорного права» (*Волков Ю.Г., Поликарпов В.С. Человек: Энциклопедический словарь. – М.: Гардарики, 1999. – С. 146*). Верное мнение, ибо оно соответствует российской действительности. Прощайте, нравственные обязанности и первобытный коллективизм; пора переводить на юридические рельсы любовь, родительскую ласку, уход за могилами предков, пора, действительно, разрабатывать и Носоковырательный кодекс России.

к моменту принятия законодательного решения) результативность прежних юридических правил¹.

Где взять Совету Федерации и вообще учреждениям, заинтересованным в повышении качества законодательства, методическое подспорье для такого мониторинга? Ответаем: самые лучшие разработки на сей счёт, фактически пригодные для практического употребления, имеются в уголовном праве – наверное, потому, что именно в этой отрасли юриспруденции в силу жёсткости её метода потребовалось упростить высоконаучные (читай, бесплодные) разговоры до земного уровня. Уголовно-правовая наука нашей страны с опорой на мнения европейских просветителей и немецкую юриспруденцию XIX века вначале, даже на уровне учебных (обозных) знаний пропагандировала высокодуховную теорию под названием «обоснование права наказывать»², затем медленно нащупывала те социально-экономические и нравственно-психологические корни и нервы социума, которые нужно принимать в расчёт правотворческим учреждениям, а в итоге создала, на зависть представителям других отраслей юриспруденции³, стройную систему критериев законодательной деятельности⁴, которую с благодарностью и надеждой принять депутатам. Берите и пользуйтесь! Аналогично у криминалистов наиболее убедительно разработана и теория эффективности отраслевых (уголовно-правовых) средств⁵.

5. Важнейшим требованием к продукту правотворчества является его **стабильность**, что для теории – аксиома⁶; граждане долж-

¹ См. об этом наше: *Бойко А.И., Бойко О.А.* Теория эффективности наказания в свете мониторинга уголовного законодательства // Проблемы правового мониторинга. – Ростов н/Д: Изд-во СКАГС, 2006. – С.106–126.

² См. любой учебник по уголовному праву Российской империи конца XIX – начала XX веков, а в нем всегда присутствует соответствующий раздел.

³ *Р.О. Халфина* хвалит криминалистов следующим образом: «на основании анализа законодательства и практики определяются критерии для применения запретительных мер: а) выявление общественной опасности действия или бездействия; б) степень распространённости; в) невозможность надлежащего урегулирования отношений другими правовыми средствами; г) оценка допустимости; д) осуществимость. Сочетание этих условий даёт возможность научно обоснованного применения мер уголовного воздействия в той ограниченной сфере, где они объективно необходимы». – *Право как средство социального управления*. – М.: Наука, 1988. – С. 178.

⁴ Здесь в первую голову надлежит назвать специализированный сборник ИГП АН СССР под названием «Основания уголовно-правового запрета: Криминализация и декриминализация (М.: Наука, 1982), а также работы Х.Д. Алекперова, Е.В. Болдырева, В.А. Грошева, П.С. Дагеля, А.Э. Жалинского, Г.А. Злобина, И.И. Карпеца, С.Г. Келиной, М.П. Клейменова, В.М. Когана, А.И. Коробеева, В.Н. Кудрявцева, Н.Ф. Кузнецовой, П.П. Осипова, Л.И. Спиридонова, П.С. Тоболкина, П.А. Фелелова, А.М. Яковлева и других.

⁵ См., например: *Эффективность уголовно-правовых мер борьбы с преступностью* / Под ред. проф. Б.С. Никифорова. – М.: Юрид. литература, 1968; *Эффективность применения уголовного закона*. – М.: Юрид. литература, 1973.

⁶ См., например: *Антонов-Саратовский*. О стабильности социалистических законов // Сов. юстиция. 1937. № 1. – С.2; *Бродович С.* Стабильность законов и упорядочение действующего законодательства // Сов. юстиция. 1937. № 4. – С. 39; *Шляпочников А.С.* О стабильности советского уголовного закона // Сов. государство и право. 1957. № 12. – С. 14–24; *Яковлев М.В.* О стабильности советского уголовного закона // Сов. государство и право. 1957. № 3.

ны иметь возможность планировать свою жизнь на перспективу и с учётом государственных предписаний. Но стремительно меняющаяся жизнь постоянно требует внесения корректив в застывающие официальные правила; для России же, с её наследственно-болезненным благоволением к революциям, перестройкам, реформам и прочей неэволюционной дряни, практически доминирующей проблемой становится не только качество, но и геронтология нормативных актов. Является диалектическое противоречие между требованиями стабильности (постоянства) и социальной адекватности (= изменчивости или приспособляемости) закона: как его преодолеть (по Гегелю – «снимать»)? Пока в современной России наблюдается «явный перекося в сторону динамизма в ущерб стабильности», ибо за первые «5 лет действия нового УК в него внесено более полусотни изменений и дополнений, почти по 10 изменений или дополнений в год»¹. При этом «принятые законы часто противоречат друг другу. Постоянно подвергаются изменениям, иной раз – даже не вступив в силу»².

Теоретики юриспруденции, между тем, небезосновательно утверждают, что длительность существования есть имманентный признак правовой формы вообще, поскольку при частой смене нормативных актов для какой-либо сферы жизни их адресат «теряет способность чётко зафиксировать своё поведение во времени», у населения возникает недоверие к власти и её возможностям по поддержанию социального порядка, «в поведении людей выявляются различные формы деаксиологического правосознания – правовой нигилизм, правовой цинизм и др.», что ведёт к увеличению «доли противоправного поведения в социальной жизни». Кроме того, длительность норм сообщает им свойство всеобщности (при частой смене нормативных правил о государственных требованиях знают только юристы, да и то не всегда). К сожалению, «в современной правотворческой практике» признак стабильности или длительности действия нормативных актов «из квалифицирующих переместился в желательные. Он перечёркнут законодательными актами, теснится изменениями и дополнениями»³.

Неужели нет выхода, хотя бы для Уголовного кодекса, являющегося в силу своей кодифицированности олицетворением надежд на стабильность? Да нет, доктрина уголовного права и здесь готова подставить плечо представительным учреждениям Федерации: Н.Ф. Кузнецова и Г.А. Злобин ещё 40 лет назад предложили способы продления жизни законов: нормотворчество с упреждением, т.е. с опорой на прогноз развития страны; обязательные научная экспертиза и социологическое обоснование всех новелл;

¹ Трахов А.И. Стабильность и динамизм уголовного закона и их влияние на судебную практику // Предмет уголовного права и его роль в формировании уголовного законодательства Российской Федерации: Научно-практ. конф., посвящ. памяти проф. А.Н. Красикова (25-26 апреля 2002 г.) / Отв. ред. Б.Т. Разгильдиев. – Саратов: СГАП, 2002. – С. 87.

² Российская газета. 2002. 19 апреля.

³ Догадыло Е.Ю. Длительность существования как признак формы права: проблемы теории и практики // Юридический вестник Ростовского государственного экономического университета. 2008. № 2 (46). – С. 38-42.

использование особых лексических форм (типа оценочных понятий) с заведомо большим диапазоном их правоприменительного прочтения и пр.¹.

6. Требуется честно осмыслить стремительно формирующуюся «дикую» практику производства **нескольких чтений** законопроекта в «один присест» (в один день) и не допускать её впредь. Поспешность полезна только при ловле блох. Более того, следует пересмотреть статус Федеральных конституционных законов, отнести к их кругу не столько распределяющие полномочия госорганов нормативные акты (что властью почитается за аксиому), сколько те, которые гипотетически в наибольшей степени способны (при их применении госучреждениями и юристами) повреждать права и свободы граждан (прежде всего законы по борьбе с терроризмом и экстремизмом, да и вообще все акты уголовно-правового профиля). Подобным ходом мы хотя бы обяжем квалифицированное большинство депутатов бывать на заседаниях и лично голосовать по «опасным» законопроектам; авось у них заработают мысль и ответственность. Ниже – довод в поддержку нашего предложения.

Матр советского и российского уголовного права, заслуженный деятель науки и лауреат Государственной премии, многолетний лидер отраслевого знания приводит² выдержки из стенограммы заседания ГД СФ РФ³ по проекту ФЗ – «О противодействии терроризму», в соответствии с которой приняло участие в голосовании 90 депутатов, а не голосовало 360 человек. Вот это да! «Принятие принципиальнейшего уголовного закона, который ставит под угрозу свободу слова, ненаказуемость убеждений и намерений, таким голосованием иначе как грубейшим беззаконием назвать нельзя» (с. 249 у Н.Ф. Кузнецовой). Дальше – больше. Поскольку в первом варианте, поддержанном всего 20% народных избранников, предусматривалась уголовная ответственность не за «публичные призывы к насильственному изменению конституционного строя РФ», а всего лишь за «призывы к осуществлению самой экстремистской деятельности», думцы «одумались» и переголосовали дефектную «поправку в УК, внося признаки насилия в уголовно наказуемый экстремизм (теперь уже – А.Б.) подавляющим большинством голосов. Однако в текст ст. 280 УК РФ «Публичные призывы к осуществлению экстремистской деятельности» они почему-то не вошли. Более того, впервые в российское уголовное законодательство внесены недопустимые согласно принципу ненаказуемости намерений, выражений собственных мнений такие признаки состава преступления, как идеологические или политические мотивы» (с. 249 у Н.Ф. Кузнецовой). И крайних за «необъ-

¹ *Кузнецова Н.Ф., Злобин Г.А.* Социальная обусловленность уголовного закона и научное обеспечение нормотворчества // Сов. государство и право. 1976. № 8.

² *Кузнецова Н.Ф.* Наука российского уголовного права и законотворчество // История развития уголовного права и её значение для современности: Материалы V междунар. науч.-практ. конф., состоявшейся на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова 26-27 мая 2005 г. – М.: ЛексЭст, 2006. – С. 243-266.

³ Государственная Дума Российской Федерации. Стенограмма заседания 20 июня 2002 г. – М., 2002. – С. 46.

яснимую метаморфозу, по существу являющуюся подлогом» (там же), как водится в России, нет.

7. Предыдущий упрёк закономерно переводит мысль в более широкую плоскость – к проблеме **правотворческих ошибок**. Данный, пусть и болезненный, угол зрения на законодательную деятельность медленно развивается в отечественной юриспруденции¹, но его нужно поддерживать и лелеять, в том числе Совету Федерации – разумеется, исключительно в интересах налогоплательщиков, а проводить взвешенно и хладнокровно (не ошибается тот, кто ничего не делает), без банального критиканства и примеси удовлетворения оппозиционных настроений. Частные вопросы в рамках этого направления мониторинга: а) классификация правотворческих ошибок по степени важности и последствиям; б) различие погрешностей, случившихся под давлением объективных трудностей или по примеру обычного российского (чиновничьего) головотяпства; в) чёткая персонализация ответственности при законодательном браке (публичное обсуждение промахов на пленарных заседаниях с приглашением прессы, перераспределение обязанностей внутри депутатского корпуса, извещение избирателей – преимущественно перед очередными выборами, возвращение к практике отзыва дефектных депутатов и т.д.); д) обязательное ознакомление с правотворческими ошибками вновь избранного депутатского корпуса – для предотвращения рецидива.

8. Известно, что «негативным» участником правотворческого процесса выступает Конституционный Суд Российской Федерации. Он – дирижёр и наладчик национальной юридической системы. Известно, что болезнь (бессистемности или пробельности законодательства) лучше предупреждать, чем лечить, и в этом смысле на КС РФ можно было бы возложить обязанности по предварительной экспертизе готовящихся нормативных актов; не всех, а лишь ФКЗ или тех ФЗ, которые в наибольшей степени задевают интересы населения страны. Мы знаем, что юридическая доктрина не пошла по этому пути (пути закрепления за КС ещё одного полномочия), сказавшись интересами соблюдения принципа разделения властей и перспективами чрезмерной нагрузки на судей.

Но проблема-то осталась; если позитивное право и даже Конституция – продукт человеческого разума, было бы неразумным заведомо соглашаться с перспективой **неконституционности** готовящихся законопроектов и безмятежно ждать весьма проблематичного (лишь возможного, зависящего от частно-инициативного обращения физических и юридических лиц) реагирования Кон-

² См.: Будкевич Ф.П. Законодательная ошибка и её следствия. – Варшава, 1908; Спенсер Г. Прехи законодателей // Социологические исследования. 1992. № 3; Лашаков А.С. К вопросу об определении понятия «правотворческая ошибка» // Проблемы юридической науки и практики в исследованиях адъюнктов и слушателей. – Нижний Новгород: НН ВШ МВД РФ, 1996. Вып. 2. – С. 84-88; Поленина С.В. Качество закона и эффективность законодательства. – М., 1993. – С. 38-56; Щербинина Л. Несовершенство закона – условие его нарушения // Законность. 1997. № 4. – С. 33-35.

ституционного Суда РФ¹. Но что случилось – то случилось. В создавшихся условиях (отказ от идеи предварительной экспертизы законов по борьбе с преступностью) государству (Совету Федерации) можно было бы мотивировать представителей отраслевой науки на поиски конституционных прорех в монографических (отраслевых) кодексах. Мы эту задачу уже выполнили – показали (только) три неконституционных позиции Уголовного кодекса и предупредили, сколько будет стоить для казны обнаруженная пока только нами правотворческая неряшливость².

9. Всем мыслящим людям понятна зависимость качества парламентской продукции от постановки **законопроектного процесса**. Здесь есть очевидные возможности усиления; по крайней мере, подобные мысли и настроения озвучиваются в научной среде. In concreto: а) во-первых, в патронирующих правотворческий процесс Минюсте и Администрации Президента РФ сложилась некорректная практика формирования научных групп для разработки концепции и первичного варианта закона исключительно из числа лиц, лояльно настроенных по отношению к либеральным ценностям и реформам, но не к менталитету собственного народа. Однако профессионализм не всегда зависит (как правило, вообще не зависит) только от идеологической ориентации и политической преданности создателя духовной продукции; б) отсюда и во-вторых, при комплектовании вспомогательных (экспертных) инстанций Федерального Собрания России желательно стремиться к соперничеству и даже дихотомии научных школ и направлений по тем или иным вопросам правового регулирования – это путь к спасительной «золотой середине»; в) в-третьих, нужно ввести в практику обязательные отчёты представителей отраслевой науки, допущенных властями к законопроектным работам, в своём профессиональном сообществе – в случае ошибок или односторонности (тенденциозности) принятых с их подачи нормативных актов.

10. Современная юридическая мысль видит и выдвигает две группы требований к законотворчеству: социальная адекватность (1) и техническое совершенство (2) принимаемых нормативных правил. Заглавным требованием во второй группе выступает **язык**. Его порча наблюдается чаще всего в години реформ (а они у нас постоянны), приходит всегда с Запада (сегодня в форме янкомани) и процветает преимущественно в столицах (здесь исконно русский дух и культура вытравливаются почти со злорадством), где и работают парламенты. Претензий стилистического и терминологического характера к действующим в России законам – тьма. Выход: когда депутаты поняли, что они хотят приказывать людям, надлежит пригласить для перевода текста готового законопроекта на породистый русский язык седую «русистку» из

¹ См. об этом наше: **Бойко А.И.** Система и структура уголовного права: В 3-х т. Т. II: Системная среда уголовного права. – Ростов н/Д: Изд-во Южного федерального университета, 2007 (глава I – «Конституция и уголовное право»).

² **Бойко А.И.** Ящик Пандоры (или программа проверочных работ Конституционного Суда РФ в области уголовного закона) // «Черные дыры» в Российском Законодательстве. 2008. № 1. С. 273-276.

провинциальной школы. И тогда законодательная воля станет понятной обывателю».

В общем, говорили мы в «Критическом отзыве» для Совета Федерации, мысль о производстве постоянного мониторинга законотворчества России полезна, но только её нужно грамотно реализовать¹. Покажем технологию и возможности соединения двух привычных для уголовно-правовой доктрины теорий (криминализации и эффективности) в приложении только к наказанию – «ударному» институту нашей отрасли, в наибольшей степени олицетворяющему её метод.

И специалисту, и обывателю хорошо известно о пристальном внимании (любого) общества к карательной деятельности государства, о пристрастной нравственной экспертизе и постоянной правозащитной критике именно уголовного закона и правоохранительных мероприятий. Ни одна другая отрасль права не может «похвастаться» подобным отношением к своим регламентам – нормам, принципам, аксиомам, презумпциям и фикциям. Причина подобного расположения понятна и очевидна: именно принуждение, составляющее квинтэссенцию уголовно-правового метода управления, порождает и поддерживает устойчивый интерес к нему. Наказание же олицетворяет принуждение в максимальной степени, и потому данный институт отрасли принимает на себя основную долю критики.

Но уголовно-правовые нормы и наказание, в частности, создаются государством либо заимствуются им из готовых жизненных стереотипов. Так должно быть и так есть: государственный уровень уголовно-правового регулирования значит в обществе очень многое – подаёт надежду на беспристрастие чиновников, не участвовавших в конфликте и не ослеплённых желанием возмездия; единообразием своих установок возбуждает и поддерживает впечатление справедливости; позволяет гражданам планировать свою жизнь, знать последствия своих поступков².

Государственный уровень закрепления и трактовки общих правил наиболее ожидаем, необходим и состоятелен именно в уголовном праве – области, где порок и необузданные страсти дают частые примеры их торжества над разумом и состраданием, где за-

¹ Прежде, в честь 100-летия российского парламентаризма, мы пытались обратить внимание отечественных правотворцев на основные направления рационализации их труда. – См. об этом наше: *Бойко А.И.* Сдержанные поздравления современному депутатскому корпусу (научно-публицистическое эссе) // Северо-Кавказский юридический вестник. 2005. № 4. – С. 136-145.

² Добавим, что уголовное право есть классический образец публичной отрасли. Оно строится на общегосударственных расчётах, должно доставлять общую пользу в большей мере, чем следовать ожиданиям и требованиям потерпевшего. Жестокость криминальных дел, тяжесть приносимых ими последствий, ужас, поселяемый ими в душах обывателей, понуждает общество ставить коллективные интересы выше частных, руководствоваться при отыскании и наказании виновных кооперативными, а не эгоистичными началами. Весь ход исторического развития доказывает закономерность и неизбежность замены индивидуальных притязаний жертв на публичные мотивы: «чем сильнее крепнет государство, тем дальше отодвигается на задний план потерпевшее лицо», а «права общественного мстителя вполне и окончательно переходят к представителю государства» (*Татищев Н.С.* Лекции по русскому уголовному праву. Часть Общая. – СПб., 1980. Вып.3 – С. 1089).

дача сохранения индивидов и предупреждения межобщинных (межэтнических) распрей решается ежедневно властью в обстановке, исключающей даже намёк на личную заинтересованность юриста. Уголовно-правовые нормы, говоря словами Т. Гоббса, олицетворяют абсолютную монополию государства. Но высшее право предполагает и высшую ответственность. Ошибки, неурядицы, просчёты, глупости и произвол в области уголовного права влекут ожидание того, что виновные в неблагоразумии будут названы и понесут наказание.

Следственно, само государство должно стремиться к тому, чтобы погрешностей в сфере законотворчества и правоприменения (зона исключительной деятельности и ответственности государства) было как можно меньше; но таковое стремление окажется безрезультатным, если нет чёткой программы блокирования юридических недоразумений, если отсутствует научное обеспечение правотворческой и правоохранительной деятельности. Это обстоятельство начинают понимать на Олимпе власти; спикер Совета Федерации совсем недавно призвал юриспруденцию на помощь в таком благом деле как мониторинг законодательства. Эти призывы понуждают нас определиться с вопросом о том, что есть «мониторинг». Данный термин – относительный новояз для правоведа, поскольку ни в толковом словаре¹, ни в словаре иностранных слов² его нет. И лишь в энциклопедическом словнике читаем: «мониторинг – наблюдение, оценка и прогноз состояния окружающей среды в связи с хоз. деятельностью человека»³.

Переводим или сужаем данное объяснение для наших нужд: мониторинг законодательства есть оценка его качества как продукта человеческой деятельности. Но таковая оценка будет наиболее точной, если мы станем проверять совершенство закона не априорно, а в ходе правоприменительной деятельности, которая имеет собственные задачи, ритмы и особенности. Тем самым проблема мониторинга расщепляется на оценку совершенства закона (1) и практики его применения (2). Значит, ожидается способность науки разработать *теорию правотворчества* (условий и правил создания совершенного закона) и *теорию эффективности* (критериев и показателей результативности употребления прежде избранных государством правовых средств).

Готова ли уголовно-правовая доктрина подставить властям плечо, снабдить Совет Федерации и прочие заинтересованные ведомства (как творящие, так и применяющие законодательство) соответствующими рекомендациями? Отвечаем: готова и поболее других отраслей правоведения – в силу названных выше причин, поскольку наши регламенты и итоги нашего профессионального труда гражданское общество и правящая элита проверяют с наибольшим усердием. Мы в системе разделения юридического труда в первую очередь призваны кратко и внятно объяснять свои требования к населению, страхо-

¹ Ожегов С.И. и Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка: 72 500 слов и 7 500 фразеологических выражений. – М.: АЗЪ, 1993. – С. 373.

² Словарь иностранных слов. – 18-е изд., стер. – М.: Рус. язык, 1989. – С. 328.

³ Советский энциклопедический словарь. Изд-е третье. – М.: «Сов. энциклопедия», 1984. – С. 825.

вать свою деятельность от пробелов и недоразумений в постоянном ожидании вопросов, проверок и претензий.

Вот доказательство готовности отрасли к проведению мониторинговых операций и методической помощи другим отраслевым: уголовно-правовая наука нашей страны с опорой на мнения европейских просветителей и немецкую юриспруденцию еще в XIX веке и даже на уровне учебных знаний пропагандировала теорию под названием «обоснование права наказывать»¹. Первоначально всё сводилось к нравственно-философской экспертизе карательной деятельности государства, к задействованию положений естественно-правовой доктрины (как контрольного ряда) для проверки отдельных регламентов уголовного закона. Позже наука медленно, но верно нащупывала те социально-экономические и нравственно-психологические нервы социума, которые нужно принимать в расчёт правотворческим учреждениям, а в итоге создала стройную систему критериев законодательной деятельности, которую с благодарностью и надлежит принять властям. Благодаря диссертационным исканиям² и монографическим работам³

¹ См. любой учебник по уголовному праву Российской империи конца XIX – начала XX века, а также монографические исследования: *Тогель С.К.* Курс уголовной политики в связи с уголовной социологией. СПб.: Юрид. кн. склад «Право», 1910; *Ковалевский М.* Закон и обычай на Кавказе. В 2-х т. – М.: Тип. А.И. Мамонтова и К°, 1890; *Котляревский С.А.* Власть и право: Проблема правового государства. – М.: Тип. «Мысль» Н.П. Меснянкина и К°, 1915; *Пиленко А.* Русские парламентские прецеденты: Порядок делопроизводства в Государственной Думе. Вып. 1-2. – СПб.: Тип. тов-ва «Общественная польза», 1907; *Полянский И.Н.* Стачки рабочих и уголовный закон. – СПб.: Тип. тов-ва «Общественная польза», 1907; *Хлебников Н.* Право и государство в их обоюдных отношениях: Исследование о происхождении, сущности, основных началах и способах развития цивилизации вообще. – Варшава: Тип. Варш. жандарм. округа, 1874; *Яценко А.* Опыт синтетической теории права. – Юрьев: Тип. К. Маттисена, 1912.

² См.: *Богдановский А.М.* Молодые преступники. Вопрос уголовного права и уголовной политики. – Новорос. ун-т, 1870; *Богородский С.О.* О философии уголовных законов у древних и новых народов. – СПб. ун-т, 1835; *Будзинский С.М.* Начала уголовного права. – М.: Моск. ун-т, 1871; *Васильев И.В.* Рассуждение о законах государства Российского... – М.: Моск. ун-т, 1823; *Гордеенко Г.С.* В чём должно состоять учёное уголовное законоведение в России в настоящее время? – Харьк. ун-т, 1838; *Ефимов Е.Н.* Природа преступления. Методологическое исследование. – Харьк. ун-т, 1915; *Максимович И.А.* О развитии понятия о преступлении в истории русского законодательства. – Киев. ун-т, 1845; *Морошкин Ф.Л.* О постепенном образовании законодательства. – М.: Моск. ун-т, 1833; *Титарев В.Ф.* О существе уголовных законов. – Харьк. ун-т, 1815; *Чубинский М.П.* Очерки уголовной политики. – Киев. ун-т, 1905; и др.

³ См., например: *Владимиров Л.Е.* Уголовный законодатель как воспитатель народа. – М., 1903. – 256 с.; *Герст М.Н.* Социальные факторы преступности. – М., 1905. – 215 с.; *он же.* Общественные причины преступности: Социалистическое направление в науке уголовного права. – М., 1906. – 210 с.; *Тогель С.К.* Роль общества в деле борьбы с преступностью. – СПб., 1906. – 287 с.; *Томберг Б.* Опыт изложения основных начал этиологии преступлений. – Киев, 1911. – 166 с.; *Дриль Д.А.* Преступность и преступники: Уголовно-психологические этюды. – СПб., 1899. – 303 с.; *он же.* Учение о преступности и мерах борьбы с нею. – СПб., 1912. – 702 с.; *Неклюдов Н.А.* Уголовно-статистические этюды. Этюд I: Статистический опыт исследования физиологического значения различных возрастов человеческого организма по отношению к преступлению. – СПб., 1865. – 255 с.; Против смертной казни: Сборник статей. – М., 1907. – 500 с.; *Сорокин П.А.* Преступление и кара, подвиг и награда: Социологический этюд об основных формах общественного поведения и морали. – СПб., 1914. – 504 с.; *Чарыхов Х.М.* Учение о факторах преступности. – М., 1910. – 167 с.; и др.

криминалистов царской эпохи советская наука уголовного права¹ произвела на свет теорию криминализации и пенализации общественно опасных деяний², которую вся отечественная юриспруденция могла бы принять за основу мониторинговых операций.

Можно смело утверждать, что на современный период доктрина накопила достаточный понятийный и терминологический ап-

¹ *Аликперов Х.Д.* Проблемы допустимости компромисса в борьбе с преступностью: Дисс. докт. юрид. наук. – М.: Акад. МВД РФ, 1992; *Грошев В.А.* Уголовный закон и правосознание: (Теорет. проблемы уголовно-правового регулирования). – Екатеринбург, 1994. – 223 с.; *Жалинский А.Э.* Социально-правовое мышление: проблемы борьбы с преступностью. – М.: Наука, 1989. – 192 с.; *Карпец И.И.* Уголовное право и этика. – М.: Юрид. литература, 19885. – 256 с.; *Клейменов М.П.* Уголовно-правовое прогнозирование. – Томск: ТГУ, 1991. – 167 с.; *Козан В.М.* Социальный механизм уголовно-правового воздействия. – М.: Наука, 1983. – 182 с.; *Коробеев А.И.* Уголовная наказуемость общественно-опасных деяний. – Хабаровск, 1986. – 80 с.; Криминология и уголовная политика. – М.: ИГПАН, 1985; *Кудрявцев В.Н.* Стратегии борьбы с преступностью. – М.: Юристъ, 2003. – 352 с.; Совершенствование мер борьбы с преступностью в условиях научно-технической революции. – М.: Наука, 1980. – 296 с.; *Спирidonов Л.И.* Социология уголовного права. – М., 1986. – 237 с.; *Тоболкин П.С.* Социальная обусловленность уголовно-правовых норм. – Свердловск, 1983. – 176 с.; Уголовный закон: Опыт теоретического моделирования. – М.: Наука, 1987. – 276 с.; и др. работы.

² См.: *Антонов А.Д.* Теоретические основы криминализации и декриминализации: Дисс. канд. юрид. наук. М.: МГУ, 2001. – 182 с.; *Евстратов Ю.И.* Некоторые вопросы теории криминализации // Проблемы теории и практики борьбы с преступностью. – Томск: ТГУ, 1982. – С. 50-62; *Келина С.Г.* Об основаниях и последствиях декриминализации деяний // Сов. государство и право. 1988. № 11. – С. 12-19; *её же.* Некоторые аспекты теории криминализации // Проблемы уголовной политики и уголовного права. – М.: МВШМ МВД РФ, 1994. – С. 47-57; *Кирюшкин М.В.* Социальная обусловленность уголовного наказания: Автореф. дисс. канд. юрид. наук. – Екатеринбург: УрГЮА, 1999. – 26 с.; *Коробеев А.И.* Уголовная наказуемость общественно опасных деяний (Основания установления, характер и реализация в деятельности органов внутренних дел). – Хабаровск: ХВШ МВД СССР, 1986. – 80 с.; *ею же.* Криминализация и пенализация деяний как основное содержание советской уголовно-правовой политики // Вопросы совершенствования уголовно-правового регулирования. – Свердловск: СвЮИ, 1988. – С. 10-14; *ею же.* О понятии криминализации и декриминализации // Актуальные правовые вопросы борьбы с преступностью. Томск: ТГУ, 1988. – С. 31-36; *ею же.* Социально-экономические и социально-психологические основания криминализации // Совершенствование правовых мер борьбы с преступностью. – Владивосток: Изд-во ДВГУ, 1986. – С. 17-23; *Коробов А.И.* Криминализация и пенализация неосторожных деяний в сфере использования техники // XXVI съезд КПСС и укрепление законности и правопорядка. – М.: ИГПАН, 1982. – С. 37-44; *Крылов Г.В.* Общественная опасность деяния и декриминализация // Проблемы совершенствования борьбы с преступностью: Сборник статей. – Иркутск: ИрГУ, 1985. – С. 30-38; *Кудрявцев В.Н.* Криминализация: оптимальные модели // Уголовное право в борьбе с преступностью: Сборник статей. – М.: ИГПАН, 1981. – С. 3-10; *ею же.* Научные предпосылки криминализации // Криминология и уголовная политика. – М.: ИГПАН, 1985. – С. 105-108; *Наумов А.* Проблемы декриминализации: причины и способы // Сов. юстиция. 1990. № 19. – С. 19-21; *Нерсисян А.А.* Декриминализация и права человека в советском уголовном законодательстве // Правоведение. 1991. № 5. – С. 71-77; *Петровский А.В.* Теоретические вопросы криминализации деяний // Вестник ЛГУ. Серия 6. 1991. Вып. 4. – С. 94-98; *Ревин В.П.* Проблемы декриминализации и реформа уголовного законодательства // Современные проблемы борьбы с преступностью. – М.: Академия МВД РФ, 1993. – С. 29-33; *Урехелидзе Н.Г.* Некоторые вопросы декриминализации // Актуальные вопросы современного уголовного права, криминологии и уголовного процесса. – Тбилиси: Мецниереба, 1986. – С. 100-104; *Филимонов В.Д.* Основания и условия установления уголовной ответственности за общественно опасное поведение // Актуальные вопросы государства и права на современном этапе. – Томск: ТГУ, 1982. – С. 136-137; *Яковлев А.М.* Криминализация деяний в системе социального контроля и социального планирования // Планирование мер борьбы с преступностью. – М.: ИГПАН, 1982. – С. 31-39; *ею же.* Социальные функции процесса криминализации // Проблемы социологии уголовного права: Сборник науч. трудов. – М., 1982. – С. 85-100.

парат по (де)криминализации и (де)пенализации, который можно использовать практически. В подтверждение приведем базовые положения самой претензионной книги по обсуждаемой теме, подготовленной в ИГП АН СССР¹. Эта книга, как её представляет во «Введении» проф. А.М. Яковлев, – «о сложном комплексе общественных факторов и явлений, которые вызывают к жизни принятие, отмену или изменение уголовного закона» (с. 5), о том, что «процесс криминализации... произведен от закономерностей, характеризующих прежде всего базис данного общества», хотя он испытывает «серьёзное воздействие» и со стороны «категорий надстроечного характера» (господствующей идеологии, науки, правосознания и пр.) – с. 8.

Первичный понятийный ряд по проблеме представлен в книге, как и полагается, академиком В.Н. Кудрявцевым. «Криминализация, – пишет он, – есть «общее понятие, охватывающее как процесс, так и результат признания определённых видов деяний преступными и уголовно наказуемыми... Декриминализация – отмена, исключение уголовной ответственности за те или иные деяния, ранее признававшиеся преступлениями, в том числе перевод этих деяний в категории менее значительных правонарушений... Декриминализацию можно рассматривать как противоположность криминализации, как криминализацию «со знаком минус» (с. 17).

А вот *пенализацию* надлежит считать всего лишь предпрешённым последствием или «элементом криминализации», поскольку она представляет собой «установление уголовного наказания за деяния, уже признанные преступными» (с. 17), а по содержанию санкций (степень пенализации) выглядит как «показатель интенсивности криминализации того или иного деяния». «Депенализация противоположна пенализации; она заключается в снижении или отмене наказания за деяние, признаваемое преступным. В этом случае интенсивность криминализации снижается» (с. 18). Цитированные положения показывают, что процессы (де)криминализации и (де)пенализации взаимосвязаны, осуществляются парламентами, а управление ими в идеале должно означать сближение субъективного, мотивированного преимущественно политическими расчётами правотворчества с объективно-стихийным правообразованием.

Наиболее наукоёмкий раздел книги (глава IV – «Основания и принципы криминализации общественно опасных деяний») выпало написать Г.А. Злобину. Представляя читателям социальную значимость научного обеспечения нормотворчества, он справедливо подчёркивает, что «многовековая традиция чисто эмпирического обоснования уголовно-правовых норм» на базе некоего «здорового смысла» утратила свою ценность, что «возможность творить уголовный закон методом проб и ошибок безвозвратно ушла в прошлое» (с. 190), что «любая попытка изменить современное уголовное законодательство... без учёта требований системного подхода и без строгого научного обоснования каждой новеллы, оказывается

¹ Основания уголовно-правового запрета (криминализация и декриминализация) / Отв. ред-ры В.Н. Кудрявцев и А.М. Яковлев. – М.: Наука, 1982. – 303 с.

недостаточно эффективной и чреватой нежелательными... побочными социальными последствиями» (с. 191).

Отталкиваясь от ранее высказанных по поводу рационализации правотворчества взглядов Платона, итальянца Ч. Беккариа, англичанина К. Кенни, голландца Л. Хульсмана и отечественных современников (И.М. Гальперин, П.С. Дагель, Н.Ф. Кузнецова, В.И. Курляндский, П.А. Фёфелов), Г.А. Злобин переходит к анализу «предпосылок криминализации», разумея под ними «явления социальной реальности, которые приводят в движение процесс легальной криминализации общественно опасных деяний» (с. 202). Объявлены и главные посылы для такого анализа: а) на сегодняшний день «главная задача теории состоит не в обосновании факта социальной (в конечном счёте экономической) обусловленности закона (он презюмируется давно признанным – А.Б.), а в раскрытии способа, механизма, с помощью которых осуществляется «перелив» общественной потребности в норму уголовного права (приближение правотворчества к правообразованию – А.Б.)» – с. 203; б) поскольку механизм правотворческой криминализации осуществляется «живыми» (ангажированными частными обстоятельствами и корыстными мотивами, не всегда одаренными) людьми, можно предположить большой диапазон (не)совершенства действий законодателя по криминализации (с. 203-204); в) в связи с этим надлежит различать термины «основания криминализации» и «криминализационный повод» (с. 204); г) первое явление – «действительные предпосылки, социальные причины возникновения или изменения уголовно-правовой нормы» (с. 206), второе – «конкретные события, приведшие к постановке вопроса о криминализации того или иного вида деяний» (с. 207).

Перевод парламентом объективных потребностей общественного развития в юридические регламенты должен опираться на *принципы криминализации*, которые суть «научно обоснованные и сознательно применяемые общие правила и критерии оценки возможности и целесообразности уголовно-правовой новеллы, устанавливающей или изменяющей ответственность за конкретный вид деяний» (с. 208). Эти общие правила или критерии подразделяются Г.А. Злобиным на две большие группы – 1) «выражающие общественную необходимость и политическую целесообразность» (социальные принципы криминализации) и 2) диктуемые «требованием внутренней логической непротиворечивости системы норм уголовного права» (системно-правовые принципы криминализации (с. 210). К первому разряду критериев уголовного правотворчества отнесены принципы общественной опасности и относительной распространённости деяний, соразмерности положительных и отрицательных последствий криминализации и уголовно-политической адекватности; ко второму – принципы конституционной адекватности, системно-правовой непротиворечивости, международно-правовой необходимости и процессуальной осуществимости (группа общеправовых системных принципов криминализации), а также принципы беспробельности закона и неизбыточности запятого, определённости и единства терминологии, полноты состава,

соразмерности санкции и экономии репрессии (группа отраслевых принципов криминализации) – с. 215-242.

По тексту представляемой главы её автор производит спорные или сомнительные в нашем понимании суждения и оговорки. Вот они: а) «принципы криминализации *формулируют* (курсив наш; конечно же, «содержат» – А.Б.) не абсолютные предписания или запреты, а некоторые оптимумы, которыми необходимо руководствоваться или к которым следует стремиться при установлении наказуемости деяний» (с. 213). Если требования к какой-либо деятельности не абсолютны, а лишь представляют собой лишь диспозитивные ориентиры, это – не принципы; б) «сколь ни было бы опасно то или иное поведение, его криминализация никогда не может рассматриваться как абсолютное благо, но всегда представляет собой жертвование одними интересами общества ради других, более значительных» (с. 220). Привкуса открытия или одиозности авторской позиции в приведённой цитате нет даже по контексту книги, но мысль может быть продолжена благодарными последователями в том направлении, что отраслевые предписания всегда социально-опасны, поскольку уголовное право есть хирургический блок государственной машины управления, что истинная цена криминализации устанавливается в будущем, практикой применения нормативной новеллы, социологическим путём, через определение её эффективности.

Для нас более важен как раз последний аспект, мысли и суждения о генетической взаимосвязи и зависимости правотворческих решений по борьбе с преступностью от данных уже сложившейся правоприменительной практики и от прогнозов результативности законодательных новшеств. И тут цитируемый Г.А. Злобиным Платон с его концепцией преступления как результата юридического незнания (с. 191-192) не помощник. Правотворец не может оправдываться платоновскими безвинным неведением, самонадеянностью, страстью или аффектом, но обязан грамотно «выражать... объективную общественную потребность» (с. 193). А посему приемлемы рекомендации других адептов отрасли, проповедующих спайку криминализационных решений со сведениями о результативности уголовного преследования.

Движение к сопряжению теорий уголовного правотворчества и эффективности уголовно-правовых средств обнаружена нами у цитируемых Г.А. Злобиным авторитетов: К. Кенни – установление уголовной наказуемости вредоносных деяний состоятельно и при тех условиях, что эти деяния поддаются чёткой нормативной фиксации и могут быть с достоверностью доказаны правоприменителями¹; Л. Хульсман – криминализация недопустима, если она повлечёт перегрузку уголовной юстиции или если проектируемые к отраслевому запрету деяния не поддаются точному юридическому определению (с. 194 и 197 у Г.А. Злобина); П.А. Фелелов – правотворческие решения по борьбе с преступностью должны базироваться и на идее неотвратимости уголовной ответственно-

¹ Кенни К. Основы уголовного права. – М.: Изд-во иностр. лит-ры, 1949. – С. 27-29.

сти¹; И.М. Гальперин – принятие решения о введении уголовного ответственности должно увязываться и с «определением степени эффективности применявшихся мер борьбы с... деяниями»².

Итак, качественный мониторинг (уголовного) законодательства предполагает целую систему требований к правотворчеству, которая распадается на два разряда: а) *содержательный* – социальные показания для законодательного регулирования (экономическая и социально-психологическая основа, возможности государства по реализации новелл и пр.); б) *формальный* – технические требования к тексту нормативных актов (их структура, иерархические и функциональные связи с другими нормативными актами, правотворческий язык и пр.). Определённость же с совершенством законодательного материала позволяет переходить и к мониторингу правоприменительной деятельности; а сводные требования к ней и социальные ожидания её результатов консолидируются в эффективности. Возьмём на себя смелость и труд рассуждений об эффективности (2-й уровень мониторинговых операций в уголовном праве) наказания – по названным выше причинам (наказание суть апофеоз уголовно-правового метода и потому эффективность его применения оценивается в первую очередь по результативности наказания).

Определяя общетеоретические направления развития советской юридической науки, С.С. Алексеев ещё в 1966 году важное место отводил исследованиям вопросов эффективности права. «Первостепенное значение в общетеоретических исследованиях, – отмечал он, – имеет изучение эффективности правового регулирования, то есть целесообразности и результативности правовых мероприятий, правовых норм. Категория «эффективность» характеризует соотношение правового регулирования с тем социальным эффектом, на который оно направлено»³.

Всю вторую половину XX века в науке уголовного права шло как раз усиленное изучение проблем эффективности правового регулирования. Достигнутый уровень разработок (монографическая литература, статьи и диссертации) на этом направлении позволяет утверждать, что наметились два основных пути исследования проблем эффективности уголовно-правовых средств: 1) создание общей теории эффективности; 2) разработка вопросов эффективности отдельных правовых установлений.

Ознакомление с научными взглядами в рамках выделенного нами первого направления приводит к выводу, что ряд вопросов общетеоретического характера пока окончательно не разрешён, что мнения учёных по отдельным вопросам представляются недо-

¹ *Фефелов П.А.* Критерии установления уголовной наказуемости деяний // Сов. государство и право. 1970. № 11. – С. 101-103.

² *Гальперин И.М.* Уголовная политика и уголовное законодательство // Основные направления борьбы с преступностью. – М.: Юрид. литература, 1975. – С. 58.

³ *Алексеев С. С.* Об основных общетеоретических направлениях развития советской юридической науки: Тезисы докладов и научных сообщений на межвузовской теоретической конференции на тему: «Роль права в развитии социалистической экономики и демократии на современном этапе». – М.: МГУ, 1966. – С. 10.

статочны обоснованными¹. Это обязывает любого исследователя до изучения эффективности того или иного правового средства (в нашем случае – наказания) достичь максимальной определённости в понимании проблем, относящихся к теории эффективности в праве вообще. В данном случае налицо необходимость соблюдения известного предупреждения, что без решения ряда общих вопросов нельзя двигаться в познании дальше², ибо разрешение конкретных проблем (эффективность наказаний – в нашем случае) будет постоянно сталкиваться с трудностями, вызванными как раз нерешённостью ряда общих вопросов.

Общая теория эффективности уголовно-правовых норм, как научная оснастка мониторинга закона и правоприменительной деятельности по уголовным делам, включает в себя следующие фрагменты: 1) выбор научного подхода к изучению эффективности права вообще; 2) определение условий, влияющих на эффективность наказаний; 3) содержание понятия «эффективность»; 4) критерии и показатели эффективности; 5) формализация процесса измерения эффективности. Рассмотрим и оценим последовательно данные фрагменты теории эффективности в уголовном праве.

1. Прежде всего, следует со всей определённою сказать, что эффективность служит одним из критериев наших суждений о ценности (необходимости, полезности, результативности функционирования) права и вообще юридического регулирования в обществе. Установка на эффективность отражает ценностную ориентацию сознания и государства в современный период. Конечно, право не имеет самостоятельной ценности³. Оно «ценно как орудие, инструмент, средство разрешения задач, возникающих перед социалистическим обществом и государством в ходе коммунистического строительства, средство достижения целей, которые ставит общество на том

¹ Даже выход в свет солидной работы, посвящённой изучению эффективности в правоведении, не устранил всех спорных вопросов. В основном, по нашему мнению, это произошло потому, что монография представляла собой техническую компиляцию позиций известных учёных, ранее опубликованных в отдельных статьях (Имеется в виду книга: Эффективность правовых норм (колл. авторов). – М.: Юрид. литература, 1980).

² Ленин В. И. Полн. собр. соч., т. 15. – С. 368.

³ Монографии С.С. Алексеева (Социальная ценность права в советском обществе. – М., 1971) и Ю.А. Демидова (Социальная ценность и оценка в уголовном праве. – М., 1975) содержат аксиологическое исследование объективных свойств права, объекта правовой охраны и правовых понятий, но вопросы эффективности остались за рамками этих монографий. Между тем, высказывания ряда учёных о том, что «ценность социалистического права неразрывно связана с его социальной эффективностью» (Рабинович Н.М. Социалистическое право как ценность // Проблемы социалистической законности на современном этапе развития Советского государства: Тезисы докладов на межвузовской научной конференции. – Харьков, 1968. – С. 20), что «чем эффективнее оно (право – А.Б.) выполняет свою служебную роль, тем больше его социальная ценность» (Ковалёв М.И. К вопросу об эффективности уголовного законодательства // Проблемы эффективности уголовного закона. – Свердловск, 1975. – С. 5), дают основания расценивать их позицию, как признание эффективности критерием ценности права (наказания) для общества. С.А. Шлык же специально подчёркивает, что социальная ценность права, его институтов и норм является единственным (подчёркнуто нами – А.Б.) аспектом рассмотрения проблемы эффективности права (О содержании понятия эффективности правовых норм // Труды ВНИИСЗ, вып. 8. – М., 1977. – С. 24-25).

или ином этапе своего развития»¹. Однако решаемая уголовным правом (в том числе посредством применения наказания) задача защиты основных благ общезначимости от преступных посягательств (ст. 2 УК РФ 1996 года) сообщает ему свойство ценности вторичного порядка: результативно охраняя базовые ценности, средство само становится положительным явлением. В таком случае логично было бы предложить рассмотрение вопросов эффективности в аксиологическом плане, то есть в рамках «учения о ценностях»². Однако, это положение разделяется не всеми учёными.

В юридической литературе встречаются принципиальные возражения против разработки вопросов эффективности в рамках аксиологического подхода. В монографии П.П. Осипова, претендующей на аксиологическую разработку проблем уголовно-правовых санкций, признаётся за наиболее серьёзную ошибку «... причисление права к аксиологическим ценностям в случае успешного выполнения им своей роли»³. В представлении данного учёного, содержание аксиологии исчерпывается теорией гуманизма: «сама аксиология предстаёт перед нами как наука, призванная разрабатывать теорию гуманизма»⁴.

Общественное действительно во главу угла ставит проблему человека, исходит из того, что человек является высшей социальной ценностью, самоцелью всего общественного прогресса. При этом под ним (человеком) подразумевается как отдельный индивид, так и целые социальные группы. Такое понимание образует основное содержание гуманистических концепций. Вместе с тем, гуманистические идеалы представляют собой лишь ядро ценностного подхода, но не исчерпывают всего содержания теории ценностей.

Образно говоря, П.П. Осипов рассуждает с «вершин» аксиологии, без учёта иных критериев, которые могли бы свидетельствовать о действительной ценности права и его отдельных институтов. Между тем, в философской литературе отмечается наличие «не только относительных ценностей, но и абсолютных, универсальных, существующих в качестве своеобразных «мерок», «моделей» и пр.»⁵. Эффективность регулирования общественных отношений как раз и является свидетельством относительной ценности права.

Суждение о ценности правового регулирования принимается на основе множества критериев, важное место среди которых принадлежит гуманизму. Только с позиций последнего требования, во всяком случае, принятие решения о положительной социальной значимости юридических средств будет затруднительным, если вообще возможным. В большинстве своём предъявление требования гуманистичности является завершающим этапом для принятия решения о ценности той или иной правовой нормы. Пер-

¹ Черданцев А.Ф. Социальная ценность социалистического права // Сов. государство и право. 1978. № 7. – С. 23.

² Философская энциклопедия, т. 1. – М., 1960. – С. 30.

³ Осипов П.П. Теоретические основы построения и применения уголовно-правовых санкций (аксиологические аспекты). – Л.: Изд-во ЛГУ, 1976. – С. 132.

⁴ Цит. соч., С. 9.

⁵ Фролов И.Т. Наука – ценности – гуманизм // Вопросы философии. 1981. № 3. – С. 34.

воначально об этом судят на основе иных, более приближённых, прагматических признаков. Кстати, в философии содержание аксиологии не исчерпывается теорией гуманизма¹.

Представляется поэтому, что правильное решение вопроса о ценности явления, объекта или процесса (в том числе и наказания) будет обеспечено лишь на базе предъявления комплекса требований, учитывающих как гуманистические воззрения общества на них, так и их пользу, результативность, эффективность и т.д. Таким образом, оправданно судить по эффективности правовых установлений об их ценности для общества.

Но аксиологический подход к проблемам эффективности – не единственно возможный аспект её рассмотрения. Вопросы эффективности правовых установлений могут быть рассмотрены и в социологическом плане. Более того, давно стало аксиомой положение, что исследования в сфере государственно-правовой жизни не могут быть убедительными без применения социологических методов². Социологический (реальный) подход тесно связан с аксиологическим (идеальным), составляет жизненную основу последнего. При исследовании эффективности уголовного наказания должно быть обеспечено единство социологии и аксиологии. При этом выработка критериев эффективности наказания и установление содержания исследовательской операции относится к аксиологической проблематике. Установление же и «добывание» конкретных показателей или эмпирических данных – предмет ведения социологии.

В правоведении имеются предложения о рассмотрении проблемы эффективности в рамках *праксеологии* (науки о действии безотносительно к субъекту и области этого действия)³. В рамках этого подхода действие правовой нормы предлагается исследовать по трём характеристикам: *полезности* (соотношение полезных и вредных результатов и последствий), *экономичности* (соотношение между достигнутым результатом и затраченными на это средствами), *эф-*

¹ Изучение аксиологической теории показывает, что критериями оценки признаются самые различные требования. В представлении В.П. Тугаринова таковыми будут необходимость, полезность и приятность объекта для субъекта (Тугаринов В. П. Теория ценностей в марксизме. – Л.: Изд-во ЛГУ. – С. 74). Б.А. Чагин считает, что объект будет ценным, если он отвечает требованиям нужности, полезности, важности и необходимости (Чагин Б.А. Проблема ценности и оценки в свете трудов Маркса К., Энгельса Ф. и Ленина В. И. // Проблема ценности в философии. – М.-Л., 1966. – С. 7). В.А. Василенко выдвигает лишь один критерий – значимость предмета или явления для субъекта (Василенко В.А. Ценность и ценностные отношения // там же, С. 42). Некоторую особенность представляет позиция Б.Г. Кузнецова. Он предлагает эйнштейновские критерии «внешнего оправдания» (экспериментального подтверждения) и «внутреннего совершенства» (выведения из максимально общих принципов), а также «применять оценки «лучше» и «хуже» к объективным процессам» (Кузнецов Б. Г. Ценность познания. – М.: Наука, 1975. – С. 29).

² См.: Никифоров Б.С. К вопросу об изучении эффективности уголовно-правовых мер борьбы с преступностью // Эффективность уголовно-правовых мер борьбы с преступностью. – М.: Юридическая литература, 1968. – С. 11.

³ См., например: Самоценко И.С., Венгеров А.Б., Никитинский В.И. К изучению эффективности действующего законодательства // Правоведение. 1971. № 4; Эффективность правовых норм (Кудряцев В.Н., Никитинский В.И., Самоценко И.С., Глазурин В.В.). – М.: Юрид. литература, 1980 – С. 23-29.

фактивности (соотношение поставленной цели и степени её достижения). Не подвергая сомнению правомерность подобного подхода к эффективности, заметим, что аксиологический подход включает в себя и оценку действия правовой нормы с позиций праксеологии, позволяя одним суждением заменить многие характеристики права, необходимые при освещении его в рамках праксеологии.

2. Бесспорным достижением теории эффективности в праве следует считать то положение, что учёт влияния т. н. «привходящих сил» на эффективность юридических норм стал обязательным требованием. Правовые предписания будут осуществляться наиболее эффективно лишь при наличии соответствующих благоприятных условий. Данное положение представляется принципиально важным и методологически необходимым – оно предупреждает предъявление слишком завышенных требований к праву и гарантирует от поспешных, необоснованных изменений закона. Эти «привходящие силы» чаще всего именуются условиями эффективности, иногда – «факторами обеспечения эффективности (правоприменительных актов)»¹.

В правоведении выделяется различное число условий эффективности правового регулирования, а равно одни те же условия именуются по-разному². Например, В.М. Коган называет три уровня анализа эффективности уголовно-правовых норм: обусловливания, формулирования и реализации³. Речь идёт о социальной обусловленности права, совершенстве его закрепления в тексте закона и правильном применении. Практически о том же говорят авторы монографии «Эффективность правовых норм», когда в числе общих условий эффективного действия правовых норм выделяют 1) совершенство законодательства, 2) совершенство правоприменительной деятельности и 3) уровень правосознания⁴.

Нам представляется верным такое решение. Зависимость эффективности применяемых юридических средств (наказаний) от уровня законотворчества, качества правоохранительной деятельности и развитости правосознания – бесспорная истина. «Всякое наказание, в том числе и уголовное, само по себе уже создаёт объективные предпосылки для исправления и перевоспитания правонарушителей. Однако, для того, чтобы эти предпосылки преврати-

¹ *В.В. Лазарев*, в частности (Эффективность правоприменительных актов (Вопросы теории). – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1975. – С. 112-175), выделяет материальные, социально-политические, идеологические, организационные и сугубо правовые способы обеспечения эффективности правоприменительных актов.

² См., например: *Хомовский А.А.* Объекты изучения эффективности действия права // Сов. государство и право. 1977. № 3. – С. 111-116; *Веремеенко И.И., Попов Л.Л., Шергин А.П.* Понятие и условия эффективности административных санкций // Правоведение. 1972. № 5. – С. 31-38; *Георгиев Г.* Эффективность законодательства – сущность, критерии и условия // Правна Мисль (НРБ). 1971. № 2. – С. 52-57; *Шикин Е.П.* Факторы, определяющие эффективность норм права // Сов. государство и право. 1973. № 5; *Фаткуллин Ф.Н., Чулюкин Л.Д.* Социальная ценность и эффективность правовой нормы. – Казань: Изд-во Казанского ун-та, 1977, гл. I, а также др. работы.

³ *Коган В. М.* Уровни анализа эффективности уголовно-правовых норм // Вопросы борьбы с преступностью, вып. 30. – М.: Юрид. литература, 1979. – С. 49-59.

⁴ Эффективность правовых норм. – М.: Юрид. литература, 1980, гл. III.

лись в действительность, ими надо умело воспользоваться, то есть они всецело зависят от субъективных факторов. Одним из последних является то, какое наказание назначит суд (то есть принцип индивидуализации наказания). Другим важнейшим условием выступает эффективность деятельности самих исправительно-трудовых учреждений»¹.

При анализе условий, влияющих на эффективность права, необходимо, на наш взгляд, учитывать следующие два соображения. Во-первых, учёт названных условий ещё не означает их использование в качестве критерия эффективности. Наоборот, обнаруженная эффективность юридических средств свидетельствует и о действительности условий, а неэффективность обязывает ставить в числе прочих и вопрос о характере, качестве условий эффективного применения права. Нельзя не согласиться с мнением С.А. Шлыкова, который, критикуя позицию Ф.Н. Фаткуллина, указывает, что условия (предпосылки) не могут быть критериями эффективности (социальной ценности) правовой нормы².

Во-вторых, говоря об условиях эффективного применения уголовно-правовых норм, следует всегда помнить об ограниченных возможностях наказания вообще как средства борьбы с преступностью. Специальные или уголовно-правовые меры борьбы с преступностью не в состоянии конкурировать с факторами, порождающими намерение совершить правонарушения, потому что эти факторы действуют обычно до и независимо от влияния закона и юридической практики³.

3. Как и всякое понятие высокой степени абстрактности, эффективность требует анализа своего содержания, так сказать, собственного «оценивания» по определённым критериям. Здесь безусловно одно – в содержание понятия эффективности должны быть включены существенные для него характеристики. Как пишет Д.А. Керимов, «понятие является логической основой конкретного, представляет собой своеобразный узловой пункт, в котором объединяются в строгой логической системе общие, наиболее характерные, существенные, главные, основные признаки и специфические особенности явлений»⁴.

При определении содержания понятия «эффективность» предстоит решить, пожалуй, наиболее сложный вопрос – следует ли включать указание на понесённые затраты в понятие эффективности или же ограничивать её толкование лишь технократическим выяснением результативности, то есть степени достижения целей. В отечественной юриспруденции решению этой проблемы уделяли

¹ Царегородцев А.М. Некоторые вопросы повышения эффективности назначения и исполнения наказания организаторам преступных групп // Проблемы эффективности уголовного закона. – Свердловск, 1975. – С. 104; см. также: Багрий-Шахматов Л.В., Гуськов В.И. Теоретические проблемы классификации уголовных наказаний. – Воронеж: Изд-во Воронежского ун-та, 1971. – С. 5.

² Шлыков С.А. О содержании понятия эффективности правовых норм // «Труды» ВНИИСЗ, вып. 8. – М.: 1978. – С. 27-28.

³ Кудрявцев В.Н. Причины правонарушений. – М.: Юрид. литература, 1976. – С. 264.

⁴ Керимов Д. А. Философские проблемы права. – М.: Мысль, 1972. – С. 67.

значительное внимание представители различных отраслей права. В результате одни считают, что учёт затрат – обязательное условие научного определения эффективности правовых норм (на этой позиции стоят: А.С. Пашков, Л.Я. Явич, Н.Ф. Кузнецова, М.Д. Шаргородский, И.В. Шмаров, С.А. Шлыков, Ф.Н. Фаткуллин и др.).

Другая группа учёных (В.Н. Кудрявцев, Б.С. Никифоров, В.И. Никитинский, И.С. Самощенко, А.Б. Венгеров и др.) считает, что при определении эффективности следует ограничиться выяснением лишь степени достижения целей правового регулирования. В.Н. Кудрявцев, например, предсказывает пагубные последствия такого шага, как оценка эффективности и с учётом понесённых затрат на это: «к оценке затрат как показателя эффективности, – пишет он, – надо относиться с большой осторожностью... дешёвая юстиция в конце концов дорого обходится обществу»¹. И так, и не так. Заключительная часть приведённой выше фразы (о дороговизне дешевой юстиции) давно превратилась в ходячий, почти универсальный лозунг управления. Но рынок заставит считать казённые расходы на правоохранительную деятельность и особенно – спрашивать с руководителей юридических ведомств и страны за эффективность истраченных средств².

Возникшие трудности в решении вопроса о включении критерия затрат в содержание эффективности, по нашему мнению, объяснимы недостаточно чётким и полным решением по меньшей мере трёх проблем: *во-первых*, наблюдается не совсем правильное понимание существа затрат как компонента содержания эффективности; *во-вторых*, до сих пор существуют трудности с выбором учёными измерителя затрат в сфере уголовно-правовых отношений; наконец, *в-третьих*, применяемые правоохранительными органами меры по регулированию затрат кары рассматриваются учёными без осмысления того бесспорного положения, что само их применение стало возможным благодаря ранее достигнутому эффекту³.

Большинство противников включения затрат в содержание понятия эффективности понимает под ними материальные издержки органов, применяющих или организующих исполнение наказания. Убеждают в этом уже и приведённые выше высказывания В.Н. Кудрявцева (затраты относятся им на счёт органов юстиции), и позиция Г.Н. Симушкова (затраты – на счёт ИУ)⁴. При

¹ Кудрявцев В. Н. Уголовная юстиция как система // Правовая кибернетика. – М., 1973. – С. 15.

² См. об этом наши рассуждения в предыдущем томе: *Бойко А.И.* Система и структура уголовного права. В 3-х т. Т. 2: Системная среда уголовного права. – Ростов н/Д: Изд-во ЮФУ, 2008. – С. 307-322.

³ Лишь отдельные криминалисты подмечают зависимость результативности условного осуждения, например, от влияния реальных наказаний, указывают на то, что «угроза реальным применением наказания выполняет активные предупредительные функции» (*Ломачко В.А.* Цели наказания и особенности их обеспечения при условном осуждении // Проблемы социалистической законности, вып. 1. – Харьков, 1976. – С. 82). Можно утверждать, например, что частично-предупредительная эффективность условного осуждения во многом достигается общепреventивным влиянием реального (заменённого) наказания.

⁴ *Симушков Г.Н.* О понятии и критериях эффективности отбытия исправительных работ // Преступность и её предупреждение / Под ред. Н.П. Кана и проф. М.Д. Шаргородского. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1971. – С. 163.

таким подходе действительно было бы разумно говорить о том, что «цель правовой нормы – эталон её эффективности»¹. Однако, на наш взгляд, относить затраты при учёте эффективности наказания на счёт суда, исправительных колоний и др. органов было бы ошибкой и вот почему: 1) затраты, снижающие эффективность наказания, могут быть и не связаны с деятельностью правоохранительных органов. Уже сегодня в принципе можно отказаться от использования таких наказаний, затраты в которых выражаются в самом факте отрыва осужденного от общественно-полезной деятельности по его высшей квалификации (увольнение от должности – выполнено, лишение права занимать определённые должности или заниматься определённой деятельностью – ожидает своей очереди); 2) наказание само по себе, даже при высокой экономичности его исполнения, может быть неэффективным. Ещё в XIX веке Н.С. Таганцев отмечал, что телесные наказания, отличающиеся большой простотой в исполнении и могущие путём варьирования своей меры заменить всю лестницу наказаний, тем не менее неэффективны; 3) наконец, содержание отдельных наказаний может быть таково, что правоисполнительные органы объективно будут вынуждены тратить значительные средства на допенитенциарной стадии и лишь затем придёт черёд затрат ИУ (исправительных колоний) и других исполняющих наказания органов.

Таким образом, затраты – необходимый критерий наших суждений об эффективности. При этом по отношению к эффективности именно наказания следует говорить об экономии или затратах именно кары², а не средств исправительного воздействия, воспитательных мероприятий и прочее. Ведь в практике борьбы с преступностью в нашей стране уже в течение многих лет успешно применяются различные виды освобождения и досрочного освобождения от отбытия наказания.

Решение о включении критерия затрат кары в содержание эффективности наказания обосновывается, на наш взгляд, тем, что: а) одним из принципов уголовного права является принцип экономии репрессии³; б) эффективность рассматривается исследователями в аксиологическом плане, служит одним из критериев ценности наказания, а установка на результат любой ценой, с любыми издержками, без учёта затрат противоречит ценностным ориентациям любого общества⁴.

¹ *Никитинский В.И.* Эффективность норм трудового права. – М.: 1971. – С. 33.

² Мы говорим только о затратах кары в силу того, что разделяем позицию тех учёных (Н.А. Беляев, А.Е. Наташев, Н.А. Стручков, А.Л. Ременсон и др.), которые включают, видят в содержании наказания только кару.

³ Хотя в УК РФ 1996 года данный принцип и не закреплён, в доктрине он почитается практически за аксиому. См.: *Стручков Н.А.* Срок лишения свободы и воспитательные возможности наказания // К новой жизни. 1965. № 9. – С. 52; Сов. уголовное право. Общая часть. – М.: Изд-во МГУ, 1974. – С. 23 (*Г.А. Кригер*); *Сахаров А.Б.* О принципах социалистического уголовного права // Правоведение. 1969. № 4. – С. 62; *Дагель П.С.* О принципе целесообразности наказания // Правоведение. 1962. № 1. – С. 147; *Демидов Ю.А.* Основные принципы советского уголовного права // Вопросы борьбы с преступностью, вып. 9. – М.: Юрид. литература, 1969. – С. 27-28.

⁴ См.: *Лысов М. Д.* Наказание и его применение за должностные преступления. – Казань: Изд-во Казанского ун-та, 1977. – С. 46-47.

Итак, можно было бы сформулировать определение понятия эффективности. Надо лишь в очередной раз отметить, что правильное понимание понятия гораздо более ценится, чем самая лучшая его дефиниция. «Все определения, – писал Ф. Энгельс в «Анти-Дюринге», – имеют с научной точки зрения ничтожное значение. Чтобы знать действительно исчерпывающим образом, что такое жизнь, мы должны были бы перебрать все формы проявления её, начиная с низшей и кончая высшей. Но практически подобные определения очень удобны, а иногда даже необходимы; повредить они не могут, если только не забывать присущих им недостатков»¹. **Эффективность уголовного наказания – свойство наказания достигать поставленные в законе цели при минимально необходимых затратах кары, которое наиболее полно реализуется при наличии надлежащих условий.**

4. Закономерно предположение, что изучение эффективности наказания должно опираться на чёткие критерии. «Для того, чтобы точно знать о дефектах в том или ином звене механизма правового регулирования, – справедливо отмечает в связи с этим В.В. Лазарев, – нужно иметь представление о критериях эффективности каждого из них»².

Но подлежит сомнению то обстоятельство, что понимание критериев должно отвечать смысловому содержанию понятия эффективности наказания. Если эффективность понимается, например, как результативность достижения целей, то свойство наказаний достигать каждую из указанных в ст. 43 УК РФ целей является отдельными критериями эффективности. Совершенно по-иному следует раскрывать понятие показателей эффективности наказания.

Впервые в науке уголовного права предложение делать различия между понятиями «критерий» и «показатель» сделал проф. И.В. Шмаров. «Критерии эффективности исполнения наказаний, – писал он, – нельзя смешивать с показателями, используемыми для оценки достижения целей наказания. Очевидно, каждому критерию эффективности исполнения наказания должны соответствовать определённые показатели»³. В качестве показателей эффективности можно оперировать любыми статистическими данными, результатами социологических исследований. Требуется лишь, чтобы показатели «подбирались» под критерии, а не наоборот, чтобы характер использования показателей соответствовал, подтверждал, а не противоречил критериям эффективности уголовного наказания.

Критерием эффективности наказания по достижению цели исправления преступника служит свойство наказания содействовать

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч., 2-е изд., т. 20. – С. 82.

² Лазарев В.В. Эффективность правоприменительных актов (вопросы теории). – Казань: Изд-во Казанского ун-та, 1975. – С. 94.

³ Шмаров И.В. Критерии и показатели эффективности наказаний // Советское государство и право. 1968. № 6. – С. 62. В то же время большинство правоведов пока не делают различий между понятиями «критерий» и «показатель» и даже пытаются использовать показатель в качестве определяемого слова для эффективности. Например, Л.Д. Чулюкин отождествляет эти понятия (Чулюкин Л.Д. Эффективность уголовно-процессуальных норм и методика её изучения: Автореферат дисс. канд. юрид. наук. – М., 1977. – С. 9).

процессу нравственного преобразования личности осужденного, превращения его в полезного участника общественного производства и безопасного члена территориальной коммуны. Наказание имеет частнопредупредительную результативность, если его применение обеспечивает несовершение осужденным лицом новых преступлений в период отбывания наказания и в течение срока судимости.

Общепредупредительная же результативность наказаний понимается нами как влияние на морально неустойчивых граждан в направлении воздержания их от производства преступлений. Наконец, поскольку понятие эффективности связывается и с затратами кары на достижение целей, в качестве 4-го критерия эффективности наказаний выступает их свойство достигать цели восстановления социальной справедливости, исправления виновного и предупреждения новых преступлений с минимально необходимыми затратами на это.

5. В литературе последнего времени можно отметить стремление отдельных учёных формализовать процесс измерения эффективности правового регулирования. Широко известна формула эффективности, предложенная А.С. Пашковым и Л.С. Явич: $S = (A-B)/K$, где S – означает вывод об эффективности правовой нормы, A – результат её действия, B – первоначальное состояние. В знаменатель же вносятся произведённые затраты (K)¹. Предложения о применении математических методов с соответствующими формулами для изучения эффективности отдельных правовых норм вносились и вносятся также другими авторами².

Безусловно, данный подход к выявлению эффективности, формализование самого процесса измерения, придаёт окончательным выводам большую убедительность. Однако, на данном этапе разработки проблемы эффективности в праве, подобные предложения отдельных авторов позволительно рассматривать прежде всего в методологическом плане, нежели ожидать уже ныне их практического претворения. По-видимому, это понимают и сами сторонники формализации процесса исследования эффективности, поскольку в большинстве случаев дело не идёт дальше общих, хотя и верных, рассуждений.

Особое значение высказанное положение имеет в отношении наказаний без изоляции осужденных от прежней социальной среды. Исследователь сильно затруднён в поиске практических данных; статистически не учитываются многие характеристик процесса применения наказаний без элемента изоляции. Но если и удастся получить все данные в этом плане, нельзя забывать значительного

¹ Пашков А.С., Явич Л.С. Эффективность действия правовой нормы (К методологии и методике социалистического исследования) // Сов. государство и право. 1970. № 3. – С. 45.

² См., например: Мелентьев М.П. О понятии и критериях эффективности деятельности исправительно-трудовых учреждений // Учёные записки Пермского гос. ун-та, № 247 (Вопросы уголовного права, процесса и криминалистики). – Пермь, 1970. – С. 135; Хан-Магомедов Д.О. Некоторые математические методы изучения динамики судимости и применения наказаний // Вопросы борьбы с преступностью, вып. 18. – М.: Юрид. литература, 1973. – С. 19; Чулюкин Л.Д. Эффективность уголовно-процессуальных норм и методика её изучения: Автореферат дисс. канд. юрид. наук. – М., 1977. – С. 14-15; Рагимов И.М. Вопросы эффективности исправительно-трудового воздействия // Правоведение. 1978. № 5. – С. 36; и др. работы.

влияния «привходящих сил» на результативность этих наказаний. Как писали Г.А. Злобин и В.Н. Кудрявцев, особая трудность изучения эффективности наказаний – не связанных с лишением свободы, «заключается в том, что приходится изучать поведение массы лиц, находящихся в самых разнообразных условиях, живущих в различных местах и испытывающих на себе непрерывное воздействие «посторонних» факторов в значительно большей степени, чем, например, лица, находящиеся в местах заключения»¹.

В силу данного положения не представляется безальтернативным всегда следовать каким-либо формулам. «Измерения эффективности предупреждения преступления не обязательно требует числовых показателей. Они могут основываться на относительных величинах типа: низкая, средняя, максимальная; худшая, средняя, лучшая; малая, средняя, большая, в которых уже содержится три относительные градации интенсивности»².

Итожим: 1. Изначально предполагается высокая рациональность, совершенство, результативность государственного управления вообще, особенно же – в такой болезненной сфере как борьба с преступностью. 2. В идеале сама власть должна стремиться к созданию научной базы правотворческой и правоприменительной деятельности и к систематической проверке её качества с помощью доктринальных методик. 3. Отраслевая наука прошла в изучении проблемы социальной обусловленности и структурно-лингвистического совершенства уголовного закона большой путь – от высокоморального «обоснования права наказывать» XIX века к современной, явно технократической теории под названием «криминализация общественно-опасных деяний». Её смысл состоит в сближении субъективно-волевого, но разумного правотворчества в исполнении государства со стихийно-естественным правообразованием антикриминальных мер «внутри» социума. 4. Несмотря на множество обозначенных в публикациях критериев уголовного правотворчества и противоречивость научных взглядов по этому поводу³, можно утверждать о существовании некоей выстраданной

¹ Злобин Г.А., Кудрявцев В.Н. Проблемы эффективности наказания, не связанного с лишением свободы (Международный симпозиум по проблемам социалистического уголовного права). – София, 1969. – С. 90.

² Теоретические основы предупреждения преступности. – М.: Юрид. литература, 1977. – С. 243. (А.Э. Жалинский).

³ В отношении обстоятельств, дающих основание для введения уголовно-правового запрета, до сих пор нет унифицированного терминологического обозначения: одни авторы именуют их *принципами*, другие – *условиями*, третьи – *задачами*, четвертые – *критериями*, пятые – *предпосылками*, шестые – *правилами*, седьмые – *основаниями* и т.д. Более того, каждый исследователь относит к основаниям уголовно-правового запрета различные факторы. На наш взгляд, словарное многообразие, адресуемое одному и тому же явлению либо процессу, не должно смущать исследователей, а тем более тормозить анализ существенных признаков этих явлений или процессов. Позволим себе считать наиболее подходящими терминами, обозначающими осмысленный перевод *объективных* по своей природе социальных показаний к уголовному преследованию (*правообразование*) в *субъективные* по своей политической избирательности официальные требования закона (*правотворчество*) основаниями (предпочтительнее) или критериями (для эластичности текста) криминализации.

системы требований к грамотному законодательствованию, которая всегда включает в себя три группы расчётов – 1) соответствие запретов уровню развития государства и общества, 2) сопряженные требования криминализации и пенализации, 3) показатели и запросы практики¹. 5. Нынешняя инфляция правотворчества коснулась и Уголовного кодекса, который за 10 лет существования в результате многочисленных поправок утратил системное единство; сие значит, что Федеральное Собрание России и прочие официальные инстанции, причастные к изготовлению правил по борьбе с преступностью, не ведают о существовании научных рекомендаций, либо не верят им, либо не в состоянии их применять в своей профессиональной деятельности. В силу этого хорошо, что высшее руководство страны наконец озаботилось проблемой мониторинга законодательства; и не беда, что оно слабо представляет себе все аспекты решения данной проблемы. 6. В теории уголовного права правила создания качественного (то есть социально-адекватного и рационально скроенного) законодательства и проверки его совершенства, а равно методики замеров результативности принудительных мер давно исследуются – по той причине, что борьба с преступностью отличается социально-болезненной жёсткостью и она сильно затратна². 7. Эффективность уголовно-правовых средств надлежит понимать как их свойство достигать легально поставленные цели при минимально необходимых затратах.

В целом же резюме таково: в нашей отрасли юридических знаний задача мониторинга права выглядит как единство двух подходов: а)

¹ В рамках первой группы требований учитываются всегда побеждающие в соперничестве с карательными расчётами первичные *экономические потребности*, затем – *социально-психологические склад* (менталитет, против которого категорически нельзя применять отраслевые кары) и *социально-психологический сдвиг* (ошибочное, отрицательное в свете прогресса человечества представление населения о допустимом и запрещённом поведении, о размере ответственности за преступления, вызванное предыдущей карательной практикой; против подобного «заблуждения» властям можно и нужно бороться, но самым щадящим образом, изобретательно и с помощью пропагандистского массажа), наконец – *возможности государства* по реализации новеллы. Вторая группа критериев криминализации представлена учётом соотношения преступлений и наказаний как на *макроуровне* (сопряжение классификаций преступлений и наказаний, определённость для критических ситуаций – когда преступления данной группы очень распространены или, напротив, встречаются крайне редко), так и на *микроуровне* (труднейшая проблема соразмерности опасности конкретных деликтов с тяжестью уголовно-правовых санкций). Показания правоохранительной системы (третья группа требований) могут иметь вид данных текущей или *обыденной* практики либо *специально-организованной* (правовой эксперимент).

² Базовые правила измерений результативности юридических норм давно предложены специалистами ВНИИСЗ (*Венгеров А.Б., Никитинский В.И., Самощенко И.С.* Общая методика измерений в праве // Сов. государство и право. 1970. № 6. – С. 30-38), а совсем недавно в столичном издательстве увидела свет весьма интересная по задумке и убедительная по исполнению книга (*Кондратьев Л.В., Овчинский В.С.* Криминологическое измерение. – М.: Норма, 2008. – 272 с.), авторы которой «озадачивают» читателя «трёхмерным» измерением преступности, сопоставлением так называемого «духовного суверенитета личности» с его делинквентным поведением, совмещением антропологического (личностного) и ситуативного (экзистенциального) уровней криминологического познания, постановкой вопроса о «криминотронных рисках», их понятии, видах и возможностях их измерения, информационными моделями и «ценой» преступности.

оценка социальной адекватности и технического совершенства закона (критерии криминализации и пенализации общественно опасных деяний); б) оценка результатов применения уголовного закона в деятельности правоохранительных и пенитенциарных учреждений (теория эффективности уголовно-правовых норм либо средств). Только в этом единстве находит своё истинное проявление системология и находится ключ для разработки оптимального законодательства.

IV. Классификация и архивирование криминальных знаний

Как известно, нормативный материал любого современного государства, придерживающегося континентальной правовой идеологии, для удобства пользования подразделяется на отрасли, институты и нормы. Некоторые самостоятельные отрасли права, имея сходные юридические и понятийные институты, тяготеют друг к другу, фактически образуя подсистемы права: в основе обычно – общий предмет реагирования. Откликаясь на преступность, они образуют компактную правоохранительную подсистему: уголовное, уголовно-процессуальное и уголовно-исполнительное право с возложением материнских функций на первую отрасль. Эта подсистема зависит от конституционных директив и нормативов так называемых созидательных отраслей права.

Исходя из местоположения уголовного права в системе нормативных требований государства, предусматривается последовательность законопроектных работ (конституционные новшества – нормы гражданского, предпринимательского, экологического, налогового и пр. законодательства – уголовно-правовые запреты). Вот почему совершенство предписаний именно уголовного закона имеет первостепенное значение для родственных отраслей права. Среди же уголовно-правовых нормативов в этой связи наиболее значимым является *институт классификации преступлений*, определяющий конкретные и весьма значимые правовые последствия для лиц, совершивших то или иное преступное деяние; институт, с которым тесно связано применение основных положений как самого уголовного права (освобождение от уголовной ответственности, назначение наказания, квалификация преступлений и др.), так и норм других правовых отраслей (подследственность и подсудность в уголовном процессе, принципы организации исполнения наказания и исправления осужденных в пенитенциарной сфере, ограничения правового статуса «рецидивистов» и пр.).

Ранее отмечалось, что юристов и других представителей общественных наук очень часто, и не без оснований, попрекают в политической ангажированности и недостаточной достоверности знаний и выводов, в том, что их излюбленный конёк – классификаторские построения. Но правда и то, что экспериментально подтверждённые достижения физиков последних десятилетий принесли нашей цивилизации гораздо больше проблем и несчастий, чем недостоверность «лириков». Макс Борн, известный английский физик, писал: «Хотя я влюблён в науку, меня не покидает чувство, что ход развития естественных наук настолько противоречит всей истории и традициям человечества, что наша цивилизация просто не в состоянии сжиться с этим процессом. Нынешние политические и милитаристские ужасы, полный распад этики –

всему этому я сам был свидетелем на протяжении своей жизни»¹. Главное же заключается в том, что классификация правовых норм и подлежащих им воздействию социальных явлений есть и *достинство* юриспруденции вообще, и её имманентная черта. Особая предрасположенность правоведов к ранжированию своих знаний и предписаний закона заказана самим объёмом действующего права, его постоянным обновлением и вытекающими отсюда трудностями нормоприменения². Нынешняя правотворческая ситуация в России, ранее квалифицированная как инфляция законов, свидетельствует об этом весьма наглядно.

Если же мы вспомним ещё об одном увлечении сегодняшних правотворцев – повальном титуловании большинства актов общеобязательного характера законами³, – то надобность в сортировке правовых предписаний на отрасли, институты и части (Общая и Особенная) не потребует особых доказательств. Нейтрализация законодательного беспредела или пресыщения правотворчеством помимо очищения нормативного материала от всего случайного, наносного и экстравагантного, предполагает и применение классификации. В ней – путь к сокращению законодательных текстов и к межотраслевому балансу.

Что же понимается под термином «классификация»? В словаре русского языка С.И. Ожегова классификация определяется очень просто; как система, по которой что-нибудь классифицировано, а классифицировать – значит, распределить по группам, разрядам, классам⁴. В «Большой советской энциклопедии» классификация толкуется как практическое распределение явлений, материала или понятий на части, классы, группы и подгруппы, виды по определённым отличительным признакам⁵.

¹ *Борн М.* Моя жизнь и взгляды. – М.: Прогресс, 1973. – С. 45.

² Распространённость либо забвение классификаторских упражнений может заказываться и другими обстоятельствами, во временного характера. Так, первые десятилетия Советской власти отличались опасным отказом от юридического багажа прежнего режима, рыцельностью нормативного материала, слепым увлечением революционной фразой и аналогией. Как следствие, доктрина игнорировала начинания, связанные с каким-либо упорядочением юридических предписаний; ведь это дисциплинировало бы саму власть, азартно ищущую «самость» в мировой истории. Что это так, подтверждает хотя бы блестящий обзор истории уголовно-правовой науки нашей страны, подготовленный коллективом исследователей из Института государства и права (Уголовное право. История юридической науки. – М.: Наука, 1978). В этой полезной и обстоятельной книге места для анализа научных исканий по классификации преступлений не нашлось, по объективным причинам – заметных исследований таковой направленности просто не было.

³ Например, внешнеэкономическая деятельность регламентируется сегодня шестью (!) федеральными законами, в результате чего справедлив приговор, что «стабильного и кодифицированного законодательства РФ, касающегося ВЭД, у нас пока нет». (*Бушуев И.А.* К вопросу о правовых основах внешнеэкономической деятельности (понятие и основные направления правового регулирования) // Регулирование внешнеэкономической деятельности и эволюция таможенной политики России. – М.: РТА, 1996, ч.2. – С. 4). И не может быть в таких условиях – добавим от себя. В затруднительном положении оказывается и практика, принуждённая самостоятельно искать выходы из коллизийных ситуаций.

⁴ *Ожегов С.И.* Словарь русского языка. – М., 1961. – С. 269.

⁵ См.: БСЭ, 2-е изд. – М., 1953. – С. 363.

Аналогичное понятие классификации даётся и в Словаре иностранных слов: «Классификация – ...распределение объектов, явлений и понятий по классам, отделам, разрядам в зависимости от общих признаков»¹. Некоторые исследователи, отмечая, что в первом определении классификации отсутствует указание на её основание, а недостатком последних является то, что в них под классификацией понимается действие, хотя она является результатом определённых действий, дают несколько иное понятие классификации. По их мнению «классификация» – это система частей, классов, групп, подгрупп, видов, получаемых в результате распределения объектов по определённым отличительным признакам, где каждая часть (класс и т.д.) занимает по отношению к другой части строго фиксированное место².

На наш взгляд, вполне приемлемое понятие классификации даётся в более позднем издании Словаря иностранных слов, где сказано: **Классификация** (от лат. *CLASSIS* – разряд и *FACERE* – делать) – система соподчинённых понятий (классов объектов, явлений) в какой-либо отрасли знания, составленная на основе учёта общих признаков объектов и закономерных связей между ними. Отсюда **классифицировать** – значит распределить те или иные объекты по классам (отделам, разрядам) в зависимости от их общих признаков, зафиксировав закономерные связи между классами объектов в единой системе данной отрасли знания³. Производство классификационных опытов не является самоцелью. Цели, стоящие перед классификацией, могут быть самыми различными – от простого удобства расположения материала⁴ до изучения объекта, разработки мер по его использованию, изучению свойств и т.п.

В этой связи различают классификацию *искусственную*, то есть построенную исходя из удобства проведения систематизации объектов, и научную, проводимую по определённым, выражающим сущность всего класса, признакам. Вторую разновидность называют ещё *естественной* классификацией⁵.

¹ Словарь иностранных слов / Под ред. *И.В. Лехина, С.М. Локшиной, Ф.Н. Петрова, Л.С. Шаумяна*. – М., 1964. – С. 300; см. также: *Горский Д.Н.* Логика. – М., 1963. – С. 86.

² См.: *Бриллиантов А.В.* Проблемы классификации осужденных к лишению свободы в целях дифференциации условий отбывания наказания: Монография. – М.: ВНИИ МВД РФ, 1995. – С. 32.

³ Словарь иностранных слов. 18-е изд. – М.: Рус. язык, 1989. – С. 235.

⁴ Небезынтересным в этом плане представляется информация, содержащаяся в «Документах русской военной контрразведки в 1812 г.». Констатируя неточную классификацию агентов, специалисты отмечали: «... надо сказать, что составители первых правил для контрразведки не проводили твёрдых границ между агентами, лазутчиками (нескольких родов), шпионами, «разнощиками писем» и зафиксировали многообразие лиц, которые должны сотрудничать с контрразведкой. На практике границы такой классификации были весьма подвижны и не соблюдались». – («Российский Архив (История Отечества в свидетельствах и документах XVIII–XXвв.)». Выпуск II, III. – М.: Студия «ТРИТЭ»-«Российский Архив», 1992. – С. 51

⁵ *Анита Наншич*, говоря о том же, выделяет классификации, объектом которых выступают различные реальности (факты, вещи, интересы, акты) и классификации разнообразных решений; к последним вариациям она относилась критически, именуя их «классификациями классификаций» (Правотворчество. Теория и законодательная техника. – М.: Прогресс, 1974. – С. 210).

Проблема классификации знаний и объектов активно разрабатывается в отечественной философии, где пальма первенства безусловно за академиком Б.М. Кедровым. Как пишет Л.Э. Венцовский, «исключительная роль в деле разработки вопросов классификации наук, её методологического и историографического обоснования принадлежит Б.М. Кедрову. Тема эта по существу является ключевой в его научном творчестве»¹.

Б.М. Кедров выделял 5 аспектов в эволюции научных представлений о классификации: от дифференциации к синтезу; от простой координации представлений к их субординации; от субъективных оценок к объективности; от ставки на изолированность групп знаний к междисциплинарности; от увлечений однолинейностями к разветвлённости классификаций². Учёный считал главной доминантой классификаций теоретический синтез, а критерием градации – объект (предмет) изучения³.

Представляется, что вполне удачно значение классификации выражено и С.С. Алексеевым: «Классификация тех или иных предметов, явлений имеет значимость не только первичной обработки, упорядочения соответствующего материала. Помимо систематизационных задач классификация выполняет и другие сложные функции: она позволяет вовлечь в поле зрения исследователя весь объём классифицируемого материала, охватить большой диапазон изучаемых объектов и, следовательно, избежать односторонности их научной интерпретации. Главное – классификация даёт возможность при определении её критериев выявить новые черты, качественные особенности данных предметов и явлений»⁴.

О.А. Солодухин, определяя классификацию как логическую операцию деления родового понятия на виды, подвиды и т.д. по единому основанию, так видел её значение для юриспруденции: «особое место логическая операция классификации занимает в юридической практике при составлении юридических кодексов, законов... В следственной или судебной работе операция классификации служит основой для квалификации состава преступления, систематизации доказательств»⁵.

Есть и ещё один мотив, побуждающий к классификаторским упражнениям в юриспруденции; мы бы назвали его *координатным* или *системным упреждением*. Дело в том, что юристы работают с огромным массивом официальных шаблонов поведения и ежедневно принуждены искать нужные (единицы) нормативы из многих (десятков и сотен тысяч) вариантов. Для облегчения и ускорения поиска требуемой правовой нормы все официальные

¹ Венцовский Л.Э. Проблема классификации наук в философской литературе 60-80-х гг. // Методологические проблемы междисциплинарных исследований (по материалам сов. литературы): Сборник обзоров. – М.: ИНИОН, 1989. – С. 151.

² Кедров Б.М. Классификация наук, т. 1 // Энгельс и его предшественники. – М., 1961. – С. 197-204.

³ Там же, С. 124, 129.

⁴ Алексеев С.С. Правовые средства: постановка проблемы, понятие, классификация // Сов. государство и право. 1987. № 6. – С. 16.

⁵ Солодухин О.А. Логика. – Ростов н/Д: Издательство «Логос», 1992. – С. 35.

правила сортируются поэтому и предварительно по отраслям права или обособленным сферам государственного управления, а позже разбиваются на части, разделы, главы, статьи нормативных актов и т.д. Тем самым правоведа, что называется, «с молоком матери» привыкают размещать каждое правило в широком круге правовых явлений. Мы так и поступаем, говоря: брак – институт семейного права, вина – признак субъективной стороны состава преступления, обыск – следственное действие... Таким образом, координатный подход к системе знаний и самой профессиональной деятельности юристов – обязательное и стартовое свидетельство профессионализма, то есть осмотрительности, скорости и безошибочности. А координация или систематизация нормативных правил предполагает в качестве одной из первых логических операций как раз сортировку или классификацию всех явлений либо понятий на роды и виды.

Требование координатной или обзорной подготовки исследователя может быть истолковано и как «юридическая типизация»: она предваряет и облагораживает социологические опыты, уточняя по их итогам и собственные обобщения; правовой концептуализм страхует науку и практику от чрезмерных увлечений эмпирией и необоснованных надежд на безошибочное пользование собранными фактическими данными без их логической и терминологической обработки. Кажется, эпоха лобовых сравнений двух базовых (теоретический и эмпирический) подходов к изучению правовой действительности проходит¹, а наука перешла к дотошной проверке приёмов юридической типизации, среди которых выделяются обычно три: методы определений, классификаций и конструкций².

Таким образом, классификация представляет собой одно из средств юридической типизации явлений или понятий, обязательное условие экономной и быстрой ориентировки в огромном массиве нормативных требований государства; она есть логическая операция деления всего объёма этих требований, явлений и понятий на относительно-однородные разряды с целью последующего использования в науке или на практике.

В решении проблемы классификации преступлений важным теоретическим вопросом является уяснение особенностей методологического подхода к построению тех или иных классификационных рядов. Метод в самом общем значении этого слова есть способ достижения цели, определённым образом упорядоченная деятельность³. Метод суть мировоззренческая основа познания, он является способом изучения действительности, проникновения вглубь событий и явлений, приёмом постижения истины.

Классики философии давно пришли к мысли о соединении в методе познанных закономерностей природы и общества с направ-

¹ См. об этих дискуссиях, например, работы европейских учёных XX века: *M. Waline*. *Mélanges en l'honneur de J. Dabin*. – Paris: Sirey, 1963. – P. 359-371; *J. Dabin*. *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*. — Bruxelles, 1935 – P. 106-107.

² *А. Навиц*, цит. соч., С. 193-194.

³ *Философский словарь* / Под ред. *М.М. Розенталя* и *П.Ф. Юдина*. — М.: Политиздат, 1963. – С. 267.

ленностью субъекта познания на преобразования¹. Он суть союз (а лучше – попытка союза) мышления и природы. *Во-первых*, основы метода заложены в самой действительности: «методы в науке вообще не есть дело личного вкуса или какого-нибудь внешнего удобства, ... они сверх своих формальных значений есть самоё развитие содержания, эмбриология истины»². Гегель также возражал против отрыва мысли от предмета познания, именовал метод «душой и понятием содержания»³.

Во-вторых, приёмы познания не механически копируют окружающую действительность, а имеют преобразовательный характер. Человеческое мышление не просто объясняет мир, но и изменяет его. Особенно убедительно эта сентенция звучит по отношению к «вторичной материи», к объектам, созданным усилиями самого человека. Государство (по Гоббсу – «искусственное тело») и право как раз есть плод целенаправленной деятельности общества; плод, который постоянно перестраивается на основании изменяющихся аксиологических ориентировок и с помощью усовершенствованных приёмов добычи и проверки знаний.

Для правоведения характерна особая привередливость в подборе и использовании исследовательских методов, стремление к схематичности представлений и построений, чему классификационные приёмы как раз подходят; они ведь базируются на логике и легко проверяются в структурных композициях закона.

Известно, что всеобщим философским методом теоретического познания является материалистическая диалектика как учение о наиболее общих законах развития природы, общества и мышления. Она образует мировоззренческую основу методологии. Последняя же представляет собой синтез всех приёмов мышления, систему гносеологических и онтологических принципов человечества, набор уже открытых законов и категорий, которые отражают всеобщие связи и свойства бытия и познания⁴; она задаёт общее направление или стратегию исследовательской культуры мира. В структуру методологии современной науки, помимо её сердцевинных диалектики, входят также общенаучные методы (анализ и синтез, индукция и дедукция, системология и пр.), а равно частнонаучные приёмы (статистический, физический, герменевтика, компаративизм и пр.). В определённом смысле можно говорить и о методологии отдельных наук, в том числе юридических и уголовного права, в частности. Она может быть определена «как учение о методе данной науки, применении законов, категорий, понятий

¹ Наиболее убедительно и последовательно проводил этот взгляд на метод один из корифеев советской науки *П.В. Котнин*. – См. его: *Логические основы науки*. — Киев, 1968. – С. 222-227; *Философские идеи В.И. Ленина и логика*. – М., 1969. – С. 37-39, 46-47; *Диалектика как логика и теория познания*. – М., 1973. – С. 84 и др.

² *Герцен А.И.* Собр. соч., т. 3. – М., 1954. – С. 96.

³ *Гегель Г.* Соч., т.1. – С. 344.

⁴ См.: *Глазков В.Ф., Спиркин А.Г.* Материалистическая диалектика – методология современной науки. – М., 1968. – С. 5; *Керимов Д.А., Гальперин Г.Б.* Методологические проблемы науки общей теории государства и права // *Актуальные проблемы Советского государства и права в период строительства коммунизма*. – Л.: ЛГУ, 1967. – С. 22.

диалектико-материалистической философии и общетеоретических наук в процессе исследования специальных проблем»¹.

Таким образом, основные категории диалектики являются отражением универсальных законов развития объективного мира. Они служат способом отыскания новых результатов, эффективным каналом движения от известного к неизвестному и, таким образом, имеют общенаучное значение. На «диалектической жаровне» (А.И. Герцен) противоречий выпекаются наиболее значимые достижения человеческой мысли вообще.

Диалектика незаменима и при классификации преступлений. Использование этого метода при разработке теоретических основ классификации преступлений означает в первую очередь, что основные уголовно-правовые категории и институты, такие как: уголовный закон, преступление, общественная опасность деяния, наказание и др., – рассматриваются не как абстрактно-юридические понятия, а как социально-политические явления, как следствие определённых общественных отношений. Они анализируются не как застывшие статические явления, а в их возникновении, развитии и взаимообусловленности – как исторически изменчивые социальные явления. Однако диалектика, будучи методологической основой всех наук, не препятствует организующему влиянию отраслевых знаний. Частные науки также разрабатывают способы и приёмы исследования в связи со спецификой своего предмета, и эти способы и приёмы могут иметь также руководящее значение.

Исследуя методологию научных исканий, философы помимо всеобщего диалектического метода научного познания выделяют, как уже отмечалось, и специальные методы, которые в свою очередь подразделяются на общенаучные и частные методы или методики. При этом под общенаучными понимаются такие методы, которые являются общими для ряда наук, но одновременно выступают как специальные по отношению к диалектическому методу. Частные методы – это узкоспециальные приёмы исследования в отраслевых науках². Аналогичное деление методов исследования принято и в юридической науке³. Надо лишь помнить, что резкой границы между этими сортами научных исследований нет и быть не может, ибо одновременно подвижны объект познания, приёмы его анализа и задачи исследователя.

К общенаучным относятся методы: системного анализа, структурный, функциональный, математический. Специальными (част-

¹ Гальперин Г.Б., Королев А.И. Методологические и теоретические вопросы науки истории государства и права СССР. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1974. – С. 33.

² По классификационным представлениям Б.М. Кедрова (Предмет и взаимосвязь естественных наук. – М., 1967. – С. 36-50), следует видеть три группы методов: общие (философские), особенные (применяются во всех отраслях знания, но соотносятся лишь с одной формой движения материи) и частные (культивируемые в отдельной научной дисциплине).

³ См., например: Радько Т.Н. Методологические вопросы познания функций права. – Волгоград, 1974; Фельдман Д.И., Курдюков Г.И., Лазарев В.В. Теоретические проблемы методологии исследования государства и права. – Казань: КГУ, 1975.

ными) методами применительно к правоведению являются: метод конкретных социально-правовых исследований, метод уголовной статистики, сравнительно-правовой и формально-юридический (формально-логический) методы. Как общенаучные, так и специальные методы не исключают, а дополняют друг друга. Важное место среди них занимает и классификационный метод.

Поскольку право любой страны по своим данным является логической системой¹, а юридические предписания государства отличаются формальной определённой, важнейшее значение для любых классификаций юридических средств имеет формальная логика, соблюдение специальных операционных правил движения к истине. Классификация, выявляя наиболее общие или типичные свойства исследуемых явлений, сопоставляя их со сходными и отличая от иных явлений, даёт возможность глубже изучить само явление, его влияние на другие предметы, пути его дальнейшего развития. Но для того, чтобы выполнить эту роль, всякая классификация должна быть истинной по своему внутреннему содержанию и правильной по внешнему построению.

Определяя соотношение категорий истинности и правильности, П.В. Копнин писал: «Правильность нельзя отрывать от истинности, но столь же недопустимо и их отождествление. Правильность – это оценка не содержания мысли, а действий человека (идут ли они по известным правилам или нет). Истинность – оценка содержания мысли, установление его тождественности объекту»². Поэтому классификация должна базироваться на законах не только диалектической, но и формальной логики, поскольку правила формальной логики являются предпосылкой непротиворечивости, правильности построения мысли, и тем самым – предварительным существенным условием диалектического мышления³. То есть, если диалектическая логика позволяет установить, достичь, проверить истинность человеческого познания, то формальная логика определяет правильный, последовательный путь нахождения этой истины, и в данном смысле они неотделимы, взаимообусловлены и лишь в совокупности позволяют решить ту или иную проблему.

Как известно, наукой выработаны следующие принципы диалектической логики: объективность, исторический подход, системный подход и учёт практики, являющиеся одновременно принципами классификации. Согласно *принципу объективности*, любая классификация должна правильно отражать сущность классифицируемых явлений, реально существующие между ними связи и отношения.

Принцип исторического подхода требует, чтобы состояние классифицируемых объектов рассматривалось обязательно в связи с конкретным опытом истории, как результат определённого исторического развития. В соответствии с *принципом системного подхода* классификация явлений должна строиться с учётом реально существующих в объективном мире взаимоотношений между

¹ *Бабаев В.К.* Советское право как логическая система. — М., 1978.

² *Копнин П.В.* Диалектика как логика и теория познания. — М.: Наука. 1973. — С. 81-82.

³ *Копнин П.В.* Диалектика, логика, наука. — М.: Наука. 1973. — С. 112, 168.

группами классифицируемых объектов, а также из взаимоотношений их с внешней средой, т.е. с учётом внутренних взаимосвязей классов, их качественных и количественных сторон, их единства, взаимных переходов и изменений. *Принцип учёта практики* позволяет совершенствовать наши познания о сути классифицируемых объектов, обогащает данные о предметах и явлениях окружающего мира, способствует всё более точному и полному отражению их объективных свойств. По утверждению В.Г. Афанасьева, познание социальных явлений обуславливается практикой, протекает на основе практики и осуществляется для практики¹.

Применительно к классификации преступлений значение этих принципов заключается в следующем. Принцип объективности означает, что в классификации должны найти отражение социальная природа преступления, его общие существенные признаки, объективно существующие различия между отдельными видами преступлений. Принцип системного подхода предполагает внутреннюю связь признаков преступления, позволяющих выделить определённую категорию преступлений. Принцип историзма и учёта практики означает, что необходимо анализировать исторически изменчивое понятие преступления и его закрепление в различных законодательных системах с учётом практического действия уголовного закона в разных исторических рамках.

Таким образом, изложенные принципы диалектической логики наряду с основными законами и категориями философии составляют методологическую основу исследования вопросов классификации вообще и классификации преступлений, в частности. Однако невозможно глубоко познать сущность явления, правильно определить его понятие, существенные свойства, закономерности развития и изменения без соблюдения основных правил формальной логики.

Формальная логика определяется как наука, изучающая мыслительные акты – понятия, суждения, умозаключения, доказательства – со стороны их логической структуры или формы, т.е. отвлекаясь от конкретного содержания мыслей и вычлняя лишь общий способ связи частей этого содержания. Основная задача, стоящая перед формальной логикой, – сформулировать законы и принципы, соблюдение которых является необходимым условием достижения истинных результатов в процессе получения выводного знания². О значении формальной логики для юридических наук в целом и для уголовного права, в частности, хорошо сказано В.Н. Кудрявцевым: «пожалуй, нет никакой другой области общественной жизни, где нарушение законов логики, построение неправильных умозаключений, приведение ложных аргументов могли бы причинить столь существенный вред, как в области права»³.

¹ Афанасьев В.Г. Основы философских знаний. — М.: Мысль. 1976. – С. 130-131.

² Философский словарь / Под ред. М.М. Розенталя и П.Ф. Юдина. — М.: Политиздат, 1963. – С. 484.

³ Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. — М.: Юридическая литература, 1972. – С. 61.

А.В. Наумов и А.С. Новиченко значимость логики в уголовном праве усматривают в таких фрагментах: 1) уголовно-правовая норма есть логически последовательный процесс познания правовой действительности; 2) нормы уголовного права имеют жёсткую логическую структуру; 3) при квалификации преступлений используются формально-логические программы или алгоритмы¹.

Данной наукой (логикой) выработаны следующие правила деления объёма понятия, а, следовательно, правила классификации: а) в одной и той же классификации необходимо применять одно и то же основание; б) объём членов классификации должен равняться объёму классифицируемого явления; в) члены классификации должны взаимно исключать друг друга; г) подразделение на классы должно быть непрерывным; д) основание деления должно быть ясным и чётким². Осуществление данных правил не есть совокупность отдельных процессов, разорванных во времени и в пространстве, наоборот – это единый процесс, происходящий непрерывно, в результате чего классификация получается полной и научно обоснованной.

Рассматривая связь названных требований с градацией преступлений, необходимо отметить, что согласно первому правилу классификация преступлений должна быть основана на едином критерии, т.е. выделение всех классов или категорий преступлений должно основываться на одном признаке. Таким, наиболее существенным признаком преступления, с помощью которого возможно построение в Общей части уголовного закона ранжира всех деликтов, преследующим к тому же цель правильного и единообразного применения уголовно-правовых институтов к различным по тяжести группам преступлений, является, с точки зрения большинства ученых, **общественная опасность** преступного деяния.

Но, если исходить из конкретной цели, ставящейся перед определённой классификацией, то её существенный признак, закладываемый в основу деления, может быть и другим, т.к. именно *цель* определённой классификации позволяет выделить тот признак, который является наиболее существенным в характеристике классифицируемого объекта под углом зрения поставленной задачи. Например, взяв за основу наличие или отсутствие в деянии признаков насилия, все преступления можно классифицировать на насильственные и ненасильственные; если же в качестве критерия использовать форму вины, то все преступления распадаются на две основные группы: умышленные и неосторожные и т.д.

Определяя место в классификации преступлений второго правила формальной логики, можно сказать, что вне зависимости от принадлежности преступления к какой-либо определённой категории, оно должно находиться в рамках общего понятия отраслевого деликта со всеми присущими ему признаками. Кроме того, классификация преступлений должна охватывать все без исклю-

¹ Наумов А.В., Новиченко А.С. Законы логики при квалификации преступлений. — М.: Юридическая литература, 1978. — С. 76.

² Кириллов В.И., Старченко А.А. Логика: Учебник для юридических вузов. Изд. 5-е, перераб. и дополн. — М.: Юрист, 1998. — С. 54-60.

чения деяния, обладающие признаками общего понятия преступления.

Требование логики о взаимном исключении членами классификации друг друга при ранжировании преступлений означает, что единство всех категорий посягательств, определяемое общими для них признаками преступления, не исключает между ними различия. Каждая категория преступлений должна быть четко очерчена, иметь свой определённый объём, свою специфику, свои отличительные признаки.

В соответствии с очередным правилом логики о том, что подразделение на классы должно быть непрерывным, классификация общественно опасных деяний должна содержать определённую последовательность категорий преступлений, характеризоваться отсутствием существенных разрывов в мере того признака, который используется для установления границ категорий. Последовательность классов должна быть такой, чтобы вскрывалась закономерность образования самих категорий преступлений.

Последнее из названных правил формальной логики указывает на необходимость подбора очень ясного и чёткого основания для деления совокупности объектов. Критерий градации должен быть настолько определённым, чтобы исключалось его различное понимание. Для соблюдения данного правила при классификации преступлений требуется найти такие обозначения критерия, которые не допускали бы различное их толкование правоприменительными органами.

Таким образом, соблюдение изложенных принципов и правил является той основой, которая позволяет выстроить обоснованную и истинную классификацию преступлений. Как и любая другая классификация, классификация преступлений выполняет ряд функций: является средством систематизации, осуществляет объяснительные, эвристические, прогностические и практические ожидания.

Классификация преступлений, как *средство систематизации*, позволяет, разделив объекты на части, изучать их в расчлнённом виде, или, наоборот, соединять различные модификации какого-то объекта в единую систему. *Объяснительная* функция классификации преступлений состоит в том, что, определив место конкретного общественно-опасного деяния в системе однородных явлений, мы обеспечиваем возможность распространения на него юридического режима этой группы, определения способа его включения в систему правового регулирования.

Выполняя *эвристическую* функцию, классификация позволяет проводить эффективный поиск дефектных построений системы для того, чтобы их устранить. Посредством классификации преступлений осуществляется также научное *прогнозирование*. Научная классификация позволяет формулировать предложения о направлениях развития и изменения различных категорий преступлений. Правильное определение категориальной принадлежности конкретного преступления предопределяет, наконец, соответствующие рамки его правовых последствий, применяемых практикой.

Конечно, «всякая классификация является результатом некоторого огрубления действительных граней между видами, ибо они всегда условны и относительны»¹. Однако нельзя не видеть и пользы от любых классификационных решений. Они жёстко структурируют знания, придают им свойства повышенной прочности и облегчают усвояемость, позволяют полнее уловить закономерности, действующие в объективном мире, видеть и анализировать широкий круг явлений без затратных перечислений, а с помощью обобщённых характеристик, рождённых классификационными опытами.

Для отраслевых юристов привычно рассуждать о классификации статей закона, а для криминалистов – преступлений. И они преуспели в этом. Диссертаций по этой тематике только в последнее время написано и защищено много². Возьмём для анализа одну из последних. Из работы Н.Н. Маршаковой с удивлением узнаём, что классификация относится к «малоизученным приёмам юридической техники», что в силу различных причин (не называются) этот «важный правовой феномен» остался «вне глубокого научного осмысления как в теории права, так и в теории уголовного права» (с. 4). Незаслуженно отчитав предшественников, соискатель на с. 5 и 7 автореферата приводит обширный список теоретиков общей (13 фамилий) и отраслевой юриспруденции (51 фамилия), которые, оказывается, «внесли существенный вклад в исследование проблем функционального многообразия классификации в (уголовном) законодательстве». Дальше – больше. К числу *общих признаков классификации в уголовном законодательстве* отнесён «метод научного познания», а специальные признаки классификации вовсе потерялись (п. 4 положений на защиту, с. 9-10). Функциональное значение классификации в уголовном законодательстве определяется соискательницей как «логически определённое направление деятельности, позволяющее на основании единых классификационных критериев объединить в крупные типологизированные комплексы уголовно-правовые институты» (п. 2 второй группы положений, выносимых на защиту, с.12 автореферата) – приказано делить весь нормативный материал именно

¹ Философский словарь / Под ред. М.М. Розенталя. 3-е изд. – М.: Политиздат, 1975. – С. 177.

² *Бездолных В.В.* Категории тяжких и особо тяжких преступлений: юридическая характеристика и корреляция с институтами уголовного права: Автореферат дисс. канд. юрид. наук. – Краснодар: КубГУ, 2007. – 29 с.; *Злыденко Д.С.* Категории преступлений и их субъекты: уголовно-правовые аспекты: Автореферат дисс. канд. юрид. наук. – Ростов н/Д: РЮИ МВД России, 2003. – 25 с.; *Кадников Н.Г.* Классификация преступлений по уголовному праву России: Автореферат дисс. докт. юрид. наук. – М.: ЮИ МВД России, 2002. – 52 с.; *Маршакова Н.Н.* Классификация в российском уголовном законодательстве (теоретико-прикладной анализ): Автореферат дисс. канд. юрид. наук. – Нижний Новгород: НГ Академия МВД России, 2006. – 30 с.; *Михаль О.А.* Классификация преступлений: Автореферат дисс. канд. юрид. наук. – Омск: Омский ун-т, 1999. – 17 с.; *Онгарбаев Е.А.* Классификация преступлений и её уголовно-правовое значение: Автореферат дисс. канд. юрид. наук. – М.: МВШМ МВД СССР, 1990. – 21 с.; *Ратьков А.Н.* Правовое значение классификации преступлений: Автореферат дисс. канд. юрид. наук. – Ростов н/Д: РЮИ МВД России, 2002. – 30 с.; *Цатурия Т.В.* Проблемы классификации преступлений в уголовном праве Российской Федерации: Автореферат дисс. канд. юрид. наук. – Махачкала: ДГУ, 2004. – 28 с.

на институты и не ниже, хотя в Общей части действующего УК сам базовый институт отрасли (преступление) официально дифференцируется на четыре категории.

Уже отмеченные информационные и логические погрешности показывают сложность, многоуровневость проблемы. На наш взгляд, очевидным недостатком доктрины является то обстоятельство, что исследователи ограничивают предмет своего внимания классификацией только законодательства и не обращают внимания на полезность логической сортировки других сфер уголовно-правового знания (наука, учебный курс, библиографический коллектор и пр.), их встроенности как частного сегмента в общий нормативный массив государства. А размышлять-то есть о чём на пути к «монографическим работам, посвящённым общетеоретическим проблемам классификации» (с. 5). Докажем данный тезис.

I. *Уголовное законодательство в составе общеправового классификатора*. Наша отрасль, как и всякая иная, чётко и плотно взаимосвязана с нормативами других юридических анклавов общероссийской правовой системы. Уже одно это обстоятельство приговаривает специалистов и власть к чёткому согласованию различных по отраслевой принадлежности правил в случае регулирования пограничных ситуаций и к выработке коллизионных норм¹. Но ведь любое право бытует минимум на четырёх уровнях: собственно право или совокупность вырабатываемых социумом «бестелесных» норм, «письменное» законодательство, «безбрежная» наука, а также муштруемая методическими условиями и образовательными программами учебная дисциплина; и здесь появляются дополнительные сложности внутритраслевого сочетания правил и представлений. Когда-то Ю.А. Тихомирова беспокоило то обстоятельство, что по решению ВАК все юридические науки расчленены всего на 12 комплексных специальностей, «состоящих из двух-пяти отраслей права и сфер правового регулирования», в то время как в Общеправовом классификаторе выделялось 53 раздела, из которых 48 посвящены собственно законодательству, а остальные – сферам его возможного воздействия, что «классификатор построен на основе разных критериев – по отраслям законодательства, по отраслям хозяйства, управления, по отдельным правовым институтам, по сферам»². Беспокойство

¹ См. об этом: *Гончаров Д.Ю.* Взаимосвязи и коллизии норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства: Автореферат дисс. канд. юрид. наук. – Екатеринбург: УрГЮА, 2004. – 26 с.; *Давв В.Г.* Взаимосвязь советского уголовного права и процесса: Автореферат дисс. докт. юрид. наук. – Л.: ЛГУ, 1983. – 34 с.; *Пикуров Н.И.* Квалификация при бланкетной форме диспозиции уголовного закона: Автореферат дисс. канд. юрид. наук. – М.: МВСМ МВД СССР, 1982. – 22 с.; *Прошляков А.Д.* Взаимосвязь материального и процессуального уголовного права. – Екатеринбург: Изд-во Гуманитарного ун-та, 1997. – 208 с.; *Фролов М.В.* Имущество как предмет хищения: единство и дифференциация гражданско-правового и уголовно-правового моментов понятия: Автореферат дисс. канд. юрид. наук. – Екатеринбург: УрГЮА, 2002. – 29 с.; *Хабаров А.В.* Преступления против собственности: влияние гражданско-правового регулирования: Автореферат дисс. канд. юрид. наук. – Екатеринбург: УрГЮА, 1999. – 25 с.; и др.

² *Тихомиров Ю.А.* О необходимости обновления Общеправового классификатора // Право и экономика. 1996. № 19-20. – С. 10-11.

вылилось в требование существенной модификации официальных представлений и решений по поводу сортировки всего нормативного материала страны.

А что было до того? В советские времена действовал «Единый классификатор систематической картотеки нормативных актов и судебной практики» 1973 года¹ – продукт нормотворчества Министерства юстиции СССР. По нему юриспруденция дифференцировалась на 32 раздела, одним из которых было «уголовное право» (XXIV-я позиция). Отрасль рубрицировалась на 25 общих (*цифровая* индексация) и 63 вспомогательных (*буквенная* индексация) фрагмента в соответствии со структурой действовавшего тогда Уголовного кодекса РСФСР, причём на долю Общей части приходилось 13 общих и 13 вспомогательных фасет. Страна жёстко управлялась из центра, и «побочных» проблем с сортировкой нормативного материал не возникало.

Время масштабной компьютеризации, как ускорителя информационного оборота ещё не пришло, а потому специалисты управления видели спасение в опытах с унификацией терминов и в возложении на них маршрутной нагрузки на путях права. Силы науки сосредоточились на создании общеправового тезауруса законодательной лексики из всех отраслей общесоюзного законодательства, и эта задача была выполнена усилиями сотрудников одной из лабораторий ВНИИСЗ. Тезаурус (от *греч.* *thésaurus* – запас) означает «лингв. словарь языка с полной смысловой информацией»² или «совокупность ключевых слов, отобранных из нормативно-правовых актов всех отраслей законодательства и интегрированных в дескрипторы, между которыми эксплицитно (наглядно) выражены характерные для законодательных текстов смысловые отношения»³. Тезаурус – пример координатного индексирования, выгодно отличающийся от традиционных (линейных) схем классификации объектов, в силу чего требуется его постоянная формализация, т.е. очищение от синонимии, полисемии и омонимии. Назначение тезауруса в советские времена виделось в качестве удобного способа поиска нужной правовой информации с помощью АИПС(автоматизированной информационно-правовой системы) или прообраза сегодняшних компьютерных СПС (справочных правовых систем). Общеправовой тезаурус выглядел как алфавитный список дескрипторов (постоянно обнаруживаемые смысловые доминанты или ключевые слова из нормативных текстов), соединённых смысловыми или парадигматическими связями с помощью целой цепочки «наружных» средств: заглавный дескриптор – синонимы – вышестоящие дескрипторы – нижестоящие дескрипторы – ассоциативные дескрипторы.

Пришло тяжкое время перемен (обновления социально-экономического строя и политической системы, криминальной

¹ Приводится по печатному экземпляру, хранящемуся у автора, – он без *опознавательных*, издательских и типографских знаков.

² Словарь иностранных слов. 18-е изд., стер. – М.: Русский язык, 1989. – С. 499.

³ Юсунов С.Н. Тезаурус и законодательство (К созданию общеправового тезауруса) // Сов. государство и право. 1978. № 5. – С. 114.

приватизации и жуткой стратификации населения), отягощённое масштабным (а потому и) противоречивым законодательством. Но появились и новые – компьютерные возможности уплотнения, упорядочения и оперативного пользования нормативным материалом. На этой волне ожили теоретики и практики, депутаты, управленцы всех мастей. Специалисты стали призывать к формированию «разнообразных смысловых связей между различными правовыми актами», тревожились тем, что в «текстах существует так называемая латентная или скрытая информация, выявлять которую сегодня невозможно, не применяя способы логического вывода»¹. Для них было очевидно, что «обоснованность принимаемых решений в любой сфере деятельности зависит от качества используемой информации, её достоверности и полноты, оперативности и формы представления», что нужно строить «целостные динамические информационно-поисковые системы» на базе «использования пространственно-временных, причинных и смысловых связей». В основу подобных систем предлагалось положить «близость дат принятия (нормативных – А.Б.) актов, наличие в текстах различных актов ссылок на один и тот же акт, присутствие в заголовках актов нескольких одинаковых терминов» и прочие похожие критерии².

Метод классификации «постучался» в парламентские коридоры, и в научной среде появилось как бы с претензией на рефрен мнение, будто проблема правовой классификации перестала быть чем-то замумным или отвлечённым³. Руководство нижней палаты Федерального Собрания РФ проявило инициативу по опубликованию материалов работы Экспертно-консультативного совета по проблемам систематизации и кодификации законодательства⁴, а из сборника правоведы и простые граждане могли узнать, что метод классификации нужен для «создания единого информационно-правового пространства» (А.Л. Маковский, Д.Б. Новиков, А.В. Силкина, А.Н. Симбирцев), что для современных глобальных компьютерных сетей достаточно и отдельных фрагментов юридических текстов для постижения смысла всего закона (С.В. Кузнецов), что постоянный мониторинг нормативных актов невозможен без адекватного общеправового классификатора (Д.В. Першев), что вступление России в Совет Европы требует структурной и терминологической стандартизации или разработки русской версии EVROVOC, что также предполагает чёткую сортировку юридических предписаний.

В середине 90-х годов прошлого века руководство страны по согласованию с Международным банком реконструкции и разви-

¹ Перспективные информационные технологии в правовой сфере. – М.: НТЦ ИНФОРМСИСТЕМА, 1993. – С. 31.

² Сысов В.Д. Информационные основы построения информационно-справочного аппарата по законодательству // Юрист. 1999. № 2. – С. 3.

³ Абрамова А.И., Рахманина Т.Н. Проблема правовой классификации перестаёт быть чисто научной // Журнал российского права. 1999. № 2. – С. 168-170.

⁴ Правовой классификатор и правовой тезаурус в законотворчестве и юридической практике: Сборник. – М.-Екатеринбург: Государственная Дума Федерального Собрания РФ, Гуманитарный ун-т, 1998. – 368 с.

тия учредило Российский фонд правовых реформ, в обязанность которого было отписано создание Единой системы классификации правовых актов РФ. Генеральным исполнителем проекта была назначена известная компания «КонсультантПлюс», образовавшая в свою очередь экспертную группу под руководством проф. А.Л. Маковского¹. Параллельно трудилась группа специалистов из Главного государственно-правового управления Администрации Президента РФ. Осенью 1998 г. состоялось объединение обеих групп проектировщиков, ибо к тому времени уже были разработаны основы классификации правовых актов, определены стандарты и очерчены границы информационного массива, установлены основные группы пользователей Общеправового классификатора отраслей законодательства, сформулированы требования к структуре предметного классификатора и предложены его верхние уровни.

Создатели Общеправового классификатора (или Концепции системы классификации правовых актов РФ) исходили из весьма логичных посылок: а) население России остро нуждается в так называемом «правовом государстве»; б) подобная идеальная модель устройства власти и её сотрудничества с населением предполагает единое информационно-правовое пространство; в) пользование последним невозможно без «умной» классификации правовых актов; г) основное назначение Классификатора – оперативный поиск правовой информации, ибо бурный рост законодательства делает право необозримым, а нахождение нужных юридических сведений без технических средств и интеллектуальных ухищрений невозможным. Представим основные позиции Концепции, поскольку в отраслевой литературе о ней практически не упоминалось и не упоминается.

1. По своей сути классификация есть метод распределения объектов или знаний о них на однородные группы, а вот усваивать содержание информации «должен» сам пользователь. 2. Классификаций нормативных актов может быть несколько – это нормально, лишь бы все они способствовали оперативности распространения юридических знаний. 3. Классификация может быть основана на нескольких признаках или критериях, главный из которых является *основанием* классификации. 4. В сфере законодательства главный признак или основание для классификации – предмет регулирования, что образует *«предметный классификатор»*. Он может иметь алфавитный, фасетный² или иерархический вид с предпочтением в адрес последнего. 5. Классификатор – *основное* средство поиска и внутренней (структурной) организации право-

¹ Здесь и ниже материал излагается по материалам Российского фонда правовых реформ, направленным его Президентом *В.Д. Мазеевым* в печатные издания России с такой мотивировкой: «учитывая интерес к проекту (Единой системы классификации правовых актов – А.Б.) со стороны учёных, сотрудников органов государственной власти РФ, юристов-практиков, просим вас, предоставить страницы вашего издания для доведения проекта «общей схемы классификации правовых актов РФ» до сведения российской юридической общественности с целью организовать его обсуждение». – Российский фонд правовых реформ информирует // Юрист. 1998. № 1. – С. 51-62.

² *Фасеты* – относительно независимые классификационные группировки, построенные на универсальных понятиях и терминах.

вой информации. Но есть и *дополнительное* средство такой деятельности под названием «*полнотекстовое индексирование*» (компьютерный словарь в алфавитном порядке с указанием номера юридического документа). 6. Классификация юридических знаний необходима для систематизации законодательства, развития и применения техники правотворчества (распределение нормативного материала внутри обособленного текста и во всём массиве), правоприменительной деятельности (вначале понимание всей нормативной основы практики, затем – поиск нужного частного предписания). 7. Основными требованиями, предъявляемыми к Единому классификатору, являются удобство пользования (оптимум рубрик или «золотая середина»), его соответствие действующему законодательству и относительная стабильность. 8. Единый классификатор охватывает обширный массив нормативной информации, заключенной в нормативно-правовых актах, индивидуальных правовых актах, договорах публичного права и судебной практики. Что же касается доктринальных сведений, то они, по представлениям авторов Классификатора, входят в его предметное поле вариативно из-за размытости границ науки¹ и по следующей технологической схеме: библиографические справочники – предложения *de lege ferenda*. 9. Процесс классификации предполагает выделение видов нормативных актов (конституция, кодексы, указы, постановления, приказы и т.д.), а также структурных единиц классификации (разделы, главы, статьи, пункты, абзацы и пр.). 10. Чётко выделяются 6 групп пользователей Общеправовым классификатором (юристы, специалисты по систематизации законодательства, проектировщики нормативных актов, правоприменители, постоянные пользователи, прочие обыватели), из которых наиболее высокие требования к Классификатору предъявляют именно юристы, в связи с чем нужно настраиваться на удовлетворение их интересов в качестве контрольного ряда. 11. Оснований классификации правовой информации множество: по правотворческим учреждениям; по форме (виду) нормативных актов; по типу нормативных актов; по времени их принятия; по уровню (актуально для продуктов ведомственного правотворчества). 12. Предметный классификатор нужно сопрягать со схемой (структурой) будущего свода законов РФ, хотя полезно помнить, что Свод законов есть форма систематизации, а предметный классификатор нужен для поиска правовой информации. 13. Как и для самого законодательства, для Единого классификатора актуальна проблема сочетания стабильности и изменчивости, а решается она путём учёта динамики проектных работ, введения перспективных понятий (типа «экологической безопасности»), опоры на научные концепции и учёта международного и иностранного опыта классификации правовой информации. 14. Авторы специально подчёркивают, что при производстве правовых классификаций не

¹ На наш взгляд, значительный разрыв в классификаторах законодательства и науки – естественная и даже благая вещь, наиболее верный признак развитости доктрины (хорошего запаса и способности приращения интеллектуальных данных, пока не поглощённых законодательством).

избегать дублирования; нужно стремиться к его минимизации с помощью *ссылок*, обеспечивающих перекрёстную связь между ветвями классификационного «дерева». Ссылки или техническая часть рубрикации бывают двух типов – *симметричные* («см. также»), спасающие от частичного пересечения правовой информации и *простые* («см.»), отсылающие к другим нормативным актам, где раскрывается употреблённое понятие. 15. Иерархическое строение Классификатора обеспечивается *индексацией* (цепочка цифр, разделённых точками), а его *глубина* – количеством уровней или *цепью индексации* (оптимум видится в 4-5 уровней).

Показательно, что авторы Классификатора обсуждают совмещение *архивов* и картотеки (п. 9.2), но лишь как одновременное хранение «бумажных копий актов с электронной поисковой картотекой», уповая на то обстоятельство, что в компьютерной базе данных имеется «физический адрес документа (шкаф, полка и т.п.)». Они 1) оговаривают возможность отступления при классификации нормативных актов от неких идеальных логических схем, 2) заявляют о необходимости (в целях простоты использования Классификатора) «разумного намеренного ограничения числа рубрик верхних уровней» и их произвольного характера, 3) призывают указывать в печатных изданиях индексы документов, попавших в Общеправовой классификатор.

В предметном Классификаторе Российского фонда правовых реформ уголовное право объединено с уголовно-исполнительным (17-я позиция), но отделено от уголовного процесса и судостроительства (18-я позиция). В разделе 17.1 (Общая часть) нет фасеты «Уголовный закон», а начинается всё с «Преступления и уголовной ответственности». Особенная часть уголовного закона поделена на 6 разделов (17-21 – 17-26).

По итогам обсуждения «Концепции системы классификации правовых актов РФ» поступило более 3 000 замечаний от специалистов и граждан, после чего она была утверждена Указом Президента РФ от 15 марта 2000 г., № 511. В действующей на сегодняшний день редакции этого Указа¹ Классификатор правовых актов состоит из 21 фасет с большим диапазоном прочности (7 запасных рубрик). Уголовное право объединено с уголовно-исполнительным («исполнение наказаний») в фасете под номером 170.000.000 и подразделено на 11 позиций: 5 выпадает на Общую и 6 – на Особенную части Уголовного кодекса.

II. Создание упорядоченного банка данных о судебной практике мыслится совершенно необходимым делом как в силу количества рассматриваемых уголовных дел (ежегодно по России более одного миллиона 200 тысяч), так и по причине повышенного внимания населения к отраслевому арбитражу (гласность) плюс нужды «управления» судебной системой по вертикали. Расшифровываем: банк данных о судебной практике нужен для производства её полноценного обобщения, оперативного исполнения запросов

¹ Указ Президента Российской Федерации от 15 марта 2000 г., № 511 – «О классификации правовых актов» (в редакции Указов от 05.10.2002 г., № 1129 и от 28.06.2005 г., № 736) // Собрание законодательства РФ. 20.03.2002. № 12. Ст. 1260.

Верховного Суда РФ по определённым категориям дел из нижестоящих судов, систематизации ранее опубликованных актов толкования УК Президиумом и Пленумом ВС РФ, допустимой и всё расширяющейся автоматизации судопроизводства, определения процессуальных позиций сторон судебного разбирательства с учётом ранее вынесенных решений по данной категории уголовных дел, обработкой судебной статистики и своевременного предоставления официальной отчётности, автоматизированного контроля за соблюдением процессуальных сроков рассмотрения дел, обеспечения быстрой регистрации приговоров и определений, исключения случаев потери какой-либо официальной информации о деятельности судов. Создание ГАС «Правосудие» предоставило свободный доступ к десяткам тысяч юридических дел для широкого круга людей, наконец. Чем не общественный контроль за работой судебной системы страны!

Приятно узнавать, что на судебском Олимпе приступили к созданию Единой классификации (пусть только – А. Б.) гражданских дел и материалов судов общей юрисдикции с пониманием того обстоятельства, что «данный классификатор... должен отражать структуру судебной практики, а не структуру системы законодательства», что для его наполнения использовано 14 основных, 5 вспомогательных и 4 технологических признака, что в его составе предусмотрены помимо собственно классификатора 1) информационный фонд комментариев, 2) словарь унифицированных терминов, 3) справочная информация различного рода и 4) описание иерархической структуры классификатора глубиной в несколько уровней¹.

Для формирования аналогичного классификатора о судебной практике по уголовным делам, как представляется, было бы весьма полезным предусмотреть выделение блоков информации по многим признакам. Уверены: составители отраслевого универсума, а более же – их кураторы из числа судей ВС РФ быстро обнаружат ненужный параллелизм и даже противоречия в актах толкования УК высшей судебной инстанцией, а равно диспропорции во внимании Пленума ВС РФ к нормам Общей и Особенной частей закона, увидят и такие положения кодекса, которые ни разу не подвергались коллегияльному обсуждению на заседаниях Президиума либо Пленума. Увидят и более критически оценят качество своей деятельности. Глядишь – польза будет для всей правоохранительной системы страны.

III. *Справочно-информационные системы для юристов* сегодня, к счастью, стали обыденностью. СПС «Гарант», «Консультант-Плюс», «Кодекс», «Эталон», «Юсис», иностранная «Lexis-Nexis», Банк правовых актов ФАПСИ и пр. давно и успешно работают на рынке информационных услуг, стали самостоятельной сферой бизнеса. А ведь совсем недавно преподаватели портили ножницами и клеили свои руки, пытаясь вырезать устаревший материал и

¹ Андрюшечкина И.Н., Ниесов В.А. О создании Единой системы классификации гражданских дел и материалов судов общей юрисдикции // Российская юстиция. 2007. № 4. – С. 71-73.

вклеивать новинки в тексты лекций¹. И в сфере государственного управления прыжок в «царство информационной свободы» совершён гигантский: от неповоротливой и громоздкой «Автоматизированной информационно-поисковой системы СССР по законодательству» (АИПС – законодательство), созданной в середине 80-х годов прошлого века усилиями сотрудников специально образованного в столице Научного центра правовой информации Министерства юстиции СССР² – к ПЭВМ практически всех чиновников на их рабочих местах. Да и рядовые граждане сегодня имеют в своём распоряжении практически тот же объём юридической информации, которой располагают Президент и Правительство страны.

СПС – сверхэкономный (машинный или компьютерный) способ архивирования правовой информации и «место» её компактного хранения. Но этого внешнего лоска мало. СПС призваны гарантировать облегчённый доступ к своим «складским помещениям» многочисленным потенциальным пользователям и к тому же своевременно пополнять банк данных. Обрисованная диспозиция означает, что читатели должны согласиться с двумя согласованными мыслями: во-первых, пользование Уголовным кодексом РФ вполне может осуществляться и без всяких технических (компьютерных) ухищрений посредством личного знакомства юристов с официальным текстом; но во-вторых, ограничение правоприменительной деятельности в нашей отрасли одним легальным источником закономерно влечёт необходимость в существовании и использовании огромного числа вспомогательной информации (комментариев, словарей, актов судебного толкования или квази-прецедентов, научных трактатов и пр.). Позволительно заявить о существовании некоей зависимости наподобие закона сообщающихся сосудов – *чем меньше легальных источников правовой информации, тем больше нужда в неофициальных данных*. Отсюда необходимость в сортировке вспомогательного материала во сто крат перекрывает аналогичную «внутреннюю» работу в рамках собственно уголовного законодательства. Создатели СПС принуждены методом классификации строить очень сложные каналы, направления, дороги и перекрёстки для пользователей своим программным продуктом. Подтвердим данный тезис обращением всего к двум компьютерным версиям СПС различных фирм.

Компания «Гарант» несколько раз в год выпускает компьютерные диски под названием «Энциклопедия российского законодательства». Их пользователям обещан удобный интерфейс на базе подробного классификатора для быстрой и свободной ориентации в правовом материале. Иначе нельзя – полный объём банка системы «Гарант» составляет более 2 млн нормативных актов

¹ Куренной А.М. Опыт использования СПС в научной и преподавательской деятельности // Справочные правовые системы в вузе. Проблемы использования и преподавания: Сборник докладов конференции. – М.: ООО НПО «Вычислительная математика и информатика», 2002. – С. 23.

² Копылов В.А. Проблемы семантической обработки информации (на примере АИПС-законодательство) // Проблемы совершенствования советского законодательства: Труды ВНИИСЗ. Вып. № 30. – М., 1985.

и комментариев с еженедельным пополнением в 800 документов. Преподаватель, научный сотрудник, практик и студент даже на интуитивном уровне быстро отыщет нужную юридическую информацию с помощью удобного интерфейса. Вот его возможности: а) на панели инструментов – кнопка для «вызова» основных функций; б) менее востребованные функции хранятся на «Панели задач»; в) и начинающим, и опытным пользователям предлагается «Базовый интеллектуальный поиск в одну строку», когда нужная юридическая информация ищется по ключевым словам или аббревиатуре; г) возможна и контекстовая ориентация в законодательном материале; д) дополнительно гарантируется поиск по правовым ситуациям; е) юристам предоставлена возможность глоссировать нормативные акты с гиперссылками на другие тексты; ж) к услугам пользователей списки документов по времени и по теме; з) легко осуществляется постановка нужного документа «на память» с тем, чтобы автоматически шла информация об изменениях к нему.

Каждый клиент может надеяться на «индивидуальную аналитическую новостную ленту» по изменениям в законодательстве и помочь консультанта СПС в режиме онлайн. Для своих потенциальных пользователей компания «Гарант» организует типовые правовые комплекты (для налоговиков, бухгалтеров, юрисконсультов и пр.), гарантирует регулярное обновление нормативной информации и обещает индивидуальный поиск редких документов. «Базовый поиск» правовой информации внутри СПС организуется в нескольких режимах: 1) «расширенный» (по реквизитам, ситуациям, источнику опубликования, толковому словарю), 2) «изменения в законодательстве» (моя новостная лента, обзор изменений в законодательстве, новые документы), 3) «последние открытые документы», 4) «бизнес-справки» и 5) «правовая поддержка онлайн».

Что касается предоставления информации собственно об УК РФ, то в одной из последних версий СПС «Гарант» (2008 г.) имеется как текст кодекса, так и сопутствующее законодательство (нажатием кнопки система немедленно выдаёт ту часть из бланкетного источника, которая касается именно уголовной ответственности). Очень удобно, когда просмотр текста Уголовного кодекса сопровождается (слева, в отдельном окне) его «движущейся» структурой с выделением в цвете названия статьи, текст которой находится в основном окне. Попутно со структурой УК пользователям предлагается поиск дополнительной информации по ключевым словам.

В компьютерном учебном пособии компании «Консультант-Плюс» (300 серия, выпуск 9, к весеннему семестру 2007/2008 учебного года) студентам предлагается очень обильная информация по Уголовному кодексу: 1) об источниках официального опубликования и времени вступления в силу (в том числе по нововведениям); 2) о структуре¹ закона; 3) о количестве страниц (115) и даже абзацев (4942) нормативного текста. Нажатием курсора на специальный знак студент получит сведения о статьях бланкет-

¹ На «Панели» информация об этом названа «оглавлением», хотя фактически предоставляются данные о 12 «разделах», но не о 34 «главах» УК.

ных ФЗ, которые содержат ссылки на возможность уголовного преследования за нарушение отраслевых предписаний. Система содержит удобный в визуальном отношении «словарь финансовых и юридических терминов»; удобный в том смысле, что на экране открыты сразу два окна – в одном (справа) даются официальные дефиниции нормативных терминов с указанием источников¹, в другом (слева) синхронно, с цветовым выделением, движется составленный в алфавитном порядке перечень используемых в законодательстве слов. Добавим, что перед текстом каждой статьи УК выделяется цветом дополнительная информация о вступлении её в силу (в том случае, когда статья включена в кодекс позже его принятия), о постановлениях Конституционного Суда РФ и об актах толкования Верховного Суда РФ.

СПС – государство в государстве, свой мир в правовом пространстве со своими растущими автономными правилами; можно даже прогнозировать, что «внутреннее законодательство» справочных систем когда-то превысит по объёму представляемый нормативный материал (складские правила, путеводители, бухгалтерия, дополнительная, т.е. ненормативная информация – комментарии, акты толкования, мнения учёных и т.д.). Чтобы справиться с такими размерами данных и оставить их в пределах досягаемости лиц без специальной компьютерной подготовки, составители СПС будут вынуждены прибегать к собственным классификационным решениям для сортировки и архивирования правовой информации. Эти решения уже сегодня солидно дистанцированы, а в будущем будут неуклонно отдаляться от «первичного» структурирования нормативного материала самим законодателем. Катализатором отпочкования и дальнейшей автономизации компьютерщиков служили и будут служить интересы пользователей СПС по быстрому и максимально полному удовлетворению своих потребностей в правовой информации.

Конечно, современные справочные системы для юристов несовершенны и будут модернизироваться. Данное обстоятельство понимают и руководители компаний, сбывающие свой программный продукт; подстёгиваемые рыночными условиями, они вынуждены выслушивать пожелания пользователей, завлекать их в свои тенета посредством первичного бесплатного подключения к своим сетям и раздачи компьютерных дисков, а также организовывать за свой счёт специализированные семинары и конференции для преподавателей правовой информатики. В этом ничего зазорного либо пресудительного нет. Как говорит генеральный директор компании «КонсультантПлюс», образование – это «уникальная отрасль, которая по своей сути работает на будущее»², а если профессорско-преподавательский состав и студенты смогут постоянно обращаться к СПС, то это будущее приблизится скорее.

¹ Например, первый отраслевой термин «арест» раскрывается с помощью выдержки (первое предложение ч. 1 ст. 54 УК) из закона, но при нажатии курсора перед пользователем открывается полный текст УК.

² Новиков Д.Б. Некоммерческие проекты компании «КонсультантПлюс» // Справочные правовые системы в вузе. Проблемы использования и преподавания, С. 8.

Компьютерная экспансия в праве имеет ещё один канал: перевод на электронные носители вначале редких, а затем – и всех литературных источников по юриспруденции. Это весьма благоприятное, в чём-то спасительное начинание, ибо физические возможности публичных и личных библиотек ограничены, а размеры информации растут. Это и очень затратное, а значит медленное дело. Параллельно издательства воспроизводят старинную литературу по праву, что после идеологического начётничества и единомыслия советской эпохи, а также косноязычия современности оставляет хоть какие-то надежды на появление, пусть и в очень отдалённой перспективе новых Таганцевых и Кони. Здесь нельзя ни отметить грандиозное начинание издательства «Спарк», которое отпечатало и реализует более тысячи репринтных изданий научной и учебной литературы по праву, первоначально увидевшей свет до 1917 года. Низкий поклон руководителям названного издательства, которые, может быть, и не понимают подвижнического статуса своей коммерческой деятельности, полного значения того факта, что есть для юриста XXI века, обожжённого беспольными канцелярскими трактатами современности, знакомство с научной продукцией С.И. Зарудного и П.П. Пусторослева, И.Я. Фойницкого и С.В. Познышева, В.Н. Ширияева и С.К. Гогеля, Г.С. Фельдштейна и В.В. Есипова, М.Н. Гернета и А.Ф. Кистяковского, С.И. Викторского и Н.Д. Сергеевского, Е.Н. Тарновского и Г.А. Колоколова, Л.Е. Владимирова и М.П. Чубинского, Д.А. Дриля и Н.С. Таганцева, Н.А. Неклюдова и П.И. Люблинского, С.П. Мокринского и А.А. Жижиленко, Л.С. Белогриц-Котляревского и А.С. Чебышева-Дмитриева, С.И. Баршева и О.И. Горегляда, М.В. Духовашко и М.А. Чарыхова, М.Д. Чадова и Н.Н. Полянско-го, Н.С. Тимашева и П.Д. Калмыкова. Военные и революционные ветры XX века здорово опустошили российские библиотеки, и потому пополнение их фолиантами названных авторов будет весьма кстати. Volens-nolens, мы подошли к вопросу о классификации накопленных уголовно-правовых знаний в классических книгохранилищах, именуемых библиотеками.

IV. Отрасль в действующем библиотечном каталоге 1997 года совершенно обоснованно генерируется со смежными знаниями из правоохранительного комплекса – уголовным судопроизводством, криминологией и криминалистикой – под единым индексом 343. Странно лишь, что вопреки названию 34-го отдела коллектора и общей логике юриспруденции он открывается фасетами, посвящёнными уголовному процессу (343.1), но не материальному праву (343.2), что уголовно-исполнительному или пенитенциарному праву (343.8) не нашлось места в заголовке правоохранительного блока информации, что предупреждение преступлений объединено в библиотечном коллекторе с вопросами исполнения наказаний, но не с криминологией, а криминалистика с криминологией, но не с уголовно-процессуальным правом. Не менее странно выделение отдела 344 – «Особые виды уголовного права» (военное, морское, военно-воздушное) при отсутствии в нём фасет по международному уголовному праву. Но это – цветочки.

Конечно, авторы Каталога пытались обосновать свои классификационные решения, говоря о том, что деление отдела 34 («Право. Юридические науки») осуществлено с таким расчётом, чтобы: 1) оно «не зависело от укоренившихся в законодательстве отдельных стран» национальных воззрений; поэтому сортировка информации произведена «на абстрактных понятиях права»; 2) в связи с этим, в сомнительных ситуациях некоторые правовые институты государств могут быть отнесены к тому разделу, который соответствует им не прямо, а лишь их главному назначению. На старте эту логику можно принять. Но почему: а) исправление правонарушителя входит в первую фасету Общей части (343.2.01) наряду с «понятием и основами уголовного права», а также с «правом наказывать»; б) «право граждан на участие в уголовном судопроизводстве» отнесено к «основным положениям» отрасли и даже заслужило отдельной фасеты (343.211.5); в) обстоятельства, отягчающие, смягчающие или исключающие наказуемость деяния «прикреплены» к институту преступления, а не к наказанию (фасеты 343.233 и 343.234); г) учение о вине и умысле разведено на значительное число пунктов (343.222.1-2 и 343.246.4); д) «деяния против государства и системы управления» возглавляют список противоправных деяний в Особой части (343.3) с помещением в эту классификационную единицу международных преступлений. И т.д., и т.п.

Кажется, это тот негодный случай приспособления внутригосударственного права к космополитическим стандартам, когда «каждой нации (за исключением тех, которые имеют англосаксонские корни) предлагается утратить своё лицо, маргинализироваться» под лозунгами унификации. И потому «вряд ли нужно... доказывать абсурдность такой постановки проблемы»¹. Хорошо, что данный пример классификационных усилий российских библиотечкарей не попал в поле зрения Дж. Флетчера и тот не использовал его в культурной полемике с А.В. Наумовым, не включил в «универсальную грамматику современного уголовного права» для беспроигрышного обсуждения.

V. Уголовно-правовая наука в структуре юридических специальностей. Мы уже обращали внимание на естественное несоответствие классификационных решений по законодательству и науке; но последней на роду написано опять же естественным образом сопрягаться и со сферой образования. Это – нелёгкая задача. Когда-то обстоятельную статью о сочетании этих двух систем знания предложил философам член-корреспондент АН СССР А.А. Ляпунов². В ней он заявлял, что комплексы истинно научных и всего лишь образовательных знаний «развиваются совместно и оказывают друг на друга большое влияние», хотя воздействие первого блока информации «осуществляется с очень большой задержкой», достигающей уровня «вопиющего противоречия»

¹ *Клейменов И.М.* Сравнительная криминология: анализ правовых систем. – Омск: Изд-во института предпринимательства и права, 2004. – С. 228.

² *Ляпунов А.А.* Система образования и систематизация наук // Вопросы философии. 1968. № 3. – С. 38-50.

между структурой народного образования и теми требованиями, которые «жизнь предъявляет к знаниям человека и в связи с его специальностью и независимо от его профессии» (с. 38). Причины этого лежат в истории.

Когда на смену «дилетантствующему универсализму эпохи Возрождения» явилась жёсткая специализация знаний и сообществ тружеников умственного труда, а также профессионализация учёных, это привело и к чётким представлениям о том, «каких знаний требует их профессия. С естественной задержкой в несколько десятилетий эти требования постепенно реализуются в учебных планах высшей школы» (с. 39). Ну а среднее образование «ещё более консервативно, чем высшее. Оно до сих пор не успело по-настоящему отразить дифференциацию науки и всё ещё находится во власти универсализма. Общая схема тех знаний, которые даются в старших классах средней школы, примерно соответствует универсализму Возрождения с добавлением некоторых особенно ярких достижений последующих эпох при преобладании гуманитарных дисциплин в плохом, устаревшем изложении» (с. 39).

Представитель высшего слоя отечественной науки не просто критикует младших братьев по разуму, но и даёт ценные советы: о фуракации (разделении) среднего образования посредством устройства специализированных классов с определённым уклоном (уже выполнено в стране под названием СССР) – с. 40; о знакомстве всех с математическими идеями (с. 43); о производстве семинаров с двойным руководством – со стороны вузовского преподавателя и опытного практика (с. 44); о введении экспериментальных учебных заведений, управляемых попечительскими советами, возглавляемыми потребителями выпускников школ (с. 44); об уточнении систематизации наук как предварительном условии наведения порядка в системе народного образования (с. 45); об объединении или укрупнении родственных предметов в учебных планах вместо погони за «одинаково детальным изучением всего материала» (с. 49).

«Порядок» в науке начинается с адекватной уровню развития общества и его задачам сортировки (юридических) знаний. Воспользуемся результатами титанического труда проф. Г.Г. Кричевского из Ставрополя с тем, чтобы проследить дифференциацию российского правоведения за 200 лет. Последний за 50 лет кропотливой работы в архивах и библиотеках страны собрал данные о диссертациях, защищённых юристами в специализированных советах «древних» Московского и Дерптского (Юрьевского), Казанского и Харьковского, Санкт-Петербургского и Киевского, Новороссийского и Варшавского, а также Томского университетов. Собрал, но не успел опубликовать, хотя в год смерти (1984) уже был готов к этому. Сделал это его ученик, проф. А.Н. Якушев, хотя и с некоторыми упрощениями и упущениями, которых лучше бы не было¹.

¹ Ниже приводятся сведения по книге: *Кричевский Г.Г.* Магистерские и докторские диссертации, защищённые на юридических факультетах университетов Российской империи (1755-1918): Библиографический указатель / Сост., предисл. и науч. ред. А.Н. Якушева. – Ставрополь: «Сан-Сан», 1998. – 201 с.

В частности, умерший автор в собственной аннотации к своему творению (с. 4-7) говорит об 11 данных по диссертациям (фамилия, имя, отчество и годы жизни соискателя; заглавие работы; её выходные данные; пагинация¹; место предшествующей защите публикации; дата защиты; разряд науки (отраслевая научная специальность), по которому производилась защита; оппоненты; место публикации факультетского отзыва; место публикации речи соискателя перед диспутом; отчёт о защите в прессе). Однако в публикации А.Н. Якушева (за что ему огромное спасибо) нет и половины этих данных. Жаль. Как пишет сам Г.Г. Кричевский, к примеру, «предлагаемый в справочнике указатель оппонентов свидетельствует о том, что выступления таких неофициальных оппонентов как К.Д. Ушинского, В.М. Фреча, П.С. Кюгана и других превращали университетские диспуты в трибуну для пропаганды передовых идей своего времени» (с. 6). А ещё «опущены» в публикации приложения о почётных докторах права, которые удостоивались этой степени по Положению 1864 года без представления диссертации (знатные, наверняка, были имена!), и «указатели имён исторических деятелей, которым (были – А.Б.) посвящены диссертации (имелась, оказывается, такая благородная традиция – А.Б.)» – с. 5. Г.Г. Кричевский датирует свой поиск 1805-1919 гг., а в изложении А.Н. Якушева временной охват расширен (1755-1918 гг.).

Эти и прочие неточности и неполнота существенно снижают надежды покойного на то, что собранный им материал даст богатую пищу «для наукометрических исследований» (с. 6). И действительно: «динамика диссертаций в разные периоды развития России, география защит в различных отраслях науки, временной интервал между защитой магистерской и докторской диссертаций, возраст учёных в момент первой и второй защит, миграция диссертаций (то есть несовпадение места подготовки и защиты диссертации данного учёного), эволюция объёмов диссертаций – таков далеко не полный перечень вопросов, для решения которых предлагаемая работа даёт науковеду ценные фактические сведения» (с. 6-7).

Полезны для современников и сведения о «*номенклатуре разрядов наук по юридическим факультетам университетов Российской империи*», использованной в те годы для защит, – такие данные уходят от нас всё дальше в прошлое, затемняемое крикливыми потребностями (истинными и мнимыми) суетного настоящего. Так вот, в соответствии с «Положениями о производстве в учёные степени»: 1) с 1819 по 1837 годы научные знания в юриспруденции сортировались всего на 5 разрядов и без дифференциации на магистров и докторов, а уголовное право входило в фасету под названием «Право российское» вместе с публичным и гражданским правом и частным правом присоединённых губерний; 2) с 1837 по 1844 годы производились магистры законовведения по 3-м

¹ Пагинация (от *лат. pagina* – страница) – порядковая нумерация страниц рукописи или книги. (Словарь иностранных слов. 18-е изд., стер. – М.: Русский язык, 1989. – С. 363). В библиотечном деле пагинация означает сведения об общем объёме книги в страницах и о её членении на различные разделы в страницах.

канонам (гражданское, уголовное и государственное законоведение), а также доктора по юридическому отделению по 5 канонам (в том числе по «законам полицейским и уголовным с судопроизводством»); 3) в 1844-1864 годах сохранялись степени магистра законоведения по тем же, но словесно изменённым позициям (магистр уголовного права, а не законоведения) и доктора по юридическому отделению (однако количество разрядов для второй ступени сократилось до двух – юридические науки¹ и политические науки); 4) наконец, с 1864 по 1917 годы защищались магистры и доктора «по юридическому факультету» по 7 разрядам те и другие, один из которых – «уголовное право» (с. 8-9).

В своём исследовании Г.Г. Кричевский сгруппировал материал по университетам с учётом того обстоятельства, что в те времена набор факультетов в них был стандартный: историко-филологический, физико-математический и юридический. В аннотации утверждается, что по числу подготовленных диссертаций на первом месте находились физико-математические факультеты (более 40% защит) – с. 5. Мы же, на базе данных Г.Г. Кричевского, попытались вычислить удельный вес работ по уголовному праву среди общего массива диссертаций по юриспруденции, и вот что у нас получилось. За 1805-1918 гг. (или 1755-1919 гг. в версии А.Н. Якушева) на юридических факультетах российских университетов состоялись 233 защиты магистерских (48,4%) и 248 докторских (51,6%) диссертаций. Из них доля представителей уголовного права составила: среди магистров 26,2% от общего числа претендентов на эту степень среди правоведов (61 работа), среди докторов – 12,9% (32 работы)².

Легко сопоставлять данные о двухступенной аттестации учёных в прошлом и ныне, поскольку магистр XIX века однозначно приравнивается к кандидату юридических наук нашего дня (по завоеванному титулу, конечно, но не по индивидуальности претендента). Но количественные различия разительны. Если по Г.Г. Кричевскому за 114 лет (по версии А.Н. Якушева временной период увеличен, а, значит, плодovitость науки будет более низкой) защищено всего 93 диссертации по уголовному праву (или 0,81 диссертаций в год), то в наше время пора провозгласить Россию самой умной страной в мире. Доказательства данного тезиса собраны не нами. Согласно библиографическому справочнику проф. А.Э. Жалинского³, у которого в силу длительной экспертной работы в ВАКе не должно было быть затруднений со сбором информации, за последние 21 год (1985-2006 гг.) в России⁴ защищено 1 544

¹ Позволим оценить эту классификационную скупость руководителей науки Российской империи как достоинство – в том смысле, что она (скупость) здорово мотивирует междисциплинарные искания, абстрактное мышление и стремление к расширению узкого горизонта отраслевых знаний.

² Интересно отметить, что *В.Д. Спасович* защитил в Санкт-Петербургском университете (1863 год) докторскую диссертацию по «учебнику уголовного права» (с. 107).

³ Уголовное право: Библиография (1985-2006 годы) / Под ред. А.Э. Жалинского. 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательский Дом «Городец», 2007. – 832 с.

⁴ С небольшим допуском на СССР 1985-1991 гг.

диссертаций или 75,52 диссертаций в год. Производительность современного племени криминалистов выросла в 90,76 раза!

Интересно (автору): удастся ли снизить великую отдачу уголовно-правовой науки посредством более ухищрённой классификации отраслевых знаний (введение нескольких, вместо двух, учёных степеней с обязательностью многоступенчатого движения соискателей к высотам знаний (рекордам, признанию); укрупнение научных специальностей с целью искусственного подъёма общетеоретической базы исследований и методологической образованности претендентов)?

Классификационные решения в современной науке – в исполнении государства, конечно, – выглядят следующим образом. *Первое.* Постановлением Правительства РФ от 30 января 2002 г., № 74 утверждён «Единый реестр учёных степеней и учёных званий», согласно которому устанавливаются следующие знаки отличия и признания для научных и научно-педагогических кадров высшей квалификации: учёная степень доктора наук по отрасли науки согласно номенклатуре специальностей научных работников; учёная степень кандидата наук по отрасли науки согласно номенклатуре специальностей научных работников; учёное звание профессора по специальности согласно номенклатуре специальностей научных работников; учёное звание доцента по специальности согласно номенклатуре специальностей научных работников; учёное звание профессора по кафедре образовательного учреждения высшего профессионального и дополнительного профессионального образования; учёное звание доцента по кафедре образовательного учреждения высшего профессионального и дополнительного профессионального образования¹. *Второе.* В соответствии с давно случившейся (практически естественным порядком) и постоянно усиливающейся дифференциацией всей суммы знаний человечества на отрасли науки², приказом Миннауки России от 28.02.1995 г., № 24 утверждена «Номенклатура специальностей научных работников», в том числе 12.00.08 – уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право.

Под специальностью же понимается «совокупность знаний, умений и навыков, приобретённых на базе высшего образования в результате проведения самостоятельной творческой работы по постановке и решению определённых профессиональных задач в рамках конкретной отрасли наук, заканчивающейся обществен-

¹ Собрание законодательства РФ. 11.02.2002. № 6. Ст. 580.

² «Отрасль науки отражает общепринятую и достаточно широкую дифференциацию наук на физико-математические, химические, биологические, геолого-минералогические, технические, сельскохозяйственные, исторические, экономические, философские, филологические, географические, юридические, педагогические, медицинские, фармацевтические, ветеринарные, психологические науки, архитектуру, искусствоведение, а также военные, социологические, политические науки и культурологию, позволяющую осуществить распределение научных работников высшей квалификации по областям, достаточно точно характеризующим прежде всего отличия в направлениях их научной деятельности». – Извлечение из «Общероссийского классификатора специальностей высшей научной квалификации», утверждённого постановлением Госстандарта России от 26 декабря 1994 г., № 368 (постановление опубликовано не было).

ной защитой полученных результатов в специализированном Учёном Совете, имеющем право присваивать учёную степень»¹. *Третье*. На базе этих решений постановлением Госстандарта России от 26 декабря 1994 г., № 368 утверждён «Общероссийский классификатор специальностей высшей научной квалификации ОК О17-94 (ОКСВНК)», учитывающий положения и рекомендации Международной стандартной системы классификации образования (МСКО). По нему научные закрома делятся на отрасли науки, группы специальностей и специальности, снабжённые сводом кодовых обозначений объектов классификации, их наименований и фасетой классификационных признаков объектов. Структурно описание объекта классификации включает: а) блок идентификации; б) блок наименования объекта; в) блок фасета классификационных признаков объекта.

Блок идентификации ОКСВНК строится с использованием иерархического метода классификации, серийно-порядкового и последовательно-параллельного метода кодирования. Длина кодового обозначения составляет шесть цифровых десятичных знаков и контрольное число (КЧ). Признаки идентификационного кода распределяются следующим образом: 1-й и 2-й знаки – код отрасли науки; 3-й и 4-й знаки – код группы специальностей в отрасли науки; 5-й и 6-й знаки – код специальности. *Блок наименований* ОКСВНК содержит названия отраслей наук, групп специальностей (в тех отраслях, где это разделение имеет место) и собственно специальностей. Наконец, *блок фасета* классификационных признаков для всех объектов классификации включает фасет, содержащий пять знаков.

В результате таких согласованных манипуляций классификационного характера наша отрасль получила следующие идентификационные признаки (ниже – таблица с расположением уголовного права в рамках всей системы юридических знаний):

Таблица 2

Код КЧ	Наименование отрасли науки, группы специальностей,	Код по специальности МСКО
12 00 00 5	Юридические науки	
12 00 01 0	Теория права и государства; история права и государства; история политических и правовых учений	73802
12 00 02 6	Конституционное право; государственное управление; административное право; муниципальное право	73899
12 00 03 1	Гражданское право; семейное право; гражданский процесс; международное частное право	73899
12 00 04 7	Предпринимательское право; арбитражный процесс	73899

¹ Там же.

Окончание таблицы 2

12 00 05 2	Трудовое право; право социального обеспечения	73806
12 00 06 8	Природоресурсное право; аграрное право; экологическое право	73899
12 00 08 9	Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право	73899
12 00 09 4	Уголовный процесс; криминалистика; теория оперативно-розыскной деятельности	73899
12 00 10 7	Международное право	73804
12 00 11 5	Судоустройство; прокуратура; адвокатура; нотариат	73802
12 00 12 0	Финансовое право; бюджетное право; налоговое право; банковское право; валютно-правовое регулирование; правовое регулирование выпуска и обращения ценных бумаг; правовые основы аудиторской деятельности	73802
12 00 13 6	Управление в социальных экономических системах (юридические аспекты); правовая информатика; применение математических методов и вычислительной техники в юридической деятельности	73802

Приказом Министерства образования РФ от 2 марта 2000 г., № 686 соответствующим структурным подразделениям Министерства было поручено в срок «до 31.12.2000 г. провести работу по соотнесению перечней подготовки (*будущих* – А.Б.) специалистов с высшим профессиональным образованием с номенклатурой специальностей (*готовых* – А.Б.) научных работников» (п. 4.7)¹. Судя по времени принятия очередного приказа Министерства поручение было выполнено, но с опозданием почти на три года. В соответствии с «Указателем соответствия между Перечнем направлений подготовки и специальностей высшего профессионального образования и Общероссийским классификатором специальностей по образованию ОК 009-2003» от 4 декабря 2003 года² обучение правоведам по вводимому направлению бакалавров и магистров (код – 521400, наименование «Юриспруденция») получило в ОКСО код 030500 с названием «Юриспруденция», а давно действующему направлению подготовки специалистов (код – 021100,

¹ Бюллетень Министерства образования РФ. 2000. № 5.

² Приказ Министерства образования РФ от 4 декабря 2003 г., № 4482 – «О применении общероссийского классификатора специальностей по образованию» (с зим. От 12.01.2005 г.) // Бюллетень Министерства образования РФ. 2004. № 2.

наименование «Юриспруденция») – в ОКСО присвоен код 030501 с тем же названием.

VI. *Логика формирования учебного материала по курсу «Уголовное право».* Бытие нашей отрасли на самом примитивном (учебном) уровне также обставлено классификационными решениями. В первую очередь это касается Государственных образовательных стандартов высшего профессионального образования (далее ГОС ВПО). В соответствии с доживающим последние дни ГОС ВПО по специальности «юриспруденция» от 14 марта 2000 г.: а) образовательная программа предполагает «техническое» обеспечение из 3-х частей – учебный план, программы учебных дисциплин и программы практик; б) в ней сочетаются федеральный и национально-региональные компоненты; в) она поделена на 5 циклов (общие гуманитарные и социально-экономические дисциплины – ГСЭ, общие математические и естественно-научные дисциплины – ЕН, общепрофессиональные дисциплины – ОПД, дисциплины специализации – ДС и факультативы – ФТД); г) дисциплины делятся на те, которые безальтернативно предлагает вуз по своему учебному плану, и те, которые студенты могут выбирать из нескольких предложенных; д) имеются дисциплины, обеспеченные формами контроля посещаемости и знаний, а есть – «безответственные» факультативы.

Представляет определённый интерес сортировка учебных курсов по циклам. В соответствии с ГОС ВПО *общеобразовательная* подготовка (ГСЭ + ЕН) занимает менее четверти общего учебного времени на освоение образовательной программы (1800 часов или 18,2% на ГСЭ и 400 часов или 4% на ЕН) и значительно уступает *профессиональной* (6062 часов на ОПД или 61,3% плюс 1620 часов или 16,4% на ДС). Вероятно такую содержательную дозировку следует признать справедливой лишь как продолжение расчётов на когда-то завоёванные позиции, поскольку прежде абитуриенты отбирались вузами не по деньгам, а по уровню школьной подготовки, т.е. первокурсники не нуждались в существенном приращении своего культурного фона. В рамках ОПД уголовному праву отведено 378 часов или 6,2% времени, что заслуженно выше некоего среднего показателя (6062 часов на 24 общепрофессиональные дисциплины даёт 253 часа); заслуженно в том смысле, что уголовное право есть классическая область юридических знаний с тысячелетним периодом эксплуатации, да ещё и с материнскими функциями в пределах правоохранительной подсистемы права (см. выше). В то же время нельзя не заметить существенной экономии текста ГОС ВПО именно в отношении ОПД.Ф.11 («уголовное право»); его содержание излагается скуперее, чем это сделано в отношении «соседних» трудового (ОПД.Ф.10 – 216 часов) и уголовно-процессуального (ОПД.Ф.12») отраслей права. Пока запишем это в «плюс» – как техническое свидетельство осмысления отраслевых представлений до того порога, когда они излагаются способом, близким к аббревиатуре.

«Пока» же – потому, что краткое представление уголовного права в ГОС ВПО существенно отличается от аналогичной сортировки отраслевого материала в ОКПА и библиотечном коллекторе.

Напомним, что по действующему «законодательному» классификатору уголовное право подразделяется на 11 позиций, из которых 5 посвящается Общей, а 6 – Особенной части, что в нём не упоминаются такие фasetы, как уголовное право и его принципы, а также зарубежное уголовное законодательство, что Особенная часть представлена намного подробнее, чем лаконичная «характеристика составов преступлений, указанных в Особенной части уголовного кодекса» (ГОС ВПО). В общем, левая государственная рука, как обычно, не ведаёт, что делает правая. Этот факт – полбеда, поскольку предварительная (пусть и неудачная) классификация учебного материала способна принести гораздо меньше ущерба для системы подготовки юридических кадров, нежели содержательное наполнение разума студентов.

А тут есть о чём говорить. Россия заложила крутой вираж и в сфере юридического образования. Она переходит к двухуровневой системе подготовки юристов (4-хлетний «бакалавр – 6-летний магистр» взамен 5-летних советских «специалистов»). Дискуссии в вузовской среде прекращаются, сомневающимся и упорствующим лиц просят сверить эволюционные часы, всем пора выполнять политическое решение, модернизировать учебные планы, программы и технологии. К вузовскому рулю и преподавательской кафедрой допускаются только модернисты, а ретроградам остаётся писать мемуары.

Автор не может пройти мимо этого новшества, осмысленно возражал против него давно и азартно¹. Россию, конечно же, нужно было менять (прежде всего в плане экономической дея-

¹ См.наше: О самостоятельной работе студентов по дисциплинам уголовно-правового цикла и её интенсификации (тезисы выступлений участников конференции) // Проблемы преподавания уголовно-правовых дисциплин с учётом законодательной реформы и опыта самостоятельной работы студентов: Материалы всесоюзного совещания заведующих кафедрами уголовного права. – Ростов н/Д: РГУ, 1990. – С. 60-62; Особенности профессии юриста и доступные технологии обучения // Педагогический менеджмент и прогрессивные технологии в образовании: Материалы IV междунар. научно-методич. конф. (Поволж. акад. госслужбы, 29 сент. – 1 окт. 1997 г.). Том II. – Саратов: Изд-во Поволж. фил. Рос. учебн. центра, 1997. – С. 41-43; Технологии обучения через призму профессии // Правовые и организационные основы реализации Федерального закона РФ «О науке и государственной научно-технической политике» в научной деятельности образовательных учреждений высшего профессионального образования МВД России. 24-26 июня 1997 г.: Материалы Всероссийской научной конференции. Часть II. – Ростов н/Д: РВШ МВД России, 1997. – С. 75-78; Проблемы экономики образовательных затрат в вузах // Национальная экономика и Вооруженные Силы: проблемы и перспективы: Труды II Всероссийской научно-практической конференции. 29-30 ноября 2000 года. – СПб.: Изд-во СПбГТУ, 2000. – С. 153-154; Материалы всероссийских совещаний юридических вузов России (2-3 декабря 1999 г., 24-25 ноября 2000 г.). – М.: ФАЮВ, Совет по правведению УМО университетов РФ, 2001. – С. 114-116; К вопросу о трёх книгах русских университетов, их превращениях и динамике нормативной базы // Правовые проблемы экономики образования: Материалы V Международной научно-практической конференции 9-10 октября 2000 г. – М.: Академия труда и социальных отношений, 2001. – С. 66-71 (в соавторстве с **Ф.А. Григорьевым** и **Е.В. Олесенюк**); Базовые проблемы тестирования студентов-юристов // Методология и практика применения тестовых контрольно-измерительных материалов в учебном процессе: Материалы научно-методической конференции. – Ростов н/Д: Изд-во СКАГС, 2005. – С. 6-9; Юридический «всеобуч» и социализаторская нагрузка преподавания // Социализация и воспитание студенческой молодёжи. Выпуск I. Материалы межвузовской научно-практической конференции. – Ростов н/Д: Изд-во СКАГС, 2007. – С. 60-53.

тельности, для раскрепощения коммерческой энергии хозяйствующих субъектов), но трансформировать с умом. Однако сильно ощущение, будто реформы у нас часто производятся по той единственной причине, что их ещё не было; а поскольку в других областях социальной практики перемены уже осуществляются (пусть и с отрицательным результатом), обновление (преимущественно по чужеземным стандартам) непременно должно приключиться и в пока «мёртвых зонах». А те, кто позволяет себе сомневаться в правительственном проекте образовательных реформ или, не дай Бог, как-то противится им, заслуживают клейма в качестве ретроградов, не понимающих великосветских замыслов по причине косности и не испытывающих благодарности перед организаторами обновления в силу недостатка воспитания.

Вот и до сферы образования докатилась гильотина перемен. Каковы же их причины, мотивы и цели? Чаще всего мы слышим от властей, что России непременно нужна болонская система подготовки кадров вообще как что-то изумительное (во-первых) и как банальное условие для вступления страны в ВТО (во-вторых). Но болонская декларация, на которую ссылаются, принята за границей не для организации перемен в вузовской среде, а в честь 500-летия Болонского университета; к тому же она имеет рекомендательный характер, а в самой Европе её не очень-то почитают; по крайней мере, не рассматривают в качестве обязательного документа, как в России. Полезно также знать, что мировое признание последних десятилетий в форме Нобелевской премии почему-то адресуется учёным тех государств, где Болонский процесс не вошёл в практику или о нём вообще не знают. Что касается присоединения РФ к Всемирной торговой организации, то реализация настоящего намерения означает для наших производителей неминуемую смерть. Отечественными экономистами (М.М. Голанский, С. Карамурза, В. Клименко, Г. Нечволодов, В. Сироткин, Б. Хореев, С.Ф. Шарапов и др.) давно доказано: производство любого вида товаров на территории России всегда будет более затратно, чем в европейских странах в силу климатических и прочих особенностей. Единственный наш равноценный партнер, с которым можно образовывать двухстороннее территориальное ВТО, – Монголия¹.

Но есть ещё один критический момент. Выпускникам российских вузов, в том числе и юристам, предстоит работать в своей стране, а не в Болонском лесу. Их на Западе вовсе не ждут; Европе нужны неквалифицированные кадры для производства тяжёлой физической работы на стройках, уборщики мусора, жрицы борделей, но не управленцы. За весь XX век мы еле-еле наладили подготовку специалистов с пятилетним сроком обучения, и с этой образовательной продукцией, особенно – с выпускниками естественно-научных факультетов, за рубежом считаются. Те-

¹ Более подробную аргументацию см., например, в работе: *Паршев А.П.* Почему Россия не Америка. – М.: Крымский мост-9Д, ФОРУМ, 2001. – С. 408.

перь нам приказывают не сомневаться в принятом стратегическом решении, предлагают срочно сломать отечественную вузовскую систему и перейти на чужеземную, что по минимуму сомнительно, а по-крупному дурно пахнет и больно аукнется для страны в самое ближайшее время.

Говорят, что критика легка, а искусство мудрено. Уверены: *генеральным* расчётом в сфере подготовки кадров должны быть *особенности профессии выпускника*, а не заёмные премудрости, понимаемые как обязательные требования для всех специальностей. Есть разница в том, как готовить лесничего, работающего в природной тиши, и публичного юриста. Последний – не просто знаток законоположений, но и управленец, оратор, вожак присутствий и аудиторий, представитель «наружной службы» государства. Он тот, кто не коня какого-то на скаку остановит, но способен на большее – тактично свяжет искреннее, но глупое возмущение нормативными требованиями обывателя, умно и убедительно парирует ангажированное неприглядными обстоятельствами поручение властвующей элиты, бескровно остановит бунтующую толпу осужденных в колониях; и всё – благодаря знанию жизни и права, навыкам ораторства, привычки мыслить логично. В общем, правовец и сегодня должен оправдывать своим профессиональным поведением в обществе известную пословицу XIX века «по суду и скорпиона приятно проглотить». Всё это возможно лишь при том неперемennom условии, что в процессе обучения будущий юрист постоянно находится в соревновательной среде, в контактах с преподавателем и другими студентами, решает мыслительные задачи на виду у других, чувствует живую аудиторию, слышит публичную речь, пока она не остыла. Дистанционное образование, преклонение перед тестированием, увлечение компьютерными заданиями, замена аудиторных занятий самоподготовкой и прочие акмеологические новшества клишируют разум, порождая робость перед живыми оппонентами, превращают будущего публичного управленца в наркомана дисплея, способного решать лишь типовые задачи, умертвляют в нём творческое начало.

Что в «сухом остатке»? Из всех новаций, затеваемых «сверху» и осуществляемых под барабанный бой образовательного чиновничества, а также под фанфары политических пропагандистов, наиболее ярко выделяются два направления вузовских перемен: а) внедрение бесконтактных приёмов трансляции знаний, гордо именуемых *инновационными технологиями*, а на деле, т.е. в земном измерении, сводящихся к резкому сокращению аудиторного времени в общем объёме занятий; б) переход на *двухуровневую систему* подготовки кадров. Можем ли мы их принять, а тем более с радостью, как этого от нас ждут федеральные власти? Отвечаю: в политической системе координат положительный ответ возможен, но с учётом требований к профессии юриста и сложившейся ситуации с подготовкой правоведческих кадров – нет.

Ставка на самоподготовку и дистанционную передачу знаний¹ очень подходит для обучения глухонемых, но не публичных юристов. И этим всё сказано. Двухуровневая подготовка состоялась при нескольких условиях, которых в стране нет: а) Родине здорово не хватает юристов – но мы наблюдаем их перепроизводство; б) в обществе сложилась жуткая потребность в правоведах нескольких ступеней грамотности – однако социум нуждается сегодня просто в грамотных юристах, которых образовательная система почти не поставляет, а после реформ в любом направлении тем более перестанет на некоторое время производить; в) работодатели чётко определились с квалификационными требованиями для бакалавров и магистров – да нет же, бакалавров даже путают с бакалейщиками. Нужно также взять на заметку и то обстоятельство, что сосредоточение в рамках одного российского вуза нескольких ступеней подготовки с неизбежностью означает одно: одни и те же лица станут передавать одни и те же знания, одними и теми же методами (освоенными) и бакалаврам, и магистрам. Произойдет банальность, когда самые лучшие побуждения реализуются «как всегда» или глупо (В.С. Черномырдин) либо просто «заходят в ад» (К. Маркс). Случится то, что величайший эстет и отшельник России XIX века князь П.А. Вяземский в приложении к блиставшей заманчивыми идеями французской революции 1789 года охарактеризовал словами «мещанство (всё-таки – А.Б.) не одворянилось, но дворянство (точно – А.Б.) омещанилось»². Наши потомки станут свидетелями того, как бакалавриат превратится в подобие советских профессионально-технических училищ, а магистратура уступит по качественным показателям приказавшему долго жить советскому специалисту.

Движение в этом направлении уже началось, а надлежащая социально-психологическая почва практически для него практически унавожена. Заведующий лабораторией социально-правовых исследований и сравнительного правоведения юридического факультета МГУ ещё в 1998 году отмечал ошеломляющие подвижки

¹ Этот вариант трансляции учебной информации означает образовательные технологии, реализуемые в основном с применением телекоммуникационных возможностей при опосредованном (на расстоянии) или не полностью опосредованном взаимодействии обучающегося и педагогического работника (ст. 32 Закона РФ от 10 июля 1992 г., № 3266-1 – «Об образовании» (с посл. изм.) // Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 30. Ст. 1797). Заметим, что в специальном «Порядке использования дистанционных образовательных технологий», утверждённом приказом Минобрнауки РФ от 6 мая 2005 г., № 137 (Российская газета. 2005. 16 августа. № 179), оговорено, что «образовательные учреждения профессионального образования при подготовке по профессиям и специальностям, получение которых в очно-заочной (вечерней), заочной форме и форме экстерната не допускается, могут использовать ДОТ в очной форме при реализации профессиональных образовательных программ (только – А.Б.) по общим гуманитарным, социально-экономическим и общим математическим дисциплинам» (п. 4), но не по общепрофессиональным и дисциплинам специализации. Вот так! Медик и юрист врачуют тело и душу одного человека, но первым нельзя познать профессию в отрыве от учителя, а вторым – можно. Последствия неумелого ковыряния юриста в душе и судьбе обывателя не так заметны и не так быстро вскрываются, как непрофессиональное уродование тела медицинским скальпелем.

² *Вяземский П.А.* Эстетика и литературная критика. – М.: Искусство, 1984. – С. 437.

в гражданской ориентации и правосознании студентов головного вуза страны после начала реформ. По данным опроса оказалось, что 86,4% будущих юристов связывают рост преступности «с потерей духовности, подменой подлинной нравственности суррогатными ценностями», с «высокими темпами имущественного расслоения» общества, что в качестве генеральных рецептов реагирования они, как и перепуганные обыватели, склонны рассчитывать на «ужесточение борьбы с преступностью и упрощённый порядок судопроизводства по отдельным категориям дел». Однако по возрастной наивности, консервируемой пропагандой «независимых» СМИ, видят бревно лишь в чужом глазу.

А в своём плаваёт точно не соринка. По результатам опроса «более половины» респондентов оправдывают нарушение правил совершения валютных операций и контрабанду. А уклонение от уплаты налогов не только не признаётся преступлением, но и считается нормой (90% опрошенных). Лишь 8,2% не хотят иметь ничего общего с налогонеплательщиками, 17,6 – со взяточниками, 19 – с преступившими закон в финансовой сфере... Настораживает (и – А.Б.) тот факт, что каждый четвёртый студент юридического факультета потенциально готов к умышленному преступлению... Велика доля тех, кто крайне негативно относится к соблюдению закона: 41% опрошенных склоняются к мнению, что умный человек всегда найдёт способ обойти закон, если он ему мешает, 28% полагают, что выжить в сложившейся ситуации в стране и не нарушить закон практически невозможно... В итоге... две трети студентов факультета так или иначе попадают в группу лиц, ориентированных на нарушение закона, и лишь каждый третий – на безусловное его соблюдение».

А завершает свою небольшую статью московский коллега таким неприглядным выводом: «уровень подготовки будущих юристов не отвечает требованиям, предъявляемым к работникам правоохранительных органов, юстиции. Приходится констатировать, что акцент в преподавании юридических дисциплин неоправданно смещён на получение студентами преимущественно (частных, автономных от других сфер жизни – А.Б.) правовых знаний, а вот задача формирования у них нравственных и правовых ориентаций и установок, личной правовой дисциплины и профессиональной этики не ставится вузом вовсе, хотя выпускникам его предстоит работать в самых разных сферах юриспруденции, экономике, управлении. Грустно, господа!»¹. Позволим дополнить цитаты и вывод их автора своим резюме: при машинной или бесконтактной трансляции знаний результаты будут ещё хуже, ибо информация о юриспруденции и (не)здоровых правилах пользования ею будет черпать обучающимися не в вузовской аудитории, а в негативной общественной среде, раздражённой итогами перераспределения национального богатства в процессе приватизации и последующего кумовства публичной власти с олигархами и прочими криминальными дельцами.

В народе бесхитростно говорят, что *голь на выдумки хитра*. Нам объявляют, что время обсуждения приемлемости Болонского

¹ Козлов Ю. Кого готовим, господа? // Юрист. 1998. № 7. – С. 64.

процесса уже ушло, что нужно включаться в практическую реализацию принятого политического решения, что новые образовательные стандарты для юристов практически готовы и запрограммированы они на двухуровневую систему подготовки кадров при существенном сокращении аудиторной доли в общей структуре времени, предписанного государством на достижение профессии. Пусть будет так; ведь преподаватели по преимуществу – понимающие важность начальственных указаний и прогибающиеся под их тяжестью люди. Однако есть и вторая сторона образовательного действия по имени «студентство». А его психология совсем иная – задорность и задиристость, предпочтение соревновательному духу в постижении учебных истин, любовь к юмору, «безответственный» уход от приказных (нереальных, практически бесполезных и глупых) схем и технологий образования. Эта сила пробьёт любые административные задумки, заслоны и настроения. Её мы обязаны учитывать в своей педагогической практике.

В уже случившихся и создаваемых властями координатах, на наш взгляд, в первую очередь должно быть найдено место для применения игровых и командных форм обучения профессии юриста. Можем поделить опыт проведения межвузовских Олимпиад по Общей части уголовного права, проводившихся нами в 1979-1988 годах, в которых принимали участие команды Киевского, Северо-Осетинского, Дагестанского, Ленинградского, Кубанского и Одесского университетов, Харьковского юридического института, Волгоградской ВСШ МВД СССР и других вузов. На его основе нами было издано учебное пособие нового поколения¹, а в нём предложено 15 способов трансмиссии учебных знаний: помимо традиционных казусов это – разбитые на 4 группы по степени сложности 250 вопросов по курсу, кроссворды, рисунки для уголовно-правовых комментариев, уголовно-политические этюды, задания по «ремонту» текста действующего УК РФ, специально незавершённые схемы понятий и конструкций Общей части уголовного права, подборка неудачных высказываний студентов на экзаменах и зачётах в сочетании с жаргоном, русско-латинский глоссарий, переделанные на «весёлый лад» министерские тесты, программа борьбы с коррупцией в правоохранительной сфере и в судах, неудобные вопросы студентов преподавателю, замысловатые отраслевые сюжеты из прошлого как противоядие от убожества современных детективов, игра в перевёртыши с наиболее типичными законодательными словосочетаниями и т.д. Часть из этих разделов «Репеториума» переведена на язык компьютера, в результате чего все студенты имеют возможность тренажа, а задолжники делают это в обязательном порядке. Но это – полдела (рутина). Намного важнее и интереснее то, что в специально созданной соревновательной обстановке названные дидактические способы намного результативнее монографической формы изложения ма-

¹ *Бойко А.И.* Практикум по Общей части советского уголовного права. – Ростов н/Д: Изд-во РГУ, 1991. – 80 с.; *его же.* Репеториум по Общей части уголовного права. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2005. – 257 с.

териала преподавателем (лекция) либо студентами (выступления на семинарских занятиях).

Вместо заключения отметим, что реформы вузовской системе, конечно же, необходимы, но только содержательные и приуроченные к нуждам собственной страны, а также дифференцированные по профессиям. Многолетняя отчуждённость СССР и РСФСР от передовых западных технологий жизни и образования, безнадёжная компьютерная отсталость, идеологическая кондовость и неразвитость общественных наук, жёсткая централизация и контроль за вузовскими процессами со стороны государства естественным образом предопределили в постсоветский период мощный интерес профессорско-преподавательского состава и методистов к любым зарубежным новшествам в сфере образования. Этот интерес часто обгоняет возможности и потребности общества, игнорирует особенности получаемой профессии, а иногда – является ярким примером акмеологического психоза в центре и потёмкин-ского синдрома на местах.

Руководителей Министерства образования и весь корпус преподавателей в первую голову должны заботить не два уровня подготовки кадров, не отказ от подготовки 5-летних специалистов в пользу бакалавров и магистров, не бесконтактные технологии передачи знаний, а совсем другие проблемы. Главная из них та, что вузовская среда переполнена лицами, приобретшими на академическом базаре (по случаю и по размеру незаконных доходов) учёные степени, но читающими и даже думающими по слогам. Такие, с позволения сказать, студенческие «учителя» давно воспроизводят себе подобных в геометрической прогрессии, они даже возглавляют диссертационные Советы и образовательные учреждения для юристов. Так вот: никакой Болонский процесс не спасёт нас от этой свежей и страшной отечественной напасти, а лишь отвлечёт силы и убьёт время, столь необходимые для санации ППС и возврата к минимальному уровню культурности той сферы жизнедеятельности общества, которая всегда была лидером духовности нации – её интеллектуального, интеллигентского, творческого, совестливого потенциала.

Находим, что в согласии с духовной повинностью того образованного слоя людей, который именуется профессорско-преподавательским составом вузов, нам даже в рамках навязываемой и чуждой схемы обучения следует стремиться к качественной передаче знаний с учётом особенностей и требований к будущей профессиональной деятельности выпускников. И тут потребны: организационное разделение двух уровней подготовки правоведов, борьба за сохранение значительных объёмов аудиторного времени, ставка на командный (групповой) способ получения знаний – возможно, с включением последнего требования в группу аттестационных критериев.

Итожим. Поскольку современное общество перегружено информацией, любые (полученные лично или через посредника-преподавателя) знания могут быть отложены до наступления жгучей необходимости в пользовании ими (архивируются) либо утилизируются навсегда. Временное хранение знаний как вре-

менно ненужных когда-то кончится, и общество востребует их. Для обеспечения положительного результата и быстроты поиска запрашиваемых сведений юридические и прочие знания до их закладки на хранение подлежат сортировке, маркировке и размещению на предreshённые предварительными классификациями места. Тем самым логическая цепочка действий (классификация архивирование пользование) обязательна, и работает она в обеих (двух) направлениях).

Наше исследование показало очевидную несогласованность между различными пластами (классификациями) уголовно-правовой информации, производимыми и хранящимися на законодательном, научном, правоприменительном и вузовском уровнях. А что будет при переходе к двухуровневой подготовке юристов (которая объективно должна усложнить, минимум – удвоить трудности, в сортировке и передаче знаний)? Попутно ситуация отягощается фронтальным обновлением педагогического труда: а) попыткой эксплуатации *развивающей* парадигмы (совместное поглощение знаний студента с преподавателем плюс приобретение навыков приложения полученной информации к нуждам практики) взамен *традиционной* (простая трансляция знаний); б) ставкой на *компетентностный* подход (умение использовать приобретённые знания для самостоятельной добычи других знаний) вместо привычной технической передачи дидактических единиц; в) разработкой Образовательных стандартов третьего поколения (кураторами объявлена их заданность на опережающее отражение природы и общественной жизни); г) переориентацией с *типовых* учебных программ на *авторские* (в основе которых – отражение концепций отраслевой доктрины, развитие у студентов способности собственного видения проблем уголовно-правового регулирования, обязательное представление нескольких точек зрения по любому вопросу правового регулирования); д) реанимацией некогда звеневшей модульно-рейтинговой системы (дифференциация предмета на логически завершённые структурные единицы курса с последовательным рубежным контролем усвоения).

Очевидно, что успех очередного акмеологического предприятия в пределах российского образовательного пространства по всем приведённым выше направлениям невозможен без грамотных классификационных решений. Грамотность гарантируется при двух взаимосвязанных условиях – если теоретики и практики будут видеть за сортировочными решениями в праве не только технический приём, но и важнейшее предварительное условие будущего оперативного и качественного пользования нормативным материалом (1), если они станут увязывать метод классификаций с задачами архивирования законодательства и подзаконных нормативных актов.

Поскольку государство жёстко, а главное – кратко расписывает содержание юридических дисциплин в Федеральном стандарте и, наверное, иначе поступать не может, объяснение неизбежных пограничных (межотраслевых) проблем обязан взять на себя преподавательский корпус, а именно: дисциплины по выбору (в вузовском обиходе – спецкурсы) в его изложении должны преимуще-

ственно ориентироваться на системное взаимодействие отраслей между собой, а также с неправовыми сферами общежития (экономические, политические, нравственные и прочие основы отрасли). Такая системная подготовка будущих юристов *методически облегчена* тем, что большинство дисциплин общеобразовательного цикла вычитываются на младших курсах, и *совершенно необходимо* представителям уголовно-правовой специализации, всегда и особо нуждающимся в надпрофессиональной (а может, и истинно профессиональной) координации (социально-экономической, политической, нравственной и т.д.). Проектировщики нового Федерального стандарта могли бы озаботиться включением в его содержание фразы: «социальные, межотраслевые и международные основы уголовного права».

Руководству отраслевой науки (в первую очередь – через процедуру прохождения диссертаций в ВАКе) целесообразно ориентировать соискателей и научных руководителей на то, чтобы они концентрировались на междисциплинарных исследованиях (уголовного) права и его социальном подтексте; возможно, потребуются временный запрет на приём к защите докторских диссертаций по проблемам Особой части – в силу мелкотемья, недопустимо низкой степени абстрактности, утилитарности поднимаемых вопросов, отсутствия должной для докторской «ступени» методологической основы.

Резюме главы

1. В последней трети XIX века до того традиционный и единственный метод обследования уголовно-правовых явлений – догматический стал тесниться и дополняться, пусть в дискуссионной обстановке и неравномерно, другими исследовательскими приёмами – социологией, антропологией, компаративизмом, уголовно-политическим подходом, системой нравственных оценок законодательных правил и карательной деятельности. В этом русле самосомнения и самопознания зарождался системный подход к уголовному праву, заказанный его многоуровневой детерминированностью внешней средой, как социально-экономической, так и правовой (бланкетность). Со временем системология должна была привести и действительно привела к обоснованию необходимости множества методов изучения отрасли и к их объединению в дихотомичные пары (по правилам антитезы или синтеза).

2. Частные приёмы обследования уголовного права полезно в некие союзы по их операционной близости: компаративизм и исторический подход, теории криминализации и эффективности, стабилизирующие (принципы) и развивающие (презумпции) установки, методы классификации и архивирования.

3. Можно и нужно говорить как о методах, так и о методологии уголовного права, но при оговорке, в каком смысле понимается уголовное право – как отрасль юриспруденции, законодательства, науки или как учебная дисциплина. Как следствие этой предусмотрительности надлежит: а) отличать методы отраслевого управле-

ния процессом борьбы с преступностью от методов познания преступности и мер противодействия ей; б) согласиться с мыслью, что в применении к уголовному праву как разновидности «невидимых» защитных правил социума, вырабатываемых им постоянно и хаотично, но при опоре на все культурные сферы общежития, вряд ли корректно говорить о методах, а тем более – о методологии; в) более удачный вариант – методы уголовно-правового воздействия или реагирования; г) признать дозвоительность упоминания методов по отношению к уголовному закону хотя бы потому, что в самом кодексе ставятся задачи охраны ценностей общежития и предупреждения преступлений, цели наказания и т.д.; г) адресовать методологию, понимаемую как познание того, как понимать познание, лишь уголовно-правовой науке; д) наконец, различать методы и *способы* уголовно-правового регулирования, которые представляют собой «конкретные приёмы воздействия уголовно-правовых норм на поведение людей, определяемые характером сформулированных в этих нормах правил поведения»¹.

4. Уголовное право (имеется в виду его «письменная верхушка», текущая процессуальная деятельность и господствующие лояльные комментарии в прессе) всегда пребывает в сильной зависимости от пресловутой политической целесообразности, в результате чего влияние других детерминант падает, а гомеостатические задачи отрасли усложняются и становятся более затруднительными в разрешении. Поскольку же наша страна permanently переживает смену уклада жизни и идеологических знамён, юридической науке следует вырабатывать противовес от чрезмерной политической «верности» впрок. Оно заключается в гармоничном сочетании мировоззренческой свободы, общественной идеологии, политической ориентации и методологической дисциплины.

5. Исторически доказано, что цунами идеологических увлечений накатывают на Россию исключительно с Атлантики, а протрезвление от иноземного идеологического нектара всегда бывало тяжёлым. Отсутствие или декларация отсутствия идеологии общественного развития в начале реформ – почти безальтернативное доказательство эгоистических мотивов заказчиков перемен. Идеология как стратегия общественного развития полезна и необходима для законодательства, юридической теории и практики, ценность же «тактической» политики – проблематична, ибо власть развращает её носителей, а абсолютная власть развращает абсолютно. Для уголовного права, резко выделяющегося среди других отраслей юриспруденции своим принудительным методом, политическое идеологическое особенно нетерпимо.

6. Самые известные особенности уголовного права, а именно его принудительный характер и повышенная нормативность, логично трансформируются в максимальную определённую отраслевых запретов, а последнее обстоятельство ведёт к тому, что в науке «любят» жёсткие принципы и !не жалуют» вариативные презумпции. Однако доктрина принуждена заняться исследова-

¹ Уголовное право России. Общая часть: Учебник. – СПб.: Изд-кий Дом СПб гос. ун-та, Изд-во юрид. факультета СПб гос. ун-та, 2006. – С. 41 (А.И. Бойцов).

нием банка уголовно-правовых презумпций в силу реформ и переосмысления национального карательного опыта. Это необходимо для профилактики морального обезвоживания отраслевого законодательства, в целях проверки степени сходства государственных и обывательских представлений о преступном и наказуемом поведении, из-за естественного отраслевого консерватизма и потому живучей перспективы научной стагнации.

7. Презумпции, как и принципы, сообщают концептуальность отрасли, обеспечивают согласованность и справедливость уголовно-правовых установлений, высвечивают правотворческий и правоприменительный путь, действуют как «пружины правового развития» (Ю.А. Тихомиров). Различаются же они в том, что принципы консервируют юридические представления и технологии, а презумпции работают на вырост, обозначают несовершенство старых и направления поисков новых регламентов, представляют собой запасный резервуар, более тонкий вариант регулирования жизни. Они образуют дихотомичный отвес чрезмерной категоричности принципов, суть гормоны юридического роста и потому их нужно искать за пределами действующего позитивного права, в анналах естественно-правовой доктрины и нравственности, в редких публикациях адептов.

8. Исторические обзоры уголовного законодательства, правоохранительной практики и отраслевой науки привычны для отечественной доктрины. С этим подходом, в плане его признания и объёмов эксплуатации научным сообществом, прочно конкурирует сравнительно-правовой метод. К сожалению, в отраслевой науке пока не ставится (как практическая и полезная в своём разрешении) задача удвоения этих методов, но и сама возможность объединения исторического и сравнительного подходов к праву также не оспаривается. Вместе с тем обращение к залежам древнеримской юриспруденции показывает состоятельность и выгоду даже диахронических историко-сравнительных анализов.

9. Криминалисты СССР и России – на зависть представителям других отраслей юриспруденции – добились огромных достижений в исследовании рациональных основ уголовного правотворчества и в изучении эффективности уголовно-правовых средств. Однако сама жизнь и даже руководство федерального парламента ставит задачу объединения этих направлений анализа в один исследовательский узел под названием «мониторинг законодательства». Под мониторингом как сдвоенным методом мы понимаем такую деятельность специализированных инстанций по проверке качества правоустанавливающей деятельности государства, которая одновременно учитывает (предварительное) соблюдение депутатским корпусом неких социальных показаний правотворчества (*теория криминализация*) и (установленную к моменту принятия законодательного решения) результативность прежних юридических правил (*теория эффективности*).

10. Перегруженность современного общества информацией требует грамотных и согласованных действий по классификации и архивированию добытых (уголовно-правовых) знаний. В противном случае специалисты и население будут лишены возмож-

ности оперативного и качественного применения юридических предписаний. Классификационные опыты сегодня производятся со всеми слоями отраслевых знаний (законодательством, наукой, практикой, библиотечными коллекторами, учебными планами и материалами), но не всегда согласованно. Вероятная причина – привычный логический разрыв между усилиями по классификации и последующему архивированию информации перед её закладкой на хранение. Его можно ликвидировать соединением двух освоенных методов обработки уголовного права.

Системный рационализм (послесловие к трилогии)

Нельзя овсеобщивать единичное наблюдение.

В. Соловьёв

Зри в корень! Если читатель имел возможность просмотреть всю трилогию и был внимателен даже к эпиграфам, которые от тома к тому чуть модифицировались нами, у него должны были возникнуть некоторые предчувствия и даже вопросы к автору. Данное предположение обязывает меня к производству одного, как бы непрофильного финишного рассуждения. За разнуданным приобретением учёных степеней и званий, за ничем и никем не ограниченной свободой книгопечатания и бумагомазания якобы по поводу борьбы с преступностью (особенно с терроризмом, экстремизмом и коррупцией) с ужасом наблюдают не только ветераны криминального цеха, которым и посвящается наше исследование, но и студенты. Они видят, что нездоровый ажиотаж к юридической профессии поднял на поверхность всё, что хорошо плавает, что на преподавательские кафедры и в руководящие вузовские кресла стремительно потянулись люди, не имеющие базового юридического образования, но ничтоже сумняшися изготовляющие монографии и учебные пособия по всем правовым дисциплинам одновременно. Руководство Нобелевского комитета просим не беспокоиться; среди упомянутых «творцов» уголовно-правовой науки нет претендентов на его миллионные гонорары. Они заполняют книжные развалы и полки с помощью всего двух технических графаретов: либо перепечатывают текст отраслевых кодексов и выдают это «творение» как собственную мыслительную продукцию, либо беззастенчиво компилируют свои опусы из комментариев и книг известных авторитетов отрасли.

Внутри стремительно прирастающего слоя «остепенённых учёных» или умельцев «карабкаться по каменистым тропам науки» (К. Маркс) особо выделяются руководители правоохранительных органов и административная знать территорий, которые «больше написали, чем прочитали» (В.Г. Беляев, Волгоград), которые гроздыями сидят в президиумах и важно читают по слогам заранее написанный подчинёнными текст, но зато в состоянии заказать «под ключ» весь пакет диссертационных материалов бригаде подрядчиков. Они «стремятся в науку» и уже заполнили её анналы семи-булатовскими «открытиями» исключительно по той причине, что где-то слышали, будто обладание учёной степенью обязательно свидетельствует о присутствии у её владельца необычайного ума. Ещё немного, и сбудется печальное предначертание А.С. Пушкина о том, что в российской «Академии наук заседает князь Дундук», а заседает он там из-за того, что есть на чём сидеть. Ещё немного, и приткие коммивояжеры сциентизма вытеснят из РАН на улицу даже «большие золотники» уголовно-правовой теории. А на другом фронте науки вынужденно пробавляются лица, которые предметом диссертаций избирают миниатюрные вопросы, обозначенные в статьях Особенной части УК всего лишь буквенной индексацией. Помогай им Бог.

Так вот, студенты с тревожной надеждой спрашивают меня как лектора: неужели всё опубликованное нужно читать и можно ли вообще прочитать, а если – нет, то какие или чьи книги? Открою страшную тайну потребителю данной работы. В конце установочной лекции я объявляю, что трудов по проблемам уголовного права много, что в криминальную науку хлынула не только молодежь, но и безработные советские обществоведы предпенсионного возраста, а также не нужные рыночной экономике естествоиспытатели, что работы разные по своему уровню, что в этой обстановке я могу посоветовать лишь одно: ориентироваться на публикации старой гвардии нашей отрасли, поскольку она и раньше не смогла бы сфальшивить даже чуточку, а теперь – тем более. И называю священные имена и фамилии ещё живущих и уже ушедших корифеев, сопровождая представление каждого авторитета известными мне и очень симпатичными подробностями (например, не все знают, что Митрофан Иванович Ковалёв мог свободно говорить по-латыни, а тем более причины и обстоятельства этого преуспевания, что он – боевой фронтовик, уроженец станицы Клетской Волгоградской губернии, послевоенный выпускник Ленинградского университета, любивший жизнь во всех её проявлениях, что он – смелый и чуть ли не единственный проповедник акцессорности соучастия в годы однопартийного единомыслия). Читайте их труды, и вы как бы получите от прославленных авторов элегантные приглашения к путешествиям за горизонт, за пределы всего лишь учебных знаний, с их помощью вы разглядите системную среду уголовного права и полюбите нашу отрасль по-настоящему. Именно этим лицам посвящена наша трилогия, именно их кругозору и жизненному оптимизму обязан автор.

Зри в корень сзиди. 1978 год. Начало профессиональной карьеры. Прокуратура Ростовской области, где начинал работать в

должности помощника по надзору за рассмотрением в судах уголовных дел. Режим: два раза в неделю кассационный пересмотр приговоров и определений, для чего нужно изучать по 20-25 дел. А ещё текучка – надзорные жалобы, подготовка протестов, дежурный приём граждан, выступление гособвинителем по первой инстанции. Начинаю «зашиваться», хотя никто доселе не попрекал в лености либо нерасторопности. А соседи по отделу ведут размеренную профессиональную жизнь и даже шутят, радостно обсуждают график послеслужебного времяпрепровождения. В чём дело?

Бог дал, развязка наступила быстро. Как-то замечаю, что за мною украдкой наблюдает начальник отдела, интеллигентнейший представитель Питера В.Б. Лосев. А затем воспоследовало и приглашение в кабинет. – Ну что, читаешь дела от корки до корки? – таинственно осведомился у меня. – Да, а как же ещё – сдавленно отвечаю, не видя подпоха, но с виною в голосе. – А сшив проверял, а правильность описи тоже? – продолжается допрос. – Вениамин Борисович, – взмолился я, – что не так? Почему другие успевают, а я нет? – Спрашивать надо старших, интересоваться методом чтения уголовных дел перед кассацией. Думаешь, если работаешь в надзорной организации, обязан всё проверять, стал пупом Земли? А сотрудники в территориальных горрайпрокуратурах, судьи, адвокаты, наконец, – барахло? Помнишь: доверяй – но проверяй; а не наоборот – проверяй всё, потому что не доверяю. Нельзя настраивать себя только на негатив, видеть в каждом приговоре глупость либо злую волю. Там, «внизу», тоже люди. Без расчёта на их профессионализм никакой надзор не спасёт, и кассация тоже. Не читай дела с первой страницы. Ты – контролёр, а не чернорабочий, до тебя уже всё сделано, или почти всё. Начиная с хвоста: прочти кассационную жалобу либо протест и попытайся усвоить их доводы, затем проверь приговор, протокол судебного заседания и обвинительное заключение. Только в такой последовательности. Этого почти наверняка хватит. Попробуй и очень быстро ощутишь, что читать протоколы и постановления, предшествующие приговору, уже нет надобности; они оценены в приговоре – либо полностью, либо коряво. Вот и решай – с конца! Уразумел?

– Чёрт. Вот так наука. Неужели этот ресурсосберегающий эпизод профессиональной юности пришёл на ум при обозрении методов уголовного права? Начиная с хвоста! Уголовное право – канализационный коллектор, сточная канава, самый яркий показатель результативности общего управления страной, качества правотворчества, правоприменительной деятельности, официальной идеологии и кадровых назначений. Наша отрасль просто приговорена к спектральному анализу жизни, экономики, так называемых созидательных отраслей законодательства. Все огрехи и достижения видны у нас невооружённым глазом, и никакая пропаганда, никакая словесная шелуха не прикроет жуткую криминальную действительность. Мы просто обязаны вцепиться в координатный стиль мышления и объявить системный подход фамильной драгоценностью. Обильная информация практически в систематизированной форме плывёт в руки сама – нескончаемым потоком. Бери и пользуйся. Чуть-чуть напрягись и события, фак-

ты, тенденции жизни получают надёжное обоснование. Всё благодаря окружающей среде, которая работает безостановочно, разнокачественно и результативно. И место, функции, целесообразность автономного существования, вертикальные и горизонтальные связи, предельные возможности отрасли становятся понятными в гораздо большей степени, чем лоскутный анализ отдельных норм и институтов уголовного права, оценка их фрагментарного соприкосновения с какой-то отдельной детерминантой.

Плюнь тому в глаза, кто скажет, что можно объять необъятное (К. Прутков). Трудные вопросы: о чётких и полновесных механизмах учёта и управления системными средами для строительства уголовного права (а не фрагментарного обследования внешних зависимостей уголовного права, что в науке наблюдается от случая к случаю): а) нужно ли это делать вообще или пустить все на самотёк (нужно, ибо уголовное право – вторичная реальность, создаваемая человеком); б) все среды учитывать одновременно или избирательно (лучше *все* и *всякий раз*); в) можно ли говорить об относительной значимости, удельном весе отдельных системных колец (только гипотетически, но для отдельных решений по борьбе с преступностью и строительстве уголовного законодательства такая иерархия возможна); г) наконец, могут ли быть волевые (субъективные) предпочтения при «искусственном» строительстве гармоничного (системного) уголовного права (да, поскольку: 1) *политические интересы элиты* пробьются сами на любом этапе подобной деятельности; 2) конечно, *экономика* остановит социально-политические фантазии, но в конечном счете и поздно, после затрат и тяжелых ошибок; 3) в стране за годы реформ, прежде всего благодаря приватизации, оффшорным дырам, беспоследственным проделкам с финансовыми пирамидами и фальсификациями выборов по заказу внутренних хозяев жизни и зарубежных режиссеров демократии, вскормлена целая плеяда космополитов – в силу этого *международные требования* и притязания имеют свой легион преданных лоббистов; и только религия, нравственность да язык остались без покровителей. Вот установки этих-то культурных сфер и должны быть выставлены общественной мыслью на передний план, а мы обязаны найти обязывающие к тому нормативные решения).

Пока процесс онтологизации новых методологических подходов и методических приёмов не приобрёл понятных всем и приемлемых всеми форм, а развивается всего лишь как тенденция, пока «система уголовного права» трактуется большинством криминалистов как простая упорядоченность нормативного материала, доктрина вынуждена демонстрировать лояльность к классике (догматике) и быть осторожной к модерну; но главная предохранительная забота – сторониться политизации исследовательской деятельности, не упиваться очередным идеологическим нектаром очередной элиты, а при первых признаках давления с её стороны на гносеологический процесс и формулирование его результатов перебираться на недоступные для преследователей общетеоретические (философские, методологические) этажи науки; бессменной познавательной ориентацией юриспруденции, занятой обслуживанием всех слоёв общества во всех сферах жизни, должна быть

концепция «золотой середины». А системология, приказывающая видеть оцениваемый объект через призму окружающей его среды, как раз в наибольшей степени блокирует односторонности, зовёт к разнообразию и страховочному сопряжению частных методик анализа, в разумной степени отдаляет процесс аксиоматизации (пока) освоенной информации о «хаотичной» преступности и о шаблонном либо спонтанном реагировании на неё¹. Обе силы (преступность и правоохранительная деятельность) «примерно соизмеримы по человеческим и материальным ресурсам, но разнятся по характеру организации (централизация и плюралистичность), методам деятельности (по закону и «по понятиям»), контингенту, целям и принципам. Преступность аморфна, подвижна и трудноуловима. Государственная система неповоротлива, инерционна, но обладает мобилизационной готовностью». К сожалению, системные рекомендации учёных по совершенствованию репрессивной деятельности и реализации её зарезервированных потенциалов «в лучшем случае доходят до комитетов и комиссий законодательных органов, но там и оседают»².

Уверены, в процитированной монографии бесспорной примы нашей отрасли ХХ века, звучащей как её предсмертный завет последователям, любой криминалист найдёт **системные** мысли, выводы и назидания. Уверены, их частичное воспроизводство в нашем послесловии не станет порицаемым. Вот они: 1) «государство и общество в конечном счёте сами и «создают» преступность, не обеспечивая достойного существования большей части населения и поощряя заведомых коррупционеров и тёмных дельцов» (с. 33); 2) «применяемые стратегии (борьбы с преступностью – А.Б.), как правило, связаны с общей политической доктриной страны, её общественным и государственным устройством и господствующей моралью» (с. 55), т.е. системно ориентированы; 3) история борьбы с преступностью и научных взглядов³, а равно наложение их на современную Россию, доказывает, что «социальная профилактика... есть **главное** (выделено нами – А.Б.) направление борьбы с преступностью» (с. 301), ибо и последняя, и реагирование на неё социально детерминированы; 4) «существует три основных направления практического приложения стратегий» борьбы с преступностью – личность виновного, само обществом опасное деяние и причины, порождающие преступность (с. 322); 5) «каждая из стратегий борьбы с преступностью имеет свою специфику и преследует определенные цели. Но в практической жизни такой самоизоляции стратегий не существует», т.е. нужно комплексное их применение (с. 335); 6) «можно назвать несколько главных направлений, по которым... следовало бы развивать борьбу с пре-

¹ В.Н. Кудрявцев находит, что «преступность как массовое антисоциальное явление в значительной степени представляет собой аморфное, хаотическое образование, вроде конгломерата различных микроорганизмов, разъедающих высокоорганизованное живое существо». – Стратегии борьбы с преступностью. – М.: Юристъ, 2003. – С. 27, 29.

² Кудрявцев В.Н. Стратегии борьбы с преступностью, С. 33.

³ Ткачёв П. Статистические этюды. – СПб., 1869. – С. 28; Чубинский М.П. Курс уголовного политики. 2-е изд. – СПб., 1912. – С. 21, 53.

ступностью» – продуманная социальная политика, система профилактики, более рациональная, чем имеется, уголовная политика, широкое использование научных рекомендаций, подготовка отбор и совершенствование квалификации правоохранительных работников, правовое воспитание граждан и должностных лиц (с. 340-343). Резюмировать вместо автора позволительно и так: если преступность обусловлена социальной строем, то и уголовное право должно бы частью общих мер по предупреждению преступности, а эта «часть» устанавливается наукой с помощью системного метода.

Лучшая броня от казённых и добровольных цензоров – **jurare in verba magistri**¹. Наблюдательный (въедливый?) читатель мог обратить внимание на ту подробность нашего предприятия, что вся трилогия уснащена огромным числом цитат и сносок, возможно, даже затемняющих позицию самого автора. Признаемся в эпиллоге что такая тяжеловесная начинка текста производилась осмысленно и по двум основным причинам: чтобы уважить предшественников, памяти которых посвящены все три тома, и дабы обезопасить себя таким авторитетным прикрытием от обвинений в чрезмерной политической смелости по ряду обсуждавшихся вопросов системности уголовного права. Но есть ещё один мотив обращения к запасникам отраслевой мысли. Мы натужно искали в архивах подтверждений собственным предположениям о необходимости существенных перемен в познавательной культуре отрасли. И почти не нашли их. Печально. Но не фатально. Наше исследование как бы подтвердило не читанные нами, но, наверняка, кем-то и где-то всё же произнесённые суждения о существовании неких скрытых гносеологических тенденций, а именно: 1) **экстенсивный** анализ или расширение предметного поля дисциплины всегда опережает во времени и превышает по объёму, как бы заказывает процессы самопознания науки, т.е. **интенсификацию** или упорядочение собранной отраслевой информации с помощью свежих методологий – мы объективно достигли этого рубежа, о чём свидетельствует поголовное признание специалистами и политиками неэффективности прежних многовековых стратегий по борьбе с преступностью; достигли, но топчемся вокруг примитивных вопросов Особенной части уголовного права, игнорируя поиск тех познавательных технологий, которые бы расширили (системный) кругозор отраслевой науки и обеспечили большую приемлемость, а также достоверность её предложений для современного общества; 2) аналогично **теоретический** багаж общей суммы знания намного увесистее её **методологического** фундамента², но от этого ценность второго фрагмента гносеологии только возрастает – мал золотник, да дорог; без приращения исследовательских приёмов познание будет погребено под валом

¹ Клясться словами учителя – *лат.*

² «Логико-методологический раздел общей теории права, как и правоучения в целом, – с горечью констатирует В.М. Сырых, – значительно отстаёт от уровня теоретического «освоения» права». – Логические основания общей теории права: В 2 т. Т. 1: Элементный состав. – М.: Юридический Дом «Юстицинформ», 2000. – С. 11.

стремительно увеличивающейся информации; 3) пока не во всех закоулках сциентизма, в том числе и в уголовно-правовой доктрине, сложилась важная традиция различать **объект** и **предмет** науки, что перестало быть откровением для мировой науки ещё в XIX веке¹ – обособленное упоминание о данных феноменах является взору криминалиста (юриста) лишь в презентационных частях диссертаций и авторефератов к ним. Тем временем вперёдсмотрящие правоведения уверенно идентифицируют объект с тем, «что ещё подлежит научному изучению с помощью познавательных средств и приёмов соответствующей науки», а предмет – с суммой теоретических знаний или системой понятий об основных свойствах изучаемого объекта»², что «объект, его отдельные стороны и свойства не входят в систему науки», но вот «понятия и предложения, описывающие реальный объект..., составляют неотъемлемую часть науки» в виде некоей «теоретической модели или идеализированного (сущностного – А.Б.) объекта»³.

Отсюда выводим, что объект отражается мыслью, но не во всех частных характеристиках, а в некоем снятом (идеализированном, субъективном, отвлечённом, сущностном) варианте уже как предмет стандартизированного изучения по испытанным методикам, которые обновляются медленнее, чем накапливаются сведения об объекте. Отсюда ясно, *во-первых*, что содержание предмета любой науки зависит от её объекта и полноты информации о нём, но успех сбора исчерпывающих характеристик об объектах и достоверность полученной суммы знаний, *во-вторых*, предопределяется своевременным уточнением предмета, что находится уже в прямой зависимости от развитости исследовательских методик. Онтологическая основа для генезиса науки лежит в плоскости объекта, и без его широкоформатного (читай – системного) настойчивого обследования предметный застой и социальная бесплодность соответствующей науки гарантированы. Гносеологический же импульс расширению отраслевого кругозора задаётся и генетическим стремлением разума к непознанному, и заимствованием философских, общетеоретических, вне- и междисциплинарных методик анализа; 4) наконец, рискнём выкликнуть на сцену ещё одну «тайную» закономерность сциентизма – первоначальное увлечение при изучении объекта только **одним исследовательским приёмом**. Когда же возможности его эффективного применения исчерпываются либо начинают поставлять отрицательные примеры построенных на базе всего одной методики инженерных или управленческих решений, приходит время вынужденного сопряжения нескольких гносеологических инструментов в страховочные **пары** либо **союзы**. Нынешнее уголовное право подошло к порогу, когда прорывные результаты маловероятны при ставке на односторонние познавательные технологии.

¹ См.: Щедровицкий Г.П. Заметки о понятиях «объект» и «предмет» // Философия. Наука. Методология. – М., 1997.

² Нерсесянц В.С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. – М., 1998. – С. 58.

³ Козлов В.А. Проблемы предмета и методологии общей теории права. – Л.: ЛГУ, 1989. – С. 15.

А.Э. Жалинский сказал, что методологические основания уголовного права по степени разработанности и выраженности могут быть активными или «дремлющими», системно развитыми или, что чаще бывает, мозаичными, неосмысленными...»¹. Такие диспозиции действительно наличествуют и диктуются они многими факторами: методологической и идеологической свободой науки, профессионализмом тех лиц, которые в силу случая или действительно по влечению, но главное – по интеллекту, заняты осмыслением глубинных основ уголовно-правового регулирования, характеристиками и поведением правящей элиты, строгостями дисциплинарных границ внутри накопленного массива знаний, состоянием и культурой обменных процессов между специалистами юриспруденции, уровнем правосознания населения и его социально-политической активностью, давлением правозащитных организаций, государственной научно-технической и образовательной политикой (ныне нацеленной на сиюминутную отдачу вложенных средств и тем самым отказывающей в поддержке методологических и фундаментальных изысканий) и даже спонсорами, не связывающими свою физическую безопасность и безопасность своих капиталов только с сегодняшним днём и только с наёмной личной охраной. Однако отраслевой интеллект суть лишь субъективное основание для развития методологических исканий; но есть еще и объективный фактор – сложности *внешней детерминации* объекта исследования (ибо для изучения *внутреннего содержания или структуры* предмета или понятия зачастую достаточно и частных методик). Главное же заключается в том, что методология всегда есть союз нескольких методик, и она сама не может быть единственной; множество же методологий исследования одного и того же объекта зависит от развитости частных исследовательских приёмов; сопряжение нескольких методик внутри сводной познавательной технологии может быть различным, иногда даже экстравагантным, иррациональным и скандальным; но достоверность и результативность культивируемой методологии обеспечивается по преимуществу не столько количеством частных методик, сколько наличием в их среде противоположных (дихотомичных) исследовательских инструментариев.

Вероятность развёртывания системно-структурного подхода к уголовному праву, базирующегося на качественном учёте максимум социальных детерминант и сопряжённого с целым набором (соединённых в сложные исследовательские приёмы) частных методик, тем выше, чем энергичнее ведёт себя самый заинтересованный заказчик подобных анализов – так называемое «гражданское общество». Как хорошо сказано первым российским диссидентом: «блаженство народа не может быть отдаваемо на попечение (политических – А.Б.) любителей народа»². И перекликается со словами Президента России из последнего послания Федеральному Собранию страны о том, что «Россия будет процветающей, демократической страной», «сильной и в то же время комфортной для жизни», «луч-

¹ Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. – М.: Проспект, 2008. – С. 34.

² Радищев. О законоположении // Голос минувшего. 1916. № 2. – С. 78.

шей в мире для самых талантливых, требовательных, самостоятельных и критически настроенных граждан»¹. Лучшую в мире страну могут «сделать» действительно лишь *талантливые, требовательные, самостоятельные и критически настроенные граждане*, в том числе системно мыслящие представители отраслевой науки.

Если истина зарождается сомнением, то упомянутая выше свобода начинается с иронии (В. Гюго). С ужасом оглядываясь назад, публично и искренне признаюсь, что я не осилил бы сей египетский труд без генной и территориальной закваски, т. е. без ядовитого сарказма южного человека. Парадокс, но вне этого забавного средства не было никакой мочи даже в тисках темы удержаться. Удержаться и продержаться в рамках жестокого уголовного права, отказавшись от юмора вообще, невозможно. И в рамках рассуждающей об этом науки также, ежели не более. Если в число читателей по нечаянности попадёт дервиш размеренного, но сухого и отпугивающего студентов стиля, которому удастся усмотреть в трилогии не только подрыв канцелярских устоев письмовождения, но и затемнение будущего отрасли, того и слушающих его поспешим успокоить. Без усиления голоса (по совету У. Черчилля) и встречных идеологических обвинений². А весело. Уголовному праву и сопутствующей ему науке непременно быть в силу целого ряда причин: потому что русская история до Петра Великого была сплошной панихидой, а после Петра Великого – одно уголовное дело (Ф. Тютчев); потому что у нас страна огромных возможностей не только для преступников, но и для государства (В.В. Путин); потому что все сторонники абортотворения – это люди, которые уже успели родиться (Р. Рейган).

Поезд отправляется со второго пути. Специально для вдумчивых поясняем: поезд отправляется с третьей и четвёртой рельсы. После выхода в свет первого тома некоторые коллеги в сокровенных беседах говорили автору (кто – намёком, кто – без китайских церемоний): зачем всё это? кто будет читать эту академическую заумь в условиях, когда докторской ступенью завладели лица, прежде всего руководители правоохранительных органов и судов, думающие и читающие по слогам, никогда не бывавшие в библиотеке, в условиях «обучения» на юрфаках умственно дефектных лиц? Пиши о чём-нибудь земном и попроще – чем отличается кража от грабежа, клевета от оскорбления, изнасилование чужой женщины от измены Родине³, например, то есть пробывай в из-

¹ Медведев Д.А. Послание Федеральному Собранию Российской Федерации // Российская газета. 2008. 6 ноября (№ 230).

² В.К. Глистин нарёк попытку «обвинения в «вульгарном материализме» сторонников концепции, определяющей причинность при бездействии» так: «лишь сильный термин вместо хотя бы слабого аргумента» (Проблема уголовно-правовой охраны общественных отношений (объект и квалификация преступлений). – Л.: Изд-во ЛГУ, 1979. – С. 91).

³ Здесь связь злодеяний явно не одномерная (оставим её расшифровку для отраслевых гурманов). А для остальных упростим задачу напоминанием, что в прежнем УК состав действительно именовался «изменой Родине» (ст. 64), а в действующем – «Государственной изменой» (ст. 275). Почувствуйте, так сказать, разницу. Или термин «Родина» не в почёте у власти (а когда-то Павел I вообще запрещал упоминать об «Отечестве»), или само государство теперь изменяет управляемому им обществу (по крайней мере, в части хищнического расходования казённых средств).

вестном мыслительном коридоре «в чём разница между античной греческой грязью и свежим итальянским мусором». Твоя работа, возможно, представляет интерес только для будущего науки и для совсем другого поколения, не приваженного детективами и вообще попсовой культурой – значит, тебе не увидать следов восприятия, в том числе цитирования, своих творений. Стоит ли прожигать на этом интеллект? Выпускной сиюминутные комментарии к блошиным новеллам УК, и попадёшь без драки в большие забяйки!

Всё это я осознавал задолго до первых откликов, ещё при обдумывании замысла книги и при работе над рукописью, а на слова укора и сочувствия товарищей застенчиво бормотал «Jedem – das Sainem»¹. Так вот. Для тех, кто интуитивно не желает сложностей либо действительно не в состоянии проглотить весь трёхтомник, кто в силу пресыщения информацией выработал в себе чудодейственную самосохранительную привычку читать книги «по эпизодам», объявляю преступно кратко окончательные итоги своего предприятия: 1. Содержание отраслевых запретов не только обложено многочисленными условностями общежития (экономика, нравственность, политика, преступность, международный контроль и пр.), но и на чисто юридической сцене уголовного право – задник. Мораль криминалисту: более не гордись самодостаточностью, но и не печалься вассалитетом, поскольку в сточную канаву уголовной юстиции сбрасываются все отходы всех сеньоров (неудачи реформ, плоды кадровых назначений, заёмной идеологии и фальсификаций выборов, обнуление банковских накоплений населения и дефолт, приватизация в пользу себя и своих, продажа государственных секретов и должностей) – для своего врача нет тайн даже у короля. 2. Уголовное право сохраняет свою автономию и свою специфику только благодаря тому, что внешних детерминант много, а направление их давления различно. *Horribile dictum*², что приключилось бы с уголовным правом, если его содержание определялось исключительно политической волей властвующей элиты! 3. Компоненты среды воздействуют на уголовное право не только в противоположных направлениях, но и с различной интенсивностью – влияние женщин на политику бывает чрезвычайно низким только днём (М. Жванецкий). Сие зависит не только от заказываемых ходом эволюции объективных причин, но и от степени свободомыслия отраслевой науки, которая должна оказывать предпочтения по преимуществу не политике, а тем внешним детерминантам уголовного права, которые не имеют обособленного штата хранителей, толкователей и пропагандистов. 4. Данные обстоятельства приговаривают криминалистов к производству широкомасштабных обзоров кодекса и практики его применения, ибо «законы всегда будут отставать от «последнего слова» в проявлениях преступной воли»³, ибо «петух пробуждается рано, но злодей ещё раньше» (К. Прутков). Такие обследования имену-

¹ Каждому – своё (Прим. редактора).

² Страшно сказать – лат.

³ Кони А.Ф. Из обвинительной речи по делу о злоупотреблениях в Таганрогской таможене // Судебные речи. Т. 1 – СПб., 1888. – С. 642.

ются в современной культуре познания системным подходом или системологией. 5. В рамках этого методологического направления становится правилом почитать за «систему» не аристотелевское материальное «целое, состоящее из частей», не упорядоченное внутри множество элементов, а некий (искусственный и искусный) вариант представления тел и понятий в окружающей их среде, с помощью которой и удостоверяется свойство целостности тел и понятий, а также наиболее убедительно объясняется эволюция их содержания и их структуры. 6. Среда объекта всегда ограничена – либо возможностями современного познания объективно существующих зависимостей, либо утилитарными целями исследования и субъективными способностями учёного. В идеале можно ставить вопрос и о космической детерминации уголовного права, но на деле всё ограничивается изучением воздействий более близких факторов. 7. Каждый объект приспосабливается к окружающей его среде в целях выживания и сохранения своего предназначения. Самосохраняющееся инстинктивным образом поведение природных тел именуется *«гомеостазисом»*, а в отношении объектов, построенных при помощи человеческого разума, принято употреблять термин *«управление»*. Устойчивое развитие и целевая результативность уголовного права зависят как раз от разновекторного давления множества внешних детерминант и от субъективного (управляемого разумом) подстраивания под этот диктат отраслевых юридических правил. 8. В каждой сфере знаний существуют свои квадратуры круга, *circulus vitiosus*, трисекции угла, философские камни и *perpetuum mobile*; а от них совсем недалеко до тоголевского мартабря, чеховского Василия Египтянина и греческих календ. Дабы этого не случилось в отраслевой доктрине, нужна опора на системный подход. С его помощью можно толково объяснить и даже спрогнозировать как развитие структуры Уголовного кодекса, так и (временное) местоположение отрасли в общем юридическом массиве страны. 9. Многожильная обусловленность уголовного права со стороны внешней среды самым безжалостным образом ставит дилемму – либо следует расширить круг источников отрасли (пока – только текст УК), либо надлежит перейти к большей свободе толкования (аналогия, прецедент, расширительные и ограничительные интерпретации, учёт научных комментариев). 10. Большое число воздействующих на уголовное право факторов предполагает высокую вероятность однонаправленного влияния хотя бы части из них; данное обстоятельство приказывает науке искать возможности спарринга для методик анализа, которые пока давали удовлетворительные результаты и в автономном режиме.

Девственность не предписывается, а всего лишь рекомендуется (апостол Павел). Конечно, системный взгляд на уголовное право – не единственно возможный и не абсолютно достоверный метод. Он в состоянии выполнять и вспомогательную инструментальную роль при постановке других (различных) исследовательских задач. Мы лишь пытались показать его преимущества, базирующиеся на бытийных условностях для отрасли. Нужно лишь понимать и помнить, что системный метод всегда один, а

системный подход может быть различным – в зависимости от его наполнения частными методиками. Метод суть способ познания; подход есть особая комбинация, совокупность методов. В целом же системно-структурный или координатный подход в наибольшей степени боится от черномырдинских вариантов управления страной – «отстаивать то, чтобы этого не допустить», перевыполнять наши (уголовные) законы, не увязывать вопросы государственного строительства перпендикулярно; одним словом, продолжать делать то, что мы уже много наделали за годы реформ. Он показывает, что грехи кажущейся недоступной из-за брендовой повязки Фемиды и жутко пахнувшей пенитенциарной хлоркой Немезиды зависят не только от проделок коррумпированной юридической дворни, но и от развитости научной ориентации. Пока же теория уголовного права в части освоения системного подхода находится в состоянии японской сатори или пробуждения, когда органическая связь криминальных запретов с жизнью ощущается как сладкая истома, но не жестокая в своей безальтернативности реальность.

Один из дореволюционных профессоров как-то определил идеальное («человеческое») наказание в качестве такого принуждения, которое не превышает «пределов выносимости людей известной эпохи», имеет перед собой «разумную цель» и не обездоливает, «без совершенно неизбежной необходимости, целые группы людей, тесно связанных с наказанным преступником»¹. Вот и уголовное право целиком и постоянно нуждается в «очеловечивании» – сообразно всё новым условиям окружающей его среды. А залогом тому должно стать развитие системного подхода в рамках нашей отрасли.

¹ *Владимиров Л.Е.* Уголовный законодатель как воспитатель народа. – М., 1903. – С. 93.

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение к III тому	3
Глава I. Логика структурных преобразований в истории российского уголовного законодательства	13
§1. Очерк структурной эволюции отечественного уголовного законодательства X – начала XX веков	16
§2. Структура законодательных актов по борьбе с преступностью СССР и современной России	27
§3. Феномен примечаний в уголовном законодательстве	42
§4. Доктрина – о структуре уголовного закона	49
Резюме главы	66
Глава II. Место уголовного права в национальной правовой системе и проблема его самостоятельности	69
§1 Проблема самостоятельности отрасли	72
§2 Место уголовного права в национальной юриспруденции.	84
§3 Специфика уголовно-правовой отрасли	95
§4 Административная преюдиция: за и против	109
Резюме главы	123
Глава III. Проблема источников уголовного права и культура толкования УК	126
§1. Современные доктринальные представления об источниках права.	128
§2. Юридическая природа и значение актов толкования уголовного закона Верховным Судом РФ	147
§3. Новые полномочия российского суда и культура их использования	173
§4. Герменевтика и её пределы в современном уголовном праве. . .	198
Резюме главы	254
Глава IV. Инструментальное обеспечение системно-структурного подхода к уголовному праву	261
§1. Познавательная оснастка уголовного права	268
§2. Социальные модернизации, идеология и методологические свободы	305
§3. Методическое сопровождение системно-структурного подхода к уголовному праву	333
I. Стабилизирующие (принципы) и развивающие (презюмции) установки отрасли	333
II. Исторический компаративизм	350
III. Теории криминализации и эффективности	424
IV. Классификация и архивирование уголовно-правовых знаний .	452
Резюме главы	491
Системный рационализм (послесловие к трилогии)	495

Научное издание

БОЙКО Александр Иванович

**СИСТЕМА И СТРУКТУРА
УГОЛОВНОГО ПРАВА**

Том III

**Структура уголовного права
и его идентификация в национальной юриспруденции**

Редактор – В. П. Павлов

Корректор – Т. В. Лозовая

Компьютерная верстка – Д. В. Нефедов

Подписано в печать 08.04. 2008 г. Формат 60x84/16.
Бумага офсетная № 1. Гарнитура Таймс. Печать офсетная.

Усл.-печ. л. 31,8. Уч.-изд. л. 32.

Тираж 1 500 экз. Заказ

Издательство

Северо-Кавказской академии
государственной службы

344006, г. Ростов-на-Дону, ул. Пушкинская, 70

Отпечатано в типографии ООО «ВУД»
Ростов-на-Дону, ул. Красноармейская, 157.