

УГОЛОВНОЕ ПРАВО В ОЖИДАНИИ ПЕРЕМЕН

ТЕОРЕТИКО-ИНСТРУМЕНТАЛЬНЫЙ АНАЛИЗ

Издание второе, переработанное и дополненное

А.Э. ЖАЛИНСКИЙ

ПРЕДИСЛОВИЕ

Предлагаемая читателю книга содержит в себе результаты серии исследований, объединенных направленностью на действительную оптимизацию уголовного права в соответствии с происходящими в стране переменами и возникающими социальными потребностями.

Структурно в тексте выделяется шесть разделов. В первом дается современное понимание уголовного права, рассматриваются его сущностные черты и методологические основания, противоречия, тенденции развития. Второй раздел посвящен возможностям уголовно-правовой науки и, соответственно, познанию уголовного права. В третьем и четвертом разделах последовательно освещаются роль уголовного права как социального инструмента и его связь с экономикой. Книга завершается анализом источников уголовного права и теории преступления.

Содержание проведенных исследований основывается на нескольких исходных положениях. Очень кратко они таковы. Уголовное право представляет собой одновременно специфический инструмент и сферу социального управления. Оно затратно, противоречиво по последствиям, но необходимо обществу и может быть полезным. Оптимальное состояние уголовного права определяется его соответствием действительным социальным потребностям. Оно должно проявляться в качестве уголовного и восполняющего законодательства, в состоянии инфраструктуры, включая кадры, в необходимой связи уголовных и уголовно-процессуальных институтов.

Действующее российское уголовное право рассматривается в книге как некоторое единство системы правовых норм, практики их реализации, уголовно-правовой теории и системы подготовки юристов, передачи профессионального опыта. Принимается, что любая уголовно-правовая норма и, естественно, уголовное право как отрасль воздействуют на общество и его институты, представляя собой своеобразные волны далекого и длительного действия.

Уголовное право России, несмотря на ожидание перемен в нем, и сейчас представляет собой достояние государства и общества. Это ценность, возможно, большая, чем иная интеллектуальная собственность. Просто в любой системе и в любом инструменте накапливаются шумы, сбои, помехи, подлежащие устранению. Уголовное право поэтому, сохраняя свою природу, должно быть выражено на современном языке и соответствовать социальным реалиям. В обновлении нуждаются все социальные регуляторы - оно неизбежно. Проблема - в векторе, содержании и масштабах перемен. На протяжении сотен лет происходившие изменения уголовного законодательства всегда так или иначе отражали свою эпоху и отвечали на вызовы, возникавшие и возникающие в обществе переходного периода, которое стремится к обновлению и стабилизации.

Именно с этих позиций особое внимание уделяется таким проблемам, как: спрос на уголовное право, инструментальный подход к уголовному правотворчеству и правоприменению, нацеленный на повышение их эффективности, расширение видов и источников используемой информации и обеспечение ее действительной надежности, а также усиление технологичности уголовно-правовых норм, выявление новых объектов уголовно-правового воздействия, экономический анализ уголовного права с учетом издержек его применения, полезности результатов и пр.

Существует определенная надежда на то, что анализ этих проблем может помочь обновлению научных исследований, достижению их большей связи с практикой. Не в последнюю очередь он может способствовать преодолению, к сожалению, весьма распространенного лингвистического, нарративного подхода к рассмотрению крайне важных для страны уголовно-правовых проблем.

В книге учтены результаты ряда исследований российского уголовного права и некоторых иных национальных уголовно-правовых систем, прежде всего уголовного права Германии. Особое внимание уделялось использованию возможностей институциональной экономики и других направлений экономической теории, а также нового направления юридической науки - теории и методики профессиональной деятельности юриста.

Автор надеется, что представленная книга привлечет внимание широкого круга читателей, а главное - будет полезной для ответа на вызовы, стоящие перед уголовным правом.

Вместе с тем высказанные в ней суждения рассматриваются как приглашение к обсуждению, но не окончательные выводы.

Хочется надеяться, что содержание этой книги, независимо от согласия или несогласия с ним, привлечет внимание читателей, заинтересованных в стабильном развитии нашей страны как правового государства, и окажется в какой-то степени полезным для решения возникающих в этой сфере задач.

Раздел 1. ПРИРОДА УГОЛОВНОГО ПРАВА

В разделе 1 рассматриваются предпосылки понимания уголовного права как социально-правового феномена, обладающего сущностными чертами, которые отражают его природу и определяют его развитие.

Эти черты зависят от предназначенности уголовного права для легитимации острого принуждения, нормативно-технологической пригодности для реализации и социальной полезности, т.е. от возможности реализовать предназначенность уголовного права на основе его пригодности для увеличения социального блага.

Вся история уголовного права изобилует противоречиями между его действительными задачами и возможностью его антисоциального использования, между необходимым состоянием формы и содержания уголовного права и искажающими его предписаниями, между негативными последствиями и полезностью. Развитие уголовного права должно быть на основе понимания его природы направлено на смягчение этих противоречий и оптимизацию уголовного права в интересах государства и общества. Для этого не годятся призывы к усилению ответственности: нужен инструментальный анализ, оптимизирующий различным образом использование возможностей уголовного права.

Игнорирование сущностных черт уголовного права, его реалий способно привести к его трансформации в разрушающую силу.

О понимании уголовного права

Введение в проблему. Проблема определения природы уголовного права решается на основе получения целостной исходной характеристики уголовного права как регулирующего инструмента (института) - специфической, самостоятельной, социально затратной и внутренне противоречивой правовой отрасли <1>. Необходимо как можно лучше уяснить:

<1> По этой проблематике см.: Звечаровский И.Э. Современное уголовное право России: понятие, принципы, политика. СПб.: Юридический центр Пресс, 2001; Наумов А.В. Российское уголовное право. Т. 1. Общая часть. 3-е изд. М.: Юридическая литература, 2004; Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. М.: Проспект, 2008; Криминальне право України. Загальна частина / Под ред. М.И. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Л. Тация. Київ: Юрінком Inter, 2005; Marek A. Prawo karne. 2 wyd. Warszawa: Beck, 2000; Филчев Н. Теоретични основи на наказателното законотворчество. София: Ciela, 2004; и др.

- что является уголовным правом, какое место эта отрасль занимает в системе социального контроля и в правовой системе (для этого нужно рассмотреть понятие и сложившиеся исторически идентификационные признаки уголовного права);

- как оно проявляется в реальности (следовательно, дать социальную характеристику уголовного права);

- каков его необходимый состав (с этой целью потребуется проанализировать структуру и сущностные черты уголовного права);

- как общество использует уголовное право (для чего определить задачи и рассмотреть предмет и метод его действия);

- в чьих руках оно находится и каковы разнообразные последствия его действия;

- в чем состоят тенденции стихийного и целенаправленного изменения уголовного права в связи с процессами глобализации, усиления террористической угрозы, повышения коммуникативности социальной жизни и "чувствительности" общества, роста технологических, экологических и иных рисков, усложнения социального управления и экономических процессов.

Ниже в контексте поставленной задачи рассматриваются следующие вопросы:

- проблемные ситуации понимания уголовного права;

- сложившиеся черты уголовного права;

- внешняя (нормативная) характеристика уголовного права;

- исходные (формальные) понятия уголовного права;

- социальная характеристика уголовного права;

- юридическая сущность (природа) уголовного права;

- сущностные черты и граничные критерии уголовного права.

Анализ уголовного права, опираясь на традиционные и проверенные временем данные правовой и смежных наук, соответственно, должен быть максимально ориентирован на социальные реалии, включать предметное понимание уголовного права, т.е. следовать за фактами. При всем уважении к философии, которая действительно содержит в себе важнейшие методологические предпосылки понимания уголовного права, сами по себе цитаты из Платона, Гегеля, Канта, Фуко и других мыслителей являются во многих случаях полезными, но недостаточными аргументами в понимании права.

Проблемные ситуации. Рассмотрим три основные проблемные ситуации понимания уголовного права.

Первая. Не вполне понятно, как уголовное право служит обществу. Отсутствует должная ясность относительно природы, тенденций и, соответственно, места уголовного права в быстро меняющемся современном обществе. На этапах социальных перемен уголовное право, в ряде случаев являясь последним защитником уходящих отношений, оказывается неспособным обеспечивать более или менее плавный, ненасильственный переход к новому правопорядку, иногда даже тормозит его.

Тогда признается, как это происходит сегодня в России, что уголовное право находится в трудном состоянии, если не на стадии кризиса <1>. Общество в нем нуждается, но его состоянием не удовлетворено. Следовательно, из кризиса нужно искать выход. Природа, задачи и механизм действия уголовного права повсюду именно поэтому нуждаются не просто в теоретическом, но в коллективном практическом осмыслении и оценке. Современная уголовная политика должна активно и реально совершенствоваться на основе соглашений, а в длительной перспективе необходимо ее инновационное преобразование по направлению к уголовному праву социального взаимодействия, в котором, возможно, и будут реализованы мечты о соборности или минимизации эксплуатации и насилия.

<1> См.: Дубовик О.Л. Кризис уголовного права и уголовно-правовой теории // Право и политика. 2001. N 2. С. 63 - 66; Жалинский А.Э. Немецкая уголовно-правовая наука на смене тысячелетий // Уголовное право. 2002. N 4. С. 136 - 139; Он же. Экономика, мораль, право. Рецензия на книгу: Х. фон Пирер, К. Хоманн, Г. Люббе-Вольфф // Право и политика. 2004. N 2. С. 141 - 146.

Вторая. В российском обществе, в значительной части по вине профессиональных юристов, нет четкого представления как о позитивных и негативных следствиях функционирования действующего уголовного права, так и о способах использования его возможностей. Они одновременно и переоцениваются, и недооцениваются. В интересах нашей страны необходимо выявить и правильно использовать механизм действующего уголовного права для достижения позитивных целей при обязательном уменьшении негативных последствий, причем - и это крайне важно! - рассчитывая на то, что страна будет существовать и развиваться в необозримом будущем. В данном случае возникают и подлежат устранению многие негативные следствия. К их числу относятся: дефицит исполнения и инфляция уголовного права, превращение его в лозунговое, в лучшем случае - символическое право <1>, избирательность его применения, подрыв национального доверия к уголовному праву, перераспределение власти от законодательной и судебной к исполнительной, рост расходов и замедление демографических процессов, криминализация общества и пр. Такие последствия нужно просчитать, не скрывая, и имеющимися способами либо смягчить, либо устранить полностью, что ниже рассматривается как реальная перспектива.

<1> См.: Жалинский А.Э. Уголовное право между символическим и рациональным // Государство и право. 2004. N 3. С. 51 - 57.

Третья проблемная ситуация непосредственно относится к студентам-юристам и к профессионалам, занимающимся уголовным правом. Она состоит в разрыве между волей законодателя, т.е. законом, и подготовленностью к его применению. Знания уголовного права юристами-профессионалами недостаточно. Быстрота и слабая аргументация принимаемых решений не соответствуют их реальному значению. Ко многим неудачам по службе и нарушениям законности приводит недостаточное индивидуальное понимание правовой природы и механизма действия уголовного права отдельными специалистами. Допускается слишком много ошибок. Отсутствуют знания и навыки, крайне необходимые для эффективного использования уголовного закона. Возможно, еще опаснее то, что во многих случаях мотивация правоприменителей извращена и не соответствует как их собственным потребностям в безопасной карьере, так и потребностям общества <1>. Требования к профессионализму правоприменителя должны быть повышены и, соответственно, повышена мотивация профессиональной группы лиц, работающих с

уголовным правом. Поэтому необходимо осознать, что уголовное право является сложной, если не сложнейшей по своей природе, отраслью права, что связано с многозначностью человеческого поведения, его вариативностью, противоречивостью. Во всяком случае, уголовно-правовые решения - это самые ответственные индивидуально адресованные решения в правовой системе (хотя иногда их легче оправдывать высшими соображениями, чем решения, опирающиеся на частное право). Соответственно, необходимо повышать уровень освоения уголовного права.

<1> См.: Жалинский А.Э. Введение в специальность "Юриспруденция". Профессиональная деятельность юриста: Учебник. 2-е изд. М.: ТК Велби, Изд-во "Проспект", 2007.

Правовой и социальный контекст решения выделенных проблемных ситуаций. Эти проблемные ситуации соотносятся непосредственно с принятым пониманием того, что признается предметом и задачами уголовного права, т.е. его сложившимся составом и практикой применения. Но они, конечно же, не решаются только на основе развития теории и методики уголовного права, а должны быть вписаны в контекст социальной и уголовной политики страны. Это связано с трудностями управления отраслью уголовного права, его консерватизмом и значимостью как орудия власти.

Поэтому как выделенные выше, так и еще подлежащие анализу проблемные ситуации могут решаться только с учетом противоречивости и социальной зависимости уголовного права, его необходимости и его опасности. Уголовное право - это объект профессиональной юридической деятельности. Но оно принадлежит обществу, стране и касается всех ее граждан, и не только их.

Уголовное право, как показывает исторический опыт, является необходимым инструментом охраны важнейших интересов любого общества, достигшего определенного состояния зрелости, затрагивает интересы всех социальных групп и каждого человека. Но инструмент этот сложен и опасен. Применение уголовного права влечет в определенном смысле куда более значимые последствия для общества и личности, чем применение иных правовых отраслей. Оно связано с жизненно важными интересами и представляет собой непосредственное осуществление власти в самом жестком виде - в виде запрета и насилия. Его реализация требует затраты огромных социальных средств, включая подготовку и оплату высококвалифицированных специалистов. Очень часто уголовное право присваивается властью и используется ею только в своих интересах. Не менее часто законодатель и правоприменители, пусть бескорыстно, принимают неверные решения, действуя в соответствии с господствующими взглядами в обществе. Кроме того, уголовное право, не меняясь в своей природе, стареет: в определенных социальных ситуациях оно не отвечает происшедшим изменениям.

По всем этим и иным причинам общая полезность уголовного права недостаточна. В обществе растет доля судимых лиц и не снижается преступность.

Резко изменить сложившуюся едва ли не во всех странах современного мира ситуацию, повторим, трудно. Однако также повторим: необходимо лучше понять, как действует уголовное право, какова его природа, с тем чтобы эффективнее и рациональнее использовать его возможности в соответствии с действующей Конституцией и в интересах общества, контролировать процесс его реализации и своевременно приспосабливать к изменяющимся потребностям и возможностям страны. Результаты такой работы должны быть представлены обществу и в рамках уголовной политики положены в основу принятия своевременных и разумных решений о совершенствовании уголовного права.

Сложившиеся черты современного уголовного права. Они отражают воздействие социального контекста и в сущности определяют данность, реалии уголовного права как социального института, возможности его понимания, тенденции развития, а на этой основе - состояние механизма действия уголовного права.

Консерватизм и изменчивость. Уголовное право представляет собой, с одной стороны, заданный его целями и традициями весьма консервативный и специфический механизм, устойчивость которого определяет характер собственного функционирования. С другой стороны, состояние уголовного права сильно зависит от места и времени, т.е. от актуальной ситуации общества. Консерватизм, стабильность, изменчивость и меняющееся воздействие на развитие общества - все эти черты (свойства) одновременно присущи уголовному праву. Общество поэтому должно считаться с этим и заботиться о балансировании его институтов, его устойчивости к переменам, что означает необходимость постоянного мониторинга законодательства при осознании происходящих перемен. Но в каждый данный момент уголовное право представлено обществу как оптимальный в данных условиях и при данном понимании социальных процессов набор запретов, представляющих собой "последний довод" государства и общества в сфере обеспечения социального мира. Действующее уголовное право как будто бы должно реализовать парето-эффективное равновесие, при котором любое изменение может привести к негативным последствиям и увеличению издержек <1>. Разумеется, это опровержимая посылка, но ее опровержения должны быть аргументированными.

<1> Парето-эффективное равновесие - это "равновесие, при котором ресурсы распределены так, что невозможно увеличить благосостояние любого из участников, не уменьшая благосостояния кого-либо из остальных" (Кузьминов Я.И., Бендукидзе К.А., Юдкевич М.М. Курс институциональной экономики. М.: ГУ-ВШЭ, 2006. С. 10).

Историческая обусловленность и тенденции развития. Источником уголовного права являются социальные потребности и интересы. Уголовное право существует потому, что оно обществу необходимо. Специфика и задачи уголовного права заданы исторически. Каждая отрасль, входящая в систему права, возникает в ответ на те или иные социальные архетипические потребности: необходимость безопасности, избавление от врагов, снижение издержек, закрепление позитивных институтов, правил и процедур.

В самом общем виде уголовное право обеспечивает осуществление "канализированного" насилия. Оно возникло в качестве ответа на потребности как населения в безопасности, предсказуемости, повышении - в возможных пределах - комфортности социальной жизни, хотя бы минимальной, так и власти, стремящейся к легитимации необходимого ей насилия.

Разумеется, история уголовного права крайне противоречива и в социальном, и в интеллектуальном отношении. Историческое развитие уголовного права, усложняя и деформируя потребности общества и власти, может быть представлено как противоречиво происходящая реализация потребности в социальном мире и комфорте, но одновременно и как узурпация властными структурами все большего объема прав и возможностей независимо от воли подданных или граждан. Возможны и существуют различные оценки истории уголовного права. С позиций классового подхода оно описывается преимущественно как средство эксплуатации трудящихся классов, охраны интересов классов господствующих, и история предстает исключительно кровавой. В иных парадигмах уголовное право рассматривается как усиление государства на фоне войн за власть, поиска людьми смысла жизни, смены социальных ценностей. Тогда, например, крупнейшие перемены связываются с эпохой Просвещения, именами Беккария, Монтескье, Радищева. В близкую к нам эпоху можно выделить такие этапы понимания уголовного права, как персонифицированное властителем уголовное право, опирающееся чаще всего на божественную легитимацию; либеральное уголовное право XIX в.; социальное уголовное право XX в. и находящееся, возможно, в состоянии развития координирующее, коммуникативное уголовное право <1>.

<1> См. об этом: Фельдштейн Г.С. Главные течения в истории науки уголовного права в России. М.: Зерцало, 2003; Сергиевский Н.В. Русское уголовное право. Часть Общая. Петроград, 1915; Философия уголовного права / Сост., отв. ред. и авт. вступит. статьи Ю.В. Голик. СПб.: Изд-во Р. Асланова "Юридический центр Пресс", 2004; Ruping H. Grundriss der Strafrechtsgeschichte. 3 Aufl. Munchen: Beck, 1998 и др.

Разумеется, объяснения возникновения уголовного права потребностями общества или власти новыми не являются. С разных позиций задолго до Энгельса об этом писали Платон, Фома Аквинский, Августин, Лютер, Макиавелли. Различались взгляды на природу человека, которая считалась плохой или хорошей, на высший источник власти, которым признавались мудрость философов, Бог, цели государства, насилие, но, кажется, банальной становится мысль: уголовное право в том или ином его состоянии есть неременный атрибут государства, а оно порождено потребностями в совместной жизни <1>.

<1> Naucke W., Harzer R. Rechtsphilosophische Grundbegriffe. 5 Aufl. Munchen: Luchterhand - Wolter Kluver, 2005.

Сходство социальной и правовой природы уголовного права. Общность механизма возникновения определяет известное сходство уголовного права различных стран, которое отражает их природу и проявляется в его сущностных чертах и свойствах. Эти сущностные черты определяют содержание и форму, понимание уголовного права его адресатами и, соответственно, практику применения уголовно-правовых норм и институтов. Осознанное применение уголовного права и усвоение уголовно-правовых предписаний невозможны без понимания природы уголовного права, роли его консервативной стороны.

Культурно-национальный характер уголовного права. Развитие и актуальные особенности уголовного права и сходны, и уникальны. Его специфика порождается в своем конкретном выражении особенностями и этапами исторических процессов различных стран. Актуальные исторические ситуации накладывают отпечаток на содержание уголовно-правовой отрасли и степень удовлетворенности ею тем обществом, в котором эта отрасль действует. Правда, содержание и степень такого влияния определяются реальными процессами, а не романтическими

представлениями об истории своего народа. Однако, поскольку уголовное право продолжает существовать и не меняет своей природы, главным является стремление адаптировать уголовное право к реализации стоящих перед ним задач, что противоречиво осуществляется в современном мире: например, и путем расширения уголовно-правовых запретов, и путем усиления уголовно-правовой охраны потерпевших.

Неравновесность уголовного права. Современная социальная ситуация во многих странах, возможно, является переломной для уголовного права, как была переломной эпоха Просвещения. Сейчас в ряде стран, включая Россию, активно обсуждается состояние уголовного права. Часто оно характеризуется как кризис, основными проявлениями которого считают рост преступности при инфляции уголовного правотворчества и возрастающих расходах общества, наличие избыточных негативных последствий действия уголовного закона в сфере демографических процессов, сужение сферы частного права и пр. Меры разрешения этого кризиса рассматриваются как недостаточные <1>.

<1> Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften? / Hrsg. H.J. Hirsch. Berlin: Duncker & Humblot, 2001; Roxin C. Zur Entwicklung des Strafrechts im kommenden Jahrhundert // Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie / Hrsg. E. Plywaczewski. Bialystok: Femida 2, 1998. S. 443 - 472.

Внешняя (нормативная) характеристика уголовного права. Она определяется его сформировавшимися чертами и в каждой стране представляет собой систему сложившихся и в сущности имеющих нормативное значение представлений о понятии, идентификационных признаках, предмете, методе, задачах уголовного права и его месте в правовой системе. Современные юридические характеристики уголовного права варьируются от страны к стране, от эпохи к эпохе, но в каждый данный момент их необходимость несомненна.

До перехода к анализу данного вопроса - одна оговорка. В рамках юридической характеристики уголовного права сталкиваются два равно необходимых, но разных подхода.

Первый состоит в формулировании нормативного понятия уголовного права, которое описывает его, хотя и самым общим образом, как самостоятельный, специфический правовой феномен. Исходное понятие отрасли уголовного права является формальным в своей основе. Но оно идентифицирует данный правовой феномен и определяет его границы, установленные законодательной властью. Оно не может передать всего богатства содержания и формы уголовного права, но является важнейшим элементом правового языка и лежит в основе всех характеристик уголовно-правовых феноменов.

Второй подход, будучи основан на формальном понятии уголовного права, должен выявлять как устойчивые сущностные, так и меняющиеся черты уголовного права, описывая уголовное право как предписания, предусматривающие возможность реальных и потенциальных изменений во внешнем мире. Здесь есть некоторая аналогия с криминологией и характеристикой преступности. Преступность вначале описывается как сумма преступлений, а затем как некоторое социальное явление, существующее в определенных границах.

Исходные формальные понятия уголовного права.оборот "уголовное право" в русском языке многозначен. Это отрасль права, правовой науки, законодательства, иногда институт, охватывающий все эти значения. Основное, исходное понятие уголовного права предназначено для обозначения и тем самым объединения родственных и взаимосвязанных норм в некоторое целое - отрасль. Оно выработано в процессе длительного исторического развития, состоящего в разграничении отраслей права и кристаллизации их специфики.

Уголовное право - это прежде всего отрасль права, т.е. совокупность, сумма предписаний, закрепленных в законе или ином тексте, который признается источником права, и определяющих, какие деяния признаются преступлениями, какие меры уголовно-правового характера и при наличии каких предпосылок могут назначаться при совершении отдельным лицом запрещенного уголовным правом деяния. В сущности, это единое для континентального права понятие, разумеется, предполагающее редакционные различия <1>.

<1> См.: Наумов А.В. Российское уголовное право. Курс лекций. Общая часть. Т. 1. М.: Юрид. лит., 2004. С. 18.

Из формального понятия отрасли уголовного права вытекает ряд следствий.

Первое. Основным формальным идентификационным признаком уголовного права является связь всех его предписаний с возможностью назначения или отказа от назначения виновному лицу уголовно-правовых мер. Уголовное право - это некоторое, в идеале ненарушаемое, единство норм, которые устанавливают право на применение прежде всего наказания, а также иных, но именно уголовно-правовых мер в строго определенных случаях. Любая иная отрасль права может

запретить то или иное деяние, поведение. Но только уголовное право формулирует запрет так, чтобы связать его с применением наказания либо иных мер уголовно-правового характера.

Второе. Уголовное право содержится в его источниках как имеющее строго определенный смысл и соответствующее форме, т.е. тексту, в котором эти веления закреплены. В этом смысле уголовное право - это артефакт. Оно сделано людьми как предписание о должном.

Третье. Уголовное право предстает адресату как государственная воля, формируемая в определенной процедуре, которая может и должна быть истолкована, но не может быть изменена.

Нормы уголовного права, выраженные в текстах, как и любые иные нормы, должны быть поняты, истолкованы, конкретизированы и переведены в форму, пригодную к реализации. Но так или иначе нет преступления вне уголовного права, закреплённого в законе, и нет уголовного права вне регулирования преступления и наказания.

Собственно, такое понимание уголовного права является частью общественного сознания, и оно отрефлексировано или интуитивно определяет отношение общества к уголовному праву, и его реалии как социального института.

Оно означает надпрофессиональное осознание внутренних регулятивных, воздействующих потенциально на общество сил уголовного права и механизма их реализации, а говоря проще, позволяет понять, как текст закона реализуется на практике и влияет на жизнь общества. Общество, государство, страна, различные слои населения, центры власти, отдельные граждане должны знать, что на самом деле происходит с уголовным правом, как оно работает и какие изменения производит.

Социальная характеристика уголовного права. В данном случае такая характеристика не означает возвращения к так называемой социологической школе уголовного права и в основном не совпадает с ней по содержанию.

Объект и предмет социального анализа уголовного права. Объектом социального анализа уголовного права является само уголовное право, но взятое:

а) в контексте социальных процессов;

б) как сумма реальных изменений во внешнем мире, вызванных действием уголовного права;

в) как ресурс власти.

Исходя из сказанного, можно полагать, что предмет социального анализа уголовного права определяется его связью с общими социальными процессами, в том числе с деятельностью различных социальных групп. Он, в частности, должен включать в себя:

- потребности общества в уголовном праве;

- позиции общества по отношению к уголовному праву, в том числе участие в правотворчестве, реализации и контроле;

- последствия действия уголовного права;

- ресурсы, которые общество вкладывает в функционирование уголовного права.

Наконец, предмет социального анализа включает в себя опасности, связанные с выходом уголовного права за пределы социальных потребностей.

Методика социального анализа. В своей основе она является традиционной и должна быть преимущественно пригодной для собирания эмпирических данных. Вместе с тем хорошо известно, что в данной сфере эмпирические данные все равно являются оценочными. Оценки, полученные в ходе социального анализа уголовного права, должны поэтому сопоставляться по меньшей мере с тремя наблюдаемыми критериями:

а) пространственно-временным, т.е. с реалиями его существования с момента возникновения, их сходством в различных правовых системах, в частности в возникновении одинаковых последствий, связанных с реализацией уголовного права (издержки, криминализация населения, необходимость легитимации запретов и наказания, острые споры по этим проблемам и пр.);

б) целевым, т.е. с выработанным на основе некоторого согласия представлением о задачах, субъектной принадлежности и о переносимости уголовного права;

в) социальной эффективности, т.е. связи реалий уголовного права с политическими, экономическими и социальными процессами.

Необходимость и пригодность этих критериев подтверждается прежде всего наличием различных интересов в обществе и отмеченным единством, однородностью уголовного права. Уголовное право возникает в разное время, но практически при сходных обстоятельствах, в одинаковых социально-политических условиях. Институты уголовного права даже в различающихся системах континентального, англо-американского, китайского, мусульманского права устанавливают субъектную ответственность, включают в себя институт вины и пр., а существующие различия скорее понятны специалистам, чем лицам, уголовным правом не занимающимся. Наконец, реализация уголовного права во всех странах связана с существованием мощного аппарата, возникновением процессуальных порядков и пр. Повсюду оно внедряется в сами основы социального порядка, ограничивает или вообще устраняет основные

права и свободы человека, существует постоянная угроза использования его властью в ненадлежащих целях. Следует в качестве критерия избрать усредненную характеристику социальных реалий и фиксированные отклонения от них, чтобы оценить положение дел в собственной стране, учитывая при этом ее особенности.

Согласованные представления о целях и переносимости уголовного права. Они должны ориентироваться на общее благо страны. Здесь существует интеллектуально-психологическая трудность. Например, количество обвинительных приговоров рассматривается преимущественно как показатель состояния преступности. Но нужно признать, что в этом случае реализация уголовного закона может стать совершенно непереносимой для общества, заблокировав иные социальные процессы. Во многих странах, а не только в России, так и происходит.

Критерием оценки реалий уголовного права является, далее, его подконтрольность различным социальным группам. В принципе оно, т.е. уголовное право, должно находиться всегда в руках законодательной и судебной, но не исполнительной власти. В действительности положение гораздо сложнее. Возникла практика длительного содержания предполагаемых преступников в следственных тюрьмах, и нередко это вполне заменяет уголовное наказание, что нивелирует роль суда. Поэтому анализ социальных реалий уголовного права должен быть направлен на выяснение того, кто, какие социальные структуры и группы определяют состояние уголовного права и извлекают выгоды из него, находится ли этот социальный инструмент под контролем общества, рассматриваясь при этом как социальная ценность, как средство поддержания социального мира в стране. Он должен способствовать уяснению сущностных черт и одновременно требований, которые общество вправе и должно предъявлять к уголовному праву, т.е. его реальному состоянию и идеальным моделям, как они понимаются в данной стране.

Некоторые параметры социального состояния уголовного права. Они в известной степени основаны на характеристике его сложившихся черт, но передают их количественно-качественные особенности именно в структуре социального взаимодействия.

А. Степень укорененности уголовного права в современном обществе и оценка его необходимости. Отрасль уголовного права в его современном состоянии действительно функционирует повсеместно как востребованный обществом и в целом одобряемый им социальный институт. Общество в целом согласно с тем, что данный институт регламентирует применение насилия конституционно определенными властными структурами в целях охраны значимых для общества социальных ценностей как внутри страны, так и за ее пределами. В литературе в последнее время, правда, не русскоязычной, вновь ставится вопрос об отмене уголовного права, его несовместимости с правами человека и гражданина <1>. Общество в целом, однако, поддерживает необходимость применения жесткого насилия в ответ на поведение, грубо нарушающее его интересы. Это проявляется в требованиях возвращения смертной казни, усиления ответственности, введении новых запретов в целях борьбы с коррупцией и пр. Во многих случаях, правда, такие требования эксплуатируются либо в популистских, либо в имитационных целях. Большинство граждан, разумеется, считают, что такое насилие должно быть строго регламентировано, ограничено законом и применяться на его основе. Вместе с тем многие стороны уголовного права, прежде всего относящиеся к правоприменительной практике, вызывают неодобрение и настороженность отдельных социальных групп. Такое противоречивое отношение к уголовному праву существует практически во всех странах, во всяком случае, родственной с нами культуры <2>.

<1> Jescheck H.-H. Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 4 Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1988. S. 3.

<2> См.: Качмарек Т. Общественное мнение об уголовно-политических основах нового польского УК 1997 г. и практики его применения // Право и политика. 2001. N 4. С. 63 - 66; Kraewski K. Dokrd zmierzna polska polityka kryminalna? (Wokol ksiazki Teodora Szymanowskiego) // Panstwo i prawo. 2005. Nr. 10. S. 90 - 100.

Уголовное право поэтому развивается под влиянием противоречивых интересов властных групп и общего давления населения, осознанно или неосознанно стремящегося к повышению безопасности путем усиления репрессии, а во многих ситуациях - к психологическому удовлетворению различных стремлений (восстановление справедливости, реванш, месть, присоединение к сильной группе и пр.). Проблема в том, что оно должно развиваться все же на основе общих закономерностей, при обязательном учете сбалансированных интересов страны и обеспечении равного положения ее граждан.

Это относится и к роли уголовного права на международной арене. Сейчас и здесь наблюдаются противоречивые тенденции. С одной стороны, существует сопротивление согласию с общепризнанными принципами и нормами международного права. С другой - отсутствует должная защита против распространения действия иностранного уголовного права на территорию

и граждан Российской Федерации, наблюдается агрессия против принятых вне России уголовно-правовых запретов и иных конструкций.

Б. Интенсивность уголовно-правового насилия (репрессии). В своей основе уголовное право как будто бы только реагирует на поведение членов общества. Оно обеспечивает безопасность в обществе, предупреждает совершение преступлений, устраняет самосуд и, несомненно, удерживает многих граждан от применения насилия. Правда, дедовщина в армии, случаи пыток со стороны должностных лиц, первое место в мире по количеству убийств и покушений на них не создают благодной картины. Тем не менее уголовное право, как следует из сказанного выше, определенным образом обеспечивает социальный мир, определяя его содержание и состояние. Вместе с тем и уголовно-правовое насилие как таковое представляет собой сложное явление. Уголовное право преодолевает насильственную и иную преступность насильственным же путем. Это неизбежно, но обязывает общество и государство постоянно проверять, не является ли уголовно-правовое насилие, как физическое, так и психическое, избыточным по интенсивности и целям. Для этого необходимо тематизировать, т.е. сделать предметом обсуждения, объем уголовно-правового насилия, его структуру, необходимость, переносимость конкретным адресатом и обществом в целом, последствия.

Насилие всегда состоит в ограничении возможностей личности. По статье 43 УК РФ - применительно к наказанию - оно заключается в лишении или ограничении прав и свобод и связано с подавлением сопротивления лица, к которому оно применяется, и соответственно с лишением определенного статуса. Страдания фактически являются следствием насилия. Но крайне важно то, что люди совершенно по-разному переносят насильственное, безличное или добровольное страдание. Уголовно-правовое насилие поэтому является результатом принуждения и меняет характер отношений субъекта и адресата насилия, между которыми возникают отношения господства и подчинения, правоты и определенной потери достоинства или статуса. Поэтому уголовно-правовым оказывается любое насилие, которое осуществляется как ответ власти на деяние, признанное преступлением, независимо от степени страдания. Хотя, разумеется, степень страдания, характер кары играют самую существенную роль. Трудно сказать, в каком объеме осуществляется и насколько необходимо такое насилие.

Здесь приходится выдвинуть несколько суждений, нуждающихся в проверке и анализе.

Первое. Количество лиц, находящихся в нашей стране в местах лишения свободы, больше - абсолютно и относительно, - чем до 1917 г., больше (в расчете на 100 тыс. человек), чем во многих, если не во всех, европейских странах. Условия отбывания наказания улучшаются медленно. Для оправдания такой практики серьезных аргументов нет. Граждане Российской Федерации не отличаются повышенной склонностью к совершению преступлений. Иное утверждение - миф.

Второе. В обществе происходит иррадиация: применение незаконного насилия в ответ на законное насилие. Лица, в отношении которых было осуществлено уголовно-правовое насилие - вполне законно или в результате незаконного решения, образуют слой населения с повышенной агрессивностью, отчужденный от общества. У них принудительно снижается статус со всеми вытекающими последствиями. Одним из фактических доказательств этого является рецидив.

Третье. Разумное снижение объема законного насилия может в большей степени обеспечивать интересы страны.

В. Уголовное право как объект борьбы интересов и выражение компромисса. Длительное время действующее в нашей стране уголовное право рассматривалось как классовая, а затем всенародная воля. На самом деле оно никогда не было таким, и сейчас факторы его компромиссности, часто недостаточной, должны быть осознаны. Ситуация и здесь является противоречивой. Вне споров практически находится необходимость борьбы с терроризмом, охраны жизни, здоровья, собственности. В то же время очень часто обсуждается тяжесть наказания за эти и другие деяния и регулярно вносятся предложения об усилении наказания за самые разные преступления.

Ряд социальных групп постоянно настаивает на расширении уголовной ответственности в сфере экономики, нравственности. Вместе с тем кажется, что значительные социальные интересы не осознаны в уголовно-правовой сфере. Давление на законодателя объясняется чаще профессиональными соображениями, психологической настроенностью и пр. Уголовное право в этом смысле является частью общественного сознания, и как таковое оно отражает все его свойства. Отсюда два направления рассуждений.

Первое. Необходимость анализа существующего отношения к уголовному праву и его соблюдения в соответствии с конституционными началами жизни страны.

Второе - необходимость жесткого социального контроля уголовного права и его своевременного приспособления к нуждам общества. Эти направления противоречат друг другу, но такова жизнь.

Г. Структура воздействия уголовного права на общесоциальные процессы. Описание подобной структуры связано с анализом круга адресатов уголовного закона, видов отношений и

институтов, на которые он (уголовный закон) воздействует, и последствий его действия, причем как явных, так и скрытых. Несколько слов об этом. В уголовно-правовой литературе велась в свое время полемика по поводу адресатов предупредительного воздействия уголовного права, а именно являются ли ими все граждане или лишь те из них, которые склонны к совершению преступлений. Эта полемика отражала дух времени и вынужденно была наивной. На самом деле действие уголовного права распространяется на все общество, на все социальные группы, на всех членов общества, на их статусы и коммуникации, если угодно - на все общественные отношения в данной стране. Это не просто теоретическое допущение.

Действие уголовного права, разумеется, опосредованное рядом институтов и субъектов (факторов), суммой решений или уклонением от принятия решений либо потенциальной возможностью принятия уголовно-правовых решений, ощутимо определяет реальное состояние безопасности, а также психологическую атмосферу в стране (склонность к силовым решениям, катастрофизм, ощущение защищенности - незащищенности и пр.). Оно сказывается на состоянии институтов практически во всех социальных сферах, в частности на трансформационных издержках, соотношении между контрактным и статусным регулированием, частным и публичным правом. Нужно признать, что это значительно лучше, чем юристы, выявили в своих работах экономисты, развивающие направление "Право и экономика", и специалисты в области экономической социологии <1>. Наконец, действие уголовного права в значительной мере влияет на распределение экономической и политической власти.

<1> См.: Радаев В.В. Экономическая социология. М.: ГУ-ВШЭ, 2005.

Д. Степень стабильности уголовного права. Это - очень важная, но недооцененная черта социальной характеристики уголовного права, подлежащая оценке на фоне его исторического развития. Уголовное право, как уже отмечалось, является развивающимся, меняющимся объектом. Это, собственно, вытекает из уже названных его социальных свойств, но нуждается в особом внимании.

Уголовное право как система норм, зафиксированных в тексте закона или в прецедентах, действительно стареет, теряет эффективность или просто становится вредным, находясь под влиянием социальных перемен, что в нашей стране можно наблюдать излишне часто. Но во многих случаях изменения уголовного закона являются продуктом политической игры и подрывают его авторитет. Однако его потенциальные цели, его предназначенность не выступают в чистом виде и меняют свое содержание в процессе развития общества, правовой и соотносимой с правом общественной мысли. Реально социальные услуги, которые оказываются на основе уголовного права, делятся между социальными группами, причем неравномерно и так, что для некоторых групп они могут быть отягощающими, а не полезными. При этом все же следует считать, что уголовное право:

а) отвечает на выбор людьми желательных для них способов защиты индивидуальных ценностей, который осуществлялся частично добровольно, а частично навязывался обладателями силовых возможностей, но передал уголовное право в руки власти в обмен на некоторые гарантии безопасности;

б) трансформируясь и часто искажая заданные при выборе цели, оно все-таки по своей природе обеспечивает определенный минимум безопасности всем членам общества, а переставая выполнять эту задачу, по существу самоликвидируется как уголовное право, преобразуясь в произвольное насилие.

Поэтому необходимо уяснить (что крайне сложно), кто является адресатом уголовно-правовых мер, какая социальная группа наиболее защищена и от преступных посягательств, и от уголовного преследования, кто несет наибольшую долю социальных расходов, связанных с реализацией уголовного права.

Е. Рост затрат на уголовное право. Уголовное право фактом своего существования порождает различные социальные затраты, которые могут быть и обоснованными, и необоснованными. Эта тема очень осторожно затрагивается юристами, отделяющимися замечанием, что дешевая юстиция дорого обходится государству, и требованием повышать зарплату судьям и работникам правоохранительных органов во имя борьбы с коррупцией. Здесь невозможно говорить об отдельных, весьма сложных, вопросах затрат на уголовное право. Отметим лишь, что эти затраты могут быть прямыми и косвенными, вынужденными и избыточными, полезными и вредными, организационными, управленческими, выражаться в вынужденной социальной помощи и пр. Во всех случаях затраты на уголовное право зависят от его качественного состояния и пределов регулирования. И во всех случаях они означают перераспределение социальных ресурсов между иными нуждами.

Приведем лишь один пример. Уголовное право, поскольку оно именно регламентирует насилие, а не просто разрешает его, своими предписаниями всегда и повсюду порождает определенную организацию досудебных, судебных и исполнительных органов и осуществляемые

ими процессуальные порядки. Поэтому государству и обществу приходится содержать аппарат, реализующий уголовное право и защищающий от него: оперативно-розыскные службы, следствие, суд, уголовно-исполнительные структуры, адвокатуру, в некоторой части корпоративных юристов и пр. Между содержанием уголовно-правовых запретов, характером уголовно-правовых мер и потребностью в этих службах существует тесная связь. Но в любом случае, повторим, это социально-экономическая проблема: куда девать очень существенный объем бюджетных средств, взятых из кармана налогоплательщика. Однако, возможно, наибольшие затраты или издержки уголовное право влечет в сфере демографических процессов и образования.

Соответственно, крайне необходимо провести исследования затрат, хотя бы для выявления их обоснованности. С этих позиций следует перейти к анализу юридической сущности, или природы, уголовного права.

Юридическая сущность (природа) уголовного права. Следует подчеркнуть, что она находится в сложном соотношении с формой, внешним состоянием этой отрасли права. Юридическая внешняя характеристика уголовного права, например его формальная определенность, отражает в себе сущностные характеристики этой отрасли. Но соответствие юридического внешнего и сущностного внутреннего - формы и содержания - продолжает оставаться в теории уголовного права недостаточно познанным.

В общей теории права проблема сущности права связывается с выходом за пределы собственно юридического анализа и восхождением к так или иначе понимаемым метаюридическим ценностям, получая самое различное решение в разных работах <1>.

<1> "Сущность права, - писал О.Э. Лейст, - не может быть постигнута ни практическим правоведением, ни даже общей теорией права, если последняя не выйдет за пределы юридических категорий" (Общая теория государства и права. Т. 2. М.: Зерцало, 2002. С. 27). См. также работы В.С. Нерсесянца, Г. Харта и др.

Применительно к уголовному праву рассматривается не философская, а скорее практическая составляющая его сущности. Это проявляется двояко. Во-первых, сущность уголовного права, проявляющаяся в данном социальном контексте, реально и часто независимо от провозглашаемой уголовной политики определяет его развитие, состав, функционирование, последствия, наконец, общую социальную полезность. Во-вторых, сущность уголовного права познается в его чертах и демонстрируется в граничных критериях уголовно-правового характера данной группы норм.

Сущностно природа уголовного права более консервативна, чем его форма, внешнее выражение и даже содержание, понимаемое как набор уголовно-правовых норм. Она выделяет уголовное право как качественно самостоятельный феномен, специфицирует его и определяет его неизменяемые свойства и предметную составляющую, которую образуют регулируемые социальные феномены, их податливость воздействию, их влияние на уголовно-правовую технику. Именно глубинные черты уголовного права определяют его действительное влияние на поведение людей и правопорядок в обществе, его издержки и выгоды.

Проблема сущности уголовного права поэтому есть проблема организации и осуществления уголовно-правового дискурса, столкновения суждений научных и обыденных, религиозных и светских, эмпирических и обобщенных. В практическом выражении это проблема внутренней обоснованности уголовно-правовых решений, связанности законодателя и правоприменителя, потребностей и возможностей, одобряемого и терпимого, расходов и выгод. Разумеется, и теоретический, и практический подходы требуют огромной информационной базы, собираемой общими усилиями. В связи с этим далее приводятся соображения в порядке постановки вопросов, требующих, несомненно, дальнейшего обсуждения.

Природа уголовного права, возникшего в процессе развития общества как специфическое средство удовлетворения его потребностей, всякий раз подлежащих анализу и контролю, формирует его действительные задачи и пределы воздействия. Нельзя судить о природе уголовного права по его задачам, сформулированным в законе, и предмету воздействия, описанному в книгах. Законодатель может в принципе произвольно определять текст уголовного закона, однако он не способен реально обеспечить желаемое состояние его действия, разумеется, за пределами прямого произвола. Так, самые жесткие репрессии не обеспечивают сохранение защищаемого режима. В этом смысле трудно согласиться с тем, что "дать определение понятия отрасли уголовного права - это значит раскрыть его содержание путем указания на предмет и метод уголовного права, т.е. собственно на те признаки уголовного права, которые и показывают специфику уголовно-правового регулирования в системе иных юридических режимов регулирования" <1>. На самом деле все наоборот. Природа уголовного права определяет и его предмет, и его задачи.

<1> Звечаровский И.Э. Указ. соч. С. 8 - 9.

Рассмотрение сущности уголовного права (что требует особого, отдельного анализа) подводит к вопросу о соотношении уголовного права и уголовного закона либо к снятию этого вопроса. Известно, что нормы уголовного права устанавливаются уголовным законом. Различия между понятиями уголовного права и уголовного закона выявляют, в сущности, форму и содержание данной отрасли права, выделяя специфические вопросы. Уголовный закон выражен формально. В России это Уголовный кодекс. Для уголовного закона существенны такие его признаки, как действие во времени и пространстве, структура, определенность и ряд других требований к нему.

Нормы уголовного права - более абстрактное понятие, их нужно выделить в уголовном законе путем его толкования. Не совпадая с понятием статей или иных структурных элементов уголовного закона, нормы уголовного права воплощают в себе содержание предписания законодателя.

Сущностные черты и граничные критерии природы уголовного права. Как граничные критерии, свойства уголовного права определяют пределы его существования в рамках присущей ему природы, выход за которые превращает уголовное право либо в иную отрасль, либо, что значительно хуже, в маскировку беззакония. Только как пример необходимости разграничения права уголовного и иного можно указать на споры относительно того, что именуют уголовной ответственностью юридических лиц в Австрии. Проект соответствующего закона называется "Проект Федерального закона об ответственности союзов за деяния, по которым угрожают судебные наказания", а в литературе ведутся споры о том, является ли такая ответственность действительно уголовной либо на самом деле административной или гражданско-правовой <1>.

<1> См.: Schmoller K. Odpowiedzialnosc karna podmiotow zbiorowych na tle austriackiego projektu ustawy // Państwo i prawo. 2006. Nr. 2. S. 30 i.d. См. также: Хайне Г. Юридические лица и их ответственность в немецком административном праве: Проблемы реформирования // Уголовное право. 2001. N 1. С. 99 - 104; Он же. Коллективная уголовная ответственность: проблема санкций // Право и политика. 2001. N 7. С. 43 - 51.

Сущностные свойства или граничные критерии уголовного права могут быть подразделены на функциональные и онтологические. Они могут быть преобразованы в форму принципов уголовного права или уголовного закона, а на уровне познания - в критерии, которые должны быть положены в основу оценки состояния уголовного права и принимаемых уголовно-правовых решений, что определяет собой развитие, осуществление уголовного права, процесс и механизм его воздействия на внешнюю среду. Так понимаемая сущность в определенной части базируется на философских или иных, системно более общих суждениях, но принципиально выводится из социальных реалий, правовых ограничений и предназначенности данного созданного обществом правового феномена, каким и является нам уголовное право. Обратимся к этим чертам.

Состав уголовного права. Это понятие характеризует набор предписаний, которые в результате исторического развития действительно образуют уголовное право как самостоятельную отрасль, являясь для этого необходимым и достаточным.

Понятие состава уголовного права в правовой литературе не употребляется. Однако оно полностью соответствует законам русского языка и выявляет иные характеристики уголовного права, чем понятие "система уголовного права". Основная проблема, связанная с составом уголовного права, состоит в уяснении следующих вопросов: какие элементы входят в него, достаточен ли их набор и каким он должен быть? С этих позиций состав уголовного права включает в себя на разных уровнях: нормы-запреты; процедурные нормы и нормы о мерах, т.е. последствия нарушения запрета; затем предписания, описывающие деяния; предписания, обязывающие к действиям или бездействию, направленные на правоприменителя; предписания, обосновывающие запрет, дифференцирующие запрет, нейтральные к ответственности.

Уголовный закон (в данном случае УК РФ) двояко определяет состав уголовного права. Наиболее общая, но чрезвычайно важная формулировка содержится в части 2 ст. 2 УК РФ. По ней в необходимый состав уголовного права входят основания и принципы уголовной ответственности: нормы, на основе которых опасные для личности, общества и государства деяния признаны преступлениями, т.е. уголовно-правовые запреты; нормы о видах наказания и иных мерах уголовно-правового характера; связь этих норм с совершением преступлений. Иным образом УК РФ определяет состав, как, впрочем, и систему права - всем своим содержанием. В состав уголовного права входят все нормы уголовного права, предусмотренные УК РФ. При анализе источников уголовного права придется все же решать, все ли уголовно-правовые нормы входят в Уголовный кодекс или состав уголовного права шире, чем состав УК РФ. Один из таких практически значимых вопросов относится к огромному объему норм, восполняющих бланкетность и содержащихся в иных отраслях права, но также весьма разнообразных. Более существенным является вопрос о различии элементов состава уголовного права и их взаимосвязи.

При анализе состава уголовного права необходимо выделяются две его составляющих. Первая - консервативная, определяющая идентификационные признаки и сущностные черты, а в определенном смысле и иные нормы уголовного права. Вторая - меняющийся набор норм, отражающий различия уголовно-правовых отраслей разных правовых семей и истории каждой правовой системы. Пример первой - наличие уголовно-правовых запретов. Они могут быть кодифицированы, содержаться в отдельных нормативных актах, быть выраженными в прецеденте, но любая система уголовного права предполагает наличие запретов, нарушение которых влечет соответствующую реакцию. Для уголовного права разрешено все, что не запрещено. Некоторые сосредоточенные на своих мыслях специалисты полагают, что это начало возникло при перестройке, отражая ее либерализм. В действительности оно урегулировано еще в Коране, который чрезвычайно трудно обвинить в излишней свободе нравов.

Ценностно-объективный характер уголовного права. Эта черта определяется предназначенностью права и собственно его природой как системой велений, отражающих волю законодателя, его отношение к внешнему миру, а соответственно, и механизмом его возникновения.

Объективность уголовного права проявляется в том, что оно регламентирует, запрещая и устанавливая воздаяния, реальное поведение, то, что имеет внешнее выражение и производит изменения во внешнем мире.

Ценностный характер уголовного права проявляется в необходимости оценки поведения путем отбора охраняемых ценностей, описания элементов поведения (внутренних и внешних), установления тесноты их связи с поведением. В сущности, все содержание уголовного права есть оценки законодателя, но обращенные к объективно существующим явлениям и сформулированные определенно. Например, в ч. 2 ст. 9 УК РФ устанавливается, что временем совершения преступления признается время совершения общественно опасного действия (бездействия) независимо от времени наступления последствий. Это предписание есть оценка законодателем целесообразности регламентации предсказуемости применения закона путем создания определенного предписания.

Субсидиарность уголовного права. Эта черта проявляется юридически весьма противоречиво. Уголовное право и его запреты обращены к деяниям, которые уже запрещены позитивным правом, поскольку практически во всех уголовно-правовых системах разрешенность деяния исключает уголовную ответственность. Но в то же время нормы уголовного права явно или неявно меняют характер позитивного регулирования. Из этого, в частности, вытекает, что уголовное право устанавливает абсолютные права государства, которые, конкретизируясь, меняясь, превращаются в относительно определенные при возникновении соответствующего юридического факта.

При этом круг адресатов уголовного закона связывает как законодателя, так и третьих лиц. Между тем это сущностная черта уголовного права, которая проявляется и в содержании, и в применении уголовно-правовых норм. Прав был Н.С. Таганцев, который писал: "Норма права обращается исключительно к тому, на кого она налагает обязанность подчинения; уголовный закон, создавая особое отношение государства к посягающему на норму, имеет многообразное отношение: во-первых, к лицам, обязанным воздерживаться от нарушений, к возможному виновнику; во-вторых, к органам власти, устанавливающим преступность и наказуемость, и, наконец, в-третьих, к самому государству, во имя и ради интересов которого налагается наказание" <1>.

<1> Таганцев Н.С. Русское уголовное право: Лекции. Часть Общая: Т. 1. Изд. 2-е. СПб., 1902. С. 74 - 75.

Пригодность к легитимации и регламентации государственного насилия. Система правовых норм является уголовным правом, поскольку она существующими в нем и используемыми им средствами способна определять и легитимировать право государственной власти и специально уполномоченных ею государственных органов на применение наиболее жесткого насилия, затрагивающего самые важные в правовом государстве конституционные права личности, включая ее статус. При этом важно подчеркнуть, что уголовное право легитимирует именно насилие от имени государства, но не органов государственного управления, не власти исполнительной, а власти, действующей от имени государства, т.е. судебной.

Легитимация насилия осуществляется путем объявления его вынужденным ответом на поведение субъекта, что, разумеется, требует развернутого обоснования в законе и уголовно-правовой мысли. Регламентация насилия имеет многосторонний характер. Уголовное право объявляет его наказанием или иной уголовно-правовой мерой, но всегда выделяет его как особый правовой институт. Оно определяет основания применения насилия, повышая уровень противоправности поведенческих актов, устанавливает содержание и границы насилия, возможности отказа от него. Смысл и юридические конструкции уголовного права формируются

потребностью в насилии путем наказания или иного регламентированного воздействия и определяются им. Там, где общество может обойтись без насилия, нет необходимости в уголовном праве. Поэтому практически любое изменение уголовного законодательства влечет изменения в объеме и содержании права на применение насилия. Соответственно, неотъемлемой составляющей уголовного права является регламентация видов, объема, возможностей дифференциации наказания именно как насилия личностного, т.е. связанного с государственным упреком в адрес личности. Современное законодательство позволяет применять насилие и на основе административного права. Однако зона собственно личностного насилия в административном праве сужается; возможно, оно исчезнет так же, как исчезли долговые тюрьмы.

Направленность на объявление упречными (запрещение) отдельных видов деяний как общественно опасных. В немецкой уголовно-правовой литературе профессором К. Роксином высказано мнение о том, что предписание не относится к уголовному праву лишь потому, что оно регламентирует нарушение веления или запрета; это делают также гражданско-правовые или административно-правовые предписания <1>. Действительно, не всякий запрет обязательно является уголовно-правовым и описывает уголовно наказуемое деяние. Но уголовное право предназначено для того и приспособлено к тому, чтобы устанавливать специфические запреты, формальные различия которых бесспорны, а материальные не всегда просто найти. Деяние должно быть запрещено при наличии таких оснований, так и таким образом, чтобы объявить его общественно опасным и обосновать меры уголовно-правового характера за его совершение. Поэтому существенной чертой уголовного права является определение и обозначение деяний как принципиально отличающихся от иных противоправных деяний в соответствии с признаками ст. 14 УК РФ. Это принципиально, поскольку легитимирует, по мнению ряда специалистов, последующее наказание как денунциацию, мягко говоря, снижение статуса <2>. Центральными здесь, вероятно, являются конструкции общественной опасности и личности субъекта деяния, выраженные в признаке виновного совершения.

<1> Roxin C. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band 1. Munchen: Beck. 2006. S. 1.

<2> См.: Dubber M. Positive generalprevention und Rechtsguttheorie // Zeitschrift fur gesamte Strafrechtswissenschaft. 2005. N 3. S. 494.

Традиционно и в основном правильно общественная опасность связывается с понятием преступления, поскольку она впервые упоминается в ст. 14 УК РФ "Понятие преступления". В действительности все признаки деяния, в том числе не относящиеся к составу преступления, поскольку они легитимируют или усиливают меры уголовно-правового характера, являются общественно опасными или оценены таким образом неверно. Это относится к совокупности деяний, соучастию и пр. Гражданскому праву не известны и не могут быть известны институты совокупности неисполнения договора, рецидива неисполнения, соучастия неисполнения и пр.

Идентифицирующим признаком уголовно-правового характера запрета является также связь деяния и личности, что не ограничивается виной и прямо предусмотрено ч. 3 ст. 60 УК РФ "Общие начала назначения наказания", которая обязывает при назначении наказания учитывать характер и степень общественной опасности деяния и личность виновного.

Пригодность к определению оснований и границ уголовно-правовых предписаний как государственной гарантии. Эта черта свойственна праву в целом, но в уголовном праве она имеет особое значение и влечет специфические следствия. Уголовное право должно быть наличным, определенным, предсказуемым и отличать защиту от обвинения. Определенность уголовного права должна гарантировать возможность его понимания всеми адресатами, причем в сложных, пограничных ситуациях реализации. Она проявляется в принципиальном ограничении как собственно права на насилие, так и права на вмешательство с целью применения насилия. Система запретов в уголовном праве и связанные с запретами меры уголовно-правового характера принципиально не знают пробелов. Они мозаичны по своей природе. Если в уголовном праве не запрещено определенное деяние, то никто не вправе, заменяя законодателя, считать это пробелом. Поэтому если право на насилие не ограничено, т.е. содержательно и формально четко не определено в неких границах, уголовное право не существует. Это означает, что данная совокупность норм не является уголовно-правовой.

Можно сказать, что, устанавливая право на насилие, уголовный закон одновременно ограничивает его. Тем не менее с юридической точки зрения это пересекающиеся, но различные свойства уголовного права.

Ограничение права на насилие осуществляется прежде всего на законодательном уровне, т.е. содержательно, когда определяется разница между опасным, противоправным и общественно опасным, преступным деяниями, когда устанавливаются мера насилия и общие начала его применения, в частности назначения наказания. Но оно осуществляется и на уровне правоприменения. При этом возникает весьма существенная проблема, связанная с балансом интересов общества, потерпевшего и лица, совершившего преступление. Общество может желать

усиления наказания при распространенности преступлений. Субъект деяния не может отвечать за ухудшение положения с правопорядком.

Наконец, определенность уголовного права проявляется в его предсказуемости. Начало предсказуемости, в свою очередь, ограничивает как внезапные решения законодателя, так и правоприменительное усмотрение, во всяком случае, проявляющееся в резком изменении практики применения уголовного закона.

Обеспечение предсказуемого соотношения деяния и последствий. В основе уголовного права по природе вещей лежит связь деяния и воздаяния, причем и деяние, и воздаяние представляют собой по общему правилу потери. Деяние причиняет ущерб, иначе оно не должно запрещаться. Воздаяние причиняет ущерб, иначе оно не имеет смысла. Связь между деянием и воздаянием реализуется в приговоре суда, а также в ряде предварительных решений, например об избрании меры пресечения. Уголовное право регламентирует эту связь, и без такой регламентации оно не существует. Оценка общественной опасности деяния дается в интересах общества. Ее определение является прерогативой и обязанностью законодателя. Общественная опасность определяет санкцию и индицируется ею.

В то же время деяние имеет личностный характер, а ответственность несет именно личность, даже если эта личность - юридическое лицо. Из этого вытекает несколько следствий. Прежде всего, общественная опасность деяния может быть определена только так, чтобы она могла быть приписана деянию личности, поставлена ей в упрек. Между тем существует определенная напряженность между задачами УК РФ, указанными в ст. 2 Кодекса, а также в некоторой части - целями наказания по ст. 43 УК РФ и иными его нормами, в первую очередь ст. 60 "Общие начала назначения наказания". Статья 2 и частично ст. 43 УК РФ определяют уголовную политику, особенно в части предупреждения преступлений, а иные предписания уголовного закона обращены к деянию личности или к личности, совершившей деяние.

О методологических основаниях уголовного права

Постановка проблемы. Методологические основания (методы и методика) представлены в российской правовой науке как: отдельные части в системе учебных курсов и учебников <1>; элемент введения в диссертационных работах; анализ отдельных вопросов собственно в структуре научного, научно-методического, учебного текста <2>. В последнем случае особенно часто обсуждаются вопросы детерминизма - индетерминизма и уже - причинной связи, истины, логической структуры нормы и др.

<1> См., например: Кузнецова Н.Ф. § 2 гл. 1 "Методы уголовного права" // Курс уголовного права. Общая часть. Т. 1 / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. М.: Зерцало, 1999. С. 8 - 11.

<2> См.: Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. М.: Юрист, 1999. С. 43 и след. Отдельные суждения см.: Клепицкий И.А. Преступление, административное правонарушение и наказание в России в свете Европейской конвенции о правах человека // Государство и право. 2000. N 3. С. 65. Работы, написанные до 1990 г., по ряду соображений здесь не рассматриваются.

Нижe делается попытка показать, но не доказать, что:

- традиционные представления о методологии уголовного права и попытки ее модификации путем в особенности возврата к предшественникам марксизма нуждаются в обсуждении;

- уголовное право, взятое в его реальных последствиях (количество осужденных как затраты, состояние общественной безопасности как результат), находится в кризисе, и уголовно-правовая методология в ее нынешнем состоянии не способствует его преодолению; методологическая база должна включать больше "знаний, накопленных человечеством", и своими возможностями обеспечивать соответствие уголовно-правовых запретов действительным интересам общества, дифференциации ответственности и индивидуализации наказания;

- методология существует как система или совокупность аргументов в научной и вненаучной форме, не сводясь к философии во всяком случае <1>; она локализуется в различных блоках общественного сознания и может либо оказывать серьезное воздействие на уголовное право, программируя, аргументируя его, либо выступать как нечто формальное, как вынужденное украшение текста, например в диссертации;

<1> В.И. Вернадский писал: "Можно быть философом, и хорошим философом, без всякой ученой подготовки, надо только глубоко и самостоятельно размышлять обо всем окружающем". Цит. по: Алексеев А.В., Панин А.В. Философия: Учебник. М.: Проспект, 2002. С. 70.

- одной из серьезных опасностей, ныне угрожающих уголовному праву, является своего рода отсутствие почвы, когда методология познания и действия не становится внутренне осознанной

для субъекта, а основания (аргументы) деятельности избираются походя, под влиянием карьерных, эмоциональных факторов, неосознанного комплекса вины, возникшего вследствие бездействия на социальном переломе у лиц, имевших статусные обязанности действовать; но одновременно опасной является и методологическая "зашоренность", не позволяющая адекватно воспринимать социальные реалии;

- развитие методологических оснований уголовного права сообществом юристов может способствовать преодолению кризисных явлений, хотя, разумеется, только в широком контексте социальных изменений.

Вполне возможно, что углубление и (или) пересмотр методологических предпосылок приведут к столь необходимой трансформации уголовно-правовой теории, в особенности по направлениям повышения определенности уголовно-правовых норм, снижения репрессивности и дифференциации наказания, лучшей защиты прав потерпевших. Во всяком случае, совершенствование уголовного законодательства без этого невозможно.

Потребности в методологии. Внимание к методологическим основаниям уголовного права, как любой рост интереса к самопониманию, объясняется реалиями социального развития.

Важнейшей интегрирующей характеристикой уголовного права являются количество приговоров по уголовным делам и структура наказания. Ныне, как широко известно, в России на основании предписаний уголовного закона лишены свободы около 1 млн. человек - в пересчете на 100 тыс. населения это больше, чем в любой иной стране. Такое по существу трагическое положение, повторим, нельзя объяснить нестандартно низким качеством поведения людей в стране. Оно не является таковым и не может быть достаточно убедительно объяснено характером совершаемых преступлений. Количество раскрытых убийств, умышленного причинения тяжкого вреда здоровью, изнасилований, разбоев устойчиво колеблется в пределах 90 - 100 тыс. случаев. Это очень много, но никак не объясняет существующее количество осужденных к лишению свободы.

Социально безответственными являются и ссылки на "необходимость усиления борьбы с преступностью". Это действительно необходимо делать, но эффективными способами. Рост же тюремного населения, как известно специалистам, лишь гонит преступность вверх.

Имеет право на существование лишь одно объяснение такого обращения с провинившимися (или нет) гражданами собственной страны. Это деформация отношения к уголовному праву (закону), состоящая в ложном понимании его целей и возможностей, пренебрежении, может быть, более эффективными процедурами. Она приводит к распространению такой стихийной судебной практики, оказавшейся вне управления централизованной уголовной политики, в основе которой лежат мотивы либо иррациональные, либо корыстные в худшем смысле этого слова.

Потребность в методологической проблематике объясняется и логикой развития уголовно-правовой науки на протяжении буквально всей истории ее существования. Природа уголовного закона и права, место наказания как формы насилия в истории, причинность (детерминизм и индетерминизм), воля, цели человеческого поведения постоянно составляли важнейшие блоки общественного сознания, включая его проявление в философских учениях.

Удивляться этому не приходится, ибо, с одной стороны, уголовное право имеет дело с экстремальными способами поведения, как бы образующими наиболее показательный объект рассуждений, а с другой - оно наиболее остро и наглядно сказывается на жизни людей. Поэтому история уголовного права - это история его изменений, смены парадигм, отказа от старого опыта.

На современном этапе развития общества, таким образом, становится настоятельной необходимостью такого критического пересмотра сложившегося методологического подхода к уголовному праву, который, считаясь с существующими взглядами и представлениями в этой сфере, мог бы адаптировать уголовное право к происходящим историческим изменениям в сфере бытия и сознания.

При этом следовало бы исходить из того, что:

- в структуре российского общества, в экономическом, социальном и иных видах поведения граждан произошли принципиальные изменения;

- господствующая философская система и так или иначе связанная с ней идеология оказались как минимум неадекватными условиям перемен, они подвергнуты обществом глубокому сомнению (достаточно указать хотя бы на внешний поворот от безоглядного атеизма к религиозной обрядности и в лучшем случае - религиозному сознанию);

- действующая в современных условиях система уголовного права, очевидно, не способна реализовать декларированные цели, что во многих странах откровенно определяется как кризис уголовной юстиции.

Но главное во всем этом, повторим, то, что состояние карательной практики, в особенности трагически огромное количество людей, находящихся в местах лишения свободы, наносит огромный ущерб обществу, воздействуя на его нравственное сознание, динамику демографических процессов, здоровье населения, обороноспособность страны, экономическую эффективность. Общество должно разобраться, в каком все-таки состоянии находится уголовное

право. Исходным тезисом здесь является заслуживающее многократного повторения утверждение, что ни состояние российского общества, ни признаки личности российских граждан, ни их поведение не отличаются в худшую сторону от любой другой страны и не оправдывают столь жестокого обращения со многими из них.

Понятие методологии уголовного права и ее место в системе его реализации. Под методологией вообще и методологией науки в частности в литературе понимаются, следует признать, разные вещи <1>.

<1> Здесь лишь в снятом виде учитываются работы таких специалистов в области общей теории права, как А.Б. Венгеров, А.Д. Керимов, Р.З. Лившиц, В.С. Нерсисянц, а также вышедшие на немецком языке работы К. Ларенца, К.-В. Канариса, Р. Циппелиуса, частично Н. Лумана и др.

Интересные и, по-видимому, недооцененные соображения по проблемам методологии права высказывал в свое время Б. Кистяковский, выделивший три основные проблемы логики и методологии социальных наук:

- 1) вопрос о том, "как образовывать научные понятия";
- 2) вопрос о том, "насколько применимо причинное объяснение к социальным явлениям";
- 3) "определение роли и значения норм в социальной жизни" <1>.

<1> Кистяковский Б.А. Философия и социология права. СПб.: Издательство Русского Христианского гуманитарного института, 1998. С. 22 - 23.

В довольно давней работе юрист Р. Лукич рассматривал понятие метода весьма широко, понимая его как действие, направленное на достижение определенной цели, и как способ его совершения <1>. Он делит методы на методы познания и применения права, юридико-технические методы.

<1> Лукич Р. Методология права. М.: Наука, 1981. С. 32.

Несколько уже понятие методологии разъясняет немецкоязычный философский словарь издательства "Метцлер". Она определяется как учение о методах, имеющих целью получение научных знаний, причем в строго формальном употреблении относясь к теории науки, в практическом же плане занимаясь какой-либо наукой как формой человеческого поведения <1>.

<1> Metzler Philosophie Lexikon: Begriffe und Definitionen / Hrsg. von Peter Prechtel und Franz-Peter Burkard. Stuttgart - Weimar: Verlag J. B. Metzler, 1996. S. 389.

Здесь нет необходимости, да и профессиональных возможностей вдаваться в споры о том, что такое методология и, соответственно, методы, методологические основания. Признаем для данного случая методологическим основанием науки уголовного права элементы общественного, группового и индивидуального сознания, не только отражающие отношение субъекта к фундаментальным общественно важным ценностям, но и влияющие на уголовное право. Особенности такого рода методологических предпосылок является, на наш взгляд, то, что они:

- выходят за пределы сугубо философской проблематики, не сводятся к философии (источниками методологических посылок, как уже отмечалось, является чрезвычайно широкий круг знаний, представлений, иных элементов общественного и индивидуального сознания);
- образуют собой предзнания, т.е. не входят в структуру уголовного права, не формируются на основе уголовного права и тем самым отличаются от юридической техники, которая является элементом уголовного права;
- влияют на решения и действия в сфере уголовного права, даже если это влияние оказывается незамеченным;
- являются субъективными и субъективными, т.е. вырабатываются определенными субъектами и локализируются в общественном сознании;
- могут быть истинными и ложными, действительными и недействительными, т.е. их влияние на функционирование уголовного права поддается выявлению и фиксации <1>.

<1> См. об этом подробнее: Жалинский А.Э. Социально-правовое мышление: проблемы борьбы с преступностью. М.: Наука, 1989. С. 116 и след.; Он же. Введение в специальность "Юриспруденция". Профессиональная деятельность юриста. М.: ТК Велби, Изд-во "Проспект", 2007. С. 246 и след.

Разумеется, на уголовное право и его реализацию воздействует масса различных факторов: организация законодательных и правоохранительных органов, ресурсное обеспечение, состояние

процедур и технологий и пр. Все это действительно инструменты социальной деятельности, но и в основе их использования лежит мысль, отношение людей к объекту, т.е. сознание, которое, возможно, определяясь бытием, в данной сфере весьма сильно влияет на такой элемент бытия, как законодательная и правоприменительная практика.

По-видимому, различного рода верными или нет методологическими посылками определялось существование на территории Российской империи нескольких систем уголовного законодательства, не подвергавшегося, кажется, критике со стороны российских криминалистов. Напротив, нуждается как минимум в обсуждении жесткая ориентация современного законодателя на отнесение уголовного законодательства по п. "о" ст. 71 Конституции РФ к ведению Российской Федерации <1>.

<1> См. об этом, например, Постановление Конституционного Суда РФ от 7 июня 2000 г. по делу о проверке конституционности отдельных положений Конституции Республики Алтай и Федерального закона "Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации" // СЗ РФ. 2000. N 25. Ст. 2728.

Неудивительно, что организационно-правовые реформы в отсутствие методологических оснований, которые действительно соответствуют интересам общества, пробуксовывают. Усиление независимости суда - священная цель реформаторов - привело к росту числа лиц, заключенных под стражу, поскольку следствие, обеспечивая свои задачи, удлинняет сроки пребывания в следственном изоляторе. Лица, числящиеся за судом, также сидят дольше, чем раньше (стали возможными, на наш взгляд, даже случаи, когда судья уходит в отпуск, а "сиделец" ждет его возвращения за государственный счет).

Именно поэтому обращение к методологии представляет собой попытку реализовать образное суждение Л. Витгенштейна: "Философия есть борьба против зачаровывания нашего интеллекта средствами нашего языка" <1>.

<1> Витгенштейн Л. Философия исследования // Философские работы. М.: Гнозис, 1994. С. 126.

О методологических основаниях уголовного права в современной литературе <1>. Предельно кратко здесь можно выделить несколько подходов. Первый состоит в стремлении подвергнуть критике то, что именуется марксистской правовой идеологией, заменяя ее какими-либо иными философскими идеями, чаще либо гегельянством, либо различными вариантами естественно-правовых учений, объявляющих право мерой свободы <2>. Второй - в подтверждении признания марксизма как единственной методологической основы уголовного права. Так, Н.Ф. Кузнецова с завидной убежденностью пишет: "Методология представляет собой систему категорий диалектического и исторического материализма, позволяющую исследовать и практически применять познанные закономерности, сущность, содержание уголовно-правовой борьбы с преступностью" <3>. При этом надо оговорить, что автор отграничивает методологию от методики как системы приемов и операций, средств и инструментариев исследования уголовно-правовых явлений. Третий подход, иногда сочетаемый с первым, состоит в одноуровневом представлении таких методов, как догматический, социологический, сравнительно-правовой, историко-правовой, диалектический (философский) и др. <4>.

<1> Речь идет в данном случае об уголовно-правовой литературе на русском языке и наиболее доступной читателю (учебники, монографии ведущих издательств, журнальные статьи).

<2> Это наиболее основательно представлено в учебнике: Наумов А.В. Российское уголовное право. Общая часть. 2-е изд. М.: БЕК, 1999. С. 15.

<3> См.: Курс уголовного права. Общая часть. Т. 1 / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. М.: Зерцало, 1999. С. 8.

<4> См.: Наумов А.В. Указ. соч. С. 27.

Таким образом, вербализованная, выраженная в научном тексте характеристика методологии в современной уголовно-правовой литературе охватывает:

- отсылки к философской системе без приведения даже каких-либо примеров ее влияния на уголовное право, хотя оно (влияние) несомненно существует;

- краткое описание методов познания уголовно-правовых явлений.

Форма выражения методологических оснований уголовного права. Методология уголовного права, если исходить из принятого здесь ее понимания, выражена в форме знаний, предположений, представлений, локализованных в общественном либо индивидуальном сознании. Она относится к элементам философии науки, здравого смысла, веры как этическим

отношениям, развитым или неосознанным, и др. Это положение крайне важно, поскольку определяет зону поиска знаний, представлений, которые собственно и формируют, насыщают методологические предпосылки уголовного права.

Принимается далее, что методологические основания уголовного права по степени разработанности и выраженности могут быть активными или "дремлющими", системно развитыми или, что чаще бывает, мозаичными, неосмысленными. Отсюда философские или научные методологические основания сами по себе не значимее иных. Основания в обыденном сознании иногда куда сильнее действуют, чем научная методология, правда, преобразуясь в форму науки.

Весьма разнообразны носители либо субъекты методологических оснований, от чего также зависит их выраженность. Даже если соответствующие тексты уже закреплены в каких-либо информационных источниках и, кажется, приобрели самостоятельность, то и тогда они проявляются, действуют, истолковываясь определенной группой людей, которые эти тексты пишут, хранят, читают и представляют вовне.

Так, по всей вероятности, книжный марксизм отнюдь не совпадает с представлениями о марксизме, которые существуют в общественном сознании и являются наиболее действительными в том смысле, что именно они, правильно это или нет, оказывались аргументами деятельности.

Соответственно, существует принципиальная разница между субъектами методологических оснований: а) принимающими социально значимые правоприменительные решения в данной сфере и б) принимающими лишь индивидуальные правореализационные решения в сфере уголовного права.

В особенности это относится к продуцентам научной и научно-методической информации. Их статус, научная степень и звания, профессиональное положение и "торговая марка", обозначающая различного рода публикации (учебник, комментарий, научная монография, статья специалиста и пр.), обязывают в той или иной форме дать представление о действительных для них методологических основаниях.

При этом здесь есть некоторая особенность, напоминающая участие в процессе доказывания защитника и обвиняемого. Первый выполняет профессиональный долг и в силу этого обязан активно участвовать в доказывании, естественно, в пользу обвиняемого. Второй - может это делать.

Механизм действия методологических оснований уголовного права. В принципе этот механизм специалистами по уголовному праву должен изучаться столь же настойчиво, как и иные процессы правового мышления, например уголовно-правовая оценка деяний (квалификация преступлений), принятие решения о назначении наказания и т.д. Это особенно важно, поскольку, как уже отмечалось, действие методологических оснований уголовного права может быть явным, когда они осознанно принимаются либо отвергаются, а может быть и неявным, когда те или иные решения принимаются на основе неосознаваемых методологических посылок, что, собственно, и означает отсутствие почвы, стратегии. Можно предположить, что методологические основания уголовного права чаще всего возникают в процессе такой формы социальной коммуникации, как дискурс, содержанием которого является обсуждение определенных, в данном случае весьма актуальных для общества, тем на основе выдвигаемых аргументов.

При этом они могут выступать как господствующие в данном обществе или представляющие собой отклоняющиеся представления. При включении собственно в ткань уголовно-правовой науки они преобразуются в принципы уголовного права, правовые подходы и правовые позиции, а затем в текст уголовного закона и правоприменительных решений <1>.

<1> О правовых подходах и правовых позициях см.: Жалинский А.Э. Введение в специальность "Юриспруденция". Профессиональная деятельность юриста: Учеб. 2-е изд. М.: ТК Велби, Изд-во "Проспект", 2007.

Следовательно, именно методологические основания, выступая в качестве явных либо неявных аргументов, наряду с иными предпосылками (политическая воля, организационно-ресурсные условия и пр.) определяют принятие уголовно-правовых решений и отношения к ним. Внутри этого механизма они проясняют участвующие в коммуникации тексты или действия как специфические послания к некоторому кругу адресатов, определяют понимание управленческих сигналов. Юристу совершенно понятно, что наиболее существенные формы взаимодействия осуществляются через тексты, а всякий текст в принципе не герметичен и предназначен для воздействия на поведение адресата. Наиболее наглядным примером этого являются важнейшие правовые тексты, а именно правовые нормы, являющиеся предписаниями, обращенными к неопределенному кругу лиц.

Таким образом, механизм методологических оснований представляет собой некоторую данность, различающуюся, по-видимому, во времени и по кругу лиц. Можно легко представить себе, как сильно различается действие методологических оснований уголовного права в периоды

до 1917 г., в 1917 г. и в последнее десятилетие XX в. Столь же сильно оно различается у отдельных групп населения, занимающих разные места в социальной структуре общества.

В связи с этим необходимо исследовать в науке уголовного права:

- какие аргументы (посылки) лежат в основе уголовно-правовой интеллектуальной и предметной деятельности для отдельных групп лиц и в отдельные периоды;
- в какой форме и как они осознаны и восприняты сознанием определенных субъектов;
- насколько они устойчивы и являются ли они действительными в том смысле, что они признаются необходимыми с позиций различных систем социальных ценностей;
- как они воздействуют на уголовно-правовое поведение и какова интенсивность этого воздействия;
- существует ли необходимая инфраструктура социальных коммуникаций, в которой выявляются и реализуются методологические аргументы поведения (различные виды сообществ профессионалов юристов, средства массовой информации, профессиональное юридическое образование и т.д.).

Содержание методологических оснований уголовного права. Оно представляет собой в развиваемом здесь понимании систему онтологических и гносеологических аргументов, обеспечивающих осуществление интеллектуальной деятельности, т.е. получение понятий, оценок, выводов различного характера, в сфере формирования и реализации уголовного права.

Собственно методологические основания (аргументы) относятся к:

- тому, что субъект послания считается или предполагается фактически существующим (наличным, функционирующим), и основаниям этих суждений;
- возможности явления (процесса) перейти в иное состояние как в процессе саморегуляции, так и в результате определенного воздействия со стороны внешних факторов - в нашем случае уголовно-правовых норм, взятых в некотором контексте;
- необходимости определенных условий для реализации возможного представления о целях как желательном и средствах их достижения как допустимом.

В известном смысле такое понимание структуры методологических оснований уголовного права есть лишь подход, причем принципиальный, к попытке как-то определить каждое из них, не ограничиваясь указанием, как это делается при ссылках на диалектический метод познания, - на "диалектический материализм как всеобъемлющий, общенаучный и фундаментальный метод познания", которым необходимо руководствоваться при решении отдельных уголовно-правовых задач.

При этом необходимо считаться с тем, что исследователи, законодатель, правоприменители, предлагая определенные решения или осуществляя определенные действия, функционируют по общему правилу действительно в контексте общества, а это значит, что используемые аргументы предопределяются сознанием общества. Они должны быть адаптированы к обществу, его реальным или потенциальным возможностям и целям, быть так или иначе осуществимыми хотя бы в дальней перспективе и, наконец, не разрушать безосновательно, что очень важно, сложившиеся условия жизни общества.

Отсюда признание плюрализма методологии. Вполне допустимо, что существуют гораздо более эффективные приборы для забивания гвоздей, да и гвозди не являются лучшим средством скрепления предметов, но в очень многих ситуациях отказаться от молотка и гвоздей было бы безумием. Надо только выяснить, действительно ли гвозди пригодны для данной цели, т.е. скрепляют предметы, не разрушают ли они то, что должны скреплять, и могут ли быть чем-то вбиты в поверхность.

Наиболее остро нуждаются, на наш взгляд, в обсуждении такие методологические основания (посылки, аргументы), как:

- действительная ценность личности, взятая в своих бесчисленных проявлениях, существование человека, его цели, место в мире, процессы самореализации;
- логика выбора, содержание и характер ценностей, благ, свобода, парадоксы бунта и безопасности;
- разум и его проявления;
- развитие социума;
- государство как инструмент развития, слуга общества или "надорган", структура общества;
- закономерности развития и связи, включая причинные;
- императивы отношений и межличностные коммуникации;
- а также многие гносеологические посылки, в частности проблемы дискурса, аргументации, истинности или действительности суждений, их критерии и пр.

Специалисты в области уголовного права при оценке той или иной системы методологических оснований, в особенности философского характера, нередко без углубленного анализа используют такие понятия, как свобода, равенство, справедливость и пр., не учитывая, что реальное содержание этих понятий в определенной философской системе может быть крайне

разрушительным для общества, и тогда приятный слуху понятийный аппарат оказывается обманкой, скрывающей болотную трясину.

Так, Г. Гегель действительно писал о философской идее права как свободы. Но свобода, по Г. Гегелю, достигла своего высшего развития в прусском правительстве. "Монархическая конституция, - писал он, - есть поэтому конституция развитого разума; все другие конституции принадлежат более низким ступеням развития и реализации разума" <1>.

<1> Цитируется по кн.: Поппер К. Открытое общество и его враги. Т. 2. М.: Феникс, Международный фонд "Культурная инициатива", 1992. С. 57.

Недаром А. Шопенгауэр писал о Г. Гегеле как о философе, который оказал "опустошающее или, точнее говоря, оглупляющее влияние не только на философию, но и на все формы немецкой литературы" <1>. А К. Поппер специально указывал на тождество гегелевского историцизма и философии современного тоталитаризма <2>.

<1> Там же. С. 95.

<2> Там же. С. 95.

Анализ содержания методологических основ уголовного права с неизбежностью приводит к постановке вопроса о его (права) легитимности и затем жесткости.

Проблема легитимности уголовного права. Суть этой проблемы, кратко говоря, состоит в уяснении того, кто, на каком основании и в каких пределах вообще вправе подвергать сограждан столь жестким мерам, как уголовное наказание. При этом ссылка на законодательный процесс социально не решает вопросов, ибо они могут быть отнесены и к праву законодательствовать, особенно когда членов законодательных органов демонстрируют гражданам по телевидению.

Действительно, текст уголовного закона, устанавливающего запреты, нарушение которых влечет санкции, является произвольным. Принимается он группой людей, имеющих определенный статус, уполномочивающий их на принятие такого рода решений, но, очевидно, по практическим последствиям не обладающих исконной мудростью. К тому же сразу после принятия закона его начинают критиковать люди, занимающие такое же высокое положение, как и те, кто его принимал.

В итоге в разное время уголовный закон карал людей за самые различные деяния и самым различным образом. Хотя постепенно общество приходит к мысли о недопустимости массовых смертных казней, назначения каторги и пр., но до сих пор оно считает возможным держать в тюрьме, т.е. в условиях, принципиально противных природе человека, лицо, укравшее, скажем, пару обуви с прилавка магазина или не уплатившее налоги.

Действительно, существуют основания полагать, что защита жизни создает право изоляции убийц. Однако практически нет достаточно разумных аргументов, обосновывающих право большинства даже на основе соблюдения определенных процедур жестоко обращаться со многими другими нарушителями социальных норм. И жизненно важен вопрос, кто дал право держать за решеткой свыше миллиона российских граждан и можно ли это оправдать технико-юридическими соображениями.

В порядке гипотезы можно предположить, что неявным, возможно, не вполне осознанным, но работающим ныне основанием легитимации уголовного закона являются две плохо совместимые системы взглядов. Первая исходит из социального контракта, т.е. права индивида на автономию и соответственно защиту своих интересов, которую он вынужден в относительно структурированном обществе передать государству, т.е., по существу, из теории общественного договора. Люди желают неприкосновенности своих интересов, стабильности и жертвуют своей самостоятельностью. Вторая система связана с идеями мести и необходимости государственного насилия, которое обеспечивает искоренение греховности или несовершенства общества и индивида. В другой трактовке это закономерность движения от меньшего совершенства к большему совершенству в логическом и этическом планах, это роль насилия, являющегося "повивальной бабкой истории", обеспечивающего искоренение преступности путем ликвидации эксплуатации человека человеком. Это идея верховенства государства как органа насилия.

Первый подход естествен, но он на практике часто деформируется по следующим направлениям:

- гражданин, передав права на защиту, по существу лишается контроля за реализацией; действительные интересы потерпевших не защищаются;
- власть не несет реальной ответственности за свои ошибки и бездействие;
- объем переданных прав иногда крайне велик;
- правоохранительные органы нередко квазиприватизируются либо выступают не как сфера обслуживания, имеющая специальную компетенцию, а как власть, сама решающая, кого ей нужно воспитывать, исправлять, карать.

Второй подход также имеет позитивный смысл, поскольку индивид реально не может защитить себя от многих угроз. Но в процессе его практической реализации деформации оказываются более опасными. 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. В результате или, во всяком случае, в связи с таким методологическим основанием возникает идея искоренения преступности за счет неотвратимости наказания, а действие уголовного закона распространяется на сферы интеллектуальной деятельности, нравственности, политического поведения, выбора способа хозяйствования. В итоге уголовный закон деформируется во многих своих проявлениях.

Государство приобретает мистические свойства. Нередко считается, что достаточно определить те или иные меры как государственно необходимые, чтобы снять вопрос об их обоснованности. Но в современном обществе поневоле при этом возникают многие сложности. Государство невозможно считать единым субъектом, разделение властей предполагает и разделение интересов; субъекты государственной деятельности - чиновники - также имеют свои интересы, ограниченную квалификацию и сложную мотивацию. Технология государственной службы не позволяет решать любой объем задач; он ограничен. Отсюда - необходимость вначале на методологическом уровне проработать предпосылки легитимности, чтобы иметь возможность действовать последовательно.

Начнем с методологии социального контракта. Следует полагать, что в сложившихся условиях методология, основывающаяся на социальном контракте, должна включать в себя посылы, в большей мере выражающие ценность личности, возможность индивидуального искупления содеянного, социального и индивидуального прощения.

Они наличествуют в российской мыслительной (философской, социологической, политологической и пр.) светской и религиозной традициях и, вероятно, могут и должны быть противопоставлены учениям, рассматривающим историю человечества преимущественно как борьбу за ресурсы и статусы, как преодоление противоречий, в известной диалектической триаде ведущее к их снятию, что в социальной практике означает нередко уничтожение носителей этих противоречий <1>.

<1> Неудивительны высказывания такого рода в литературе: "Следует отметить гуманизм уголовной политики после революции, переходивший часто в необоснованный либерализм. Так, за первое полугодие ВЧК расстреляла за контрреволюционные преступления лишь 222 человека" (см. Кузнецова Н.Ф. В кн.: Курс уголовного права. Т. 1. С. 27).

Впрочем, было бы крайне опасно и социально вредно сводить признание ценности личности к специфически понимаемому гуманизму либо к так называемой правоохранительной деятельности. Личность, в некотором смысле как земля, воздух, вода, есть носитель и ресурс жизни. Необязательное ограничение субъектных человеческих ресурсов страны, их несбережение означает наиболее эффективный подрыв основ ее существования, включая экономическую, оборонную и другие виды безопасности.

И в то же время данный подход не является препятствием к эффективной карательной политике, но такой, для которой уменьшение разреза при операции есть признак квалификации хирурга.

Легитимность уголовного права должна, следовательно, ограничиваться признанием социальной ценности личности, а затем обосновываться необходимостью защиты от реальной опасности, здесь, сейчас и в определенных ситуациях угрожающей жизни, основным правам человека и гражданина, фундаментальным условиям существования социального мира <1>. Состояние этой опасности должно анализироваться до принятия уголовно-правовых решений, исходя, в частности, из значимости ценностей, которым угрожает опасность, интенсивности, реальности, актуальности самой опасности.

<1> Иногда это подчеркивается в литературе. Ю.П. Соловей и В.В. Черников отмечают: "Известно, что полицейская мера, наносящая ущерб правам и свободам граждан, оправдана лишь в той степени, в какой она вызвана необходимостью (принцип "экономии полицейского вмешательства"). В этой связи милиция должна вторгаться в права и свободы граждан только тогда, когда без этого не могут быть выполнены возложенные на нее обязанности" (см.: Комментарий к Закону РФ о милиции. М.: Проспект, 2000. С. 32).

Наконец, определение легитимности требует рассмотрения наказания в качестве "последнего довода", не имеющего альтернативы. Возможность сохранения в принципе нуждающихся в защите социальных ценностей, их восстановления либо эквивалентного

возмещения ущерба без применения уголовного наказания в принципе исключает легитимность уголовного права.

Легитимность должна существовать применительно как к запретам, так и к правовым последствиям их нарушения. Легитимной является некоторая соразмерность деяния и наказания за него. Определяется она, как известно, крайне сложно. Попытки математического исчисления вне проговоренных и осознанных методологических оснований результата не дали. Нужны подходы на основе учета сложных моральных, рациональных и даже иррациональных посылок. Так, кажется необходимым обсудить в принципе возможность расплаты свободой человека за посягательство на имущество, не сопряженное с насилием или не повлекшее серьезного ущерба здоровью, чести, психическому состоянию потерпевшего.

Разумеется, при таком подходе риск для преступника уменьшается, поскольку совершение преступления становится более безопасным. Но это проблема правоохранительных органов, которые действуют отнюдь не для удовлетворения собственных представлений о справедливости, смахивающих на жажду мести или стремление повысить свою значимость, а выполняют возложенный на них долг.

При всем этом, разумеется, сохраняются общие уголовно-правовые требования к криминализации и декриминализации деяний.

Государство и его монополия на насилие. Общая посылка состоит в необходимости эффективного государства как условия легитимности уголовного права. Но характеристика государства и его возможностей осуществлять насилие при анализе легитимности уголовного закона также нуждается в осмыслении с позиций современной науки и социальной практики. Здесь, в частности, необходимо: проанализировать соотношение государства и публичной власти, что, очевидно, не одно и то же; учесть внутреннюю дифференциацию государства как системы властей (пока что теории государства несут на себе отпечаток абсолютной монархии <1>); жестче выявить служебную роль государства и ответственность государственных органов за выполнение социального контракта.

<1> Об этом хорошо написал А.Б. Венгеров (см.: Теория государства и права: Учебник. М.: Новый юрист, 1988. С. 86 и след.).

Кажется социально упречным, когда государственные органы заявляют о невозможности обеспечить нормальные условия отбывания наказания. Если это чья-то расхлябанность, она заслуживает кары; если действительно нет условий, то по этой причине следует менять карательную практику.

С проблемой легитимации тесно связаны гносеологические предпосылки уголовного права. Убеждение в том, что социальная истина всегда достижима, а ее критерием является не столько практика, сколько формальная процедура признания, по существу снимает вопрос о совершенствовании механизма противодействия ошибкам, скрытым и деформированным мотивам принятия решений. Общество не может верить, что постоянно ошибающийся законодатель и слабо владеющие родным языком субъекты формирования законодательных решений действительно могут принимать решения со знанием дела, - оно должно их контролировать.

Бездумная вера обходится крайне дорого, а ограниченность методологических оснований уголовного закона способна быть жизненно опасной для самого существования народа и государства.

Проблема жесткости уголовного права. Она тесно связана с проблемой легитимности уголовного закона, но все-таки имеет определенную специфику. Легитимность в принципе определяет саму возможность выбора интенсивности, жесткости воздействия, т.е. санкции, а собственно выбор меры репрессивности, жесткости - это уже иная проблема. При этом трудности легитимации несколько смягчаются умеренностью законодателя и правоприменителя, их стремлением не навредить.

История человечества показывает, что интенсивность наказания, его жесткость часто выходили за пределы понимания среднего человека. Снижение репрессий требует специальных интеллектуальных усилий. Необходимо преодоление разрушительных взглядов, когда индивид рассматривается как враг, чужой, объект манипуляции. До сих пор, явно или нет, вслед за Кантом оправдываются и применяются в качестве аргумента идеи талиона, возмездия по принципу "око за око". Социальная справедливость в сфере наказания понимается как воздаяние насилием, измеренным с распределительных позиций. Субъект, назначающий наказание, выводится за рамки взаимоотношающихся социальных отношений, и с него снимаются обязанности обеспечения правомерного поведения и правомерного наказания.

Это отнюдь не теория. Государство в прошлом, вводя плановую экономику, по смыслу вещей брало на себя обязанности обеспечения граждан - фактически подданных - тем, что необходимо для достижения декларируемых целей социального развития. Эти обязанности не выполнялись. Дефицит был нормой жизни. К крушению плановой экономики общество пришло, не создав для

граждан минимальных жизненных условий. Между тем государство позволяло себе наказывать граждан жестче, чем в других странах с развитой правовой системой, за встречное невыполнение гражданами лежащих на них обязанностей. При этом профессионалам хорошо известно, что собственно санкции за то или иное преступление еще не определяют жесткость наказания за него, хотя обычно и декларируется иное. В действующий УК РФ лукаво, если не бездумно, введены многочисленные средства усиления санкций, и в частности практический отказ от применения основных составов преступления с переходом на квалифицированные, поскольку сам перечень квалифицирующих признаков крайне широк и далеко не всегда указывает на повышенную вредность (общественную опасность) деяния. За пределы возможного разумного толкования на практике выходит бесконечное расширение и ужесточение уголовно-правовых запретов, пусть даже объясняемое значимостью для общества тех или иных интересов. Например, в сфере экономики это уголовная ответственность за невозвращение валюты, за незаконное использование товарного знака, за неиспользование акцизных марок и пр. Точно так же можно оценивать институт группового соучастия, влекущий резкое усиление наказания, равно как и сложение наказания как практически единственного начала при назначении наказания по совокупности преступлений и приговоров, причем в условиях полной теоретической неясности идеальной совокупности, усиление ответственности за неоднократность и др.

При формулировании этих уголовно-правовых предписаний, на наш взгляд, нередко работало именно иррациональное понимание жесткости как блага обязательного и социально одобряемого средства воздействия на лиц, нарушивших уголовный закон. Хотя не менее часто, быть может, работало обычное стремление угодить референтной группе и избавиться от подозрения в зарубежном либерализме. Свою роль играет и логика научной работы, стремление "нечто" внедрить в практику. Трудно найти диссертацию, в которой бы соискатель не предлагал усилить наказание за то или иное преступление. Причем во время ее защиты вопрос о необходимости этого обычно рассматривается как бестактная придирка.

Этот опыт должен повлечь отказ от постоянной ориентации законодателя на поиск различных средств ужесточения наказания и одновременно расширить возможности правоприменителя смягчать нормативную жесткость репрессии.

Уголовное право между символическим и рациональным

Постановка проблемы. Проблема символического и рационального в уголовном праве порождена необходимостью более глубокого понимания его природы, функций, возможностей и последствий.

Уголовное право как важнейшая составляющая уголовной и, шире, социальной политики, задачи и методы которой определены ст. 2, ч. 2 ст. 43 и рядом других статей УК РФ, традиционно и в принципе правильно рассматривается в качестве инструмента социального, охранительного и регулятивного воздействия. Вместе с тем механизмы и результаты уголовно-правового воздействия внутри общества остаются вечной проблемой. Невнятность, а иногда и мифологичность представлений о функционировании уголовного права естественно порождает и неясные представления о направлениях и способах его развития. Построить единую и достоверную модель действия уголовного права не удавалось и ранее; сейчас, в условиях социальных перемен, такая задача кажется непосильной. Видимо, стоит обсуждать различные подходы к пониманию уголовного права.

Следует оговорить, что использование здесь или в других работах категории "символическое действие уголовного права" не должно рассматриваться как нечто негативное, как указание на отсутствие эффективности, как признание иллюзорности и нечто совсем новое. Данная категория вписывается в российскую литературу и вообще в историческую тенденцию, в которой отнюдь не игнорируются многовекторность и многообразие последствий символического действия различных социальных акций, включая уголовное право. Организация процессов против "врагов народа" с подробным анализом соучастия, причинной связи, общественной опасности, с возрождением идущего от Французской революции понятия "враг народа" - эффективнейший образ негативной символики.

Тем не менее приходится признать, что понятие символического воздействия уголовного права в российской правовой, во всяком случае, уголовно-правовой, литературе не употребляется или почти не употребляется. Собственно говоря, это более чем удивительно, поскольку символика и действию символов в отечественной культуре придается большое, если не решающее, значение.

Уголовное право по природе вещей имеет символическое содержание, а поэтому воспринимается гражданами - своими адресатами - как некий символ, как "знак, в котором связь между ним и значением является более условной, чем естественной" ^{<1>}, как то, что несет определенное послание о намерениях государства, его политике, защищаемых ценностях и в то же время выступает как реальное явление, имеющее рациональные основания и следствия.

<1> Гнездо понятий, связанных с исходным понятием "символ", весьма широко. В Толковом словаре русского языка С.И. Ожегова и Н.Ю. Шведовой "символ" определяется как условный знак какого-то явления, знак чего-то, а "символический" - как имеющий скрытый смысл, наводящий на ассоциации. В соответствующих специальных словарях понятия "символ", "символический", "символизм", "символика" передают широкий набор значений (см., например: Большой толковый социологический словарь. Т. 2. М.: Вече-Аст, 1999).

Проблематика символичности уголовного права, или символического уголовного права, ставилась в немецкой литературе. Проф. Б. Хаффке определял символическую составляющую как "существенно эмпатическое усиление средств, необходимых для достижения разрешенных целей", указывая, что логика инструментального мышления не есть логика уголовно-правового мышления (см. об этом: Haffke B. Die Legitimation des Staatliches Strafrechts zwischen Effizienz, Freiheitverbargung und Symbolik // Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag. Berlin - Bonn u.a.: Walther De Greyter, 2001. S. 955ff.).

И символическая, и рациональная составляющие уголовного права сопровождают друг друга, что объективно неизбежно и субъективно желательно. Актуальная и вполне практически значимая проблема состоит в:

- определении того, каким символом и символом чего должен быть уголовный закон, что он должен символизировать (силу, терпение, гуманность, либо агрессию или угрозу, либо успокоение и пр.), каким образом (четкость запрета, его связь с господствующей моралью, жесткость наказания или, напротив, неопределенность запрета, законодательная демагогия, наличие "мертвых норм");

- оценке достаточности существующего символического воздействия;
- разграничении необходимой, ложной и действительной (принимаемой) символики;
- осознании связи символического и рационалистического подходов;
- понимании содержания рационального подхода, рациональной составляющей.

Признание связи символического и рационального в уголовном праве отражает тот очевидный факт, что продукт действия уголовного права всегда и прежде всего символ, а затем - реальное изменение объективной реальности, проявляющееся, в частности, в возможности наказания и связанном с ним ограничении свободы, изменении статуса и поведения лиц, являющихся адресатами уголовного закона. В теории и на практике здесь возникает крайне трудная проблема разграничения необходимой и ложной символики уголовного права. Эта проблема имеет две стороны:

- выявление сознательной (с прямым или косвенным умыслом) подмены пустой символикой реального действия уголовного закона;
- сопоставление соотношения высоко символического, но мало применимого законодательства с законодательством, поддающимся реализации.

В каждой из этих ситуаций необходимы критерии излишнего (ложного) символического воздействия. На наш взгляд, основными критериями такого рода являются:

- неисполнимость предписания даже в наиболее благоприятных условиях, т.е. не зависящих от субъективного фактора;
- неопределенность предписания, проявляющаяся в оптимизации программирующего начала;
- перенос закона в подзаконные акты.

Практическое значение имеют вопросы о том, позитивным или негативным символом является современное уголовное право, в какой части и для кого; каково социальное значение уголовно-правовой символики; нет ли перекоса от реалий к символам; соответствуют ли позитивные проявления уголовного права затратам на него; рациональны ли эти затраты; каковы созидательные и разрушительные действия уголовного права.

Исходные предположения. Они таковы:

- современное уголовное право Российской Федерации действительно воздействует на своих адресатов и символической, и реальной, рациональной составляющей, но направленность, сила и эффективность такого воздействия не ясны;

- существует возможность уяснить, а затем измерить и описать содержание символического и жесткого реального воздействия; можно выявить их необходимость и достаточность, реализовать их оптимальное сочетание в уголовной политике;

- принципиально возможна оптимизация символического и рационального, имея в виду, что сомнению и анализу должны быть подвергнуты сложившиеся, заостреневшие символы и поведенческие стереотипы, например, с одной стороны, символ неотвратимости наказания, а с другой - фактический отказ от разумной минимизации ресурсоемкости уголовного права, примером чего является ст. 35 УК РФ; при этом принимается, что уголовное право должно быть принципиально сориентировано на минимизацию в широком смысле, ибо оно (уголовное право)

является и опасным, и крайне необходимым, и, во всяком случае, именно по своей природе должно быть ограничено как некоей реальной потребностью (вряд ли изученной), так и возможностями ее достижения.

Выделение символического и рационального связано с тем, что они различаются как объекты познания и исследуются в принципе разными методами; причем исследование символического еще более политизировано, чем исследование рационального. На его оценку, в частности, действуют стратегические и - чаще - политические цели, интересы СМИ, традиции, интересы отдельных групп. Наглядный пример: оценка символического воздействия смертной казни и спекуляции.

Анализ символической и рациональной составляющих уголовного права. Здесь возникает много трудностей. При обращении к уголовно-правовой литературе, мнениям практиков, впечатлениям граждан видно, что одни и те же институты получают в статике и динамике совершенно различные оценки: уголовное право излишне жестко/излишне мягко; смертная казнь нужна/не нужна; Уголовный кодекс - это шаг вперед/он никуда не годится и пр.

Верифицируемыми показателями все же являются:

- а) количество и структура обвинительных приговоров;
- б) количество лиц, отбывающих наказание в виде лишения свободы, и применение иных видов наказаний, а также количество лиц, освобожденных от уголовной ответственности;
- в) состояние, структура и динамика преступности, рецидив;
- г) социальные издержки применения уголовного закона.

Менее убедительными кажутся: отношение к уголовному закону, степень доверия к правоохране, чувство безопасности и т.п.

Представляется, что для оценки символической и рациональной составляющих уголовного права нужно в рамках возможного согласия определить ожидания к нему. При этом должны быть:

- задачи уголовного права преобразованы в описания некоторых желательных изменений в обществе;

- выявлены связи между состоянием уголовного закона и реальными изменениями общества, в частности его символическим и реальным действием;

- определены зависимости уголовного права от социальных перемен.

При анализе символической составляющей можно считать, что уголовное право:

- символизирует фактом своего существования определенную степень ценности некоторых социальных благ, признания и представления о справедливости и защищенности, обеспеченности согласованного обществом социального порядка;

- легитимирует государственный упрек в отношении определенной части населения, позволяя объявлять ее социально упречной и переводить на нижние ступени социальной структуры;

- стимулирует некоторыми эмоциональными аргументами поведение людей и складывающиеся в обществе отношения.

При анализе рациональной составляющей видно, что уголовное право:

- потребляет социальные ресурсы, поскольку его функционирование нуждается в постоянных инвестициях, реализуемых как собственно бюджетные средства, кадры, перенесенный труд и пр.;

- влияет на политическую систему, степень реализации основных прав и свобод граждан;

- экономическими аргументами влияет на поведение, в том числе определяя выбор поведенческих актов по системе "убытки - выгоды" и т.п.

Все эти процессы выражаются в первичных результатах фактом своего осуществления и, меняя их, в так называемых вторичных и последующих результатах. При этом, возможно, самое существенное состоит в том, что символическое воздействие подкрепляется или опровергается следствиями реальной составляющей. Это хорошо видно на примерах символического воздействия начала неотвратимости, неприкосновенности государственной собственности в прежние времена и т.д.

Эмпирическое описание следствий действия уголовного права дать сложно. Так, на основе социологических исследований можно более или менее определенно изложить восприятие уголовного закона индивидами и социальными группами (отношение, степень доверия); существует, но во многом латентно, информация об инвестициях, т.е. вложениях бюджетных и частных средств в осуществление правосудия по уголовным делам; теперь пишут о влиянии уголовного закона на капитализацию и эффективность предприятий.

Следовательно, несмотря на все трудности с пониманием происходящих процессов и получением верифицируемой информации о них, каждая из выделенных составляющих уголовного права в принципе может быть описана с помощью определенного понятийного аппарата и отражена в возможной мере качественными и количественными признаками. Пока же складывается впечатление, что в современном общественном сознании уголовное право выглядит совершенно иначе, чем его фактическое состояние. Эмпирические данные о нем крайне

ограничены именно в сфере воздействия, опредмечивания; сопротивление самим попыткам получения более реалистической информации об уголовном праве весьма сильно.

Таким образом, анализ символической и рациональной составляющих уголовного права включает в себя получение информации о том:

- каково соотношение позитивных и негативных символов, порождаемых уголовным правом, фактом его существования, его действием;
- какие информационные, ресурсные, кадровые и иные факторы реально определяют содержание и действие уголовного права и является ли рациональным в пределах существующих ограничений их использование;
- является ли оптимальным сочетание позитивной символической составляющей и рационального подхода.

Механизм символического действия уголовного права. Выделим как начальный результат исследования три его направления:

- воздействие на иерархию социальных благ;
- оценка (практика реализации) распределительной социальной справедливости;
- аргументация выбора вариантов поведения.

Обычно все эти направления описываются через указание на общую превенцию уголовного запрета. На самом деле этого недостаточно, и указание на символическое действие уголовного права выявляет важную информацию, отнюдь не сводящуюся к описанию общей и специальной превенции, и, что очень существенно, сама эта информация является допустимой (корректной) и несет в себе много смыслов.

Первое выделенное здесь направление символического действия уголовного права - это императивно выраженная иерархизация правовых благ и одобрение или неодобрение социальных ценностей, включая стереотипы поведения, обычаи, предпочтения, даже личностные качества. Законодательное закрепление, пусть неполное, но все же, вероятно, достаточное, этому направлению дает ч. 1 ст. 2 УК РФ (этим ее смысл не исчерпывается). В этом случае уголовное право либо дополняет, либо изменяет ценностные ориентиры общественного сознания.

При этом следует учитывать действительно существующие обстоятельства:

- уголовное право преобразует оценки, но, как правило, не создает их: так, курение, пьянство и употребление наркотиков, во всяком случае формально, обществом не одобряются, но запрещенная уголовным законом наркомания все же стоит на шкале неодобрения в среднем выше, наличие уголовно-правового запрета оборота наркотиков связало их с преступностью, к тому же с организованной преступностью, а также с опасностью для граждан, исходящей от милиции, как коррумпированной, так и некоррумпированной;

- уголовное право часто, а в трансформационные периоды очень часто, деформированно отражает реально существующие в обществе ценности; так, после ожесточенной борьбы со спекуляцией именно как преступлением, формально осуждаемым в общественном мнении, многие граждане России охотно торгуют чем могут, гордо называя себя дистрибьюторами, менеджерами по продаже и пр.;

- оценка правовых благ в уголовном законе испытывает серьезное влияние внеправовых факторов: она порождается ими, усиливается либо ослабляется, погашается, что в части снижения описывается теорией анемии права.

Таким образом, не содержа в себе по общему правилу позитивных предписаний, уголовное право все же на основе определенного общественного согласия, частью добровольного, частью вынужденного, реально содержит в себе, подтверждает и в конечном счете укрепляет некоторую иерархию оценок, принимаемых обществом.

Второе направление символического действия нормативно закреплено в ст. 43 УК РФ и проявляется в провозглашении идеи восстановления социальной справедливости. Этот процесс разнообразен по своему характеру и не совпадает с общей превенцией: так, гражданин, отнюдь не склонный по состоянию здоровья к нарушению половой свободы и половой неприкосновенности, все же вполне искренне одобряет наказание лиц, совершающих преступления такого рода. Такой подход более реально определяет круг адресатов уголовного права, включая в него лиц, склонных соблюдать нормы УК РФ и требовать этого от других - потерпевших, лиц виктимных либо находящихся в виктимных ситуациях, и пр. При этом символом является сама возможность уголовно-правового воздействия, что наглядно проявлялось в изречении "вор должен сидеть в тюрьме", где даны две составляющие символического действия уголовного закона: а) вор - явное осуждение поведения; б) должен сидеть в тюрьме, что символизирует надежды граждан. Конечно, угроза наказания, во-первых, не всегда способна восстановить идею справедливости и укрепить ощущение справедливости, которое к тому же бывает часто ложным, а во-вторых, она, т.е. угроза наказания, не является единственным и во всех случаях надежным средством достижения этих целей.

Можно полагать, что послание, содержащееся в уголовном законе и направленное на укрепление идеи социальной справедливости, содержит в себе указание на: а) легитимность

запрета, его конституционность; б) действительность согласия общества с запретом; в) исполнимость запрета и пр.

В то же время практика показывает, что посыл (сигнал) уголовного права часто бывает деформированным, разрушая, а не укрепляя ощущение социальной справедливости. Примерами являются постоянные жалобы в научной литературе, в СМИ на недостаточность наказания, ошибки законодателя и пр.

Именно поэтому актуальна разработка теории восстановления социальной справедливости в уголовном праве. С помощью психологов это позволит установить, что имеет больший эффект: традиционно понятая неотвратимость наказания или иные средства символического воздействия, превращающие его порой в запоминающееся и мотивационно значимое событие. Должна решаться важная проблема различия символики, действующей позитивно и негативно <1>.

<1> Здесь налицо сложная, хотя и решаемая проблема: любой специалист вправе критиковать уголовный закон, но на основе некоторых принятых правил научного обсуждения. Нередко же публикуются оценки уголовного закона и предложения, обсуждавшиеся в процессе его принятия, отвергнутые и часто просто бестолковые, что особенно характерно при обсуждении так называемых экономических преступлений. Но авторы свои тезисы аргументируют утверждениями такого рода: "Был создан режим наибольшего благоприятствования для мошенников-профессионалов", "Законодатель проигнорировал эти соображения" и пр. Так создается миф о заговоре, причем чаще всего бесталанными специалистами.

Третьим направлением можно считать аргументацию поведения, о чем много писали, и тем самым укрепление идеи эффективного правосудия и соответственно эффективного государства, о чем писали меньше. В этом направлении посылами собственно уголовного закона можно считать: стабильность текста, обоснованность необходимых изменений, опять-таки исполнимость и связанную с этим речевую и поведенческую дисциплину представителей публичной власти.

Таким образом, создается определенная атмосфера уверенности граждан, снижаются уголовно-правовые риски, менее реальной становится поговорка "от тюрьмы и сумы не зарекайся", государство становится надежным партнером или, если угодно, слугой общества. При этом действительно возникают вопросы, вроде бы очевидные, но игнорируемые. Выделим их для начала:

- проблема адресатов, которые уже не составляют единого общества, а представляют собой группы влияния, центры власти, носителей определенных интересов и пр.; все они неодинаково воспринимают уголовное право, примером чего являются споры о смертной казни, ответственности за экологические преступления и пр.;

- проблема субъектов, которые должны пользоваться общественным доверием, а не тратить институциональный авторитет. Доверие (как и в случае с банковской системой) может быть достигнуто с трудом и не скоро. Но для начала нужно хотя бы отрегулировать речевые процессы работников правоохраны, установив, как это делается во многих странах, профессиональный запрет на выступления, введя процессуальный порядок передачи в прессу информации по уголовным делам (возможно вынесение соответствующего постановления и пр.), особенно оценочной, но главные вопросы здесь, конечно, глубже;

- проблема оптимизации приемов символического воздействия: следует попытаться измерить вред, причиненный жесткими заявлениями, так называемыми масками-шоу, когда скрывались лица, ни для кого, в отличие от следователя, не интересные, и когда восстановление социальной справедливости подменялось демонстрацией мускулов, а иногда и ненужной жесткостью.

Оптимизация символической составляющей уголовного права. Укажем здесь лишь на некоторые проблемные ситуации, не касаясь организационных и правовых аспектов их разрешения.

Исходным является тезис о том, что символическое воздействие уголовного права представляет собой поддающийся управлению, реальный и весьма социально важный феномен. Его действительное состояние можно оценивать по критериям качества и количества, в частности противоречивости, стабильности, деформированности, латентной и явной позитивности, дифференцированности по группам адресатов, интенсивности и объему действия.

Однако необходимо особо анализировать динамику символического действия уголовного права, исходя из того, что его позитивные результаты представляют собой некое пусть своеобразное, но общественное достояние, которое является благом, принадлежащим обществу, имеющим свою социальную цену, но довольно, к сожалению, хрупким. Условно говоря, символическую составляющую уголовного права было бы возможно сравнивать с деловой репутацией, различным образом определяющей, скажем, кредитные рейтинги, с так называемыми брендами, которые стоят часто больше, чем иные производственные активы. Соответственно, необходимо обеспечивать "приращивание" этого блага и предупреждать его бесцельное

расходование. Любой неправосудный приговор, неверная квалификация деяния не ликвидируют символического воздействия уголовного права, но либо искажают, либо снижают его позитивную направленность. Поэтому за неверные правоприменительные решения сейчас платит общество, а должен отвечать в той или иной форме виновник.

Известно, что неверные решения такого рода принимаются повседневно, часто спонтанно, неосознанно, но во всех случаях они влияют на функционирование уголовного права. Дополнительные трудности связаны еще и с тем, что позитивное символическое воздействие уголовного права подрывается наиболее часто тремя группами лиц:

а) потенциальными и реальными нарушителями, и это нужно принимать как естественную трудность;

б) превышающими или деформирующими свои полномочия или моральные обязанности субъектами правового оборота (участвующими в правоприменительной практике, и это следует пресекать);

в) лицами, транслирующими действие уголовного закона (СМИ, субъекты научно-исследовательской деятельности и пр.), и этого следует избегать.

Наконец, необходимо выявить состояние инфраструктуры и обеспеченности символического воздействия уголовного закона, в частности, доступа граждан к правосудию (визуального и иного контроля за его осуществлением, своевременного обоснования в допустимых законом пределах принимаемых решений). Например, вряд ли усиливает символическое воздействие закона и то, что раньше называли воспитательной ролью суда, странное злоупотребление проведением судебных заседаний в заведомо недоступных для публики местах.

В рамках совершенствования символической составляющей действующего УК РФ следует, на наш взгляд:

- обсудить и привести в соответствие с разумными взглядами общества систему санкций, например по шкале восприятия преступности: насилие экономической окраски и немотивированное насилие психически нормальных людей - по максимуму 10 баллов; насилие немотивированного характера, связанного со ссорами, - 7 баллов; хищение, направленное на личное имущество, - 6 баллов и пр. Реализация на деле такого распределения, естественно, должна обсуждаться; приведенные цифры совершенно условны. Но кажется несомненным, что система наказаний в своей основе должна соответствовать именно принятой в обществе иерархии защищаемых ценностей. А ступени иерархии уже выделил законодатель, избрав нынешнюю структуру УК РФ, в которой корректировки в смысле перемещения заслуживает лишь раздел XII (гл. 34) УК РФ;

- такого же рода обсуждению и корректировке подвергнуть систему средств, с помощью которых отражается общественная опасность деяния, т.е. дается его материально-правовая характеристика. Здесь также возникает проблема символизации используемых средств. Это успешно проделано с признаком организованности, которая в глазах общественного мнения символизирует повышенную опасность. Однако по логике событий ответственность несут обычно малопосвященные в деятельность группы исполнители. Символика оказывается деформированной.

Анализ проблем дальнейшей символизации уголовного права связан с его внутренним совершенствованием, в частности большей адаптированностью к поведению потенциальных адресатов, и с внешним инфраструктурным обеспечением реализации символического потенциала. Все это заслуживает специального анализа. Однако в данном случае целесообразно перейти к началам рационализма в уголовной политике и уголовном праве.

Рациональная составляющая уголовного права. Она несколько парадоксальным образом должна включать в себя позитивную символическую составляющую уголовного права, выступая и как ее обеспечивающий фактор, и как система организаций. В то же время рациональная составляющая уголовного права есть общее условие его эффективного функционирования в соответствии с интересами и возможностями общества.

По-видимому, только взвешивание необходимости в символической и рациональной составляющих может быть положено в основу развития уголовного права. Символическое воздействие длительных сроков наказания за кражу спорно, но аргументы в пользу их сохранения кажутся убедительными. Что дает рациональный подход? Как перейти от "считаем правильным" к "может в лучшем случае"? Попробуем высказать ряд соображений по этому поводу, основываясь на уголовно-правовых данных. Рациональный подход означает определение достижимых целей уголовного права: уяснение выгод и убытков, которые влечет для общества применение уголовного закона; перевод их в объективные социальные характеристики, в частности повышение/снижение производительности труда; ухудшение/улучшение инвестиционных условий; замедление/ускорение демографических процессов; рост/снижение прямых и косвенных инвестиций. Он означает далее применение экономических методов для оценки: а) пригодности действующего уголовного закона к использованию; б) поведения адресатов действия уголовного закона, для которых его существование и действие должно быть значительным поведенческим

аргументом; в) сопоставления социальных инвестиций в уголовное право и полученных социальных выгод.

Рациональный (экономический) подход обязывает к определенному стилю мышления и управления. Он накладывает существенные ограничения на принимаемые решения уголовно-правового содержания и уголовно-политического характера, определяет последствия проекта, решения, общие расходы на осуществление проектов. Любое предложение повысить меру наказания есть предложение о дополнительных бюджетных расходах. Это не новость для законодателя, но это проблема, которая нуждается в исследовании, а затем в переводе на уровень примерных расчетов и рекомендаций. Основной целью рационального подхода является, таким образом, минимизация социальных расходов, оптимизация результатов действия уголовного права в данной социальной обстановке при соблюдении определенных начал и правил. К сожалению, проблематика рационального подхода обсуждается преимущественно в экономической литературе. Юристы должного внимания этому не уделяют.

Впрочем, родоначальниками и создателями такого подхода иногда называют И. Бентама, Х. Кельзена, М. Вебера и Е. Пашуканиса <1>. Набор имен неожиданный, во всяком случае, что касается Х. Кельзена и Е. Пашуканиса, но, подумав, можно согласиться, что рациональное право должно быть "чистым", избавленным от лишнего и, наоборот, чистое, рациональное избавлено от случайного.

<1> См.: Kunz K.-Z. Einige Gedanken uber Rationalitat und Effizienz des Rechts // Festschrift fur Arthur Kaufmann. Munchen: C.H. Beck, 1982. S. 188.

Об анализе рациональной составляющей уголовного права. В целом действие уголовного права вслед за Н. Кристи можно представить как очень специфический производственный процесс. В нем важны мотивация, знания, выбор продукта, цена продукта. Здесь нет прямой связи между инвестициями и результатами, поскольку крупные затраты денег могут и не дать необходимых стране результатов.

Поэтому рационализация действия уголовного права возможна при соблюдении ряда условий. Таковы:

- наличие четкой уголовной политики, готовой к изменению целей в изменяющихся условиях, включая минимизацию целей при возможности использования иных, не уголовно-правовых средств;
- соблюдение принятых правил реализации уголовного закона, в частности квалификации деяний, назначения наказаний;
- очищение процессов реализации уголовного закона от коррупции и произвола.

Первый этап анализа должен состоять в структурировании экономических последствий действия уголовного закона по сферам, адресатам, характеру и в описании этого процесса на основе понятийного аппарата экономики или, точнее говоря, на основе одного из них, поскольку здесь возможны большие различия.

В экономической литературе, как известно, указывают на теории "продуктивности", рассматривают связи между результатами и факторами результатов; вопросы устройства предприятия связываются с порядком в обществе и разграничивают классическую и неоклассическую экономику. Неоклассическая экономика сменяется новыми теориями. В рамках экономического анализа или для него разрабатываются управленческие теории организации и др.

С юридических позиций описание действия уголовного права можно дать объектно и через материально-правовые: а) решения; б) выполнение; в) результат, - взятые прежде всего как сложившаяся практика, а также на индивидуальном уровне.

Каждый из этих элементов оценивается:

- затратами, измеряемыми временем, с перенесенным и собственным трудом и упущенной социальной выгодой (при квалификации деяния руководителя как преступного предприятие снижает производительность труда);
- выгодами, измеряемыми получением необходимой информации, созданием правооснований для последующих действий, прекращением или замедлением преступной деятельности и пр.;
- их сопоставлением; соотношением; затраты/выгоды также должны измеряться поэлементно и в целом, завися от качества законодательства, его соблюдения, профессионализма правоприменителя, а также внешних факторов (восприятие, сопротивление и др.).

Второй этап анализа состоит в сопоставлении результатов оценки рациональной и символической составляющих уголовного права, о чем кратко говорилось выше. Предложенное не снимает всех трудностей повышения эффективности уголовного права, однако при его углублении может оказаться полезным.

Такое описание носит, разумеется, характер определенной конвенции, согласия и может остаться, если вообще останется, типографским фактом. Воздействие на практику оно в любой ситуации оказывает с трудом. Впрочем, его действительно можно показать на примере. Статья 35 УК РФ дифференцирует ответственность за совершение преступления группами лиц различной сплоченности. Оставим в стороне происхождение этих норм. Однако в Особенной части они: а) воспроизводятся не вполне последовательно в качестве квалифицирующих признаков; б) юридически вытесняются ст. ст. 208 - 210 УК РФ. В первом случае они легко заменяемы иными квалифицирующими признаками. Во втором - они работают, но не срабатывают <1>.

<1> Здесь также нельзя ссылаться на российские условия. Аналогичные запреты не работают нигде.

Пытаясь дать экономическую характеристику этих норм, заметим, что принимается ряд решений, направленных на собирание информации о наличии нескольких лиц, которые: а) либо заранее договорились о совместном совершении преступления; б) либо находились до этого в устойчивых связях и заранее объединились для совершения одного или нескольких преступлений и т.д.

Статья 35 УК РФ указывает: а) на признание преступления совершенным; б) неким коллективным субъектом. Из нее следует, что участие в преступлении X, Y, Z должно быть установлено, причем, по-видимому, в качестве исполнителей. Расходы на это неизбежны. Далее, нужно устанавливать их предыдущие связи и сплоченность; обычно они не характеризуются криминообразующими признаками, не переводятся в признаки отдельного деяния, что технически невозможно.

Установление участия в совершении преступления уже позволяет осуществлять цели наказания, причем в широких пределах. При этом, естественно, выявляется характер соучастия: внесение вклада исполнителей, общий умысел и пр.

Реализация ст. 35 ничего не добавляет к этому, требует много усилий, затягивает дело и разваливает его, хотя бы ввиду потери времени. Столь же показательными могут быть примеры иного характера, когда необходимо давать деяниям материально-правовую оценку, выходящую за пределы уголовного права.

Статья 160 УК РФ крайне лаконична: она устанавливает ответственность за хищение чужого имущества, вверенного виновному, и в ее необходимости сомнений нет. Но в условиях деятельности юридических лиц, постоянного изменения стоимости имущества, его динамичного оборота необходимо решать сложный вопрос права собственности, взаимных обязательств, что очень трудно делать в уголовно-процессуальной форме.

Наказание как исключительная деятельность оторвано от оценочной. Это, вероятно, верно теоретически, но практически одна система задает объем работы другой, не имея ни малейшего понятия о возможности реального исполнения поступающих заданий. Оно (наказание) описывается с экономических позиций значительно легче. Это в общем виде: расходы государства, включая требующие прямых инвестиций на исполнение; расходы общества, связанные с потерями потенциала социальной активности (например, состояние армии); потери экономики и пр.

Принцип экономии наказания определен гораздо лучше, чем кажется. Наказание - это очевидный расход и неявная выгода. Необходима презумпция определения его цены.

О соотношении уголовного и гражданского права в сфере экономики

Проблема соотношения уголовного и гражданского права. Эта проблема, имеющая длительную историю, сейчас лишь кратко и в самом общем виде рассматривается в уголовно-правовой и игнорируется в гражданско-правовой литературе <1>. Она чаще неструктурированно затрагивается в публицистических выступлениях, иногда - в методических пособиях и вынужденно обсуждается при принятии решений о квалификации деяний, подготовке очередных проектов изменения действующего УК РФ. Между тем происходящая объективно трансформация экономических отношений в нашей стране настойчиво требует создания оптимальной модели системы законодательства и правовой политики, в которой воздействие норм одной отрасли права на применение норм другой отрасли соответствовало бы внутренним свойствам права, закономерностям его реализации и потребностям общества.

<1> См.: Игнатов А.Н. В кн.: Уголовное право России. Т. 1. М.: ИНФРА-М-Норма, 1998. С. 16; Наумов А.В. Уголовное право: Общая часть. Курс лекций. М.: Бек, 1996. С. 1 и след. Развернутую характеристику соотношения уголовной и гражданской "неправды" с позиций своего времени см. в

книге: Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Т. 1. СПб., 1902. С. 102. Менее подробно см. переиздание этой работы 1997 г. (с. 51).

По природе права и в силу идеальных помыслов законодателя, если они на самом деле отражают реальные потребности общества, взаимодействие уголовного и гражданского права позитивно влияет на состояние правовой системы и экономики, которую эта система регулирует. На практике же по разным, иногда весьма существенным, причинам нормы уголовного или гражданского права либо противоречат друг другу, либо не обеспечивают регулятивными нормами применение необходимой ответственности, либо, что наиболее опасно, нормы уголовного права ограничивают действие гражданско-правовых норм. В истории страны это случалось нередко. Введение уголовной ответственности за спекуляцию резко ограничивало свободу экономического поведения людей, причем именно тех, которые в ней более нуждались. За такие преступления, как спекуляция, коммерческое посредничество, занятие запрещенными промыслами и пр., подвергались уголовному наказанию миллионы людей, что было связано, помимо прочего, с огромными бюджетными расходами. Исторические результаты легко наблюдаемы. И в настоящее время практика показывает, что уголовное законодательство и его применение способны так воздействовать на гражданское право, что предмет ведения и реальная применяемость последнего могут быть резко и антиконституционно ограничены ^{<1>}. Эта опасность должна устраняться волей законодателя, опирающегося на разумную правовую политику, а также применением юридико-технических средств, обеспечивающих конституционность реализации различных правовых норм.

^{<1>} Проблема усугубляется неверной оценкой действительного значения гражданско-правовых норм практическими работниками, связанной с применением уголовного закона. См.: Скобликов П.А. Взыскание долгов и криминал. М., 1999. С. 18 и след.

Структура взаимодействия уголовного и гражданского права. Обычно в литературе отграничивается одна отрасль права от другой вне связи с последующим принятием уголовно-правовых решений. Указывается на различие методов правового регулирования, когда дозволения и, соответственно, диспозитивные нормы соотносятся с гражданским и вообще частным правом, запрет и императивные нормы рассматриваются как присущие праву уголовному. В целом, если игнорировать естественные отклонения от чистоты метода правового регулирования, это верно.

Реально же сложившаяся структура взаимосвязей между уголовным и гражданским правом в сфере экономики куда сложнее. Она объективно порождается рядом обстоятельств, которые должны учитываться и правоприменителем, и законодателем. В частности:

- уголовное и гражданское право являются хотя и различными, но частями единой правовой системы, основанной на действующей Конституции РФ, соответственно нормы этих отраслей толкуются и реализуются по общим и учитывающим их различия юридическим правилам;

- нормы этих отраслей воздействуют на одни и те же объекты в сфере экономики, в частности на поведение, которое с социально-экономических позиций представляет собой единый объект регулирования;

- нормы уголовного и гражданского права, несмотря на все различия между ними, нередко описывают одинаковые фактические составы деяний (юридические факты), а правовые последствия совершения деяний, как правило, это меры ответственности, и их предписания могут совпадать как по фактическому содержанию, так и, реже, по предметной, материальной характеристике видов ответственности (штрафы, конфискация, изъятие при принудительных работах и пр.).

Так, предпринимательская деятельность одновременно регулируется нормами ГК РФ, в которых дается ее понятие и формируются условия ее осуществления, и, например, ст. 171 УК РФ, которая устанавливает ответственность как за ведение предпринимательской деятельности без лицензии, так и за нарушение самых разнообразных, регулируемых и ГК РФ, условий лицензирования. Поэтому механизм соотношения или взаимодействия норм этих отраслей включает в себя различные связи и подлежит во избежание судебных и законодательных ошибок раскрытию как в процессе правотворчества, так и в процессе правоприменения. С методических позиций целесообразно, в частности, выделить такие элементы структуры взаимодействия уголовного и гражданского законодательства, как его (взаимодействия) реальные последствия, способ и направления воздействия (связи), с тем чтобы на этой основе уяснить возникающие на практике проблемы.

Конечными последствиями взаимодействия норм уголовного (публичного) и гражданского (частного) права при регулировании сферы экономики являются:

- а) конкретизация предмета ведения;

б) программирование юридического толкования и, соответственно, реального содержания применяемых норм, что имеет особое значение вследствие распространенной бланкетности уголовно-правовых норм;

в) выявление материально-ценностного содержания норм, включая оценку явно или неявно заложенной в них общественной опасности или социальной вредности, оценку вины, т.е. того состояния психологического отношения к деянию, которое конституируется как юридически значимое;

г) расширение веера видов юридической ответственности;

д) возникновение профилактических предпосылок соблюдения уголовно-правового запрета, когда запрет одного вида поведения сопровождается указанием на другие, разрешенные виды поведения.

По способу взаимодействия может быть прямым, когда, например, понятие "сделка" и связанные с этим понятием гражданско-правовые нормы прямо определяют действительное содержание ст. 174 УК РФ "Легализация (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных незаконным путем". Это распространенная ситуация восполнения пробела в уголовно-правовой норме <1>.

<1> Неполнота уголовно-правовой нормы вряд ли выявляется достаточно подробно выделением ссылочных и бланкетных диспозиций. Во всяком случае, это не позволяет восполнить неполноту описания субъективной стороны преступления.

Направления взаимодействия норм уголовного и гражданского права (виды взаимосвязей). Разделим их на две группы. Первая включает в себя наиболее разнообразные юридически виды воздействия норм гражданского законодательства на уголовное. Вторая образуется порой более опасными видами практики воздействия уголовного закона на гражданское законодательство.

Гражданское законодательство воздействует на применение уголовно-правовых норм, когда в нем содержатся:

- нормативные характеристики фактических составов правомерных деяний или деликтов, совершение либо несовершение которых, образуя единый внутренний состав преступного правонарушения, оказывается условием уголовной ответственности либо исключаящем его обстоятельством; именно такая связь чаще всего имеет место, когда пишут о том, что "неуголовно-правовые нормы превращаются в "клеточку" уголовно-правовой материи" <1>;

<1> См.: Наумов А.В. Уголовное право. Общая часть. М.: Бек, 1996. С. 91.

- гражданско-правовые конструкции, понятия, предопределяющие в определенной части смысл предписаний уголовно-правовой нормы (сделка, совершение сделок, имущество, передача имущества, кредит, получение кредита и пр.), освобождающие от уголовной ответственности и от наказания (гл. 11, 12 УК РФ);

- предписания о совершении определенных действий (бездействии), которые выступают в качестве обстоятельства, исключающего уголовную противоправность (дозволение извлекать законным путем прибыль в принципе устраняет ответственность за так называемые нетрудовые доходы), должны были бы исключать возможность применения уголовной ответственности;

- меры юридической ответственности, в частности при причинении морального, физического и имущественного вреда, которые позволяют восстановить нарушенное благо без применения уголовного закона.

Уголовный закон со своей стороны подкрепляет жесткими санкциями гражданско-правовую ответственность, устанавливает фактически более узкие границы гражданско-правовых дозволений, а соответственно, границы свободы экономического поведения, что приводит к возникновению риска уголовной ответственности, связанного с возможностью произвольной неквалифицированной оценки значения гражданско-правовых предписаний. Расширенное толкование уголовного закона ложится в основу решений либо о так называемой доследственной проверке, либо о возбуждении уголовного дела. Распространившаяся, к сожалению, практика демонстративных силовых акций при проведении таких проверок реально вполне заменяет уголовное наказание (аресты имущества, прекращение работы предприятия и пр.). Это вызывает у ряда лиц боязнь принимать некоторые виды даже корректных гражданско-правовых решений, во всяком случае без покровительства ("крыши" - на сленге) <1>.

<1> См., например: Милицейские "крыши" протекали по своему усмотрению // Сегодня. 1999. 30 янв.

Все это объективно порождает необходимость выявления проблем взаимодействия уголовного и гражданского закона применительно к экономическому поведению и, главное, анализа юридических средств их преодоления. Эти проблемы таковы.

1. Межотраслевые правовые коллизии, возникающие вследствие противоречий между уголовным и гражданским законом, порождают различные подходы к квалификации деяний, трудно применяемые на практике, а тем самым порой ее непредсказуемость и нестабильность.

2. Межотраслевая конкуренция также порождает нестабильность практики за счет усложнения процесса квалификации деяний ввиду отсутствия необходимых правил преодоления конкуренции.

3. Несогласованное использование общих правовых понятий как в случае сохранения ими первоначального значения, т.е. приданного им теми нормами, для которых они являются собственными, исходными (ценные бумаги для гражданского законодательства), так и при изменении первоначального значения в контексте "чужой" нормы (имущество в смысле ст. 128 ГК РФ "Виды объектов гражданских прав"; на значение этого же понятия указывается в примечании к ст. 158 УК РФ, где его содержание, по единодушному мнению специалистов, сужается).

4. Неточная квалификация внутреннего состава юридического факта, признаки которого регламентируются гражданским законом.

5. Несбалансированность уголовного и гражданского правотворчества, являющаяся, в сущности, причиной и следствием названных выше проблем. Остановимся на первых трех проблемах.

Коллизии уголовного и гражданского законодательства <1>. Межотраслевые коллизии изучены наиболее слабо. В данном случае признание их существования означает, что правоприменительные органы вынуждены произвольно решать, нормами какой отрасли регулируются те или иные отношения, проявляемые через возникновение юридических фактов.

<1> См.: Матузов Н.И. Теория государства и права. М., 1997. С. 424 и след.; Тихомиров Ю.А. Юридическая коллизия. М., 1994.

Существуют две группы таких коллизий: явные и скрытые. Каждая из них может относиться к соответствующим правилам поведения - составам деяния, т.е. к возникновению обязанности совершить определенные действия, санкциям и пр. Пример явной, формально закрепленной коллизии: статья 575 ГК РФ позволяет дарить и получать государственным служащим и служащим органов муниципальных образований обычные подарки, стоимость которых не превышает пяти минимальных размеров оплаты труда (МРОТ). Статья 290 УК РФ, поскольку речь идет о должностных лицах, объявляет такие действия получением и дачей взятки. Причем судебная практика и уголовно-правовая доктрина решительно отказываются от установления сколько-нибудь определенных нижних границ взятки. Пример неявной коллизии - противоречия между ст. 174 УК РФ и предписаниями гл. 9 "Сделки" ГК РФ. Статья 174 УК РФ устанавливает ответственность за совершение финансовых операций и других сделок с денежными средствами или другим имуществом, приобретенным заведомо незаконным путем. Здесь возникает несколько противоречий. Прежде всего, понятие заведомой незаконности как основание уголовной ответственности противоречит, например, части 1 ст. 162 ГК РФ, по которой несоблюдение простой письменной формы, а оно может быть заведомым, т.е. известным третьему лицу, и незаконным, т.е. противоречащим требованиям ст. 161 ГК РФ о письменной форме сделки. Однако ст. 162 ГК РФ всего лишь не разрешает сторонам ссылаться в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания, но не лишает их права приводить письменные и другие доказательства и не влечет недействительности сделки. Тем более она не лишает права совершения последующих сделок с предметом сделки, при которой имело место несоблюдение простой письменной формы. Далее, юридическая конструкция "приобретение заведомо незаконным путем" трудно согласовывается с конструкцией неосновательного обогащения (ст. 8, гл. 60 ГК РФ). При этом особое значение могут иметь противоречивость или неодинаковое содержание заведомо незаконного пути и недобросовестности. Так, снятие поступившей на счет в банке пенсии ошибочно завышенного размера является заведомо незаконным, но по смыслу ст. 1109 ГК РФ недобросовестность здесь не презюмируется. Наконец, ГК РФ вообще не связывает недействительность сделки с ее предметом, кроме оборотоспособности объектов гражданских прав - ст. 129 ГК РФ. В противном случае была бы невозможна конфискация денежных средств, несомненно, являющаяся финансовой операцией.

Однако по прямому предписанию ст. 174 УК РФ при несоблюдении простой письменной формы сделки и наличии иных условий возможно наступление уголовной ответственности за отмыwanie денег. При этом надежда на здравый смысл правоприменителя, т.е. ограничительное толкование, не снимает проблему, ибо не дает гарантий от искажения действительных целей уголовного закона <1>.

<1> Во избежание таких коллизий, например, в ст. 299 УК Республики Польша, § 261 УК Германии дана развернутая характеристика описания объективной стороны отмывания денег.

Более опасной можно считать скрытую коллизию между признаками хищения, данными в примечании к ст. 158 УК РФ, и гражданско-правовыми нормами о сделках и условиях их действительности. По существу едва ли не каждый признак понятия хищения, сформулированного в указанной статье, противоречит соответствующим корреспондирующим предписаниям ГК РФ. Прежде всего, понятие имущества в УК РФ не совпадает с его понятием в ГК РФ. Уголовно-правовое понятие имущества охватывает вещи, деньги и ценные бумаги. Посягательство на права выводит его за пределы хищения. Гражданско-правовое понятие имущества при всей его многозначности гораздо шире и в любом случае распространяется на имущественные права.

Характеристика имущества как чужого в уголовном законе не вполне соотносится с понятием общей собственности. Не ясны различия между вещными правами и требованиями, вытекающими из обязательств. Последнее кажется тонкостью, но оказывается существенным при так называемом выбивании долгов. Следует решить, является ли долг чужим имуществом или имеет место осуществление гражданином по своему усмотрению принадлежащего ему гражданского права (ст. 9 ГК РФ) <1>. Корыстная цель по смыслу совпадает с целью получения прибыли, но объявляется преступной. Изъятие и (или) обращение чужого имущества может иметь место и при передаче вещи (о воле владельца ничего не говорится); передача же вещи возможна по воле собственника или владельца, например при мошенничестве.

<1> Только для иллюстрации сошлемся на более дифференцированный подход к понятию чужого имущества в ст. 237 УК Испании, где рассматриваются права титульного собственника и законного владельца.

Безвозмездность в уголовно-правовой доктрине понимается как отсутствие эквивалента при совершении возмездной сделки, но в гражданском праве без дополнительных условий это не влечет недействительности сделки. Между тем, возможно из лучших соображений, проявляются стремления признавать хищением продажу имущества по ценам, не совпадающим с балансовой стоимостью. Проблема в том, что это определение хищения в УК РФ рассчитано на традиционные кражи, мошенничество либо разбой, при которых его признаки, подкрепленные причинением ущерба, достаточны для обозначения преступления.

Однако в современном хозяйственном обороте между юридическими лицами либо в процессе управления их имуществом складываются сложные отношения. В этих условиях общественная опасность деяния, отсутствующая при гражданском правонарушении, должна быть конкретно определена в уголовном законе. Иначе в сходных случаях могут быть применены принципиально разные правовые нормы, либо дана оценка деяния как правомерного или неправомерного, либо один вид ответственности будет произвольно подменен другим.

Способы разрешения коллизий такого рода должны основываться на приоритетности гражданского законодательства в части правовой оценки деяния, выступающего в качестве юридического факта, и акцессорности уголовного. Характеристика оцениваемого деяния должна соответствовать гражданскому закону, поскольку в нем содержатся его признаки. Собственно деяние лица с точки зрения гражданского права - это юридический факт (фактический состав, имеющий юридическое значение). Коль скоро гражданское законодательство признает деяние правомерным либо порождающим исключительно гражданско-правовые последствия, применяться должно гражданское законодательство.

Если же в деянии обнаруживаются фактические признаки, выходящие за пределы состава нарушения гражданского законодательства и содержащиеся в уголовном законе, его применение представляется несомненным. Проблема состоит в том, чтобы такого рода признаки были выражены в диспозиции уголовно-правовой нормы, что и является целью уголовного закона. Приведем пример. Фирма "Г" по договору поставляет ООО "Пр" муку, а последняя, в свою очередь, поставляет той же фирме на ту же сумму дизельное топливо. Мука поставлена, а дизельное топливо не получено. По примечанию к ст. 158 УК РФ можно попытаться оценить деяние как хищение. Но по гражданскому законодательству имело место заключение договора, одна из сторон которого свое обязательство не исполнила, возможно виновно. Вопрос разрешается с позиций гражданского законодательства, и в применении уголовного закона нет необходимости <1>.

<1> См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1998. N 12. С. 41 - 42.

Такой подход соответствует Конституции РФ и целям как гражданского, так и уголовного законодательства. Уголовный закон охраняет, но не сужает конституционные права и свободы, которые устанавливаются и конкретизируются также в гражданском законодательстве. Охраняя же

эти права, закон придает значение фактического состава - юридического факта, а затем состава преступления именно тем действиям (бездействию), которые образуют не исполнение, но общественно опасное нарушение гражданского законодательства.

Конкуренция уголовного и гражданского законодательства. В уголовно-правовой литературе конкуренция рассматривается как "наличие двух или нескольких уголовных законов, в равной мере предусматривающих наказуемость данного деяния" <1>. Можно полагать, что при конкуренции в принципе между нормами одной отрасли права противоречия отсутствуют и можно было бы применять любую из конкурирующих норм. Но межотраслевая конкуренция при неправильном выборе норм могла бы иметь, очевидно, негативные последствия, как это видно при разграничении уголовной и административной ответственности.

<1> Определение А.А. Герцензона цитируется по кн.: Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. М.: Юридическая литература, 1972. С. 240.

На наш взгляд, в состоянии конкуренции, в частности, находятся уголовно-правовые нормы о мошенничестве (ст. 159 УК РФ), принуждении к совершению сделки или отказу от ее совершения (ст. 179 УК РФ) и гражданско-правовые предписания о сделках, совершенных под влиянием обмана, насилия, злостного соглашения представителя одной стороны с другой (ст. 179 ГК РФ). Можно было бы сказать, что такая конкуренция граничит с очень мягкой коллизией, но все же ее специфика в том, что законодатель соглашается с расширением пределов правомерного усмотрения правоприменителя. В данном случае и ст. 179 УК РФ, и ст. 179 ГК РФ описывают практически одинаково некоторые составы противоправных деяний, устанавливая, естественно, различные последствия. Если это действительно так, то применение норм в случае межотраслевой конкуренции должно также осуществляться по заранее разработанным правилам, определяющим расширение пределов усмотрения правоприменителя при оценке наличия или отсутствия общественной опасности в конкретных случаях.

На наш взгляд, гражданско-правовые нормы в случае их конкуренции с уголовно-правовыми применяются, если:

- существует возможность восстановления нарушенного преступлением блага путем добровольных действий субъекта, нарушившего права, либо путем искового производства;
- деяние, признаки которого оцениваются, совершено в ситуации общего и предпринимательского риска; при этом причиненный ущерб может быть последствием неудачного экономического решения, необоснованной надежды на экономический выигрыш и возникает в процессе взаимных отношений, в рамках которых каждый участник стремится к получению прибыли;

- меры гражданской ответственности обеспечивают экономические интересы не только лица, которому причинен ущерб, но и государства и общества; при этом применение уголовной ответственности по существу не создает специфической возможности для восстановления и поддержания социального мира и стабильности правопорядка.

Каждый такой случай характеризуется конкретными признаками. Ими могут быть: длительность и устойчивость имущественных отношений, подконтрольность их участников управомоченным государственным органам, информационная прозрачность деятельности, одним из элементов которой является оцениваемое деяние; ведение предварительных переговоров; продолжение уплаты налогов; сохранение рабочих мест и пр.

Общественная опасность (социальная вредность), присущая преступлению, как правило, связывается с виновным причинением вреда такими действиями (бездействием), которые выводят имущественные отношения из сферы контроля, и устранение вреда требует использования уголовно-процессуальных процедур.

Использование общего понятийного аппарата уголовного и гражданского законодательства. Корректность использования общего понятийного аппарата влияет на взаимодействие правовых норм. Здесь возможны две основные ситуации.

Первая - когда понятия одной отрасли права (преимущественно, если не исключительно, гражданского законодательства) без каких-либо изменений используются в тексте уголовного закона.

Вторая - когда понятия гражданско-правовые используются, но меняют свое значение в контексте уголовно-правовой нормы. Существенной проблемой при этом оказывается определение принадлежности понятия, его правовой природы, что программирует нередко разграничение преступления и гражданско-правового деликта. Эту проблему можно назвать общеправовой, ибо она возникает при применении гражданско-правовых понятий в налоговом, административном, таможенном праве и др. <1>.

<1> См., например: Брызгалов А., Заринов В. В лабиринте валютного законодательства // Хозяйство и право. 1998. N 12; Хануш А. Начало автономии воли сторон гражданско-правовых отношений в свете налогового права // Панство и право. 1998. N 12 (на польск. яз.).

Внеправовым является использование гражданско-правовых понятий с совершенно измененным смыслом, например купля-продажа несовершеннолетнего, что предусмотрено ст. 152 УК РФ.

Состав гражданско-правовых понятий в УК РФ очень широк. Только в ст. 169 гл. 22 "Преступления в сфере экономической деятельности" используются следующие понятия: "предпринимательская деятельность", "индивидуальный предприниматель", "коммерческая организация", "организационно-правовая форма", "форма собственности", "регистрация", "выдача разрешения (лицензии)" и пр.

Ситуации коллизии либо конкуренции в этих случаях не устанавливаются. Предполагается единообразное применение этих понятий, т.е. наделение их согласованным набором значений и определение их влияния на содержание уголовно-правовой нормы. Так, введенное в уголовный закон понятие может определять предмет или объект преступления, характеристику объективной стороны, признаки специального субъекта, гораздо реже - субъективную сторону.

С материально-правовой точки зрения возникает несколько проблемных ситуаций, связанных с используемыми в контексте уголовно-правовой нормы понятиями, которые признаны гражданско-правовыми:

- а) правила толкования понятий, в частности их подчинения принципам отрасли происхождения;
- б) правомерность изменения смысла понятий;
- в) оценка гражданско-правовых последствий (положительный ущерб, упущенная выгода и т.п.).

Правило предварительного определения гражданско-правовой (либо иной) природы отдельного понятия, равно как и правило его возможного изменения в структуре уголовно-правовой нормы, практически не разработаны. Более того, и необходимость в них еще подлежит осознанию. Принято считать, что бланкетная диспозиция отсылает к нормам и, соответственно, понятиям других отраслей права, в частности к гражданскому праву <1>. Но отсылка к иной норме не всегда четко определяет адресат, т.е. принадлежность нормы, к которой отсылают. К тому же толкование понятия принципиально осложняется, когда его принадлежность, т.е. правовая природа, однозначно не определена в тексте УК РФ.

<1> См.: Уголовное право России. Общая часть: Учебник / Под ред. Ю.А. Красикова, А.Н. Игнатова. М.: ИНФРА-М-Норма, 1997. С. 31.

Так, возникли расхождения относительно понятия "доход". Крупный доход в ст. ст. 171 - 172 УК РФ рассматривается как признак незаконной предпринимательской либо банковской деятельности. Здесь возможно несколько вариантов: а) доход определяется как гражданско-правовое понятие, употребляемое, например, в ч. 2 ст. 15 ГК РФ; б) доход - это понятие налогового права; в) доход нужно понимать в соответствии с законным порядком ведения бухгалтерского учета; г) наконец, доход - это измененное уголовно-правовое понятие, требующее конкретизации на основе уголовного закона.

От решения этого вопроса в соответствующих случаях зависит применение уголовной или иных видов ответственности.

На практике споры возникают и относительно понятий предпринимательской и банковской деятельности, упоминавшегося понятия "сделка" применительно к ст. 174 УК РФ, понятий кредита, ценных бумаг, иных платежных документов и т.д. и т.п. Во всех таких случаях также ощущается потребность в некоторых правилах использования гражданско-правовых понятий в уголовном законе.

На наш взгляд, следовало бы исходить из того, что понятия являются гражданско-правовыми, если они отражают в себе основные права и свободы человека и гражданина, закрепленные Конституцией РФ. В силу этого они являются базовым, программирующим средством регулирования отношений в имущественной сфере, основанных на конституционных началах.

Тенденции и противоречия развития уголовного права

Постановка проблемы. Уголовное право как специфический социальный феномен с момента его возникновения является предметом постоянного общественного внимания, вероятно, на протяжении всей истории его существования и, по-видимому, во всех странах, где оно существует. И власть, использующая уголовное право, и его адресаты, которыми являются потенциальные

потерпевшие и потенциальные правонарушители, стремятся понять, что происходит с уголовным правом, становится ли оно более жестким, расширяется ли круг запретов, как изменяются позиции судов, применяющих уголовный закон; они хотят уяснить, случайны ли происходящие перемены, т.е. выявить то, что мы могли бы определить как тенденции развития уголовного права. Это связано и с выявлением соотношения декларируемых целей и реальных тенденций уголовного права, его общих положений, например, устанавливающих цели уголовного закона, и юридико-правовых средств, формирующих виды наказания и санкции за конкретные преступления, т.е. противоречия уголовного закона.

В социальной практике эти явления можно определить как процесс познания уголовного закона, который осуществляется самыми различными субъектами, имеющими собственные интересы, и в самых различных формах. Процесс познания уголовного закона действительно отражает прежде всего практику, состояние законодательства и преобладающий характер приговоров, однако его осуществление приводит к получению определенных оценок, а на их основе - к выработке позиций по отношению к уголовному закону и регулируемому им поведению.

В настоящее время - в начале XXI в. - повсеместно усилилось внимание к уголовному закону. Во многих случаях ключевым словом при оценке тенденций и противоречий уголовно-правовой системы является понятие кризиса уголовного закона <1>. Но одновременно вызывает крайнюю неудовлетворенность и то обстоятельство, что такая оценка не сопровождается сколько-нибудь кардинальными и реалистическими предложениями о трансформации уголовного права, в чем бы такая трансформация ни состояла. Разумеется, вносятся различного рода предложения об изменении системы санкций, восстановлении причиненного вреда, усилении определенности уголовного закона, сужении пределов его регулирования. Однако очень трудно сказать, способны ли эти предложения в познавательном и практическом плане фундаментально оптимизировать уголовно-правовую систему.

<1> См.: Дубовик О.Л. Кризис уголовного права и уголовно-правовой теории // Право и политика. 2001. N 2. С. 130 - 134; Жалинский А.Э. Немецкая уголовно-правовая наука на смене тысячелетий (Рец. на сб. статей, изданных проф. А. Эзером, В. Хассемером, Б. Буркардтом) // Уголовное право. 2002. N 4. С. 136 - 139.

В связи с этим возникает необходимость тематизировать проблему анализа динамики уголовно-правовой системы. Возможно, это следовало бы назвать необходимостью развития аналитической уголовно-правовой теории или аналитического подхода к уголовному праву. Задача состоит в том, чтобы выработать некий общий язык при оценке уголовного права, который позволил бы обсуждать различные позиции и либо сближать их, либо по меньшей мере иметь возможность уяснить их целевую установку, технологичность и потенциальное действие на социальные отношения.

Во всяком случае, следует признать, что простое перечисление законодательных изменений в действующем Уголовном кодексе, даже если оно сопровождается комментированием их, не отражает по существу тенденций и противоречий развития соответствующей уголовно-правовой системы.

Исходные положения аналитического подхода. В общем виде можно утверждать, что ими являются вся уголовно-правовая наука, вписанная в систему правовых наук и основанная на данных теоретической социологии, экономики, психологии и пр. Вместе с тем, как и во всех случаях разработки определенного подхода, необходимо выделить специальные исходные положения, которые базируются на общих, но приобретают некоторые дополнительные смыслы и значения.

Рассмотрим некоторые специальные исходные положения, которые и сами по себе нуждаются в дальнейшем обсуждении.

- Уголовное право как часть правовой семьи следует рассматривать в качестве сложного социально-правового феномена, который охватывает собственно уголовное законодательство, уголовно-правовую доктрину и в целом уголовно-правовую мысль, т.е. систему имеющих различную форму суждений об уголовном праве, так или иначе влияющую на процесс принятия уголовно-правовых решений, судебную практику и последствия воздействия уголовного закона на правопорядок и, шире, социальные отношения в обществе, включая процесс распределения и осуществления власти. При этом в объект социального внимания при анализе уголовно-правовой системы должны входить и факторы, относящиеся к правовой системе в целом и особенно - к судебной системе, процедурам расследования и рассмотрения уголовных дел, подготовленности юридических кадров, и многие другие.

- Следует различать закрепленное в законе и применяемое уголовное право. Это уже многократно отмечалось, в частности, теоретиками, развивающими идеи так называемого реального права, однако в данном случае необходимо найти сопоставимые индикаторы

применяемого уголовного права или, во всяком случае, уделять им большее внимание на основе углубленного анализа судебной практики, и в частности аргументации судебных решений.

- Анализ уголовного права представляет в известном смысле самоосуществляющийся прогноз. Позитивная оценка тех или иных изменений может воздействовать на законодателя и привести к усилению одобряемой тенденции. При этом следует учитывать хорошо известные свойства уголовного права, состоящие в том, что оно является чрезвычайно затратным и весьма опасным средством воздействия на социальные отношения.

- Познание уголовного закона, включая его собственную аналитическую составляющую, чрезвычайно политизировано в том смысле, что оно определяется установками самых различных центров власти и влияния. Это имеет место, быть может, в наибольшей степени в демократическом обществе и отражает различные представления о социальной политике.

- Уголовное право - как законодательство и практика применения, так и представления о нем - лишь в самом общем виде отражают объективные процессы социального развития. На самом деле развитие и становление уголовного права являются отражением крайне сложных процессов, в которых переплетаются осознанное воздействие центров власти и система решений, с помощью которых общество - осознанно и неосознанно - пытается приспособить уголовное право к решению своих задач. В этом смысле уголовное право является артефактом, продуктом мыслительной деятельности, который представляет собой удачно или неудачно найденное согласие о легитимации насилия со стороны государства. В идеале уголовное право можно сопоставить с экономикой, которая определяется как стремление к получению максимальных выгод при использовании минимума ресурсов в условиях их постоянной ограниченности. Уголовное право также должно быть направлено на достижение максимально прочного социального мира при затрате минимума социальных ресурсов; причем наказание здесь рассматривается именно как затрата социального ресурса.

Резюмируя, можно сказать, что тенденции и противоречия развития уголовного права выступают как тенденции и противоречия некоторого согласия общества, частично вынужденного, а частично добровольного, на применение насилия со стороны государства и претерпевание его со стороны общества при наличии определенных гарантий соблюдения этого согласия.

Предмет и направления анализа тенденций и противоречий развития уголовного закона. В данном случае выделяют следующие направления:

- анализ правотворческого процесса и соответственно изменений в законодательстве; быть может, это не самое главное выражение происходящих тенденций, но, во всяком случае, здесь устанавливаются факты, которые подлежат только истолкованию, но не опровержению;

- изучение социального дискурса, которое позволяет выявлять общественную уголовно-правовую мысль, включая как уголовно-правовую доктрину, так и обыденные представления людей, выраженные в СМИ, произведениях искусства и т.д.;

- исследование судебной практики, прежде всего ее целевых установок, степени связанности законом и, напротив, произвольности ее последствий, выраженных в интенсивности уголовной репрессии;

- анализ меняющейся ресурсоемкости уголовного закона и практики его применения, т.е. анализ определяемых уголовным законом в данной социальной ситуации затрат на профессиональный труд юриста, транзакционных издержек в сфере экономики и социальных отношений, потерь демографического потенциала и снижения возможности использования труда для решения позитивных социальных задач, а также затрат на исполнение мер ответственности и профилактику преступлений;

- выявление правоустановительной функции уголовного закона, т.е. влияния изменений уголовного законодательства на позитивное законодательство, регулирующее социальные отношения в сфере действия уголовного закона;

- изучение изменений в структуре политической власти, связанных с расширением компетенции органов правоохраны, принимающих решения в сфере экономики и социальной жизни, что характерно даже для демократических государств.

Здесь необходимо оговорить, что некоторые из выделенных направлений анализа тенденций и противоречий развития уголовного закона в уголовно-правовой теории развиты чрезвычайно слабо. Так, влияние изменений в уголовном законе на распределение политической власти между ее субъектами исследовано относительно слабо и обычно увязывалось, например, в немецкой уголовно-правовой литературе, если речь не шла о нацистском прошлом, с перепроизводством права и необходимостью самоограничения суда. Между тем пример даже таких стран, как Италия и некоторые другие, показывает, что интенсификация использования уголовного права для борьбы с коррупцией может приводить к серьезным политическим последствиям.

Остановимся на некоторых из выделенных направлений, имея в виду, что по каждому из них в российской уголовно-правовой литературе отсутствует должное согласие.

Очень кратко будут рассмотрены три общих вопроса: объем изменений и основные направления изменений УК РФ, позиции российских юристов; социальный контекст уголовного правотворчества, а также специальные вопросы изменений Общей и Особенной частей, включая возможные перспективы развития.

Объем и направления изменений УК РФ. За период действия УК РФ было принято несколько Федеральных законов о внесении в него изменений и дополнений, которыми были приняты новые статьи, а многие изменены <1>. И этот процесс продолжается. Кроме того, само по себе количество измененных уголовно-правовых норм установить трудно. Известно, что статьи Особенной части УК РФ изменяются при изменениях Общей части. Принятые законы лишь часть огромного количества законопроектов об изменении и дополнении УК РФ, которые регулярно вносятся в Государственную Думу депутатами, законодательными органами субъектов Федерации, иницируются органами законодательной власти и пр. Так, по официальным данным, только с 1997 г. по март 2002 г. в Государственную Думу было внесено более 160 законопроектов об изменении и дополнении свыше 200 статей УК РФ.

<1> См. таблицу изменений за период 1997 - 2004 гг. в кн.: Учебно-практический комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Под ред. А.Э. Жалинского. 2-е изд. М.: ЭКСМО, 2006. С. 1049 - 1057.

Принятые изменения УК РФ, по господствующему мнению, направлены на:

- а) устранение ошибок и пробелов УК;
- б) согласование норм УК с новым законодательством;
- в) закрепление новых видов общественно опасного поведения;
- г) рационализацию наказания.

Позиции российских юристов. За последние годы в России очень много, возможно слишком много, писали об уголовном праве. Выпущены десятки комментариев к Уголовному кодексу, учебников, монографий <1>.

<1> В этом плане показательна работа: Уголовное право. Библиография (1985 - 2006 годы) / Под ред. А.Э. Жалинского. М.: Городец, 2007.

Позиции российских юристов в обобщенном виде можно оценить на основании обсуждений, состоявшихся в связи с теми или иными этапами действия Кодекса, в частности с пятилетним и десятилетним. По истечении пятилетнего действия УК РФ прошли парламентские слушания в Совете Федерации Федерального Собрания, состоялись конференции, например на юридическом факультете МГУ, в Саратовской государственной академии права, семинары в Государственном университете - Высшей школе экономики, в различных научно-исследовательских центрах. Высказаны были самые различные мнения:

"Принятие УК РФ было ошибкой: он сделан плохо". - "Принятие УК РФ - большое достижение науки и всей страны".

"Тенденции уголовного правотворчества благоприятны". - "Они негативны".

"Значение новелл законодателя велико". - "Его можно проследить только на уровне уголовно-правовой теории, судебная практика к ним равнодушна".

Что касается последнего мнения, то, действительно, многие уголовно-правовые нормы и после их изменения фактически не применяются судами. Суды нередко руководствуются не столько текстом уголовно-правового запрета, сколько собственным представлением о его содержании.

Каждая названная позиция, на наш взгляд, отражает одну из сторон реальности. Все вместе они показывают сложность оценки уголовного закона в период социальной трансформации.

В целом и обсуждение итогов десятилетнего действия УК РФ принципиально не принесло иных оценок <1>.

<1> Состоялись конференции в МГУ, ИГП РАН и других центрах юридической науки и образования. Подробный отчет о конференции, прошедшей в Институте государства и права РАН, см.: Клебанов Л.Р. Десять лет Уголовному кодексу Российской Федерации: достоинства и недостатки (Научно-практическая конференция) // Государство и право. 2006. N 9. С. 107 - 114; N 10. С. 94 - 112; N 11. С. 107 - 125. В качестве "неюбилейного" примера об суждения см. отчет о заседании круглого стола в Государственном университете - Высшей школе экономики в кн.: Тогонидзе Н.В. Уголовный закон и интересы страны (Обзор материалов научного обсуждения на круглом столе) // Там же. N 1. С. 105 - 123.

Важнейшие изменения в Общей части УК РФ. В данном случае целесообразно освещать их поочередно - в соответствии с разделами (и главами) Кодекса, в статьи которых были внесены соответствующие изменения.

Раздел II УК РФ "Преступление". При оценке этих изменений следует учитывать некоторые особенности уголовного законодательства РФ. Специфика УК РФ состоит в том, что он содержит в себе больше норм-дефиниций, чем, к примеру, УК ФРГ, поскольку в нем есть нормативное понятие преступления, имеется более дробное деление преступлений на категории по критерию размера наказания, есть понятия признаков субъективной стороны состава преступления и пр.

В раздел о преступлении внесены следующие изменения:

1. Из ч. 2 ст. 14 "Понятие преступления" исключено указание на общественную опасность (материальный признак преступления), состоящую в причинении вреда или создании угрозы причинения вреда личности, обществу или государству. Соответственно, можно признавать малозначительным также преступление, причинившее вред. Это особенно существенно для таких деяний, как кража. Вместе с тем, как известно, понятие "общественная опасность" вообще вызывает острую полемику, и высказано мнение, что законодатель неразумно включился в научные споры.

2. В ст. 15 "Категории преступлений" внесены новеллы, улучшающие положение лиц, совершивших неосторожное преступление. Теперь оно может относиться только к категории преступлений небольшой тяжести, если максимальное наказание за него не превышает двух лет лишения свободы, и средней тяжести, если превышает этот срок. Неосторожное преступление не может относиться к тяжким преступлениям, как это было ранее.

3. В ст. 24 "Формы вины" внесены стилистические (весьма тонкие) изменения. Проблема связана с тем, что в этой статье содержалось указание о возможности признания деяния неосторожным только в том случае, когда это специально предусмотрено соответствующей статьей Особенной части (отметим, что это предписание почти дословно повторяло фрагмент § 15 УК ФРГ <1>). Оно исключало возможность признания деяния преступлением, когда, по мнению правоприменителя, деяние могло быть совершено как умышленно, так и неосторожно, но в законе на это указаний не было. Новая редакция говорит о деянии, "совершенном только по неосторожности".

<1> Подробнее см. в кн.: Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. М.: Проспект, 2007.

Эта новелла законодателя вызвала споры в уголовно-правовой литературе. На практике применения, например, норм об экологических преступлениях она не сказалась. Новая редакция была принята Федеральным законом от 25 июня 1998 г. N 92-ФЗ, но и в 1999 г. количество дел по предположительно затронутым статьям было таким же, как и в 1997 г. В частности, по экологическим преступлениям количество преступлений (кроме незаконной порубки деревьев и кустарников) колебалось в пределах десяти.

Высказано, впрочем, мнение, что это изменение нарушило стабильность уголовного закона.

4. Особое место в данном разделе, а именно в гл. 8 "Обстоятельства, исключаяющие преступность деяния", занимают новеллы, связанные с необходимой обороной (ст. 37 УК РФ). Они были проведены под давлением группы депутатов Государственной Думы из фракции "Яблоко", не склонной к ужесточению уголовного закона, и направлены, по замыслу их инициаторов, на расширение возможности защищаться от общественно опасного посягательства.

Анализ новой редакции ст. 37 УК РФ потребовал бы много времени. В общем укажем, что в новой редакции статья предусматривает два вида необходимой обороны: 1) против насилия, опасного для жизни; здесь защита ничем не ограничена; 2) против иных посягательств; здесь оставлены без изменения требования к защите, к наказанию.

5. Разделы III, IV, посвященные наказанию, претерпели ряд изменений. Часть таких изменений относится к институту назначения осужденным к лишению свободы вида исправительного учреждения и освобождения от наказания. Так, лица, совершившие преступления по неосторожности, по общему правилу отбывают наказания в колонии-поселении с наиболее мягким режимом, хотя суд может назначить и наказание в виде лишения свободы в исправительной колонии общего режима; при условно-досрочном освобождении от наказания снижен минимальный срок, после которого возможно такое освобождение; смягчено в целом положение женщин и приняты иные изменения.

Значительными были изменения, внесенные Федеральным законом от 8 декабря 2003 г. N 162-ФЗ, которые и до сегодняшнего времени продолжают подвергаться резкой критике (правда, без приведения убедительных аргументов) отдельными специалистами как слишком либеральные. В самой сильной степени они сказались и на формулировках статей Особенной части (санкций).

Наконец, несколько слов об эволюции такой меры, как конфискация. Упомянутым выше Законом она была исключена из перечня видов наказания (ст. 52), а затем восстановлена в

преобразованном виде. Ныне это глава 15.1 "Конфискация имущества", содержащаяся в разделе об иных мерах уголовно-правового характера.

Проблемные ситуации изменения Общей части УК РФ. Вносимые предложения по изменению Общей части, как правило, отражают обычно предпочтения тех или иных авторов. В частности, они касаются проблематики смертной казни; действия уголовного закона в пространстве; соотношения неоднократности и совокупности, которые в российском уголовном праве рассматриваются как виды множественности; форм соучастия и других. Некоторые проблемы обсуждаются меньше, но вполне возможно, что и они являются важными. В частности, это вопрос о понятии и понимании вины и ее форм (умысла и неосторожности), определения в ст. 35 УК РФ форм соучастия, в особенности организованной группы, преступного сообщества (преступной организации) и др.

Изменения в Особенной части УК РФ. Они более многочисленны, и их описание требует много времени. В кратком изложении можно выделить:

- группу изменений редакционного характера (примером является статья 111 "Умышленное причинение тяжкого вреда здоровью", в которой убран повтор признака "опасность для жизни");

- изменения, связанные с развитием позитивного законодательства. Например, ст. ст. 198, 199 УК РФ, устанавливающие ответственность за уклонение от уплаты налогов, были дополнены ответственностью за уклонение от уплаты страховых взносов в государственные внебюджетные фонды;

- изменение перечня квалифицирующих признаков, например по ст. 194 УК РФ об уклонении от уплаты таможенных платежей, что сочеталось с адаптацией к таможенному законодательству;

- введение новых составов деяний - уголовно-правовых запретов; чаще всего это имеет популистский характер, и новые запреты практически не реализуются. Например, ответственность по ст. 145.1 УК РФ за невыплату заработной платы, пенсий, стипендий, пособий и иных выплат, ст. 215.1 за прекращение или ограничение подачи электроэнергии либо отключение от других источников жизнеобеспечения, фактически не применяется;

- изменения, связанные с международными обязательствами либо потребностями, понимаемыми правильно или нет, развития экономики. Например, ст. 174 УК РФ была разбита на две статьи - 174 и 174.1 - с введением ответственности различных субъектов и сужением оснований привлечения к уголовной ответственности за эти деяния.

Тенденции развития уголовного права и уголовно-правовой дискурса. Самым кратким образом дискурс определяется как "процесс взаимодействия и обсуждения идей, идеологий" <1>. Понятие "дискурс" имеет латинское происхождение и крайне редко пока употребляется в уголовно-правовой литературе. Поэтому необходимы: а) различение смыслов этого понятия и б) обоснование полезности его использования.

<1> См.: Соловьев А.И. Политология. Политическая теория. Политические технологии. М.: Аспект Пресс, 2000. С. 550.

Обычно подчеркивается, что дискурс представляет собой такой диалог, который основан на приведении аргументов; в более специальном значении это вид коммуникации, тема которой явно или неявно направлена на обоснование действительности (истинности или правильности) некоторых суждений, а притязания на действительность носят как всеобщий, так и специфический характер. При этом принимается, что именно и главным образом на основе процедурных правил и рациональных притязаний могут быть определены истинность суждений и правильность предписаний (правил). Наиболее существенную роль дискурс может сыграть при обосновании правильности этических и правовых норм. Теория дискурса разрабатывает главным образом его процедуры и условия. Они относятся как к общим требованиям рациональности, так и к обеспечению нейтральности дискурса за счет соблюдения согласованных процедур, чтобы каждый:

- а) мог в нем участвовать;
- б) имел возможность опровергать любое суждение;
- в) никто не имел права в процессе дискурса принуждать оппонента к принятию тех или иных аргументов.

При этом должны быть осознаны объективные и субъективные позитивные предпосылки, трудности надлежащего (желательного для общества) развертывания дискурса. Позитивными предпосылками, в частности, можно считать:

- сложившийся в обществе за долгие годы высокий авторитет идеи обсуждения чего-либо;
- наличие традиционных форм обсуждения социальных проблем, привычку к этому (интерес к СМИ, собрания как привычная форма коммуникации и пр.);

- высокую социальную активность, связанную также с появлением новых форм социального взаимодействия (выборы, партийная жизнь), а также высокую подготовленность граждан к восприятию социальных процессов.

Трудности развертывания уголовно-правового дискурса, возможно, выражены сильнее. К ним, в частности, относятся: а) негативная социальная память, определяющая собой недоверие к обсуждению социальных проблем, которое обычно было заформализовано и основывалось на суждениях, сомневаться в которых не дозволялось; б) распространенность взглядов и мнений, не способных отразить и отражать происходящие социальные перемены, но еще влияющих на них; при этом крайне негативно сказываются неспособность многих субъектов оценить свою прошлую и настоящую деятельность с позиции этики и рациональности; в) недостаточная развитость уголовно-правовой науки, которая пока еще не может неопровержимо обосновать содержащиеся в ней суждения описательного и предписывающего (рекомендательного) характера; достаточно сказать, что уголовно-правовая наука не может измерить или качественно оценить превентивную роль уголовного закона и уголовного наказания, и, значит, все в ней построено на песке.

Введение понятия "дискурс" в уголовно-правовую науку и уголовную политику полезно и по гносеологическим соображениям. В правовой науке используется ряд понятий, отражающих генезис и динамику общесоциального сознания субъектов права и их влияние на действие уголовного закона. Это феномен правосознания, или уголовно-правовое сознание, т.е. сложившееся на разных уровнях отношение к уголовному закону, которое - плохо или хорошо - описывает некоторый результат социальной деятельности - сложившееся состояние сознания. Процесс его становления если и не игнорируется, то рассматривается преимущественно как отражение объективных условий, причем пассивное, когда переменной либо следствием детерминации является именно сознание, что вполне соответствует привычному пониманию марксизма <1>. Используется, хотя и меньше, понятие социально-правового, просто правового, иногда криминологического или уголовно-правового мышления. Это понятие ближе к дискурсу, но и оно отражает преимущественно деятельность одного или группы субъектов, требующую в лучшем случае учета мнения других лиц, но не включения их в процесс обсуждения.

<1> См.: Henning K. Philosophie nach Marx. 100 Jahre Marxrezeption und die normative Socialphilosophie der Gegenwart in der Kritik. Bielefeld, transcript, 2005.

Собственно говоря, такие общеупотребляемые понятия, как "обсуждение", "рассмотрение" и иные, также имеют несколько специфический смысл, отражая скорее заорганизованность коммуникации, чем ее содержание и правила.

Таким образом, к сожалению, для описания того, что отражается понятием "дискурс", подходящего, вошедшего в правовой язык понятия нет.

Динамика ресурсной характеристики уголовного права. Как и право в целом, уголовное право характеризуется потенциальным ресурсом, наличным ресурсом и используемым ресурсом. Соотношение между этими характеристиками определяется инфраструктурой общества, его реальными и предполагаемыми потребностями. Наличие состояний такого рода позволяет и вынуждает рассматривать ресурс уголовного права как объект осознанного или неосознанного социального управления.

В рамках ресурсной характеристики вначале следует выделять материальные и формальные институциональные параметры. Институциональные параметры - это, грубо говоря, то, что видят и исследуют юристы. Уголовное право есть совокупность (но в принципе не система) предписаний, принятых в определенном порядке, имеющих заданную форму и по всеобщим надеждам некоторое содержание или некоторую определенность.

В формально-правовом, чрезвычайно важном, сущностном плане потенциальный ресурс уголовного права проявляется в его задачах (ст. 2 УК РФ), пределах действия во времени и пространстве, охраняемом благе или предмете запрета и в границах уголовной ответственности. Все эти и иные институты уголовного права определяют, в каких ситуациях оно может быть применено и какие границы правомерного поведения оно устанавливает. Наличное состояние уголовного права в институциональном плане, т.е. привычно для юристов, определяется количеством и содержанием принимаемых решений, которыми, в частности, являются решения о возбуждении уголовного дела или отказе в этом, промежуточные и окончательные решения о применении мер уголовной ответственности, прежде всего приговоры судов. Желаемое или возможное состояния уголовно-правового ресурса определяются в пределах потенциального ресурса изменением задач уголовного закона, иных уголовно-правовых институтов и внешне изменениями инфраструктуры действия уголовного закона. Более подробный анализ этих параметров ресурса здесь не имеет смысла, поскольку они постоянно изучаются в теории уголовного права.

Материальные параметры ресурса уголовного права представляют большой интерес. Они особенно трудно поддаются изучению, и, действительно, специалисты и общество в целом имеют о них крайне слабое представление. Это общая, а отнюдь не только российская проблема. Можно утверждать, что общественное сознание не имеет достаточно развитого за пределами статистики языка описания материального, т.е. социального, ресурса уголовного права и не располагает

достаточным набором необходимых инструментов его познания. Граждане иногда чувствуют, что происходит нечто неладное и что им больно или страшно. Во всяком случае, формальное и материальное представления о ресурсе уголовного права не совпадают и не должны совпадать между собой в принципе, но между ними должно быть некоторое ожидаемое соотношение. Проблема в том, что реальное соотношение между формальным и материальным состоянием ресурса как раз мифологизировано и обществу не известно. Здесь необходимы серьезные исследования, но предварительно можно выделить следующие группы параметров материального уголовно-правового ресурса:

- изменение отношений власти и подчинения, поскольку применение уголовного закона означает расширение принуждения, более широкое применение императивных норм, сужение сферы частного права; не самым важным, но показательным примером является меняющееся соотношение социального статуса адвоката и прокурора, что может иметь и позитивное, и негативное значение;
- изменение поведенческих стереотипов, обычаев, правил, поскольку уголовный закон, определяя пределы свободы, опосредованно или прямо формирует способы предупреждения уголовно-правовых рисков, правила принятия решений, содержание экономических отношений;
- перераспределение затрат общества, поскольку использование уголовного закона представляет собой затратную деятельность и повышает затратность иных социальных процессов;
- усиление стратификации общества за счет выделения группы судимого населения и соответственно его криминализации.

Уголовное право как объект сравнительно-правового анализа (в связи с трудами М.Д. Шаргородского)

Введение. Проблема как будто бы внезапного роста интереса к трудам юристов, ушедших из жизни, заслуживает самостоятельного анализа. Кажется, многие книги живут несколько жизней, и их последующие жизни вновь начинаются в эпоху поиска ответов на очень трудные вопросы. Это предположение, возможно, в какой-то мере объясняет столь показательный интерес к трудам М.Д. Шаргородского в целом, а в данном случае - к сравнительно-правовой составляющей многих его работ, и прежде всего относящихся к наказанию и преступлениям против личности. По причинам, о которых несколько слов будет сказано ниже, сейчас приобрели особое значение представленные в работах М.Д. Шаргородского, хотя, разумеется, и не только в них, следующие вопросы:

- техника использования в процессе научно-практического дискурса данных, относящихся, в частности, к немецкому уголовному праву;
- приемы обеспечения необходимого научного уровня выявления и анализа такого рода данных, опирающиеся на традиции российской уголовно-правовой науки.

Рассмотрим, учитывая научный опыт М.Д. Шаргородского, некоторые кажущиеся актуальными проблемы изучения иностранного уголовного законодательства и права, в частности: практические потребности в таком изучении, отдельные исходные положения сравнительно-правового анализа, требования к представляемой информации и пр. <1>.

<1> См. подробнее: Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. М.: Проспект, 2006.

Состояние сравнительных межнациональных исследований уголовного права. Оно отражает современные процессы внутреннего развития страны и ее международных связей, усложнение социальной и экономической жизни, рост конфликтности, связанный с возникновением множества центров влияния. В современных условиях происходит, на наш взгляд, постепенное осознание необходимости интенсивного и высокопрофессионального дискурса по вопросам российского уголовного права. Быть может, медленнее растет стремление понять его место и роль в условиях меняющихся международных отношений, серьезным игроком в которых стали неправительственные организации и весьма опасным - организации террористического характера и иные преступные транснациональные структуры. Количественно это выразилось в росте числа и объема публикаций по уголовному праву, среди которых, правда, немало паранаучных либо традиционно спекулятивных работ; качественно - в усилении внимания к принципиальному изменению национального и международного контекстов функционирования уголовного права, уяснению его действительных целей и возможностей. Одним из проявлений этого процесса, по-видимому, является усилившийся интерес к сравнительно-правовому подходу и соответственно анализу с его позиций национальной и зарубежных уголовно-правовых систем. Постепенно осознается практическое значение сопоставления национального уголовного законодательства и уголовного законодательства как отдельных государств, так и межнационального, которое пока лишь весьма осторожно можно называть международным уголовным правом. В сущности,

преимущественно теоретическая проблематика, имевшая отчетливо выраженный идеологический подтекст, превратилась в практическую, имеющую непосредственное правотворческое и правоприменительное значение.

В целом можно утверждать, что на современном этапе проявляется немалое внимание к иностранному и международному уголовному законодательству. Переведены уголовные кодексы многих стран, в чем несомненная заслуга издательства "Юридический центр Пресс", Санкт-Петербург <1>. Издаются работы по уголовному праву различных стран. Сравнительное правоведение активно развивается как одна из областей правоведения. Соответствующая проблематика стала частью большинства кандидатских и докторских диссертаций по уголовному праву. Иностранное уголовное право включено в учебные планы многих юридических вузов. Это и позволяет рассмотреть возникшие потребности в изучении иностранного уголовного права.

<1> Ныне оно именуется Издательство Р. Асламова "Юридический центр Пресс".

Изменения подхода к изучению иностранного уголовного права. Постановка этого вопроса представляется необходимой с учетом истории российской уголовно-правовой мысли. В ней можно очень условно выделить четыре этапа общения с иностранным, чаще всего немецким, уголовным законодательством.

Первый - это этап становления уголовно-правовой науки и определенного институционального преобладания немецкой уголовно-правовой догматики. Второй - достаточно быстрый выход российского уголовного права на межнациональный уровень, что, в частности, привело к совершенно нормальному положению, когда труды иностранных ученых использовались, как труды российских, в зависимости от их ценности, а не принадлежности. Третий этап - превращение работ иностранных ученых в объект особого раздела советского правоведения - критики буржуазных учений, на чем много известных профессоров зарабатывали имя. Сейчас (на четвертом этапе), как отмечено выше, возрождается объективно, но не всегда субъективно, ситуация второго этапа. Анализ ведется, или по крайней мере должен вестись, с профессиональных, а не псевдоидеологических позиций. Разумеется, это полезно для любой страны, ощущающей себя достаточно сильной интеллектуально. В то же время возвращение к критике каких-либо учений весьма соблазнительно, ибо требует не профессионального труда, а лишь повторения одних и тех же доводов, впрочем, тоже заимствованных, но давно <1>. Именно поэтому должно определить, в чем реально нуждается страна, какая информация необходима для оптимизации уголовной политики. Необходимость в этом никак не исключает критического подхода к тем или иным артефактам и реалиям. В ряде случаев необходима и острая полемика, направленная на обеспечение интересов страны. Но такая полемика должна быть эффективной, а не вызывающей неуважение к тому, кто ее ведет. Так, переиздание неубедительных агиток, основанных на полностью устаревших данных, вряд ли способно повысить престиж российского правоведения. Скорее происходит обратное, когда у читателя возникает чувство жалости.

<1> Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть. М.: Зерцало, 2001. С. 1, 8, 67 и след.

Современные потребности в изучении иностранного уголовного права. На наш взгляд, и это нуждается в обсуждении, с практических позиций для целей уголовной политики и уголовно-правовой практики сейчас необходимо:

- четко определить, и это частично делается, соотношение российского уголовного закона и общепризнанных принципов и норм международного права, более отчетливо решая задачу обеспечения суверенитета российского уголовного законодательства;
- осознать реальное пересечение сферы действия различных национальных уголовно-правовых систем в пространстве;
- уяснить различия в механизме действия уголовного права и уголовного законодательства (российского и иных стран), по меньшей мере в той части, в которой это определяет конкурентные возможности субъектов экономических отношений;
- выяснить, какие уголовно-правовые средства особенно сильно влияют на состояние уголовной репрессии, каково общественное мнение по отношению к уголовному закону и практике его применения.

Наконец, просто необходимо представить законодателю более широкий круг возможных вариантов правового регулирования и обеспечить правоохранительные органы, адвокатуру информацией, нужной для защиты интересов граждан нашей страны и государства в целом. Этот перечень потребностей и вытекающих из них задач специалистов может и должен быть уточнен. Но так или иначе очевидной становится необходимость рационального анализа уголовного права иностранных государств для получения проверяемой и поддающейся использованию информации.

Проблемные ситуации изучения иностранного уголовного законодательства. Одна из них состоит в том, что сейчас сложилось довольно распространенное мнение о необходимости безусловного включения в УК РФ различных уголовно-правовых конструкций, рекомендуемых или принятых в международных договорах, независимо от их системного происхождения и самой возможности интегрироваться в российское уголовное законодательство. По многим юридико-техническим причинам уголовное законодательство Российской Федерации не подготовлено должным образом к защите уголовно-правового суверенитета страны: нет реакции на то, что на территорию России распространяется действие многих уголовно-правовых запретов, содержащихся в иностранном законодательстве. Стремление к "уголовно-правовой внутренней гонке вооружений" работает против собственной страны, ставя собственных граждан в худшее положение по сравнению с гражданами иностранных государств.

Далее, проблемой оказываются непроясненные предмет и система изучения иностранного уголовного права. Это является одним из многих проявлений общей неразработанности методологии и методики изучения иностранного отраслевого права, что, в свою очередь, объясняется тем, что в российском правоведении существует серьезный отрыв так называемого сравнительного правоведения от реального изучения уголовного, да и не только уголовного, права различных стран. На наш взгляд, в настоящее время в современной литературе, особенно примыкающей к общей теории права, преобладает взгляд на несовпадение сравнительного правоведения и изучения зарубежного права. Со ссылкой на К. Осаке это, в частности, воспроизводит А.А. Малиновский <1>. Гносеологические корни такого подхода стары и состоят в том, что сравнительное правоведение развивается во многом на собственной основе и под пером многих авторов (о К. Осаке здесь речи нет) превращается в систему рассуждений об объектах, остающихся неизученными или неизвестными в достаточной степени для этих авторов. Такой подход мог бы быть безобидным, но он порождает пренебрежение к фактам, к правовой действительности, изучение которой пафосно декларируется и игнорируется. Так, в литературе по немецкому уголовному праву, и не только по немецкому, до сих пор преобладают описания исторического процесса возникновения законодательства, критика отдельных теорий, относительно которых вовсе не сообщается, каково же их реальное воздействие на правоприменительную практику. Это усугубляется, когда объектом рассуждений оказывается некоторое множество правовых систем, причем авторы порой вообще не сообщают, о чем же они пишут. Так, например, А.А. Малиновский пишет в своей монографии об уголовных кодексах Германии, Польши, Испании, Франции, Швейцарии и других государств <2>.

<1> См.: Малиновский А.А. Сравнительное правоведение в сфере уголовного права. М.: Международные отношения, 2002.

<2> Малиновский А.А. Указ. соч. С. 33.

Наконец, нуждаются в повышении научный уровень и техника исследования этой проблематики. Возможно, это наиболее острая проблема, поскольку субъектом изучения является научный "нерезидент", и он изучает чужое право с собственных позиций, установок, потребностей и целей, а иностранное уголовное право, как чрезвычайно острый и очень чувствительный для любого общества инструмент социального регулирования, трудно описывается в структуре чужого уголовного права и уголовно-правовой мысли. Поэтому здесь недопустимо неряшливое перечисление объектов как сравнительного правоведения, так и соответственно объектов изучения иностранного уголовного права. Объектов изучения может быть много, точнее, они могут выделяться по различным критериям. Важно лишь, чтобы объект воспринимался как достаточно определенный и вписанный в некоторую более общую систему. Во всяком случае, объектами могут быть:

- уголовное право в целом как социальный инструмент;
- уголовное законодательство;
- правоприменительная практика в связи с законодательством;
- уголовно-правовая доктрина в связи, разумеется, с законодательством и практикой;
- отдельные институты, нормы, элементы практики и элементы доктрины.

Но все они должны быть вписаны в систему права и социальную систему. В этих условиях представляется необходимым принять на основе общего согласия некоторые требования к уровню анализа иностранного уголовного законодательства, с тем чтобы публикуемая информация была в действительности пригодна к использованию.

Далее, очень часто в литературе описываются как устаревшее, т.е. отмененное или измененное, законодательство, так и взгляды, вышедшие из научного и тем более практического оборота и сохранившие лишь историческое значение. К сожалению, плохо обстоит дело с литературой, пригодной для практического использования, по меньшей мере на уровне ориентации. При этом нередко авторы делают ссылки на статьи уголовных кодексов или иных уголовных законов, требующие весьма квалифицированного толкования, особенно когда

рассматриваются проблемы Общей части, к тому же не учитывая, что многие институты в Общей части вообще отражения в структуре уголовных кодексов не находят. Наконец, легально и то, что уголовное законодательство рассматривается выборочно, т.е. избираются отдельные нормы или институты при умолчании о существовании иных норм и институтов, меняющих их содержание.

Это отдельные соображения по данному вопросу. В целом задача состоит в том, чтобы давать такую характеристику иностранного уголовного права, которую можно рационально использовать или учитывать для нужд собственной правовой системы.

О соотношении частного и публичного обвинения в уголовном праве

Постановка проблемы. Проблема соотношения частного и публичного обвинения в уголовном праве актуализируется состоянием современной уголовной политики и уголовного законодательства, которые не удовлетворяют государство и общество и, соответственно, находятся в процессе постоянного реформирования. Частное (и частно-публичное) обвинение является традиционным институтом как уголовно-процессуального, так и уголовного права. В первом случае регулируется процедурная сторона частного и частно-публичного обвинения; во втором этот институт рассматривается с материальной стороны как право на реализацию уголовной ответственности.

Приводимые далее соображения опираются на следующие допущения:

- отсутствуют содержательные различия между частными и публичными интересами, зато принципиально различны интересы истинные и ложные, законные и незаконные, долговременные и краткосрочные и пр.;

- отнесение интересов к публичным или частным преимущественно лежит в сфере передаваемой компетенции публичной власти; интерес, реализуемый публичной властью, объявляется публичным, а интерес, реализуемый (полностью или нет) частным лицом, - частным;

- механизм действия уголовного закона нуждается в легитимной рационализации; это может быть расширение пределов частного (и частно-публичного) обвинения, возможно, сопровождаемое созданием института уголовно-правового иска, основанного на праве требовать осуществления уголовного преследования и вести его.

Частное и публичное в уголовном праве. Уголовное право как отрасль публичного права представляет собой, если рассматривать его с определенной точки зрения, систему норм, на основе которых публичная власть получает в строго определенных случаях, т.е. при нарушении уголовно-правовых запретов, право на насилие. Однако, будучи публичным по своей природе, оно все же отражает также совокупность тех частных интересов, которые передаются обществом публичной власти для реализации, а в силу этого процедурно рассматриваются как интересы публичные.

Исторически, как известно, уголовное преследование в части, в какой его можно было признать правовым, осуществлялось потерпевшим и лишь постепенно (не везде и не полностью во всех отношениях) передавалось в руки публичной власти.

В современном обществе законодательная власть по общему правилу путем принятия законов, на первый взгляд, сама вполне независимо определяет право иных ветвей власти на применение насилия и определяет условия его применения. Однако исходя из действующей Конституции РФ, в частности из предписаний ст. 3, следует признать, что именно народ, т.е. граждане и общество, наделяют государство в лице его законодательной власти правом запрещать некоторые виды поведения, устанавливая и на основе закона исполнять как наказания, так и иные уголовно-правовые меры, связанные с нарушением этих запретов, обосновывая это необходимостью поддержания основных условий существования общества (социально-правового порядка).

Во всяком случае, применительно к уголовному праву публичная власть, оставаясь в рамках Конституции, обязана действовать в пределах полученной компетенции, а переданные ей частные интересы превращаются в принятые публичные интересы и тем самым в конституционные полномочия, позволяющие даже ограничивать основные права и свободы человека и гражданина. При этом народ, в конституционном понимании этого слова, вправе пересматривать объем и содержание полномочий, переданных публичной власти, действуя в таких ситуациях также на основе Конституции РФ. Это означает, что переданная уголовно-правовая компетенция может быть обществом у публичной власти отозвана или, говоря иначе, сокращена, ограничена, преобразована.

Данное положение нуждается в конкретизации. Разумеется, предполагается, что законодательная власть страны, принимая уголовные законы, действует рационально, исходя из интересов личности, социальных групп, общества в целом. Столь же необходимо предполагать, что таким же образом действует и власть, исполняющая эти законы. Поэтому сокращение компетенции есть специфическое средство социального контроля, применяемое рационально и

взвешенно. Тем не менее, осуществляя в смысле ст. 3 Конституции РФ свою власть, народ, общество должны принятыми конституционными процедурами реально контролировать тех, кто этим занимается непосредственно. Это право общества как наделять созданную им публичную власть определенной компетенцией, так и отзывать ее усиливает начало социальной саморегуляции.

О возможных направлениях дополнительной поддержки (обеспечения) частной составляющей в публичном интересе уголовного права. Российский и зарубежный опыт указывают на многообразие таких направлений. Здесь есть и внешне простые, но на самом деле крайне сложные вещи, в частности:

- ограничение интересов чиновничества исполнением возложенных на них функций;
- десакрализация государства, которое во многих работах буквально обожествляется, когда авторы, не раздумывая над противоречивостью своих предложений, пишут о необходимости борьбы с должностной коррупцией путем усиления государственного контроля, репрессий и пр.

В уголовном праве на юридико-социальном и юридико-техническом уровнях можно указать на более ограниченные по эффекту, но и более реализуемые способы поддержки частной (но публично значимой) составляющей уголовно-правового регулирования. К ним можно отнести, естественно, кроме расширения пределов частного (и частно-публичного) исключительного обвинения как права на уголовно-правовой упрек, также и предоставление потерпевшему либо иным заинтересованным субъектам права компетенции в сфере выбора мер уголовно-правовой состоятельности, собственно расширение защиты персонифицированных (частных) интересов личности и другие, реализуемые через криминализацию поведения, способы.

Названные и неназванные направления усиления частноправовой составляющей в уголовном праве подкрепляются, либо усиливаются, либо трансформируются в современных уголовно-процессуальных системах, что требует специального анализа. Здесь же достаточно указать, что изолированное, не связанное с иными нормативно-правовыми и уголовно-политическими решениями изменение соотношения частного, частно-публичного и частного обвинения должных результатов дать не может.

Разделение публичного и частного обвинения в уголовном праве и уголовном процессе. Такое разделение, как уже говорилось, позитивно. Оно языком закона и его средствами устанавливает содержание компетенции, передаваемой гражданам публичной власти в данной сфере, т.е. является средством распределения компетенции.

Частное или частно-публичное обвинение по своему уголовно-правовому содержанию означает, что заинтересованное лицо (потерпевший или иное лицо либо организация) вправе самостоятельно оценивать степень виновности, и в особенности общественную опасность деяния, не лишая, однако, это деяние свойства противоправности. Тем самым по существу оно вправе решать, является ли деяние преступлением, признаки которого образуют основание уголовной ответственности. Таким образом, из общей компетенции публичной власти, в частности органов, имеющих право возбуждать уголовное дело, изымается (хотя и не окончательно) право на принятие решения о возможности уголовного преследования и реализации уголовной ответственности. Это, конечно, в современном обществе имеет место в ограниченных пределах и в целом затрагивает прерогативы правоохранительной власти, можно сказать, в незначительной степени. Важно, однако, существование начала, позволяющего:

- признать наличие частного интереса частного лица в уголовном праве;
- наделить частное лицо в своих интересах правом принимать самостоятельно решение об общественной опасности уголовно противоправного деяния и о возможных последствиях его совершения;
- иметь частным лицам при этом право притязать на претерпевание либо реализацию своего решения публичной властью.

Расширение круга дел частного (и частно-публичного) обвинения по природе вещей означает:

- уменьшение публично-правового и расширение частноправового усмотрения при потенциальном сохранении исполнительной компетенции правоохраны и обязанностей судебной власти по разрешению уголовных дел; расширение прав граждан и иных субъектов права, не являющихся юрисдикционными органами;
- ужесточение контроля над правоохраной;
- изменение характера профессионального труда и, в частности, депрофессионализацию аргументов уголовного преследования, проявляемую в пределах уголовной ответственности.

О современной потребности разделения частного (частно-публичного) и публичного обвинения. Для решения этого вопроса необходимо обратиться к эффективности уголовной политики в целом и к состоянию уголовного законодательства в частности. В особенности важно установить, справляется ли система уголовной юстиции с применением уголовного законодательства в соответствии с правильно понятым балансом различных интересов. Оценки такого рода могут быть необыкновенно сложными. Однако для выработки стратегии достаточно

рассмотреть соотношение затрат и выгод деятельности уголовной юстиции по в целом хорошо верифицируемым параметрам. К ним можно отнести такие известные доктрине и практике показатели: регистрация преступности; количество принимаемых окончательных решений, включая постановления об отказе в возбуждении уголовного дела, о прекращении их по нереабилитирующим основаниям, как это предусмотрено гл. 4 УПК РФ; количество лиц, подвергнутых уголовному наказанию и иным мерам уголовно-правового воздействия, прежде всего связанных с лишением свободы, и, наконец, уровень рецидива, динамика преступности и оценка безопасности и защищенности своих прав населением.

В большинстве стран, европейских во всяком случае, современная ситуация соотношения издержек и выгод (результатов) оценивается как кризис уголовной юстиции. В Российской Федерации одной из составляющих цены за применение уголовного закона является практически более чем 1 млн. людей под стражей с весьма высоким темпом сменяемости (он составляет примерно 300 - 350 тыс. человек в год). За десять лет при таком положении через ворота следственных тюрем и исправительных учреждений проходит 3 - 4 млн. граждан России.

Это положение нам кажется недопустимым. Оно вредит высшим ценностям нашей страны, угрожает нормальному ходу демократических процессов. Однако крайне важно при этой констатации не субъективизировать и не политизировать утверждения, оценки и выводы. Система уголовной юстиции постепенно складывается и лишь частично зависит от доброй воли ее работников. Работает именно комплекс, система факторов - разнородных и разновекторных: законодательство, показатели служебной деятельности, сугубо ведомственные и сугубо частные интересы, уровень подготовленности, психологические состояния, включающие в себя жажду реванша, ненависть к успеху, радость безнаказанности и пр. Совершенно бесполезно поэтому обвинять на абстрактном уровне лиц, определяющих и реализующих уголовную политику, в ее состоянии, что, впрочем, не препятствует нормальному управленческому контролю.

В то же время представляется необходимым освободить систему уголовной юстиции от несвойственных ей функций, усилить роль закона и контроль общества за ее функционированием, в частности передав защиту некоторых интересов в сферу частноправовой деятельности. По принятой, хотя и не вполне правильной, терминологии это и означает ограничение публичного и усиление частного интереса в уголовном праве. Такой подход не является простым и не может быть реализован быстро. Необходимы научные и практические разработки, постепенное накопление опыта, работа над законодательными проектами и пр.

Сейчас тем не менее необходимо сделать жесткий вывод: в рамках российского уголовного права необходимо усилить позиции частных лиц, чьи интересы затрагиваются преступлениями, в большей степени выявить в том, что именуется публичным интересом (в действительности - системным отражением частных интересов), частную составляющую и направить частные интересы на достижение общих целей. Для этого необходимо использовать возможности действующего УК РФ.

Возможные условия отнесения уголовных дел о преступлениях к уголовным делам частного и частно-публичного обвинения. Эти условия должны отразить специфику соответствующих преступлений и легитимировать научно и, разумеется, в нормативно-правовом порядке их отнесение к делам частного и частно-публичного обвинения. На наш взгляд, они таковы:

- объектом посягательства должны быть высоко персонифицированные правовые блага;
- должны существовать возможности личной защиты затронутого блага, реализуемые в действительно существующей правовой инфраструктуре;
- решение частного субъекта не должно затрагивать реальные интересы других лиц или затрагивать их в незначительной степени;
- частное либо частно-публичное обвинение не должно противоречить принципам уголовного права; оно должно быть справедливым, законным, соразмерным, основываясь, естественно, на началах вины, равенства граждан, гуманизме;
- существующая система в целом и в отдельных ее элементах способна реагировать на решение частного лица и готова обеспечить реализацию им своих интересов.

Дела частного (и частно-публичного) обвинения в УК РФ и УПК РФ. К уголовным делам частного обвинения по ч. 2 ст. 20 УПК РФ относятся уголовные дела о преступлениях, предусмотренных ст. ст. 115, 116, ч. 1 ст. 129 и ст. 130 УК РФ. Их следует подразделять на две подгруппы. Первая - это преступления против здоровья, которые отличаются от иных посягательств на здоровье только характером последствий, не всегда, впрочем, зависящих от субъекта и совершаемого им деяния. Вторая подгруппа - простые составы клеветы и оскорбления - более характерна для частного обвинения. Особым образом учтен (это требует специального анализа) частный интерес по примечанию 2 к ст. 201 УК РФ <1> и в соответствующих предписаниях УПК РФ.

<1> Здесь сказано: "Если деяние, предусмотренное настоящей статьей либо иными статьями настоящей главы, причинило вред интересам исключительно коммерческой организации, не

являющейся государственным или муниципальным предприятием, уголовное преследование осуществляется по заявлению этой организации или с ее согласия".

Так или иначе здесь специфичны защищаемые интересы. Они высоко персонифицированы; лицо, как правило, знает своего оппонента и может лучше других вести личную защиту, а ограниченность этой защиты не нарушает чрезвычайным образом интересы других лиц.

Опираясь на УК РФ как источник связующего опыта, при анализе условий отнесения уголовных дел к делам частного (и частно-публичного) обвинения в принципе можно обратиться и к источникам необязательным, но существенным в интеллектуальном плане. Ими являются зарубежные системы уголовного законодательства.

В Уголовном кодексе Германии содержится специальный четвертый раздел Общей части "Уголовное (уголовно-правовое) заявление, управомочие, требование уголовного преследования". Нормы этого раздела требуют особого анализа. Но здесь вкратце можно упомянуть, что в УК Германии различаются права, которые предоставляются вышестоящему должностному лицу, осуществляющему надзор за нижестоящим лицом (не обязательно это начальник), органу управления, в частности правительству Германии и правительствам Земель, в отношении их членов, во-первых, и что круг такого рода деяний довольно широк, во-вторых <1>.

<1> Подробнее см. в кн.: Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. М.: Проспект, 2006.

Назовем лишь некоторые преступления, преследуемые только по заявлению. Это простое телесное повреждение (§ 223), наказуемое лишением свободы сроком до двух лет; неосторожное телесное повреждение (§ 229) - до трех лет; оскорбление (§ 185) - до двух лет, однако здесь § 194 УК Германии дает весьма развернутую характеристику условий преследования по заявлению, расширяя круг уполномоченных на заявления лиц и вводя особый порядок преследования при оскорблении лиц, преследовавшихся при национал-социалистическом или ином режиме, основанном на насилии; взяточничество и взяточничество в хозяйственном обороте (§ 299) и др.

Некоторые предложения о расширении круга дел частного обвинения. Полагаем возможным дополнительно отнести к этому кругу дела по ст. ст. 115 - 117, 121, 140, 145, 146, 147 УК РФ; некоторые виды краж (в семье, малоценных предметов и пр.); ст. ст. 167 - 168, 176, 177, 180 и ряд других.

В каждом из этих случаев возможно введение специальных оговорок, что требует дополнительного обсуждения.

Либерально-консервативная идея и ее отражение в УК РФ <1>

<1> Настоящий материал подготовлен по просьбе Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации для выступления с докладом в рамках теоретического семинара на тему "Идеологические основы уголовного закона", который состоялся 30 мая 2007 г. в Институте повышения квалификации руководящих кадров Академии Генеральной прокуратуры РФ.

Рассмотрение уголовно-правовых проблем в современном российском, как и в любом другом, обществе с позиций политических теорий целесообразно только в рамках проектных подходов. Оно приобретает смысл, когда осознается существующее положение дел и когда достигаются понимание того и согласие о том, чего мы хотим и что на основе наличных социальных, ресурсных, политических и иных возможностей можем сделать, используя уголовный закон в качестве инструмента социального регулирования.

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 аргументацию выдвигаемых суждений, и готовность к их верификации;
- осознание и признание последствий провозглашаемых идей.

Кроме того, необходимо соблюдать правила редукции, не перепрыгивая через ступени и не делая необоснованных выводов на основе пусть правильных, но высокоабстрактных суждений.

С этих позиций предполагается, что:

- уголовное законодательство Российской Федерации не может быть признано либеральным или либерально-консервативным; более того, в этом нет никакой необходимости, поскольку достаточно в качестве идеального типа (по М. Веберу) рассматривать его как уголовное

законодательство правового государства, защищающего принятые в этом государстве конституционные ценности, несомненно, включающие в себя права граждан, социально-политическую систему и рыночную экономику;

- некоторые идеи, развитые на основе либеральной парадигмы, соотносятся с любой уголовно-правовой системой, имеющей правовой характер, и их анализ может быть признан полезным;

- одной из целей исследования уголовного права является повышение его эффективности на основе минимизации ресурсных затрат и негативных последствий.

Понятие либерализма или либеральных теорий употребляется различно в обыденном языке и в политологии. В обыденном языке, который часто применяется и юристами, под либерализмом понимается ориентация на ограничение власти, прежде всего государственной, расширение индивидуального произвола, т.е. прав человека или вседозволенности, стремление к тому, чтобы избегать жестких, эффективных наказаний. В этом понимании либерализм связывается с уменьшением роли уголовного закона, и в первую очередь со смягчением наказания или вообще отказом от него.

С таких позиций рассматривать либерализм бессмысленно, ибо данное понимание не имеет сколько-нибудь строгого определения и, в сущности, отражает разброс индивидуальных мнений. Оно используется парадоксальным образом по двум направлениям: либо для бездоказательной критики уголовной политики, проводимой оппонентами, либо для восхваления установившихся порядков, одобряемых тем или иным автором.

Но главное состоит в том, что такого рода представления о либеральном и либерализме не содержат в себе каких-либо критериев оценки эффективности уголовного закона, и прежде всего достаточной строгости наказания. С таким пониманием либерализма была бы невозможна никакая реформа наказания в XIX в., ныне хвалимый Беккариа был бы подвергнут максимально возможному поношению, а самое главное - авторы, отвергающие любое смягчение наказания сегодня, не учитывают весьма убедительные доводы, высказанные в работах С.В. Бородина, И.И. Карпеца, Н.С. Таганцева, И.Д. Фойницкого и других российских и советских ученых. Таким образом, речь идет о непригодности бытового понимания либерализма для нужд российской уголовной политики и уголовного законодательства.

Либерализм в более строгом - политологическом - понимании также весьма широкое явление, представляющее собой группу теорий или подходов <1>. Однако при всех внутренних разногласиях выделяется парадигма, или основа либерализма, в его соотношении с иными теориями, в частности с марксизмом, делиберативизмом, республиканизмом, постмодернистскими теориями и пр.

<1> Поскольку эти суждения носят описательный характер, они опираются на сопоставительный обзор политологической литературы в трех странах - России, ФРГ, США. См., например: Политика: Толковый словарь: Русско-английский. М.: ИНФРА-М, Весь мир, 2001; Соловьев А.И. Политология: Политические теории, политические технологии: Учебник. М.: Аспект Пресс, 2000; Чилкот Рональд Х. Теории сравнительной политологии. В поисках парадигмы. М.: ИНФРА-М, Весь мир, 2001; Schaal Gary S., Heidenreich F. Einführung in die Politischen Theorien der Moderne. Opladen & Farmington Hills, Verlag Barbara Budrich, 2006.

При этом либеральные теории достаточно хорошо сопрягаются с различными формами государственной власти: от монархии до парламентской республики.

В Оксфордском словаре либерализм определяется как теория, согласно которой цель политики состоит в защите прав личности и в максимальном расширении свободы выбора <1>. При этом речь идет именно о возможности свободы выбора, но отнюдь не об уменьшении ответственности за сделанный выбор, если он нарушает правовые нормы. Применительно к уголовному закону это можно показать на следующем примере, который нами рассматривался ранее. На практике возникает вопрос, что эффективнее: развивать позитивное правовое регулирование хозяйственной деятельности, связывая ее субъектов многочисленными обязанностями, или установить высокую уголовную ответственность за нарушение интересов государства лицом, действующим относительно свободно по своему выбору, в частности за уклонение от уплаты налогов, обман потребителей, незаконный захват чужой собственности и т.д. В своей основе сторонники либерального подхода считают, что лицо само должно выбирать способы хозяйственной деятельности, избегая бюрократических барьеров, но очень жестко отвечать по уголовному закону за реальный вред, причиненный государству или обществу. Это трудно выполнить реально, и государство вынуждено наращивать бюрократический аппарат, устанавливая многочисленные правила, направленные на то, чтобы предупредить совершение преступления <2>.

<1> Политика: Толковый словарь. С. 292.

<2> См.: Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. М.: Проспект, 2006. С. 42.

Парадигма либерализма на уровне высокой абстракции состоит в том, что человек своей деятельностью максимизирует пользу, личность имеет преимущество перед обществом, т.е. проводится принцип методологического индивидуализма, и подходу к личности как к субъекту отдается преимущество перед подходом к личности как к гражданину в республиканском понимании.

Либерализм предполагает наличие у субъекта права двух групп прав: позитивных, данных государством, и исконно ему присущих, т.е. естественных. Основное внимание уделяется при этом правам собственности и свободе.

Однако крайне важны при переходе к уголовному закону три особенности либерализма.

Первая. Либерализм для своего осуществления не нуждается в демократии. Идеи либерализма лучше реализуются при монархии, чем при демократии. Либерализм - это саморегулирование в пределах выделенных прав и определенной самостоятельности. Демократия же так или иначе предполагает давление на личность.

Вторая. Исторически в теории и на практике либерализм связан с ориентацией на чрезвычайно жесткие наказания, включая смертную казнь. Одним из представителей либерализма был, например, Кант, который считал исполнение смертной казни священным долгом государства. Это связано с парадигмой либерализма и выражено в так называемых абсолютных теориях наказания.

Третья. Практические подходы либерализма к социальным проблемам преимущественно являются позитивистскими. Принимаемые решения основаны на ценностях свободы и собственности, личной ответственности, но лишь постольку, поскольку эти решения максимизируют полезность с точки зрения субъектов этих решений.

Поэтому представители либерализма развивали и развивают совершенно различные подходы к уголовному праву в континентальной и англо-американской системах; они проводили идеи нулевой терпимости и в то же время в определенных ситуациях минимизировали наказание. Ныне под давлением общества они расширяют предмет уголовно-правового регулирования. Поэтому так или иначе последовательно либеральные партии чаще всего проигрывают выборы, во всяком случае, на континенте.

В этом смысле российский политолог А.И. Соловьев правильно считает, что система либеральных целей все больше приобретает характер не столько четкой программы, сколько "мироощущения, мировоззрения, смысловых ориентаций более общего характера, в которых на первый план выходят его наиболее общие идеалы и культурные принципы" <1>.

<1> Соловьев А.И. Указ. соч. С. 342.

Консервативный либерализм, который иногда называют консервативным либертарианством, представляет собой актуальный пример проявления этих особенностей. Его специфика состоит в определенном отходе от строгого индивидуализма и ориентации на традиционные семейные ценности, т.е. некоторое движение в сторону республиканизма.

С этих позиций можно лишь в самом общем виде анализировать действительное отражение идеи консервативного либерализма в действующем УК РФ. Полемика по этому вопросу может быть бесконечной, ибо и понимание либерализма является весьма широким, и природа уголовно-правовых институтов, а еще более - их происхождение однозначной характеристики не имеют.

В связи с этим высказываются следующие соображения относительно отражения идеи консервативного либерализма.

1. УК РФ, как и практически все уголовные кодексы, возник как способ легитимации государственного насилия ценой его ограничения по интенсивности, предметам и процедурам. Уголовный закон, предоставляя власти монополию на насилие, исходит из наличия прав у адресатов насилия и недопустимости их нарушения. В этом смысле либерален любой уголовный закон, поскольку его системное нарушение приводит к внесудебной расправе и отрицает само существование уголовного закона.

2. Любой уголовный закон защищает, плохо или хорошо, права личности, собственность и существующее устройство, понимая их по-своему. В отличие от самосуда это тоже либерализм.

3. Вместе с тем развитие и состояние уголовного законодательства определяются некоторым множеством факторов, роль которых в высшей степени спорна, но, возможно, главными являются объективные потребности управления и некоторое соглашение о переносимости легального насилия обществом, его центрами власти.

Важнейшую роль при этом играют, наряду с идеологией, характер политической системы, режим, традиции и пр.

Именно поэтому кажется нецелесообразным связывать те или иные институты уголовного права, а тем более общую оценку Уголовного кодекса, с идеей либерализма. Уголовный кодекс РФ

нельзя считать либеральным, как невозможно указать на какую-либо национальную уголовно-правовую систему, заявив, что она является либеральной.

4. Примерно так же решается вопрос о генетически либеральном характере институтов Уголовный кодекс. Идея права старше идеи либерализма, четче и гораздо лучше воспринимается обществом. Признание института либеральным мало говорит о нем и лишь вызывает бурную полемику. Здесь проблема еще и в том, что либеральные идеи, например, в Германии отнюдь не помешали падению страны в нацизм при сохранении УК 1871 г.

В итоге можно сказать, что УК РФ и отдельные его институты выражают либеральную либо либерально-консервативную идею в том смысле, в котором первая связана с идеей права, равенства, справедливости, а вторая, поскольку она совмещает идею автономии личности, связана с традиционалистским подходом к установлению границ автономии. Но в любом случае уголовное право как средство государственного регулирования отражает интересы государственной власти, потребность в ней, по своей природе и в каждом своем проявлении выходя за пределы идеологии либерализма.

Практические выводы. Уголовное право, по распространенному мнению, нуждается в совершенствовании, пересмотре, реформировании. В странах с распространенной, хотя нигде и не победившей, идеологией либерализма ставится вопрос о кризисе уголовного права, инфляции уголовного закона и необходимости легитимации как действующего уголовного закона, так и возможных его изменений.

В России изменения уголовного закона должны осуществляться на основе действующей Конституции, в ходе дискурса. Призыв к возрождению социалистической идеи, протесты против охраны рыночной экономики нарушают Конституцию РФ и близки к экстремизму, во всяком случае, в наиболее острых проявлениях призывов такого рода, проявляющихся в призывах к внесудебным расправам, отказу от правовых гарантий и пр.

Современные условия жизни общества таковы, что имеющееся уголовное право не отвечает потребностям дня, и наука уголовного права, как следствие, должна выполнять прикладную функцию "выращивания институтов уголовного права". При этом самобытность национального уголовного права не исключает общего языка уголовно-правовой науки различных стран.

В настоящее время наиболее актуальными проблемными ситуациями уголовно-правовой науки являются:

- недостаточная информационная составляющая науки;
- антинаучная (или популистская) аргументация решения уголовно-правовых вопросов и др.

Основные предпосылки развития теории уголовного права с учетом кризиса данной науки, несмотря на то что российские специалисты - в отличие от европейских - избегают такой оценки, состоят в учете:

- социальной и экономической затратности уголовной репрессии;
- инфляции уголовного законодательства;
- немотивированном усилении ответственности;
- снижении технического уровня уголовного законодательства.

Перед современной наукой уголовного права стоит ряд нерешенных задач, в частности касающихся легитимации и конкретизации уголовного законодательства на основе анализа его целевой функции, верификации его инструментальной эффективности и криминологического исследования предмета и механизма уголовно-правового регулирования. Дело в том, что современная характеристика задач уголовного права весьма абстрактна и законодатель фактически может объявить преступлением любое деяние, расширив тем самым задачи уголовного права. Помимо этого, необходимо обратить самое пристальное внимание на проблему переносимости уголовного права, обеспечения соответствующих социальных издержек и соблюдения начала экономии наказания. Так, гуманный закон должен быть поддержан обществом как некоторый внешний фактор. Существует настоятельная необходимость проанализировать конституционность, справедливость и эффективность современных уголовно-правовых институтов и отдельных норм о дифференциации и индивидуализации наказания, но фактически приводящих к его усилению. Далее, следует обратить самое пристальное внимание на проблему внутриотраслевых гарантий, препятствующих злоупотреблению уголовным законом (правом). В связи с этим настоятельно необходимо искать возможности повышения определенности уголовного закона и обеспечения предсказуемости его применения. Наконец, следует задуматься о проблеме развития и совершенствования методологии и методики проектирования уголовного законодательства. Иначе наука уголовного права и уголовный закон не смогут справиться с вызовами времени.

Материальная состязательность в уголовном праве России

Введение. Предлагаемая постановка вопроса имеет целью способствовать снижению числа обвинительных приговоров, прежде всего к лишению свободы, поскольку нынешняя практика

крайне негативно влияет на положение дел в России. Состояние судимости в нашей стране, взятое как реальный социологический факт, в особенности применительно к лицам, содержащимся под стражей, указывает на плохое состояние уголовного законодательства и практики его применения. По меньшей мере частично вина за это лежит на том, что именуется уголовно-правовой наукой, и на тех, кто считает себя субъектами научной деятельности, - на нас. Следует категорически отвергнуть утверждения, сделанные сознательно или в силу ограниченности интеллектуальных возможностей, о повышенной криминализации России и криминогенности ее населения. Необходимо вместо этого признать непрофессионализмом постоянные призывы к расширению уголовной ответственности и усилению наказания, во всяком случае не основанные на поддающихся проверке доводах.

Вместо этого следует, как давно утверждалось многими, разрабатывать и усиливать распознающие, дифференцирующие и оценочные возможности уголовного закона, приводить его в соответствие с реальными социальными потребностями, первой из которых является обеспечение жизни человека и самореализации его личности. Для этого как минимум нужно обосновать или отвергнуть, во всяком случае, проверить систему уголовно-правовых средств (дефиниций, конструкций, презумпций и пр.), определяющих меры уголовно-правового воздействия за то или иное деяние, развить на наличной основе уголовно-правовые средства защиты от обвинения. На наш взгляд, дополнительные и серьезные возможности для этого создает новый УПК РФ.

Нормы УПК РФ в сочетании с описанной социальной потребностью совершенствования уголовно-правовой практики актуализируют проблему структурной связи: материальное обвинение - материальная защита - уголовно-правовые меры.

При этом, используя конструкцию ст. 10 УК РФ, определим обвинение как все предписания, отягчающие (ухудшающие) положение лица, защиту - как все, что любым образом по отношению к обвинению улучшает положение лица.

Понятие материально-правового обвинения. Предполагаемый субъект уголовной ответственности должен знать, какой упрек предъявляет ему сторона обвинения. В уголовно-правовой литературе понятие обвинения употребляется тем не менее крайне редко. По п. 22 ст. 5 УПК РФ "обвинение - утверждение о совершении определенным лицом деяния, запрещенного уголовным законом, выдвинутое в порядке, установленном настоящим Кодексом".

Следует полагать, что, хотя данное определение находится в УПК РФ, оно имеет в себе юридически значимое именно уголовно-правовое содержание. Можно сказать так: вероятно, утверждение о совершении деяния "определенным лицом" имеет доказательственное значение. Утверждение о совершении "деяния, запрещенного уголовным законом", указывая на предмет доказывания, все же устанавливает связь между деянием и наказанием (предполагая, разумеется, возможность защиты в уголовно-правовом смысле). Законодателю не требуется подтверждать это. Сторона обвинения не действует из любопытства: она преследует, чтобы суд мог наказать. Это и определяет требования к уголовно-правовому обвинению. Вместо этого подробно рассматривается вопрос об уголовной ответственности и ее основании, причем по неясным причинам; особо подчеркивается, что основание уголовной ответственности является единственным. Именно основание, а не основания, признается правильной юридической конструкцией, что, по-видимому, объясняется некоторым смещением начал необходимости и достаточности. В соответствии со ст. 8 УК РФ основанием уголовной ответственности является совершение деяния, содержащего все признаки состава преступления, предусмотренного данным Кодексом.

Но как бы то ни было, из УК РФ также прямо вытекает и полностью соответствует УПК РФ требование о том, что лицо может быть привлечено к уголовной ответственности только тогда, когда оно будет обвинено (лучшего для данного случая русского слова нет) в совершении уголовно наказуемого деяния, т.е. когда им выполнен определенный фактический состав, который соответствует признакам юридического состава, описывающего данное деяние. В этом реализуется материальное содержание обвинения. Им является утверждение о принятии и содержании негативной уголовно-правовой оценки деяния и определенных свойств субъекта, проявившихся в деянии. То есть, иначе говоря, обвинение - это формальное выражение уголовно-правового упрека, который связывает сторону обвинения и ставит одновременно лицо перед угрозой уголовно-правового воздействия. Покажем это на примере. Известно, что лицо при совершении определенных внешне сходных, но имеющих различия, иногда больше правовых, чем фактических, деяний обвиняется (упрекается) либо в одном, либо в другом, либо в третьем преступлении, но не может преследоваться за все сразу или за "потом посмотрим какое". Некий гражданин прилюдно побил другого гражданина. Здесь возможны многие уголовно-правовые оценки, влекущие различные последствия, что юристам хорошо известно. Деяние может быть расценено как умышленное причинение вреда здоровью разной степени тяжести (ст. ст. 111 - 115), побои (ст. 116), истязание (ст. 117), хулиганство (ст. 213), превышение должностных полномочий (ст. 286) и многое другое. При этом правовые оценки такого рода включают в себя, что также

хорошо известно, указания на наличие квалифицирующих или смягчающих обстоятельств, являющихся признаками состава деяния.

Таким образом, хотя ст. 8 УК РФ пусть спорно, но формулирует, что именно является основанием уголовной ответственности, этот вывод должен конкретизироваться применительно к данному деянию, совершенному (возможно, предположительно) данным лицом, в виде материально-правового обвинения. Внешне в этом выводе нет ничего принципиально нового.

Но внимание к обвинению позволяет:

- привести уголовно-правовую доктрину в соответствие с УПК РФ, а здесь главное - постановка уголовно-правовых сделок под проверку, введение их в структуру состязательности при придании им большей определенности;

- развить новый подход к содержанию и правовому значению обвинения;

- оптимизировать на этой основе практику принятия мер уголовно-правового воздействия, прежде всего наказания.

О соотношении уголовно-правового и уголовно-процессуального обвинения. По своей природе материальное обвинение реализуется в структуре отношений уголовной ответственности; уголовно-процессуальное - в структуре уголовного судопроизводства, т.е. юридически и содержательно раздельно. Однако оба вида обвинения постоянно воздействуют друг на друга, практически дифференцируясь лишь как предмет профессионального мышления. Соответствие этих видов обвинения обеспечивается, на наш взгляд, следующим образом.

Прежде всего материальное обвинение должно рассматриваться как объект состязательного процесса; суд лишь подтверждает либо опровергает его, не соглашается с ним; сторона обвинения выдвигает его, формулируя как объект оценки; сторона защиты может опровергать обвинение. Это значит, однако, что стороны должны нести определенное бремя обоснования обвинения, осуществляя обоснование обвинения как процесс одноуровневый с доказыванием. В процессе тогда осуществляется не просто спор о правильности квалификации деяния, но обоснование, для которого должны быть использованы нормативно установленные правила и последствия их нарушения. При этом возникает право на материальную защиту, основания которой содержатся или должны содержаться в УК РФ.

Возможные аргументы носят теоретический, а значит, произвольный характер. Иными словами, право на материальное обвинение должно порождать право на материальную защиту, что требует принятия некоторых дополнительных правил толкования закона и уголовно-правовой оценки деяния. Уголовно-правовая защита нуждается в самостоятельном рассмотрении.

Банальный пример. Часть 1 ст. 158 УК РФ не устанавливает нижней границы стоимости похищенного имущества. Статья 7.27 Кодекса РФ об административных правонарушениях (КоАП РФ) устанавливает ответственность за мелкое хищение чужого имущества, признавая в примечании таковым хищение имущества, стоимость которого не превышает 5 МРОТ <1>.

<1> Размер административной санкции в данном случае приводится по тексту КоАП РФ до внесения изменений согласно Федеральному закону от 22 июня 2007 г. N 116-ФЗ.

До сих пор отсутствуют процедуры решения коллизии уголовного и административного закона. Далее необходимы на законодательном уровне анализ и более разумные формулирование и классификация средств обвинения, во всяком случае, по критериям законности, справедливости, переносимости, т.е. в целом по легитимности средств обвинения.

Это сложный и самостоятельный вопрос, который здесь можно лишь поставить. Но средства материально-правового обвинения и защиты должны:

- иметь равную или сопоставимую обязательность для суда (в случае их установления, признания); например, ст. 39 УК РФ содержит императивные предписания, правда, требующие толкования; ч. 2 ст. 40 УК РФ "Физическое или психическое принуждение", которая явно может рифмоваться со ст. 39 УК РФ, содержит оборот: "Вопрос об уголовной ответственности... решается с учетом положений статьи 39 настоящего Кодекса"; правовая природа указания "с учетом" в императивном законе вообще не ясна, но что-то освобождающее суд здесь вводится;

- быть одинаково определенными; например, в ст. 64 "Назначение более мягкого наказания..." не раскрыто понятие исключительных обстоятельств и нет возможности как-то обосновать их наличие; зато ст. ст. 69, 70 УК РФ достаточно широко и жестко определяют свою сферу действия, резко ухудшая положение обвиняемого;

- быть соразмерными, давать равные возможности "казнить" и "миловать". Это, пожалуй, наиболее актуальная и сложная проблема. Уголовный кодекс РФ "перегрет" предписаниями, гонящими репрессию вверх. Причем реальное действие этих предписаний хорошо известно судьям, но, по-видимому, безразлично законодателю и науке. Назовем: ст. 35 совместно с квалифицирующими признаками многих статей Особенной части УК РФ; ст. 68, заставляющая применять наиболее строгие виды наказания, т.е. практически лишение свободы (одна эта статья ответственна за большую долю случайных преступников, отбывающих наказание в колониях);

упомянутые ст. ст. 69 и 70 и др. Хуже того, квалифицированные составы сформулированы так, что именно они применяются, подменяя собой основные.

О связи материального обвинения и уголовно-правовых мер. Эта связь кажется ясной, но здесь существуют весьма серьезные трудности. И именно они в значительной степени определяют состояние репрессии.

Обвинение, имеющее определенное содержание, поскольку оно сформулировано, влечет прежде всего различные последствия - процессуальные, а затем и материальные. Первая группа последствий крайне чувствительна и при деформации правоприменительной практики способна даже "заменить" наказание. Лицо, находящееся под стражей в качестве меры пресечения, фактически отбывает наказание, хотя в отношении его и действует презумпция невиновности, и наказанием эти страдания не признаются.

Но материальные последствия и уголовное обвинение все же могут по понятным причинам оказаться более существенными. Уголовное обвинение определенного характера по природе вещей влечет или должно влечь принятие соразмерных ему мер уголовно-правового воздействия, прежде всего наказания. Вопрос о соразмерности и его определении крайне сложен. Однако очевидно, что:

а) виновному воздается за содеянное, как оно оценено уголовным законом с разных сторон и по разным критериям;

б) он должен знать, за что ему воздается;

в) он должен иметь возможность защищаться от обвинения.

По этим соображениям и в этом смысле обвинение должно охватывать все ставящееся в упрек, т.е. быть единым, необходимым, достаточным и полным. Эти требования к обвинению вытекают из многих предписаний УК РФ, прежде всего из принципов уголовного права, начиная с принципа законности, понятия преступления. Они поддерживаются сейчас более основательно УПК РФ. В частности, ст. 382 УПК РФ указывает, что неправильным применением уголовного закона являются: 1) нарушение требований Общей части УК РФ; 2) применение не той статьи или не тех пункта и (или) части статьи Особенной части УК РФ, которые подлежали применению; 3) применение наказания более строгого, чем предусмотрено соответствующей статьей. Поэтому все элементы обвинения в уголовно-правовом смысле могут быть юридически значимыми, обязательно определяя содержание вывода о виновности и затем о наказании (ином уголовно-правовом воздействии, поскольку это содержание обвинения установлено в надлежащем порядке).

Но на самом деле именно обязательность составляющих обвинения оказывается различной. Это положение программируется с самого начала ст. 8 УК РФ. Здесь говорится, повторяем, обо всех признаках состава преступления как основания уголовной ответственности. При этом, однако, игнорируется, что: а) как вытекает по меньшей мере из ч. 3 ст. 61 и ч. 2 ст. 63 УК РФ, не все смягчающие и отягчающие обстоятельства, учитываемые по ст. 60 УК РФ при назначении наказания, т.е. реализации обвинения, являются признаками преступления, т.е. состава преступления; б) необходимым является отсутствие обстоятельств, исключающих преступность деяния, которое по российской доктрине отнюдь не входит в состав преступления.

В итоге при реализации обвинительного приговора, а в некоторых случаях и при освобождении от уголовной ответственности суд или сторона обвинения связаны квалификацией деяния, пределами соответствующей статьи Особенной части УК РФ, но обладают почти неограниченным усмотрением по отношению к иным элементам обвинения. А они, в сущности, должны определять индивидуализацию наказания.

Такая ситуация создается не только ст. 8 УК РФ. Она определяется многими предписаниями раздела III "Наказание". Уже ч. 1 ст. 60 "Общие начала назначения наказания" указывает, что лицу "назначается справедливое наказание в пределах, предусмотренных соответствующей статьей Особенной части" УК РФ, чем конституируется значение состава преступления в его гарантийной функции и, как предусмотрено далее, "с учетом положений Общей части". Оставим в стороне назначение наказания по совокупности преступлений и по совокупности приговоров. Рассмотрим иные предписания. Статья 61 УК РФ вообще не указывает на юридические последствия установления смягчающих обстоятельств, а связанная с ней ст. 62 УК РФ говорит лишь о двух из них, и то фактически не ограничивая усмотрение суда. Это не касается отягчающих обстоятельств по ст. 63 УК РФ. В различных ситуациях назначение наказания требует специального анализа еще и потому, что суд, как правило, не связан содержанием обвинения, кроме как в части, касающейся состава преступления (исключение составляют совокупность преступлений и рецидив), и обладает широкой свободой усмотрения.

При наличии такой свободы, как показывают многочисленные эмпирические исследования, суды предпочитают не мотивировать достаточно развернуто свои приговоры, т.е., по-видимому, не размышляют над их обоснованием, и принимают решения, ориентируясь на сложившуюся практику, включая неписанные, но жесткие требования к ним.

В создавшемся положении - повторяем, явно неблагоприятном, на наш взгляд, для страны - виновных в социальном плане найти трудно. На законодателя давит страх граждан перед преступностью: и обоснованный, и нет. По традициям научной работы, реагируя на активность депутатов, необходимо вносить предложения о совершенствовании чего-либо, а их без требований усилить наказание сформулировать трудно. Думать надо. Практические работники вообще отвечают за всех и вынуждены считаться с постоянным давлением.

О материально-правовой защите. Наиболее развитой частью системы средств такой защиты является институт обстоятельств, устраняющих преступность (противоправность и виновность) деяния. Это несколько напоминает англо-американский институт defenses, но уголовное право разных систем фактически столь сходно, что каждый институт что-нибудь напоминает.

В целом же система уголовно-правовой защиты включает в себя все уголовно-правовые предписания (нормы, институты и проч.), на которые лицо может сослаться, опровергая материальное обвинение, т.е. уголовно-правовую оценку его деяния, если оно считает эту оценку незаконно отягчающей.

Признание института уголовно-правовой защиты также соответствует состоятельности процесса. Строго говоря, оно соответствует нормальной традиционной практике и здравому смыслу. Но проблема состоит в недостаточной разработанности средств защиты в законодательстве, доктрине и практике.

Начнем с доктрины. Отечественная наука разрабатывает понятие преступления и состава преступления, включая в них только признаки (стороны, элементы), характеризующие деяние, поскольку признано его наличие как влекущее уголовную ответственность. По элементарной логике этого достаточно. Но в российской, как и в любой другой, правовой системе законодатель идет другим путем. Он устанавливает - хорошо или плохо - также, что не является преступлением. Одно из важнейших предписаний такого рода содержит ч. 2 ст. 14 УК РФ: "Не является преступлением..." - и дальше говорится о деянии, в силу малозначительности не представляющем общественной опасности. В понятии преступления, данном в ч. 1 ст. 14 УК РФ, далеко не все удачно, но, во всяком случае, и здесь неявно даны раскрываемые в последующих статьях УК РФ указания на то, что не является преступлением. В сущности, это касается всех признаков преступления. Но обратимся здесь лишь к виновности и признаку противоправности, по формулировке ч. 1 ст. 14 УК РФ, правда, только уголовной. Кодекс раскрывает их обратную сторону именно в разделе "Преступление", регламентирует упомянутые обстоятельства, исключаяющие преступность деяния, которые относятся либо к виновности, либо к противоправности. Чтобы следовать УК РФ, доктрина может идти двумя путями.

Можно, во-первых, рассматривать наличие виновности и уголовной противоправности двояко: позитивно - как соответствие деяния составу, описанному в УК РФ, и негативно - как отсутствие обстоятельств, исключаящих преступность деяния. По меньшей мере в одном случае законодатель это делает, традиционно предусматривая в ст. 108 УК РФ ответственность за убийство, совершенное при превышении пределов необходимой обороны либо при превышении мер, необходимых для задержания лица, совершившего преступление.

Отсюда и доктринальное определение убийства должно либо включать указание на незаконность причинения смерти, что правильно предлагается в литературе, либо включать прямую ссылку "при отсутствии обстоятельств, исключаящих преступность деяния".

Это значит, что ст. 8 УК РФ обязательно должна быть дополнена таким предписанием. Без него она просто ошибочна: деяние может содержать все признаки состава преступления, как он понимается в отечественной доктрине, и не быть преступлением, именно если есть обстоятельства, исключаяющие преступность деяния. Законодатель так и пишет: "Не является преступлением..." - выводя, что общепризнано, эти обстоятельства за пределы состава деяния.

Но данная конструкция игнорирует реальные различия между обстоятельствами, исключаящими противоправность деяния, и обстоятельствами, исключаящими виновность деяния; последнее наличествует, например, при физическом или психическом принуждении (ст. 40 УК РФ), исполнении приказа или распоряжения (ст. 42 УК РФ).

Во-вторых, можно сформулировать институт защиты или возражений, не затрагивая понятия преступления и его структуру. Тогда уголовно-правовая защита должна охватывать обстоятельства, исключаящие индивидуальную уголовную ответственность, что, возможно, и точнее, чем "исключаяющие преступность деяния", а также исключаящие наказуемость лица за совершение данного деяния.

Так или иначе учение о преступлении в полном соответствии с действующим УК РФ должно предполагать включение в структуру преступления позитивного и негативного описания его признаков. При этом действительно оказывается необходимым рассматривать отдельно и поочередно:

а) противоправность, которая должна включать уголовно-правовую запрещенность, т.е. состав деяния и общую противоправность, которая описывается негативно как отсутствие возражений (защит), состоящих в указании на обстоятельства, исключаяющие противоправность;

б) виновность, которая охватывает осознание общественной опасности деяния, отношение лица к деянию, его воздействию на объект преступления, интеллектуально-волевые регулятивные процессы, т.е. проявляется различно, например при исполнении приказа или распоряжения, подпадающих под ст. 42 УК РФ. При этом отпадают иные компоненты вины, и обвинение в совершении преступления по действующему закону должно включать в себя указание на отсутствие обстоятельств, исключающих преступность и соответственно обвинение. В свою очередь, защита по действующему закону может состоять в возражениях против обвинения со ссылкой на наличие обстоятельств, исключающих преступность деяния.

О классификации средств защиты. До сих пор рассматривалась сама правомерность института уголовно-правовой (материальной) защиты. Но рассмотренные уголовно-правовые нормы не исчерпывают, на наш взгляд, всех законных средств защиты. Отвечая на обвинение, противостоя ему, защита должна располагать зеркальной системой средств - возражений. В целом, следуя содержанию и целям обвинения, их можно вначале разделить на три группы.

Первая группа, рассмотренная выше в основных чертах, - это средства защиты, выступающие в виде возражений против наличия преступления; они указывают на отсутствие криминалообразующих признаков. Вторая группа - возражения против наличия определенных признаков состава преступления, хотя и не устраняющих по направленности преступность деяния, но улучшающих положение лица путем смягчения правовой оценки деяния, изложенной обвинением. Третья группа - возражения против положений обвинения, обосновывающих меры уголовного воздействия, прежде всего наказания.

Эта классификация соответствует природе уголовного закона и сложившейся практике. Профессионально выступающие защитники обычно так и формулируют возражения. Более того, как известно, активно обсуждается совместность возражений второй и третьей групп с первой.

Проблемы, однако, состоят в исследовании системы средств защиты, ее расширении, а в процессуальном плане, что требует особого рассмотрения, - в определении правового значения возражений. Уголовно-процессуальный кодекс РФ вообще слабо регулирует действия защиты. Дав понятие, например, алиби, ясное каждому студенту, законодатель воздержался от определения того, что есть "отвод", "ходатайство", "жалоба" (хотя ряд вопросов, относящихся к ходатайству и жалобе, в УПК РФ все же решен), тем более там нет понятия "возражения", чему уделяется серьезное внимание в большинстве правовых систем ^{<1>}. Но, разумеется, главное не в дефиниции, а в неотстроенности системы средств, с помощью которой возражения будут ответственно рассматриваться сторонами.

^{<1>} Необходимость этого подтверждается в УПК РФ ст. 108 "Заключение под стражу", которая регулирует структуру ходатайства об избрании меры пресечения в виде содержания под стражей и процедуру его рассмотрения.

Об усилении средств защиты. Средства защиты должны идти зеркально более точному определению средств обвинения. Необходимо развитие в сторону определенности. Специфическим, однако, направлением является разработка презумпции толкования в пользу защиты.

Раздел 2. ПОЗНАНИЕ УГОЛОВНОГО ПРАВА. УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ НАУКА

Во втором разделе в центре внимания находятся процесс и основные направления понимания уголовного права и преобразования результатов его понимания в профессиональную деятельность юриста.

В современной литературе под влиянием факторов, во многом ушедших в прошлое, уголовное право описывается и объясняется преимущественно как некоторая условная модель, содержащаяся в текстах уголовного закона, которая должна иметь философское обоснование, быть системно построенной и способной решать любые задачи, не порождая негативных последствий. В связи с этим в данном разделе рассматриваются возможности и необходимость:

- расширить информационную базу уголовно-правовой науки за счет экономического анализа, новых данных политологии и социологии, т.е. отраслей знания, описывающих реальный контекст и последствия реализации уголовно-правовых норм;

- с современных позиций осознать реальные возможности уголовно-правовой науки, преодолевая ложные сциентистские подходы;

- добиваться определенного согласия по вопросу о необходимости и достаточности обоснования высказываемых суждений, отказавшись, в частности, от избыточного использования нормативной философии, аргументационные возможности которой нуждаются в дополнительном анализе;

- ввести в уголовно-правовую мысль методики проблемного анализа, проверки высказанных суждений и методики их перевода в технологию реализации уголовного права;
- обеспечить соблюдение полноты, надежности и современности публикуемой научной информации.

О современном состоянии уголовно-правовой науки

Введение. Состояние уголовно-правовой науки постоянно анализируется во всех странах, придающих значение развитию уголовно-правовой мысли. Это происходит особенно активно под влиянием социальных перемен, в частности глобализации, смены парадигм в общественных науках, усиления антисциентизма, а также, разумеется, под влиянием экспансии уголовного законодательства и роста преступности, реального либо статистического <1>. В российской уголовно-правовой литературе этим вопросам уделяли внимание Н.Б. Алиев, А.И. Бойко, Н.П. Клейменов, А.П. Козлов, В.В. Кулыгин, А.И. Марцев, Г.М. Миньковский, В.Н. Кудрявцев, Н.Ф. Кузнецова, Г.В. Назаренко, А.В. Наумов и др.

<1> Уголовное право. Библиография (1985 - 2003 гг.) / Отв. ред. А.Э. Жалинский. М.: Дашков и К, 2004; Уголовное право: Библиография (1985 - 2006 годы) / Под ред. А.Э. Жалинского. 2-е изд. М.: Городец, 2007.

Предлагаемые ниже соображения основаны на направленном изучении большого объема уголовно-правовой литературы, традиционно считающейся научной. Это изучение велось по критериям соответствия группы работ нормативным требованиям, относящимся к квалификационным работам, а также путем составления библиографии уголовного права и исследования части работ по кругу тем на основе контент- и тематического анализа. Несмотря на весьма большой объем изучавшейся литературы, сказанное здесь носит характер гипотез и представляет скорее приглашение к обсуждению, на которое, может быть, кто-либо и откликнется.

Несколько исходных положений. Понимание или познание уголовного права осуществляется в различных формах, воплощаясь в искусстве, обыденном правопонимании, науке, оставаясь на уровне неосознанного, но действительного. Наука (в данном случае уголовно-правовая) есть особая, специфическая форма социального дискурса, к которой предъявляются особые требования и на которую возлагаются особые надежды. Она продуцирует дорогую, но в идеале наиболее важную и поддающуюся проверке информацию. При любых обстоятельствах наука влияет на законодательную и исполнительную власть, хотя степень ее влияния и механизм передачи информации могут быть самыми различными. Во всяком случае, наиболее действенным, если не единственным, способом передачи информации в практику являются учебники и комментарии к УК РФ. Иные способы воплощения мысли в слово крайне важны, но должны быть восприняты в литературе, рассчитанной на конечного потребителя.

По многим обстоятельствам здесь предполагается, что современная уголовно-правовая наука находится в более кризисном состоянии, чем преступность и практика борьбы с ней, а ее влияние на практику имеет зачастую отрицательный характер, хотя интенсивным не является <1>.

<1> Обсуждение этих проблем за рубежом см., например: Дубовик О.Л. Кризис уголовного права и уголовной теории // Право и политика. 2001. N 2. С. 130 - 134; Жалинский А.Э. Немецкая уголовно-правовая наука на смене тысячелетий (Сборник статей, изданных профессорами Альбином Эзером, Винфридом Хассемером, Бернардом Буркардтом) // Уголовное право. 2002. N 4. С. 136 - 138.

Некоторые слабые стороны общего содержания науки. Рассмотрим их с позиций, господствующих в предназначенной "потребителю" литературе, имея при этом в виду, что в тех или иных формах они наличествуют не только в российской уголовно-правовой науке <1>.

<1> Высказанные ниже соображения распространяются именно на общее состояние науки, каким оно видится в данном случае. Они не означают, что в той или иной публикации не предложено удачное решение вопроса. Напротив, как раз появление ряда интересных работ высвечивает существующие слабости.

Нерешенные вопросы. Они носят фундаментальный характер. Крайне слабо представлены обществу, если представлены вообще, методологические и конституционные основания использования уголовного законодательства и права. Проблема легитимации уголовного закона не ставится вообще, легитимность репрессии не обосновывается. В этом нет особой беды, когда речь идет о традиционных насильственных преступлениях. Но даже применительно к

имущественной преступности, особенно без видимого потерпевшего, экономической, должностной преступности и пр. это вовсе не так.

В уголовно-правовой науке, и не только российской, не решен ее основной вопрос: какова действительно роль уголовного закона, и в особенности каково действительное воздействие уголовного права на поведение людей. В научной литературе по умолчанию предполагается, что запреты и наказания вводят поведение людей в определенные уголовным законом рамки. Но никем и нигде не доказана связь и уж тем более не показана теснота связи динамики преступности с изменениями уголовного законодательства. При этом хорошо известны социальные расходы на репрессию, но нет сведений о возможности более разумного их использования. Поэтому рекомендации об усилении либо, в меньшей степени, ослаблении тяжести уголовного наказания представляют собой обычно ничем не обоснованное мнение тех или иных авторов.

Далее. Уголовно-правовая наука не располагает сведениями о реальной опасности того или иного вида поведения и образующих его отдельных деяний ^{<1>}. Это не восполняется и криминологией, которая вообще бездоказательно исходит из того, что опасно любое поведение, входящее в ее предмет, кроме, конечно, мер профилактики. Опыт объявления спекуляции, гомосексуализма, частного предпринимательства и пр. преступлениями иллюстрирует опасность этого пробела. До сих пор уголовно-правовая наука подменяет обоснованные оценки сильными выражениями вроде "грабеж России" и т.п. Разумеется, это не имеет особого значения применительно к традиционным посягательствам против личности, собственности, но крайне опасно при стремлении расширить сферу действия уголовного права в экономике, сфере массовых коммуникаций, некоторых иных личных сферах. Это значит, что уголовно-правовая наука ничего о конкретных задачах уголовного права сказать не может.

^{<1>} См. об этом: Гаврилов Б.Я. Современная политика России: цифры и факты. М.: ТК Велби, Изд-во "Проспект", 2008. С. 8.

Наконец, в уголовно-правовой науке нет каких-либо проверяемых сведений о социальной переносимости уголовной репрессии, т.е. о том, с чем реально согласно обществу и на что оно склонно разрешать тратить ресурсы. Нет никакого объяснения росту репрессии в современном обществе, скажем, по сравнению с дореволюционным. Суждения о специфике российского отношения к праву, о милосердии народа резко контрастируют с постоянными призывами к усилению наказания. Влияние уголовно-правовых запретов и мер уголовно-правового воздействия на развитие общества совершенно не анализируется. Между тем наличие уголовно-правового запрета вынужденно блокирует развитие социально-экономических отношений, что иногда действительно необходимо, а часто - нет. Уголовная политика меняет отношения власти, что тоже иногда необходимо, а чаще - нет. Поэтому уголовно-правовая наука мало что может сказать о реальных последствиях принятия или отмены уголовного закона.

Это наиболее уязвимая составляющая теории уголовного права, уголовно-правового мышления в целом. Она влечет многие последствия. Общество не может отказаться от уголовного закона как средства обеспечения социального мира. Но уровень знаний обязывает субъектов уголовной политики, законодателя быть осторожными, хотя бы ввиду чрезвычайно высокой цены уголовно-правовых решений. К сожалению, как было показано выше, часто дело представляется так, как будто авторам хорошо известно, что ослабление репрессии усиливает преступность, а усиление ослабляет. Иногда делаются попытки маскировать неизвестность. Например, если речь идет о реформе 2003 - 2004 гг., то ссылки на статистику просто смешны. Она до сих пор в принципе не может отразить изменения в поведении, поскольку с момента внесения изменений прошло слишком мало времени.

Консервация уголовно-правовой науки приводит к отставанию в логике социального развития, а быть может, осознанному или неосознанному сопротивлению происходящим переменам, вместо их понимания и научно-информационного сопровождения, что противоречит самой роли науки как социального института на службе общества. Во многом это обусловлено природой уголовно-правовой мысли, ее осторожностью и инерционностью. Но так или иначе теория уголовного права и ее носители, как мне кажется, во многих случаях просто не заметили или не пожелали заметить, что они оказались в иной эпохе, в иной экономико-социальной и политической ситуации. Возникновение новых проблем без какой-либо аргументации, а ее в науке уголовного права и не может не быть, объявляется "глубоким экономическим, социально-политическим и духовным кризисом". Возникла мода на популистскую оппозиционность, часто очень плохо сопоставимую со статусом того или иного автора.

Социальные изменения при этом, возможно, и неприятные субъективно, отождествляются с деятельностью мафии, анализ новых отношений, которые требуют применения новых либо отказа от применения старых уголовно-правовых средств, не проводится. В отечественных публикациях иногда довольно наивно используется ранее обязательная, а сейчас потерявшая смысл терминология, порой просто старые тексты включаются в новые издания, когда сознательно не

упоминаются отдельные работы - автор забывает убрать сноски на законодательство РСФСР или наивно меняет знаки на обратные, например развитой капитализм <1>.

<1> Гаухман Л.Д. // Уголовное право. Общая часть: Учебник / Под общ. ред. Л.Д. Гаухмана и С.В. Максимова. М.: Эксмо, 2004. С. 31.

Хуже, однако, игнорирование действительных уголовно-правовых следствий из новых политических и рыночных экономических отношений, из возникновения новых центров власти и влияния, изменения содержания социального контроля и пр. Наука уголовного права пока еще не впитала в себя, не выразила на своем языке необходимость охраны личности в ее новых социальных ролях и условиях, ее пусть пока не проявившуюся достаточно автономизацию, защиту собственности и ее социальных функций, охрану иных фундаментальных процессов. Идеи общей и специальной превенции, так называемой неотвратимости наказания не адаптируются к новым условиям.

В итоге деформируется состав науки, отсутствуют языковые и содержательные средства, необходимые для включения науки уголовного права в социальный дискурс современного общества. Складывается впечатление, что многие положения и данные науки предназначены не обществу, но чаще либо ей самой, либо в лучшем случае законодательно-политической власти. И дело здесь не в сложностях текстов. В сущности сама наука очень плохо понимает цели уголовного закона и еще хуже их формулирует. Она плохо представляет готовность общества его переносить.

Действительный авторитет уголовно-правовой науки. Он невысок. Далеко не всегда это ее вина. Нередко это объясняется безответственностью лиц, реально влияющих на содержание законодательного процесса. Но и суждения уголовно-правовой науки опираются нередко на зыбкую основу текущей политики и временных предпочтений. Уголовно-правовая мысль, выраженная в публикациях, адресованных правоприменителю, по существу не гарантирует предсказуемости и надежности уголовно-правовых решений, а по очень многим вопросам и не является достаточно востребуемой. Судьи, желающие избежать отмены приговоров, чаще ориентируются на складывающуюся в вышестоящих судах практику, поскольку в багаже уголовно-правовой науки до сих пор отсутствуют согласованные мнения по многим чрезвычайно щекотливым проблемам уголовного права и часто надежное обоснование высказываемых позиций. Авторские суждения не выведены из сложившихся в теории оснований, но апеллируют к незначимым для данного контекста обстоятельствам. Можно утверждать, что значительная их часть посвящена лингвистическим проблемам, причем сводящимся к тому, что автор защищает свою редакцию текста закона, не будучи в силах объяснить ее необходимость. Например, предлагается определить кражу как изъятие чужого имущества, право на имущество без взаимодействия с собственником, владельцем на него, использования правомочий в отношении похищаемого имущества, даже права на имущество. Перечень таких предложений, опровергаемых элементарными примерами, можно продолжать как угодно долго.

При этом низка технологичность уголовно-правовой науки. Важное исключение - прекрасно разработанная в трудах В.Н. Кудрявцева теория квалификации преступлений и ряд работ по юридической технике. Но, например, отсутствуют добротные методики разграничения единичного преступления, в частности составов длящегося и продолжаемого преступлений, и идеальной либо реальной совокупности. В частности, совершенно неясно, должен ли и в каких пределах субъект деяния осознавать повышенную общественную опасность при идеальной совокупности, при том что очень часто квалификация идеальной совокупности зависит от редакции закона, нередко случайной, или определяется решениями, относящимися к отдельным нормам уголовного закона. Это особенно плохо, если учесть, что усиление наказания при идеальной совокупности, без которого легко обходился советский уголовный закон, было введено осознанно и без каких-либо методических гарантий, т.е. безответственно. Еще большие трудности создает применение норм о групповых преступлениях, крайней необходимости. Уголовно-правовая наука не разрабатывает средства предупреждения ошибок, снижения уголовно-правовых рисков. Отрыв уголовного права от уголовного процесса, традиционный для континентальной системы, стал слишком велик. Многие предписания уголовного закона выглядят не рассчитанными на применение. Но необходимых языковых средств в науке нет.

Особенно опасно то, что в уголовно-правовой литературе практически отсутствуют или не применяются схемы обоснования рациональности вносимых предложений как законодательного, так и правоприменительного характера. Это также частично показано выше. Обосновать уголовно-правовыми, восходящими к исходным положениям уголовного права и к уголовному закону аргументами снижение либо отмену наказания или отказ от уголовно-правового запрета, т.е. декриминализацию и депенализацию, вообще очень сложно. Зато гораздо легче сослаться на справедливость, состоящую в том, чтобы субъект деяния получил за все им содеянное, либо на угрозу, перед которой стоит страна. Вновь модным стало сослаться на происки врага или чужую

глупость, мешающие проведению в жизнь того или иного авторского предложения. Это депрофессионализирует науку, превращая ее порой в плохую публицистику.

Представляется, что, даже если и не соглашаться с высказанными суждениями, следует все-таки размышлять над возможностями такого развития уголовно-правовой науки, при котором не была бы ограничена свобода исследований, но увеличены возможности исследователей и повышен авторитет науки.

На мой взгляд, стоит выделить внутренние и внешние содержательные и институциональные проблемы уголовно-правовой науки. Первая группа охватывает самосовершенствование уголовно-правовой науки, осуществляемое ее субъектами без внешней помощи. Вторая - совершенствование уголовно-правовой науки совместно с ее потребителями, что невозможно без субъектов внешней деятельности.

Внутренние проблемы развития уголовно-правовой науки. Они весьма разнообразны, но здесь остановимся лишь на одном направлении как наиболее дешевом. Его можно обозначить как развитие и укрепление специфических черт, выделяющих науку из системы общественного отражения уголовного права, и повышение самостоятельности науки, ее дистанционирование от постороннего влияния как самостоятельного субъекта правовой общественной мысли. Очень кратко расшифровывая этот тезис, необходимо:

- обозначить состав уголовно-правовых знаний и деятельность по их получению, проверке и обеспечению использования как входящий или не входящий в уголовно-правовую науку, отделив ее от фактически популярной литературы, публицистики, учебно-методических публикаций; это пытаются делать применительно к диссертационным работам, которые составляют лишь часть научной литературы, и то скорее квалификационную;

- добиться признания научным сообществом необходимости соблюдения стандартов научной деятельности и ее продукции, включая стиль и язык, изгнав демагогию, необоснованные обвинения, сознательные искажения фактов и сделав обязательными выделение оснований обозначения и оценки проблемы (тематизации исследования), аргументацию суждений, оценку возможных предложений;

- развить в рамках науки альтернативные течения, направленные на снижение и дифференциацию репрессии, имея в виду, что применение уголовного закона осуществляет не государство как абстракция, а ветви публичной власти, прежде всего суд, деятельность которого в значительной степени законно определяется органами внутренних дел, прокуратурой и меньше - адвокатурой; сейчас уголовно-правовая наука в большей степени зависит от так называемых силовых структур и в меньшей - от самоконтроля, который по существу отсутствует.

Институционально все это может быть закреплено в правилах делового оборота и создании внутренней системы критических публикаций. Само по себе это не новое предложение. Как уже отмечалось, соответствующие правила действуют для диссертационных работ и принципиальных возражений не вызывают. Такого рода правила, естественно, нуждаются в обсуждении, причем вплоть до достижения некоторого согласия. Они не должны носить нормативно-правового характера, и нет необходимости доверять кому-либо функции надзора за их реализацией. Предложение состоит в усилении саморегулирования.

На мой взгляд, в частности, следует признавать без особых оговорок не соответствующими правилам науки высказывания:

- а) заведомо противоречащие Конституции РФ, ее основополагающим началам, например предложения лоботомии, стерилизации, кастрации <1>, внесудебного уничтожения людей, одобрения этих действий. Так, неприемлемым следует считать заявление о том, что гуманизм уголовной политики в первые годы революции переходил часто в необоснованный либерализм, поскольку за первое полугодие существования ВЧК она расстреляла лишь 222 человека. Заметим: ВЧК, а не суд <2>;

<1> В журнале "Государство и право" (2001, N 4) в статье о смертной казни А.С. Никифоров предлагал "создать на законодательной (другой нормативной) основе систему комплексного отслеживания психически неполноценных субъектов с маниакально-агрессивными наклонностями для воздействия на них (лоботомия, стерилизация, кастрация и т.п.) с целью предупреждения совершения ими так называемых серийных преступлений по сексуально-патологическим или иным психопатологическим мотивам" и далее: "в живых оставлять лишь тех из них, кто представляет ценный клинический материал...". Автору следовало бы согласиться с тем, что такие идеи были реализованы в гитлеровской Германии, но плохо кончились для исполнителей.

<2> См.: Кузнецова Н.Ф. // Курс уголовного права. Т. 1 / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой и И.М. Тяжковой. М.: Зерцало, 1999. С. 27.

- б) искажающие фактические данные, включая содержание нормативных актов, сведения о правоприменительной практике и пр.;

в) не обоснованные фактами утверждения о личной заинтересованности отдельных лиц, политических позициях законодателя и пр.

Неодобряемыми следует считать, например, предложения об усилении наказания, не аргументированные чем-либо, отказ от рассмотрения альтернативных возможностей решения проблемы, заведомое игнорирование опровергающих высказываний и пр.

Не относящимися к науке можно считать повторы чужих взглядов, поскольку это не имеет характера обоснования или подтверждения собственных, воспроизведения чужих текстов, хотя и после стилистической редакции. Здесь рискованно приводить ссылки на отдельные работы, хотя бы ввиду отсутствия места, но выскажем только как предположение, что большая часть изданных в последние годы учебников уголовного права только повторяют друг друга и в этом смысле не относятся к составу уголовно-правовой науки, а образуют методическую составляющую юриспруденции. Само по себе это не плохо, если не принимать одно за другое.

Предметом критического анализа также должны быть использование данных смежных наук, реагирование на современное состояние ранее использовавшихся понятий, теорий, парадигм и пр., утверждение позиций, с высокой степенью вероятности противоречащих законодательству и практике <1>.

<1> См. утверждения о том, что эффективность уголовно-правовой превенции в значительной степени подорвана положениями Федерального закона от 8 декабря 2003 г. "О внесении дополнений и изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации", и подобные высказывания в статье: Побегайло Э.Ф. Современная криминологическая ситуация и кризис российской уголовной политики // Российский криминологический взгляд. 2005. N 1. С. 30.

Внешние институциональные проблемы. Следовало бы:

- в качестве необходимого шага добиваться большего доступа к судебным решениям, для чего публиковать все решения Верховного Суда РФ и судов субъектов Федерации;

- внести определенные изменения в процедуры нормотворчества, обязав сопровождать законопроекты объяснительными записками, основанными на источниках уголовно-правовой мысли;

- ввести в практику проведение конкурсов на выполнение государственных заказов по разработке законопроектов, программ уголовной политики на различных уровнях, экономическому обоснованию применения закона и пр.;

- возвращаться к оценке предложений по их фактическим последствиям, что, конечно же, относится не только к научным работникам;

- начать работу над несколькими альтернативными проектами УК РФ либо отдельных групп уголовно-правовых норм с последующим публичным обсуждением результатов.

Этого, разумеется, недостаточно. Но нужно обсуждать возможные шаги, стремясь служить стране, а не бездумно тратить ее психологические и материальные ресурсы, не неся ответственности за свои слова.

Наука уголовного права перед вызовами современности

Постановка проблемы. Данная тема посвящена особенностям, закономерностям и тенденциям развития науки уголовного права в ответ на вызовы нового времени. Эти вопросы являются неотъемлемой частью социально-правового дискурса и действительно широко обсуждаются в современном мире. Среди многих примеров укажем на дискуссию, развернувшуюся в российском журнале "Уголовное право" на протяжении 2005 - 2006 гг. <1>, на обсуждение темы "Немецкая наука уголовного права перед сменой тысячелетий" <2> и др. Известные нам суждения об особенностях, закономерностях и тенденциях уголовного права в современном мире богаты и разнообразны. Здесь будут весьма кратко рассмотрены лишь следующие вопросы.

<1> См. по этому поводу мнения В.Н. Кудрявцева, А.В. Наумова и других ученых.

<2> Уголовное право. 2002. N 4. С. 136 - 138.

Но вначале некоторые исходные положения дальнейшего изложения.

Первое. Основная идея состоит в том, что действующее уголовное законодательством нуждается в принципиальных изменениях, но они должны быть фундаментально подготовлены и основываться на согласованных подходах и оценках. Именно поэтому развитие уголовно-правовой теории есть парадоксальным образом практическая, прикладная задача. Теория уголовного права в принципе прикладная наука и фундаментальной не является. Ее назначение состоит в обеспечении "выращивания институтов уголовного права".

Второе. История возникновения и развития уголовного права, его природа как части правовой системы таковы, что наука уголовного права отражает национальную самобытность

отдельной страны и одновременно на единой основе развивается усилиями специалистов разных стран и разных правовых систем. Общий язык уголовно-правовой науки необходим и возможен. Соответственно, уголовно-правовая наука способна работать, и притом успешно, как на национальное, так и на международное уголовное право.

Третье. В современных условиях действует, как можно предполагать, несколько групп противоречивых, разнонаправленных факторов, определяющих развитие уголовного права и уголовно-правовой науки. Они таковы: резко усложняются социальные процессы не только в странах с переходной экономикой, но и в странах так называемого "золотого миллиарда"; многие социальные явления не поддаются адекватной оценке, причем последствия ошибок законодателя чаще всего проявляются лишь через некоторое время, т.е. существует лаг последствий. В связи с этим растет, возможно в неодинаковой степени и не повсеместно, спрос на уголовное право, население требует усиления уголовной ответственности в разных формах; увеличивается парадоксальным образом социальная чувствительность к интенсивности репрессии. Процессы глобализации сочетаются с ростом потребности в охране национального уголовно-правового суверенитета. Быстро изменяется национальное и международное уголовное законодательство, приводя к дальнейшему размежеванию традиционного и нового уголовного права.

Под влиянием этих факторов уголовно-правовая наука меняется, часто заново ищет свое место в обществе. Задачи уголовно-правовой науки крайне усложняются, и их решение требует дополнительных ресурсов и большего уважения со стороны законодателя, профессионального сообщества, государства и общества в целом.

Проблемные ситуации развития уголовно-правовой науки. Они указывают на наиболее острые потребности совершенствования уголовно-правовой науки и по возможности связываются с особенностями, закономерностями и тенденциями развития информационной базы и предмета уголовно-правовой науки. Перечень этих проблемных ситуаций, обозначенный ниже, разумеется, весьма неполон и субъективен.

Необходимость принципиального расширения информационных оснований уголовно-правовой теории. Это объективная, вынужденная необходимость, порожденная потребностью в адаптации теории уголовного права к условиям нового времени. Проблемы здесь состоят в развитии общего языка уголовно-правовой науки и иных наук, а главное - в анализе их информационной ценности, аргументирующей силы. Иными словами, закономерностью и особенностями развития уголовно-правовой науки является обогащение ее аргументационной основы за счет достижений современной мысли. Примером является проведение ряда исследований проблематики использования возможностей неоинституциональной экономики для развития инструментального подхода к уголовному праву и анализа личностной основы применения уголовного закона.

Необходимость включения уголовно-правовой науки в систему социального дискурса. Значительная часть уголовно-правовых решений принимается на основе аргументов, не связанных с наукой уголовного права. В российском обществе, как, вероятно, и повсюду, сильны популистские настроения, растет спрос на ужесточение наказания, ведется острая полемика относительно смертной казни, конфискации. Нужно искать способы, с одной стороны, учета общественного мнения на основе его здоровой оценки, а с другой - усиления влияния профессиональной уголовно-правовой мысли на позиции населения и различных центров власти.

Потребность в институционализации собственно уголовно-правовой науки в целях усиления ее возможностей. Такая потребность, разумеется, специфична для каждой страны. Но необходимы совершенствование организационной основы уголовно-правовой науки, повышение ответственности законодателя за использование ее результатов.

Расширение предмета науки и пересмотр некоторых ее основ. Это наиболее сложная проблемная ситуация, и именно она будет рассматриваться далее как процесс развития теории уголовного права, ее тезауруса.

Предпосылки развития теории уголовного права. Они включают в себя систему объективных и субъективных факторов и, в частности, обуславливают в зависимости от их интенсивности и взаимосвязи такие закономерности развития уголовно-правовой теории, как: социальный и профессиональный спрос на уголовно-правовую науку, значимость и актуальность различных составляющих ее предмета, т.е. отдельных проблем, характер использования результатов. Речь идет о том, что развитие уголовно-правовой науки зависит не столько от многих случайных факторов, например таланта исследователей, сложившихся взглядов и школ, сколько от социального и профессионального контекста, окружающей среды. Здесь рассмотрим лишь некоторые из таких предпосылок.

Инерционное влияние систем национального и международного права. Уголовное право как социальный феномен, пожалуй, по господствующему мнению, повсеместно возникло как приобретающая различную форму специфическая легитимация права на насилие, т.е. такого права, которое общество вынужденно или добровольно передает политической власти в обмен на реализацию определенных задач, прежде всего в сфере обеспечения безопасности.

Именно механизм возникновения уголовного права создает определенные инерционные ограничения последующего его развития, не препятствуя ему. Эти ограничения определяют оптимальное соотношение права публичной власти на насилие и гарантий безопасности для граждан, подданных и, наконец, общества в целом. Они влияют на оценку издержек и выгод принятия уголовно-правовых решений для власти и общества, определяют поиск юридических средств противодействия злоупотреблению правом на насилие, при этом интеллектуально совершенствуя содержание и форму уголовного права. Во всяком случае, инерция уголовного права препятствует разрыву со сформировавшимися традициями и обязывает внимательно относиться к сложившимся уголовно-правовым институтам и уголовной политике.

Природа уголовного права, далее, определяет и историческую логику развития науки уголовного права. При этом особую роль играют потребности общества в существовании этой отрасли, что предметно проявляется в исторических реалиях уголовного правотворчества и практики применения уголовного закона, в их результативности и восприятии обществом.

Из этого следует, возможно, несколько выводов:

а) уголовное право есть процесс, который не прерывается, но знает периоды постепенного развития и периоды перелома: они обычно рассматриваются как реформы и выражаются в принципиально новых кодификациях. Задача субъектов развития уголовного права, как отмечалось в российской литературе, состоит в поиске баланса стабильности и развития, в своевременном обнаружении реальных социальных, а не только лингвистических проблем;

б) дальнейшее развитие уголовного права должно опираться на исторический опыт, включая осознание неудач, которые терпела власть как целостный, властный субъект уголовного права;

в) вносимые предложения на любом уровне должны учитывать огромный ущерб, который приносило злоупотребление уголовным правом.

Современная социальная ситуация. Она, собственно говоря, и представляет собой предметные вызовы нового времени, которые стоят перед уголовным правом, но, разумеется, не только перед ним, и должна рассматриваться применительно к данной стране и ее месту в сближающемся и одновременно раскалывающемся мире. Непосредственно в структуре уголовно-правовой науки должны быть отражены следующие основные составляющие социальной ситуации:

- уровень криминализации населения и целого ряда социальных процессов, причем наиболее опасной является именно массовая криминализация, доля ранее судимого населения, что связано с состоянием уголовно-исполнительной системы, уровнем агрессивности, алкоголизма, наркомании и пр. и ставит преграды дальнейшему увеличению числа судимых;

- процессы переходного периода, к которым, в частности, относятся: возникновение новых институтов, обострение борьбы за ресурсы между социальными группами, имеющими к ним различный стартовый доступ, правовая аноμία, которая влечет незащищенность перед уголовно-правовыми рисками, непонимание многими группами населения предъявляемых к ним требований, неготовность системы уголовной юстиции к действиям в новых условиях;

- изменение содержания, целей и механизмов социального поведения в целом и собственно преступности. В России, в частности, эти процессы выразились в росте таких преступлений, как уклонение от налогов, контрабанда, посягательства на интеллектуальную собственность, фальсификация водки и пр., в возникновении макроэкономической, так называемой организованной и коррупционной преступности, в росте терроризма, экстремизма, транснациональной преступности и других негативных явлениях.

Вместе с тем возник и развивается новый, позитивный опыт социального поведения, изменилось и меняется как общественное сознание в целом, так и отношение к уголовному закону.

Уголовно-правовая теория, осознав особенности современной социальной ситуации, вероятно, должна развиваться так, чтобы национальное уголовное право понималось и развивалось как социальный инструмент, жестко подконтрольный обществу и учитывающий его реальное состояние, нацеленный на удовлетворение его действительных, а не мнимых потребностей и применяемый максимально рационально.

Современное состояние теории уголовного права. Оно также является предпосылкой развития уголовно-правовой науки, поскольку любое направление научной мысли развивается на плечах предшественников. Уровень уголовно-правовой науки, скорее всего, может оцениваться только с национальных позиций и вызывает острые споры. В целом можно сказать, что российская уголовно-правовая мысль технически соответствует некоторому уровню, характерному для континентальной правовой семьи, и тем тенденциям развития англо-американской правовой системы, в которых уголовное право все более сближается с правом континентальным.

Однако такой авторитетный специалист, как академик В.Н. Кудрявцев, все же пришел к выводу о том, что "современная уголовно-правовая наука нуждается в серьезной модернизации" ^{<1>}. Он считал, что уголовное право "крайне нуждается в глубоком анализе демографии, статистики (не только судебной), а также в социологических и психологических исследованиях,

сравнительном правоведении и, разумеется, в прогностике, основанной на понимании тенденций социально-экономического, политического и культурного развития страны" <2>.

<1> Кудрявцев В.Н. Науку уголовного права пора модернизировать // Уголовное право. 2006. N 5. С. 130.

<2> Кудрявцев В.Н. Указ. соч. С. 130.

Кризис уголовного права. Он несколько условно рассматривается здесь в качестве предпосылки развития теории уголовного права. Имеется в виду, что черты кризиса определяют собой актуальность и значимость проблематики уголовно-правовых исследований. Но при этом нужно иметь в виду, что понятие "кризис" применительно к уголовному праву употребляется не везде и является во многом спорным. Анализ европейской уголовно-правовой литературы показывает, что уголовное право европейских стран все чаще собственными наблюдателями определяется как находящееся в кризисе. В российской литературе такая оценка российского уголовного права не встречается. Однако стоит сопоставить признаки кризиса уголовного права стран Европы и признаки, характеризующие состояние отечественного уголовного права.

Признаки кризиса уголовного права по работам европейских авторов можно классифицировать несколько условно на социальные и собственно правовые.

Первая группа - социальные признаки кризиса уголовного права. К ним относятся, в частности: одновременный рост числа обвинительных приговоров и совершаемых преступлений, что означает несоответствие социальных издержек социальным выгодам, или, проще, что публичная власть, осуществляя делегированное ей право на насилие, не обеспечивает при этом безопасности общества. Далее, быстрый рост прямых затрат на поддержание реализации уголовного закона, т.е. на розыск, расследование, судебную деятельность, исполнение приговора, а также затрат косвенных, образуемых повышением транзакционных издержек субъектов социальных отношений. Наконец, отмечается влияние избыточного использования уголовно-правовых средств на соотношение властных полномочий и политический климат, что приводит к уменьшению контроля общества над уголовным правом.

Вторая группа - правовые признаки кризиса. Это инфляция уголовного законодательства, немотивированное расширение предмета уголовно-правового воздействия и усиление ответственности, снижение технического уровня уголовного законодательства, сопряженное с ростом недействующих норм, с потерей определенности уголовного закона, в особенности применительно к так называемым новым преступлениям (например, отмывание грязных денег, некоторые специальные запреты мошенничества в экономической сфере и пр.).

Подобные явления с большей или меньшей интенсивностью характерны и для российского уголовного права, определяя также направления развития уголовно-правовой науки.

Круг проблем теории уголовного права, нуждающихся в коллективном обсуждении. Он (такой круг), собственно, определяется в ходе коллективного обсуждения, участниками которого должны быть как специалисты, так и различные категории адресатов уголовного права. Здесь кратко и субъективно, только в порядке постановки вопроса, выделяются лишь некоторые отдельные проблемы, которые, на наш взгляд, вытекают из природы и состояния уголовного права и образуют направления, выходящие за пределы традиционной систематики уголовно-правовой науки. Этими направлениями являются:

- легитимация и конкретизация задач уголовного права, основанная на национальном конституционном законодательстве и признаваемом международном праве;
- анализ проблем социальной переносимости уголовного закона, включая соблюдение начала экономии наказания;
- исследование теоретических и методических оснований внутриотраслевых гарантий, исключающих злоупотребление уголовным правом и минимизирующих его нежелательные, побочные последствия;
- развитие методологии и методики проектирования уголовного законодательства.

Можно полагать, что именно эти направления развития уголовно-правовой науки могут быть так реализованы, что уголовное право: а) не выйдет за пределы необходимого; б) не будет использовано в корыстных или неконституционных целях; и, наконец, в) в возможных пределах обеспечит принятие наиболее правильных, рациональных, справедливых, эффективных решений.

Легитимация и конкретизация задач уголовного права. Рассмотрим эту проблематику на основе российской и частично некоторых иных европейских доктрин уголовного права. Здесь кажется очевидной нерешенность соответствующих проблем. Легитимация уголовного права осуществляется преимущественно на основе характеристики защищаемых объектов и указанием на то, что уголовный закон, как сказано в ч. 2 ст. 1 УК РФ, "основывается на Конституции РФ и общепризнанных принципах и нормах международного права". Она подкрепляется, далее, признанием субсидиарного характера уголовного права. Однако этого совершенно недостаточно, и, вероятно, необходимо осуществлять легитимацию уголовного законодательства на основе

анализа его целевой функции, верификации его инструментальной эффективности и криминологического исследования предмета и механизма регулирования. В последнем случае необходимо на новой основе, например, обсудить механизмы социального влияния, свободу действий нарушителя уголовного закона в современных условиях, зависимость личности от социальных и биологических факторов, способы реализации личности в условиях быстрых социальных перемен. При этом кажется весьма важным обсуждение в качестве самостоятельных вопросов включения криминологического, экономического и иного знания в легитимацию уголовного законодательства.

Способы определения и конкретизации задач уголовного права. Складывается впечатление, что известные доктринальные суждения мало чем связывают законодателя. Современная характеристика задач, иногда именуемых функциями, уголовного права весьма абстрактна и сводится, с одной стороны, к их характеристике как охранительных и предупредительных, а с другой - к перечню объектов, например, содержащихся в ч. 1 ст. 2 УК РФ либо выделяемых доктриной уголовного права. При этом обычно не указывается на пределы и, строго говоря, не определяется объем охраны указанных объектов. Способы реализации задач определяются лишь формально, поскольку действующее законодательство и доктрина должным, верифицируемым образом не указывают, какие деяния могут быть признаны преступлениями, ограничиваясь ссылками на то, что они должны быть опасными. Юридически это означает, что законодатель может объявить преступлением, расширив тем самым задачи уголовного права, любое деяние. Теоретические соображения об основаниях криминализации законодателя также ни к чему не обязывают, к тому же ими осознанно пренебрегают при разработке многочисленных законодательных предложений. В итоге в литературе признается, что нередко причиной криминализации называется не научное изучение социальной действительности, а совершенно случайное событие. Более того, провозглашенные задачи меняют свое содержание в ходе реализации уголовного права, а действующий уголовный закон не содержит необходимых предписаний, эффективно этому препятствующих.

В связи с этим нужно искать решения нескольких проблем, которые, возможно, могут быть найдены лишь частично. В частности, необходимо:

- выявить набор функций уголовного права именно на инструментальной основе, т.е. эмпирически устанавливая характер социальных изменений, связанных с принятием и применением уголовного закона, включая передел власти, изменение социальных институтов, смену поведенческих стереотипов и пр.;

- исследовать, каким является и каким должно быть социально переносимое соотношение между функцией объявления деяний упречными, т.е. уголовно-правового табуирования деяний, и функцией определения мер уголовно-правового воздействия при их совершении;

- уяснить, существует ли возможность и необходимость ограничения воли законодателя в случае принципиального расширения Общей части уголовного законодательства за счет принятия первичных норм, т.е. правил, программирующих и ограничивающих криминализацию и декриминализацию поведенческих актов, например признания уголовного закона конституционным и, соответственно, установления особых процедур его изменения. Правила такого содержания могли бы таким образом дополнить как предписания, определяющие действие уголовного закона во времени и пространстве, так и предписания относительно уголовно-правовой оценки деяния и мер уголовно-правового воздействия, которыми сейчас исчерпывается Общая часть действующего законодательства.

Наконец, необходимо разрабатывать цели, пределы и желательные результаты охраны социальных ценностей, понимая их как пределы ограничения прав и свобод, вмешательства в личную жизнь, в экономику, свободу слова и пр. Лишь для примера сошлемся на необходимость дальнейшего исследования начала субсидиарности уголовного закона, которое проявляется в праве на запрет только противоправных деяний, расширении круга обстоятельств, устраняющих виновность и противоправность деяния, более широком использовании начал целесообразности, института восстановления причиненного вреда и пр.

Исследование возможностей обеспечения социальной переносимости уголовного права и соблюдения начала экономии наказания. Дело в том, что рациональная легитимация уголовного закона все равно нуждается в социальном одобрении. Уголовный закон должен быть поддержан обществом как некоторый внешний фактор, экстерналии, говоря языком институциональной экономики.

Проблематика социальной переносимости состоит в уяснении:

- соответствия уголовно-правовой практики социальным потребностям;
- соответствия затрат на уголовное право возможностям общества и влияния затрат на уровень жизни населения, ход экономических процессов, культуру, образование и пр.;
- степени согласия общества, учитывая его дифференциацию, со сложившейся уголовно-правовой практикой.

В этой связи существует настоятельная необходимость проанализировать конституционность, справедливость и эффективность уголовно-правовых институтов и отдельных норм, направленных на дифференциацию и индивидуализацию наказания, но фактически приводящих к его усилению.

В частности, заслуживают внимания техника и основания подразделения уголовно-наказуемых деяний на категории. Нуждаются в анализе правила назначения наказания, например в России, по совокупности преступлений и при рецидиве (ст. ст. 17, 18, 68, 69, 70 УК РФ), повышенная ответственность при совершении преступления различными группами лиц, реальная общественная опасность некоторых отягчающих признаков, взятая в контексте совершаемого деяния, и пр. Наконец, необходимо исследовать вызвавшую споры проблему перечня видов наказания (для ряда стран это, в частности, смертная казнь, конфискация имущества и некоторые другие).

Исследование внутриотраслевых гарантий, препятствующих злоупотреблению уголовным правом. Здесь нужно искать возможности повышения определенности уголовного закона и, соответственно, обеспечения предсказуемости его применения. Это связано прежде всего с решением целого ряда проблем, образующих функциональный подход к уголовному праву, в частности аналогии права и закона, толкования, судебного правотворчества либо усмотрения. Вместе с тем нуждается в анализе проблема наделения правоприменителя на основе уголовно-правовых предписаний правами на совершение процедурных действий различного характера, как это имеет место по ст. 108 УПК РФ. В ряде случаев содержание многих уголовно-правовых запретов таково, что оно фактически программирует необходимость оценки правоохранительными органами не законности, а целесообразности экономической деятельности, что явно выходит за пределы их компетенции.

Некоторые проблемы методологии и методики проектирования уголовного законодательства. В уголовно-правовой литературе ряда стран указывается на утрату должной стабильности уголовного законодательства. И в России за прошедшие после принятия УК РФ десять лет в него внесены сотни изменений. Еще более интенсивен поток отвергнутых предложений и совсем велик поток предложений, высказывавшихся, но не ставших известными законодателю. Это объясняется разными причинами, но также и отсутствием согласованных правовых подходов к методологии и методике уголовного правотворчества.

Представляется целесообразным выработать новые, но опирающиеся на существующие позитивные традиции условия и приемы уголовного правотворчества, не сводящиеся к законодательной технике в ее нынешнем понимании. Речь идет, в частности, о следующем:

1. Следовало бы на новой основе, там, где это не делается, предварительно разрабатывать и представлять обществу идеальные модели Уголовного кодекса, а возможно, и дополнительных уголовных законов. При этом крайне желательно искать эмпирические количественно-качественные показатели реализации уголовного запрета и воздействия этого процесса на различные социальные институты, например оптимальные и отклоняющиеся количественные границы реализации уголовно-правовых запретов и применения уголовно-правовых мер, рассматривая их не как квоты, а как ориентиры.

2. Целесообразно с позиций инструментального подхода к рационализации уголовного закона глубже исследовать проблемы законодательной техники, языка уголовного закона, оптимального соотношения Общей и Особенной частей уголовного законодательства, обеспечения начала определенности уголовно-правовых норм, набор используемых уголовно-правовых средств и конструкций и пр.

3. Нужно ввести в научный оборот и практику уголовного правотворчества специальные модели аргументации проектов уголовных законов. Они должны были бы включать в себя ресурсную характеристику реализации уголовного закона, указание на уголовно-правовые риски, анализ воздействия на трансакционные издержки, скорость, ресурсоемкость и эффективность иных социальных процессов, возмозможность перераспределения власти и изменений позитивного законодательства.

Парадигма уголовно-правового мышления

Анализ уголовно-правовых парадигм выступает в виде части более общей проблемы уяснения природы и меняющейся роли уголовного права как инструмента социального регулирования. Следующие рассуждения опираются на несколько исходных положений:

Первое. Уголовное право представляет собой отрасль права, способную оказывать и реально оказывающую более сильное воздействие на развитие общества, чем это принято считать. Оно с различной степенью аргументированности легитимирует - во всяком случае, в правовом государстве - самые острые формы насилия по отношению к личности, устанавливая его основания и ограничения.

Уголовное право - это ресурс власти, требующий огромных социальных затрат и способный как ускорить, так и замедлить социальное развитие, влияя на закрепление поведенческих норм и институтов (охранительная функция), на отбор новых видов поведения (регулятивная функция), на состояние правовой мысли (правоустанавливающая функция), на распределение власти (политическая функция) и пр.

В этом качестве оно - постоянно меняющийся исторически обусловленный продукт интеллектуальной деятельности общества, зависящий от материальных условий общественного развития, в самой сильной степени определяемый общественным сознанием, его установками, представлениями, традициями, состоянием науки.

Уголовное право должно постоянно контролироваться и в идеале одобряться обществом. Одним необходимым, хотя и недостаточным, условием является понимание механизма действия (и возникновения) уголовного права, что определенным образом программируется сгустками предпонимания, выраженными в том, что принято именовать парадигмами <1>.

<1> О парадигме более подробно см. наиболее общую работу: Кун Т. Структура научных революций. М.: Аст, 2001. В этом же издании значительный интерес представляет полемика Томаса Куна с Имре Лакатосом и статья К. Поппера "Нормальная наука и опасности, связанные с ней". Чрезвычайно интересные, разумеется, спорные иллюстрации к смене парадигм см. в кн.: Слоттердайт П. Критика цинического разума. Екатеринбург: Изд-во Уральского ун-та, 2001; Синюков В.Н. Российская правовая система. Саратов, 1994. При развернутой характеристике уголовно-правовой и более общих правовых парадигм они должны быть сопоставлены с категориями типа правопонимания (см.: Нерсисянц В.С. Философия права. М.: Норма, 2000. С. 16 и след.); понятием фундаментальных концепций в исследованиях изменений (см.: Штомпка П. Социология социальных изменений. М.: Аспект Пресс, 1996); понятием доктрин права (см.: Сандевуар П. Введение в право. М.: Интрадек-Р, 1994; Бергель Ж.-Л. Общая теория права. М.: Nota Bene, 2000); категориями правового подхода и правовых позиций (см.: Жалинский А.Э. Профессиональная деятельность юриста. М.: БЕК, 1997; Он же. Введение в специальность "Юриспруденция". Профессиональная деятельность юриста. 2-е изд. М.: Проспект, 2007).

Второе. В понятие парадигмы науки, мышления нередко вкладывается различное содержание. Примем здесь понятие парадигмы как сжатой характеристики предпонимания, т.е. совокупности признаваемых правильными и плодотворными научных положений, на основе которых и без их дополнительной проверки строится познание, оценка его процесса и получаемые выводы или "как более или менее осознанное предпонимание относительно какого-либо научного объекта, включая используемые исследовательские методы" <1>.

<1> Metzler Philosophie Lexikon (Hrsg. von Peter Precht und Franz-Peter Burkard). Stuttgart: J.B. Metzler, 1996; Enzyklopadie Philosophie und Wissenschaftstheorie (Hrsg. von Jurgen Mittelstra). Band 4. Stuttgart - Weimar: Verlag J.B. Metzler, 2004. Кrome того, см.: Habermas J. Faktizitat und Geltung. Frankfurt am Main, 1992; Dinges M., Foucault M. Justizphantasien und die Macht // Mit den Waffen der Justiz. Frankfurt am Main: Fisher Taschenbuch Verlag, 1993; Hoffman-Riem W. Modernisierung von Recht und Justiz, 2001 и др.

Соответственно, под парадигмой уголовного права будет пониматься такое предпонимание, воплощенное или неосознанно проявляющееся в наиболее общих суждениях о природе и предназначенности уголовного права, которое так или иначе воздействует на уголовно-правовую науку, а также осознание и формирование уголовной политики, уголовного законодательства, практики правоприменения и проявляется в определении этих явлений.

В частности, это означает, что уголовно-правовые парадигмы могут реально существовать и действовать до определенной степени неосознанно, не получив вербального развернутого воплощения, но выражаясь в тематизации уголовно-правовых проблем (сосредоточенность на вопросах экономической и организованной преступности при меньшем внимании к уголовно-правовой охране несовершеннолетних), в языке (усиление наказания, неотвратимость, борьба с преступностью), в оценке состояния дел и предложениях (введение новых составов, декриминализация, повышение санкций и пр.).

Вместе с тем уголовно-правовые парадигмы имеют отдаленное сходство с весьма абстрактными нормативно-правовыми предписаниями, характеризуясь некоторыми индивидуализирующими их признаками: объектом, целями, сферой действия, интенсивностью и пр.

Субъекты уголовно-правовой парадигмы - это важнейший вопрос. Ими могут быть при жестком понимании парадигмы все лица (на индивидуальном уровне), которые проводят, пытаются провести от своего имени или участвуют в проведении уголовной политики в широком смысле слова, опираясь на относительно сформированное предпонимание, в том числе на уровне

бессознательного. Различия между субъектами проводятся по: а) виду парадигмы; б) ее осознанности; в) возможности реализации в различных видах поведения в сфере уголовной политики.

Необходимость усиления исследования так понимаемых парадигм уголовного права, кроме высказанных выше самых общих соображений, объясняется следующими обстоятельствами:

- понятие парадигмы позволяет прежде всего в науке, но, как кажется, и в уголовно-правовом дискурсе в целом сжато и информативно идентифицировать интеллектуальные и психические процессы, оказывающие воздействие на уголовное право как социальный институт;

- сканирующий процесс познания крайне важен для страны, которая находится в состоянии трансформации, являющейся естественным ускорителем смены парадигм;

- опора на прежние парадигмы права в целом и уголовного права в частности стала затруднительной или невозможной, ибо, если считать практику критерием истины, они утратили свой авторитет и как минимум нуждаются либо в подтверждении на новой основе, что скорее всего, либо, что вероятнее, в смене;

- представления о парадигмах уголовного права перестали быть едиными - они поляризовались вследствие возникновения в обществе различных интересов и выражающих их центров влияния, а главное - различных позиций субъектов социально-правового мышления;

- проведение правовой реформы обязывает выявлять действительное, а не только формально провозглашаемое отношение участников правового оборота к праву и рассматривать их как соавторов, а не только адресатов уголовного закона.

Виды и взаимодействия парадигм уголовного права. В основе рассуждений о видах парадигм должен лежать внятный критерий их выделения и в качестве самостоятельных работающих, и при отграничении их друг от друга. Сформулировать такой критерий довольно сложно. В качестве исходного принимается интегральный критерий отношения общества, т.е. его властных структур, к использованию насилия, признаваемого легитимным. В частности, этот критерий определяется по параметрам целей и оснований, т.е. по содержанию уголовно-правовых запретов, их достаточности, интенсивности, переносимости, ресурсоемкости, результативности, а также по последствиям насилия, признаваемого легитимным.

Следует признать, что выделенные параметры насилия также довольно трудно описать качественно и количественно; еще сложнее верифицировать их оценки.

Но все же анализ устойчивых тенденций уголовного правотворчества и, главное, уголовно-правовой практики позволяет, на наш взгляд, выделить по критерию отношения и характеру легального насилия вытесняющие друг друга, но все же сосуществующие совместно, во всяком случае, частично, самостоятельные уголовно-правовые парадигмы, являющиеся тем самым и парадигмами воздействия на преступность. Эти парадигмы, на наш взгляд, имеют действительно специфическое содержание, в конечном счете программирующее социально-правовое и профессиональное отношение к насилию, а также несколько, но весьма действенно, и соответствующую практику.

Эти парадигмы в общем обзоре таковы.

Парадигма уголовно-правового подавления. Ее содержанием является нацеленность на уничтожение группы людей, естественно, всякий раз иного состава, которые объявлены врагами. В истории советской системы это лица, прямо объявлявшиеся врагами народа, меняющийся по составу круг лиц, преступники. Свойства данной парадигмы:

- а) исторический оптимизм, который является обязательным для субъектов реализации парадигмы ("враги народа будут сметены, пусть земля горит под их ногами"), и заимствованный принцип неотвратимости наказания как основа неминуемой ликвидации преступности в условиях ликвидации человека человеком;

- б) считающаяся бесспорной самолегитимация, фактическое отсутствие обсуждения в обществе либо навязывание обществу познаний, нужных власти, т.е. отсутствие сомнений в правоте, основанное на обладании истиной ("марксистское учение всеильно, потому что оно верно") и на идеологии (роль пролетариата, самый демократический суд);

- в) минимизация расходования ресурсов за счет адресатов подавления (принудительный труд, максимально дешевые условия содержания и пр.);

- г) отказ от анализа последствий (уровень судимости, влияние на демографические процессы и пр.);

- д) осознанное искажение общественного мнения (приучение к образу врага, жестокости).

Парадигма подавления, нужно признать, наиболее последовательна. Она отвечает, вероятно, некоторым экзистенциальным свойствам человеческой психики и внешне хорошо аргументирована убедительными, но часто примитивными суждениями. Следование этой парадигме поглощает массу ресурсов, приводит к дестабилизации общества и в конечном счете к саморазрушению. Соответствующие правоохранительные структуры, последовательно руководствовавшиеся парадигмой подавления, находили народное одобрение. Однако исторически результаты оказались неожиданными. Охранительная политическая система,

стоившая миллионов обвинительных приговоров и решений, рухнула. Адепты парадигмы подавления за охраняемый ими строй не вступились. Смягчение подавления привело к возвращению правопорядка в естественное положение, и произошел всплеск преступности.

Символическая парадигма уголовного права. Она наследует парадигму подавления. Либо можно сказать иначе: парадигма подавления, разлагаясь, переходит в символическую парадигму. Ее свойства размыты по сравнению с парадигмой подавления. Содержанием символической парадигмы является правильное допущение о том, что некоторые явления поведенческого характера нетерпимы в обществе и, следовательно, должны быть запрещены уголовным законом. Здесь неявно предполагается, что всякий уголовно-правовой запрет должен быть исполнен, но фактически исполнение уголовно-правового запрета не обеспечивается или, точнее говоря, обеспечивается недостаточно полно, причем в центре внимания оказываются знаковые явления. В рамках символической парадигмы чаще обсуждается значимость уголовного закона как средства общей превенции, выявляется его достаточность именно как символа, обозначающего намерения общества, и характеристики того, что общество признает антиценностью и, значит, поведенческой опасностью, подвергаются нередко сомнению.

В рамках символической парадигмы, разумеется, целенаправленность, материальная сторона воздействия, его реальное значение прямо не отрицаются, но и, как правило, должным образом не принимаются во внимание. Символы, в свою очередь, меняются, иногда довольно основательно. Так, никто и никогда не может согласиться с допустимостью убийств, но уже появляется термин "киллер", который обозначает вроде бы не убийцу, а некоторого субъекта, выполняющего специфическую работу. Правоохранительные органы охотно указывают на возможную связь убийства с профессиональной деятельностью жертвы, как будто намекая на то, что это позволяет смотреть на дело более снисходительно.

Символическая парадигма оптимистична по неявному согласию, ибо значение символа должно быть разделено хотя бы внешне. Но это уже скорее формальный оптимизм, который размывается цинизмом и стремится к пессимизму. Снимается цель ликвидации преступности; речь идет лишь об ограничении ее, да и последняя цель также рассматривается именно как некий символ: иначе нельзя. По существу, здесь возникает явный и неявный пессимизм, который даже становится научной модой. Но все же постоянно предлагаются идеи совершенствования уголовного закона, которые также очень часто являются только символом научности и желания повысить практическую применимость текста.

В действительности последствия идеи, проекта, рекомендации выпадают из поля зрения.

Аргументация в рамках символической парадигмы резко слабеет, ибо аргументы становятся только или преимущественно символическими, часто размыто оценочными. Принцип неотвратимости наказания превращается в тезис, который должен быть высказан, но не реализован. Также появляются работы о бесконечных неточностях редакции УК РФ, слабости репрессии, осуждается организованная преступность, представления о которой крайне неопределенны и для субъектов аргументации в сущности не важны. Вместе с тем следует признать, что символическая парадигма отражает некоторую реальность, которой является значимость символов в контексте социального взаимодействия.

По этой и ряду иных причин можно полагать, что символическая парадигма всегда обоснованно присутствует в социально-правовом мышлении и поведении, но сама по себе является недостаточной.

Парадигма бюрократического присвоения уголовного права (бизнес-парадигма). Она нацелена, как об этом детально писали многие исследователи, и в частности Н. Кристи, на превращение применения уголовного закона в своеобразную отрасль теневой экономики и отражает общий механизм перерождения неконтролируемой бюрократии <1>. Такая парадигма, несомненно, содержит в себе ориентацию на подавление, определяющее ресурс уголовного права, а тем самым его специфическую стоимость. Она предполагает необходимость символического использования уголовного права, поскольку квазилегитимизирует его применение. Символическая парадигма присутствует постоянно в истории человечества. Вопрос состоит в том, каково ее содержание и какую степень влияния она приобретает. Интенсивность уголовно-правового подавления может даже возрасти в сравнении, в частности, с символической парадигмой. Но подавление уже является не средством, а способом получения выгоды, которая может иметь самое разное содержание и форму. Уголовное право как легитимное насилие превращается в товар. При этом уголовное право превращается в ресурс, средство, с помощью которого можно установить власть над человеком и разменять ее на компетенцию, полномочия, права, авторитет, влияние, прямые имущественные выводы и пр. Бизнес реализуется как в рамках закона, так и с его нарушением. Но во всех случаях главным является достижение собственных целей. Поэтому уголовный закон как средство должен быть и неопределенным, и жестким, а сфера его применения - максимально широкой. Именно это и определяет эффективность продажи уголовно-правовых решений.

<1> Подробно см.: Кристи Н. Борьба с преступностью как индустрия. М., 2006.

Проблема оптимизма и пессимизма в рамках этой парадигмы вообще меняется. Предметом здесь оказывается возможность достижения собственных частных целей, которые тщательно маскируются ссылками на интересы государства, реже - общества, совсем редко - прав человека. Хотя это трудно поддается верификации, бизнес-парадигма уголовного права маскируется более всего аргументами государственнического характера, психологически понятными, легко произносимыми и охотно воспринимаемыми.

Сами аргументы этой парадигмы, как правило, оказываются мнимыми. Последствиями распространения парадигмы присвоения уголовного права становятся:

- возникновение коррупции, что является ее целью и предполагается в данном случае природой вещей;
- усиление отрыва субъектов применения уголовного права от общества в целом и государства;
- разложение правоохранительного аппарата и пр.

В специальном плане последствиями являются повышенная латентность преступности, реальное снижение эффективного применения уголовного закона и деформация структуры правоприменительной практики. Обычно усиленное внимание на стадиях обеспечения возможности использования уголовного закона уделяется уголовно-правовым запретам в сфере экономики и иным преступлениям, которые могут быть преобразованы в выгоды; в конечном счете избирательный отказ от применения этих запретов маскируется жестким применением уголовно-правовых норм по отношению к аутсайдерам, кем бы они ни были.

Парадигма рационального использования уголовного закона как социального инструмента. Казалось бы, именно она должна определять уголовную политику, имея гносеологические корни в тезисах о научности политики, сочетании убеждения и принуждения и пр. Она нуждается, на наш взгляд, в материальной и интеллектуальной поддержке. Можно утверждать, что эта парадигма постоянно присутствует в социально-правовой практике, но, к сожалению, она не является, во всяком случае, на многих этапах исторического развития, ни достаточно сформированной, ни осознанной, господствующей. Ключевым для этой парадигмы становится допущение необходимости трудного и постоянно проверяемого выбора целей уголовного правоприменения по критерию "интересы общества - потери общества", что должно сопровождаться столь же трудным и столь же критически обсуждаемым отбором наиболее щадящих и одновременно необходимых средств уголовно-правового воздействия. Язык этой парадигмы образуют следующие понятия: результативность, эффективность, соразмерность, переносимость, ресурсы, затраты, результаты, выгоды и последствия и пр. В теории уголовного права трудно найти прямые возражения против рационального использования уголовного закона и его инструментального характера. Однако и теоретический анализ этой парадигмы, в сущности, не развит. Нередко он подменяется ссылками, относящимися скорее к символической парадигме. На общем уровне можно утверждать, что парадигма рационального применения уголовного закона принципиально интеллектуальна, она требует наибольших затрат информации и реализуется только правильно сформулированной проблемной ситуацией. Это в целом ограниченно оптимистичная парадигма, при том что оптимизм связывается с общими процессами развития той или иной страны. Кажется несомненным (и постоянно наталкивается на возражения) тезис о том, что парадигма рационального применения уголовного закона является единственной реально обеспечивающей оптимальное развитие общества.

Влияние парадигмы теории рациональности на структурные элементы уголовного права. Основным фактором влияния рациональной парадигмы следует считать субъектно выраженную направленность на принятие действительно рациональных, т.е. научно обоснованных, решений и осуществление вытекающих из них действий. Это, как уже отмечалось, означает, что субъекты уголовной политики и уголовного применения в рамках своих информационных обязанностей и пределов усмотрения, установленных законом, должны:

- а) осознавать гносеологические и, шире, методологические основания выработки уголовно-правовых суждений, как эмпирических, так и абстрактных, с различной степенью обобщения;
- б) разрабатывать методики и приемы перевода фактической информации в нормативную, т.е. программирования решений, имеющих уголовно-правовое содержание;
- в) совершенствовать технологии работы с уголовным законом и уголовным правом, включая коммуникации между субъектами уголовно-правовых сигналов и их адресатами и пр.

Связь с парадигмой здесь реализуется достижением требуемого ею положения, когда каждая норма, институт, система норм будут действительно необходимыми, наиболее рациональными, максимально очищенными от негативных последствий, эффективными и переносимыми.

В рамках этого раздела предлагается анализ следующих вопросов.

Проблемы познания уголовного права (гносеологические основания уголовно-правовой науки). В частности, нуждаются в изучении соотношения фактического и нормативного, должного и сущего, истинные и действительные суждения в уголовном праве, эмпирические и обобщенные суждения, а также процесс конкретизации утверждений и различия в познании фактов (состояний), оценок и связей.

Социальные, социально-экономические и иные предпосылки уголовного права. В данном случае речь идет о контексте становления, возникновения и действия уголовно-правовых норм и суждений об уголовном праве, в частности о факторах легитимности уголовного права (особо: легитимность и легитимация уголовного права; позитивное и естественное уголовное право; далее: допустимая цена уголовно-правовой репрессии, факторы вынужденного отказа от использования уголовно-правовых средств; наконец, уголовное право как отражение социального компромисса).

Коммуникации в сфере уголовного права. Здесь можно обозначить следующие проблемы: коммуникативная теория уголовного права; дискурс как способ согласования интересов и суждений об уголовном праве; отношения субъектов правотворчества и адресатов закона; проблемы лоббирования уголовно-правовых решений; язык коммуникации; процедуры дискурса; проблемы обоснования суждений в дискурсе; уголовно-правовое мышление.

Информационное обеспечение уголовного права. В данную группу включаются такие проблемы, как: обязательные и факультативные информационные предпосылки принятия уголовно-правовых решений; процедуры работы с информацией уголовно-правового и иного содержания; классификация информации по гносеологическим, онтологическим и каузальным критериям.

Основы технологии работы с уголовным законом и уголовным правом. Здесь выделяется ряд тем: догматический и функциональный подходы к уголовному закону и уголовному праву; различие социальных оценок и юридического толкования; пределы критики; работа с поведенческими структурами; описание, понимание и представление в итоге результатов толкования и оценок: а) поведенческих актов и их структур; б) качества опасности или его отсутствия; в) восприимчивости и управляемости поведения; работа с нормативными характеристиками; пределы оценок; действительность оценок; оценка как отражение компромисса; сделки об оценках; работа с причинными и иными связями между поведенческой структурой и оценками; проблематика принятия решений; проблема правоприменительного усмотрения; связанность и надежность правоприменителя; независимость и принятый служебный долг.

Обоснование и раскрытие высказанных здесь соображений - дело будущего. Однако кажется несомненным, что специалисты в области уголовного права, вообще квалифицированные юристы могут легко понять, о чем идет речь, и сформировать свое отношение к предложенному. Все же попытаемся дать об этом представление, выделив несколько проблем, которые, на наш взгляд, должны решаться с новых теоретических позиций.

Вначале обратимся к обоснованию необходимости развития гносеологических оснований уголовного права на примере традиционного для нашей правовой системы института рецидива. Существует много работ, в которых повышение ответственности за рецидив в различных его проявлениях находит самое решительное одобрение. В то же время практические работники и иные адресаты уголовного закона ощутили ряд негативных следствий этого института. Возникла еще одна из многих правовых проблемных ситуаций. Решать ее нужно на основе какой-то аргументации. Чисто символического подхода оказывается недостаточно.

Гносеологический подход в данном случае направлен на различие бытийного, сущего и нормативного, должного. Рецидив как сущее - это либо поведение, либо свойства личности, либо и то и другое, если брать его фактическую сторону, т.е. нечто должное, нечто сущее. Рецидив в то же время - это нормативная характеристика, поскольку именно УК РФ содержит в себе понятие рецидива, выделяющее определенные фактические признаки и придающее ему некоторое правовое значение.

Совершение повторных преступлений после снятия судимости имеет такую же сущностную природу, что и до ее снятия, но рецидивом не признается. Возникает легко решаемый вопрос: почему? Ответ гласит, что это нарушало бы нормативную системность уголовного закона. Надо полагать, что к сущностной характеристике поведения лица такое решение отношения не имеет. Ведь здесь, строго говоря, остается без внимания, меняется ли фактическое содержание рецидива после снятия судимости, или, иначе, чем отличается сущностью криминологический рецидив от уголовно-правового.

В итоге: а) игнорируется проблема различения первичного и повторного уголовно запрещенного поведенческого акта и проблема изменений в структуре личности; б) остается неясным, на чем основывается оценка рецидива, как ее можно признать удовлетворяющей общество, является ли она истинной или же здесь возможно лишь произвольное согласие, основанное на политическом или ином превосходстве.

Обоснование решения законодателя принимается, либо если лицо, совершившее преступление, признается виновным за то, что оно не исправилось, либо если по умолчанию, без аргументов, признается, что за каждое последующее деяние надо наказывать сильнее, ибо так водится, так принято. Это обостряет проблему легитимности и легитимации ответственности за рецидив в социальном контексте, в частности отношения к этому институту как справедливому или нет. Рецидивисты - это люди, не единожды попавшие под суд. Считается, верно или нет, что чаще под суд попадают аутсайдеры, слабо защищенные лица либо лица, для которых места лишения свободы привычны и не пугают их. Тогда получается, что рецидив в социальном контексте влечет повышенную ответственность не наиболее опасных, а наиболее незащищенных преступников. Быть может, это утверждение неверно. Но аргументы против него отсутствуют, а парадигма рациональности требует их наличия.

Гносеологические проблемы, по всей видимости, не столь остро возникают практически применительно ко всем уголовно-правовым феноменам. Необходимо уяснить: как познается фактический состав преступления в его отличие от непроступления и существует ли объективно нечто предпреступное, требующее запрета, т.е. опасное по ч. 2 ст. 2 УК РФ; как познается нормативная оценка, неважно, является ли она истинной или только "действительной". Это проблемы соотношения психологической и нормативной теорий вины. Это проблема соучастия, поскольку в одних странах соучастники наказываются мягче исполнителя, в других заведомо повышается их наказание и пр.

Рациональная парадигма также влияет на анализ коммуникаций, информационного обеспечения, технологии. Необходимо выяснить, как воспринимаются действующие нормы и есть ли реальные способы воздействия на позиции законодателя (частое изменение уголовного закона указывает скорее на отсутствие коммуникаций, хотя бы потому, что они не успевают осуществляться); какую информацию о рецидиве вообще имеют различные центры влияния; как работают эти нормы и пр.

Пробивающаяся рациональная парадигма, по-видимому, влияет на систему уголовно-правовой науки и по иным направлениям. Она актуализирует и разворачивает иным образом целый ряд как традиционных, так и новых проблем. К ним, на наш взгляд, относятся вопросы действия права во времени и пространстве, источники уголовного права, проблематика того, что сейчас именуют криминообразующими признаками, и многие другие.

В качестве еще одной иллюстрации возьмем проблему существования уголовного права как феномена, отличающегося от уголовного законодательства, что латентно связано с проблематикой судебного усмотрения и значения прецедента как источника уголовного права. Для уголовного права это как будто бы не актуальная проблема. Считают, что все уголовное право содержится в уголовном законе. Но это, очевидно, не так. В УК РФ нет определения понятия "тайное" применительно к хищению в форме кражи. Нет в нем и многих других определений. Кроме того, собственно данные в законе предписания также понимаются совершенно по-разному судами в различном контексте.

Так называемая квалификация преступлений поэтому часто основывается на использовании локализованных вне УК РФ юридико-технических средств. Это обозначают как использование результатов толкования закона. Но они настолько далеко уходят от закона, что фактически в основе уголовно-правовых решений лежит не собственно закон, а нечто иное.

Так или иначе из закона должно быть извлечено содержание закона, а содержание закона превращено в содержание права, поскольку все-таки считается, что уголовный закон должен быть правовым.

Заканчивая обсуждение воздействия парадигмы рациональности на уголовно-правовую теорию, стоит поставить еще один вопрос. Возможно, основываясь на развивающейся парадигме, сейчас следовало бы принять некоторые согласованные правила научных исследований, отнеся к ним: а) обязанность корректного использования принятых методик, т.е. согласованных процедур получения и оценки эмпирической информации; б) обязательное рассмотрение последствий, к которым могут привести высказываемые предложения об изменении уголовного закона, включая затраты на реализацию предложений; в) учет и анализ иных мнений по анализируемым проблемам.

О влиянии парадигмы рациональности на уголовную политику. Здесь воздействие проявляется уже собственно в решениях, а не в предшествующей им уголовно-правовой теории. На наш взгляд, обеспечение рациональности уголовной политики - задача настолько сложная, что она требует принципиального переноса центра тяжести принятия различного рода уголовно-политических решений на уровень наиболее заинтересованных лиц и формирования самих решений в процессе действительного, а не мнимого обсуждения. В этом смысле уголовная политика должна рассматриваться, возможно, метафорически, как рынок специфических услуг, а его развитие осуществляться в коммуникациях между потребителями - субъектами правового оборота, нуждающимися в защите, и субъектами этих услуг - государственными и общественными структурами, которые одновременно и предоставляют услуги, и нуждаются в них.

Поворот состоит в анализе: потребностей простого гражданина, нуждающегося в защите от вора, хулигана, взяточника и пр.; его готовности выплатить некие суммы, включая свое время и риск быть несправедливо осужденным; возможностей субъектов уголовной политики, их требований, как легитимных, так и иных, предъявляемых к обслуживаемым субъектам; наконец, в анализе характера объекта услуг, т.е. социальных помех, одной из которых, в сущности, является преступность.

Реализация такого подхода, основанного на парадигме рациональности в сфере уголовной политики, должна состоять в анализе издержек и выгод, причем как собственно экономических, так и в большей степени социальных. Это означает, что необходимы:

а) определение целей уголовной политики, а затем отбор из них на уровне предварительной оценки наиболее важных, исполнимых, дешевых; причем эти критерии должны взвешиваться, сравниваться между собой и определять интегрально выбор целей;

б) расчет ресурсов, необходимых для достижения целей, определение их наличия с учетом того, что экономисты называют альтернативными издержками, т.е. тем, что исключает возможность достижения иных целей;

в) оценка реально получаемых выгод, которые рассматриваются как некоторая степень удовлетворения потребностей в использовании уголовного права;

г) сопоставление, взвешивание расходов и выгод по некоторым общим параметрам и корректировкам;

д) интегральная оценка данного блока уголовной политики.

Вероятно, в принципе с таким подходом спорить никто не будет. Но реальное его применение в необходимом объеме пока что сомнительно. Сейчас, во всяком случае, следует попытаться хотя бы анализировать сложившуюся в сфере уголовной политики практику по парадигме рациональности.

Влияние парадигмы рациональности на уголовное законодательство. Оно может быть только очень медленным, а решения, основанные на этой парадигме, - крайне осторожными и взвешенными. Практика показывает, что некоторые уголовно-правовые запреты требуют больших ресурсных затрат и лишь символически отличаются от иных видов ответственности: административной, финансовой, гражданско-правовой. Это касается прежде всего преступлений в сфере экономической деятельности. Их перечень, правда, складывается нередко благодаря международному влиянию и желанию иметь дело скорее с предпринимателями, чем с преступниками-аутсайдерами, страдающими пьянством, не имеющими постоянного места жительства, либо с несчастными подростками и пр. Однако все же стоит поддержать уже высказанные предложения о декриминализации таких преступлений, как незаконное предпринимательство, незаконная реклама и пр.

Но главным пока должен быть научный анализ потребности в действующих уголовно-правовых запретах и качества норм УК РФ, их устанавливающих.

Марксизм в структуре уголовно-правового мышления <1>

<1> В нижеизложенных соображениях не ставится задача всестороннего анализа обозначенной проблемы, а скорее обращается внимание на нее.

Исходные тезисы. Очень коротко их можно сформулировать следующим образом.

1. Марксизм - теория К. Маркса и Ф. Энгельса - и в современных условиях обладает огромным интеллектуальным потенциалом, в частности для понимания природы и возможностей уголовного права.

2. Обращение к теории марксизма будет способствовать решению многих наболевших, чувствительных и сложных вопросов уголовного права, в частности таких, как его регулятивные и охранительные возможности, круг охраняемых им ценностей, соотношение интересов различных социальных групп в сфере действия уголовного права, легитимация репрессии и ее последствий, а также некоторых вопросов техники уголовного правотворчества.

3. Введение положений марксизма в структуру уголовно-правового мышления обеспечивает лучшее понимание современного социально-экономического развития, а следовательно, создание дополнительных предпосылок оптимизации уголовной политики.

Исходные положения. Основой анализа этих тезисов является понимание того, что экономика нашей страны основывается сейчас на частной собственности и что именно идеи Карла Маркса, относящиеся к капиталистическому обществу и его развитию, были они в каждом случае ошибочными или нет, обогатили человечество, повлияв на ход его истории. Процессы приватизации могли быть правомерными или противоправными, но базисный переход от одной системы экономики к другой, вероятно, может быть только результатом действия исторических

закономерностей. Это определяет действительные задачи, возможности и роль уголовного права в изменившемся российском обществе.

Предполагается, что марксизм как одна из великих философских систем, продолжающая развиваться вплоть до нашего времени, вписывается в структуру современного социального и, что в данном случае является предметом обсуждения, уголовно-правового мышления. Теория марксизма в ее различных проявлениях потеряла нормативное значение. Но она и в настоящее время представляет собой чрезвычайно важное научное основание понимания и осуществления рациональной уголовной политики, уголовного правотворчества и правоприменения на основе происходящих, быстро меняющихся социальных процессов. Действительные трудности, стоящие перед правовой наукой, состоят в использовании колоссальных познавательных возможностей марксизма как метода и фактического обобщенного знания в интересах оптимизации действия уголовного закона в широком, социально-правовом смысле этого понятия. Сейчас есть возможность лучше понять реальное место марксизма в истории человеческой мысли, не подменяя анализ действительности воспроизведением метафизических идей гегельянского или иного толка, легитимирующих уголовное право ссылками на непознаваемый абсолютный дух, свободу, воплощенную в указаниях высшей публичной власти, и пр. <1>.

<1> См.: Графский В.Г. История политических и правовых учений. М.: ИГП РАН, 2005. С. 382; Лейст О.Э. Социалистическая и коммунистическая политико-правовая идеология во второй половине XIX века // История политических и правовых учений / Под ред. О.Э. Лейста. М.: Зерцало, 1999. С. 504; Арнольд Й. Карл Маркс и закон о краже леса // Сборник в честь 70-летия А. Эзера. М.: БЕК, 2005. С. 25 (на нем. яз.); Поплер К. Открытое общество и его враги. Т. 2. М.: Феникс, 1992. С. 97; Херманн К. Социология. М.: Изд. УВК, 2004. С. 81; Науке В., Харцер Р. Основные понятия правовой философии. Изд. 5-е. Мюнхен: Люхтерханд, 2005. С. 127 (на нем. яз.).

"Именно в нынешнее время, которое характеризуется такими метафорами, как "глобализация", "мировое хозяйство", в то время когда после конца государственного социализма говорят о поражении марксистской правовой философии, - пишет один из современных специалистов в области уголовного права Й. Арнольд, - нужно подумать, может ли эмансипаторская сторона марксистской правовой философии помочь защите европейских принципов правового государства путем использования тех сторон марксистского учения, которые позволяют понять человека как личность и как социальную сущность, указывая на вклад права в ликвидацию отчуждения и установление социальной справедливости" <1>.

<1> Арнольд Й. Указ. соч. С. 26 - 27.

Для этого необходимы осознание многообразия и гибкости марксистской мысли, отказ от ее сведения к нескольким тезисам, которые, вопреки традиционным взглядам, возможно, и не являлись никогда наиболее существенными в марксизме, введение соотносимых с уголовно-правовой наукой положений в структуру современного социального, научного и быденного дискурса. Работа над этой проблемой связана со значительными интеллектуальными усилиями и ломкой стереотипов. В особенности необходимо работать над непредвзятым пониманием марксизма, включая и те подходы к марксизму, которые когда-то объявлялись ревизией марксизма либо клеветой на него, рассматривая при этом содержание марксизма не в нормативном плане как некие истины, не подлежащие обсуждению, но как аргументы, которые могут быть приняты, а могут быть и опровергнуты.

Контекст обращения к марксизму. Здесь нужно иметь в виду два течения. Первое состоит в том, что в последнее время общественная мысль Европы, разумеется, не вся и не во всем, переживает, как это названо в средствах массовой информации, возвращение призрака, т.е. марксизма, который, впрочем, никогда окончательно ее и не покидал. Безоговорочное отождествление в определенных кругах Маркса, марксизма с практикой тоталитаризма и бессмысленной экономической политикой уходит в прошлое. В последние годы широко, причем в различных изданиях, в том числе рассчитанных на широкий круг читателей, публикуются труды К. Маркса и Ф. Энгельса. Становится все более очевидным, что их теории, взгляды представляют собой самостоятельную ценность, нуждающуюся в постоянном подтверждении и не могут быть безнаказанно проигнорированы. Второе течение связано с субъективистской девальвацией теоретического обоснования уголовного права, преобладанием того, что по интеллектуальным, а не классовым основаниям можно назвать мелкобуржуазной, а возможно, и реваншистской критикой. В то же время цели практики использования уголовного права как социального инструмента нуждаются в осмыслении на основе самых различных, но верифицируемых и притом креативных подходов.

Острота этой необходимости обусловлена многими обстоятельствами, среди которых социальные перемены, глобализационные процессы, сопрягающиеся с новыми конфликтами,

кризис уголовного права в самых различных странах, неудовлетворенность современным состоянием уголовно-правовой науки.

Эта ситуация отражается и в общественном сознании, во всяком случае европейском. Отношение к К. Марксу и марксизму и сейчас остается противоречивым. Во многих немецких работах К. Маркса называют гениальным ученым, выдающимся мыслителем XIX в., ставя его на второе место после Гете. В других пишут, что работы К. Маркса преодолены и имеют лишь историческое значение. Разумеется, здесь сказывается различное отношение к философским системам в континентальной, особенно немецкой, и американской общественной мысли.

Карл Поппер, называвший и Маркса, и Гегеля лжепророками, все же написал, что "возвращение к домарксистской общественной науке уже немыслимо" <1>.

<1> Поппер К. Указ. соч. С. 98.

Довольно часто встречаются в литературе и менее общие оценки работ К. Маркса. Два примера. В цитированном пособии по правовой философии Вольфганга Науке и Регины Харцер подчеркивается идея Маркса о том, что дистанция между актуальным, отягощенным интересами состоянием права и его абсолютной целью выражает существующий объем несправедливости и формирует "почти блестяще" требования к современной правовой теории.

В работе Йорга Арнольда, возможно, к удивлению российского читателя, дается восторженная оценка мыслительного богатства известной работы "Дебаты по поводу закона о краже дров в Рейнском ландтаге". Автор статьи приводит оценку современников, по которой Маркс заставил танцевать окаменевшие обстоятельства, сыграв им собственную мелодию.

В современной российской уголовной и криминологической литературе, в отличие от прошлых лет, ссылки на Маркса и марксистов или отсутствуют, или случайны. Анализ марксистских работ практически не осуществляется. История, происходящие в стране и в мире кардинальные перемены объясняются на основе субъективизма, преимущественно с позиций теорий заговора. Социальные истоки поведения отдельных групп населения и их реальные интересы не анализируются, а лишь осуждаются. Эмоционально это понятно, но пользы стране принести не может. Во всяком случае, процессы изменения организованной преступности криминология не заметила и причины происходящего не объяснила.

Современная институционализация марксизма как элемента общественного сознания. Она описывается с различных позиций как российскими, так и зарубежными исследователями. В кратком нейтральном и справочном изложении различают марксизм как течение мысли, развивающееся на протяжении столетий, и собственно Марксову теорию; причем в философских словарях, в сущности, воспроизводят ленинскую характеристику марксизма, указывая, в частности, на его источники, т.е. классическую немецкую философию, в особенности феербаховский материализм и гегелевскую диалектику, английскую национально-экономическую мысль и утопический социализм <1>.

<1> См.: Философский словарь Метцлера. Штутгарт - Ваймар: Изд-во Метцлера, 1996. С. 308 (на нем. яз.).

В немецкой правовой литературе указывают на существование различных течений марксизма <1>, не всегда жестко определяя, что их объединяет.

<1> Henning C. Philosophie nach Marx. 100 Jahre Marxrezeption und die normative Socialphilosophie der Gegenwart in der Kritik. Bielefeld: Transcript, 2005.

Для науки уголовного права представляет существенный интерес "критическая теория" так называемой франкфуртской школы, к которой относят Т. Адорно, Х. Маркузе и др. <1>.

<1> См.: Рютерс Б. Правовая теория. М.: Бек, 1999. С. 337 (на нем. яз.); Графский В.Г. Указ. соч. С. 386. Несколько иначе см.: Лейст О.Э. История политических и правовых учений М.: Зерцало, 1999. С. 504.

Впрочем, специалисты в области уголовного права воздерживаются от формирования системы взглядов, идентифицируемых в качестве марксистских или антимарксистских. Однако один из выдающихся немецких криминалистов, нынешний вице-президент Конституционного Суда ФРГ профессор Винфрид Хассемер, рассказывая об истории правового образования во Франкфуртском университете, употребил выражение "франкфуртский профиль". Он охарактеризовал его следующим образом: среди прочего связь юридических дисциплин между собой и с философией права, теорией права, решимость сделать политику и правовую политику объектом правовой науки и правового образования <1>.

<1> Хассемер В. Франкфуртский профиль // Критическая юстиция. 2005. N 3. С. 2 (на нем. яз.).

Так или иначе богатство идей, соотносимых с уголовно-правовым мышлением и образующих менявшийся и изменившийся марксизм как научное течение или научную школу, может воплощаться в научных установках, парадигмах, методологии отдельных ученых или групп ученых.

Отдельные направления обращения к марксизму. Охарактеризуем их поочередно.

Гносеологические проблемы науки уголовного права и метод К. Маркса. Они связаны с тем, что уголовно-правовая наука не может ответить до сих пор на ряд принципиально важных вопросов, прежде всего относящихся к действительным задачам и последствиям деятельности уголовного права. Повсюду общество вынуждено удовлетворяться результатами метафизического подхода. Исходя из представлений о справедливости, различных в каждую эпоху, приходится делать вывод о необходимости применения уголовного наказания в соответствии со сложившимися представлениями о справедливом воздаянии в каждом данном случае. В действительности это просто допущение, от которого отказаться невозможно.

Именно метод Маркса, марксизм, как он много лет изучался в нашей стране и представлен в современных работах, может быть эффективно применен для легитимации уголовного права. Он позволяет концентрировать исследования и вытекающие из них выводы на материальной стороне бытия, различая в нем сущее и должное, и дает возможность вытеснять из состава уголовно-правовой науки утверждения, которые не получены и не могли быть получены на основе опыта либо проверены опытным путем, развертывая поле исследования, включая в него в переработанной форме результаты, полученные иными, кроме права, отраслями знания. Как хорошо известно, именно марксизм настаивает на использовании практических данных в качестве критерия истины, адаптируя получаемые выводы к контексту социальных изменений.

В этих условиях представляются наиболее актуальными несколько гносеологических проблем. Первая из них состоит в информационном обеспечении уголовно-правовых проектов. Оно может быть основано либо на анализе социальной реальности, либо на утверждении метафизического характера, недоступном практической проверке. В первом случае необходимо анализировать изменения социальных институтов, выявлять объем властного ресурса, его распределение между организационными структурами и социальными группами, демографические процессы, характер транзакционных и альтернативных издержек, латентные изменения общественного сознания, например уровень агрессивности или, напротив, социальной активности и пр. Это сложная задача уже потому, что она связана как с собиранием эмпирической информации, так и с анализом движущих социальных изменений и работающих здесь детерминационных процессов. Во втором случае вполне достаточно сослаться на безнаказанность преступников, беззащитность потерпевших и отсутствие социальной справедливости. При этом надо иметь в виду, что даже сторонники абсолютной теории наказания, мотивировавшие его необходимостью восстановления права, ничего не могли сказать о том, какое же уголовное наказание необходимо для такого восстановления, но не распространяли это на административные правонарушения.

Вторая гносеологическая проблема, близкая к первой, связана с корректностью обоснованности уголовно-правовых решений. Отнюдь не только в России существует проблема фальсификации информации, утаивания ее части, что меняет характер выводов и их восприятия. Даже критики К. Маркса, считавшие его утопистом и наблюдавшие конец эксперимента, опиравшегося теоретически на марксизм, подчеркивали научную честность Маркса, стремление к обоснованию высказываемых взглядов, прагматическую нацеленность его работ. Один из самых основательных критиков Маркса К. Поппер писал: "К тому же в противоположность правым гегельянцам Маркс предпринимал честную попытку применить рациональные методы к наиболее насущным проблемам общественной жизни". Но, разумеется, эта проблема не сводится к личной честности исследователя. К. Поппер продолжал свою мысль о Марксе так: "Наука прогрессирует путем проб и ошибок. И Маркс действительно все время стремился осуществить те или иные пробы" <1>. Как писал немецкий социолог Герман Кортэ: "В читальном зале Британского музея, который тогда, как и сейчас, обладал одной из лучших библиотек мира, сидел Маркс каждый день... писал и выписывал, перемалывал статистику. Он создал своими руками свыше 40 томов" <2>.

<1> Поппер К. Указ. соч. С. 98.

<2> Korte H. Soziologie. Stuttgart u.a.: UVK Verlagsgesellschaft, 2004. S. 24 - 24.

Основой современного уголовно-правового мышления, которое, несомненно, должно опираться на научные исследования, привязанные к сущему миру, к бытию, не может быть доморощенная и эклектическая идеология. Это означает необходимость изучения реального

состояния социальных процессов, взятых в их развитии, разграничения, как уже отмечалось, материалистического и любого вида метафизического подходов, в частности гегелевского толка. На протяжении буквально нескольких лет в нашей стране произошли серьезные изменения институционального характера. Рынок в экономическом смысле слова стал другим. Исчезла, как и можно было предполагать, организованная преступность (или то, что именовалось таким образом). Законодатель противоречиво, но все-таки реагирует на эти изменения. Многие теоретики уголовного права их не заметили. К сожалению, во многих работах по уголовному праву, и имена здесь не имеют значения, по инерции выдвигаются положения, которые отражают только растерянность авторов, их непонимание смысла происходящих процессов. Объяснение существующих, действительно сложных процессов, повторим, дается чаще всего с позиций теории заговора. Оно не опирается на эмпирические данные либо хорошо проработанные гипотезы. Предложения об оптимизации уголовного законодательства сводятся часто к размыванию определенности уголовного закона и усилению репрессии. Вероятно, необходимо проанализировать объяснительные и предсказательные возможности уголовно-правовой науки и оценить ее результаты.

Ценностные установки марксизма. Необходимо вспомнить, что в своей основе марксизм является гуманистическим учением. Опыт его реализации печален, но он отражает по господствующему мнению не сущность марксизма, во всяком случае, не его цели. О гуманизме марксизма пишут многие авторы.

Профессор Вольфганг Науке и профессор Регина Харцер отмечают, что марксизм собрал в себе все надежды и страсти, направленные на развитие права от незрелого к действительно человеческому состоянию. Это же подчеркивает и В.Г. Графский, говоря о том, что рационализм и гуманизм в мировоззрении Маркса "стали результатом его собственных усилий" <1>. "Учение Маркса, - пишет В.Г. Графский, - впервые привлекло внимание не только к исторической динамике социального неравенства, эксплуатации и угнетения, но также к дисгармоничному развитию личности в условиях отчуждения работника от собственности и гражданина от участия в управлении делами общества и государства" <2>.

<1> Графский В.Г. Указ. соч. С. 382.

<2> Там же. С. 383.

Эти установки и теоретические положения марксизма в современных условиях актуализируются и должны быть основой как уголовной политики в целом, так и принятия отдельных уголовно-правовых решений. В сфере уголовного правотворчества, в частности, должен неуклонно соблюдаться принцип экономии репрессии, а для этого следует обосновывать проверяемыми аргументами необходимость усиления наказания, выявлять круг его действительных адресатов, степень ограничения не только юридических прав, но и возможностей дальнейшего развития в обществе, а соответственно, и качество общества. Публичная власть должна при этом соразмерить реальные и формальные свободы, меры улучшения жизни людей и меры усиления их ответственности. Уголовный закон в нынешнем обществе вновь не может игнорировать различия в экономическом и социальном положении людей.

Суждениям К. Маркса об уголовном праве в статье "Дебаты по поводу Закона о краже леса" в советской уголовно-правовой литературе всегда придавалось серьезное значение. Вместе с тем сейчас было бы полезно вновь прочесть этот материал в контексте других, возможно, уточнить перевод, а главное, выделить положения К. Маркса, остающиеся не просто живыми, но получившие большую актуальность в современных условиях. Здесь, в частности, даны К. Марксом характеристики преступления, связи преступления и наказания, меры наказания, указано на противоречивое значение обычая, его функции защиты интересов бедных и незащищенных людей. Здесь содержатся многократно цитированные слова о том, как и почему государство должно видеть в правонарушителе гражданина, и многие другие положения.

Обращение к этой работе К. Маркса было бы более чем целесообразно. Оно могло бы помочь определить исходные посылки того или иного автора. Необходимо либо отказаться от разделявшихся ранее положений марксизма, сделав это четко и недвусмысленно, либо вновь продумать полезность постоянной ориентации на усиление репрессии по отношению к своим гражданам, до сих пор нуждающимся в защите. Это требует, разумеется, проработки теории уголовного права и получения определенных выводов.

В данном случае можно попытаться выделить ряд положений, рассматривавшихся в данной работе К. Маркса, которые могли бы быть предметом обсуждения.

Проблема: уголовное право и новая бедность. Представляется крайне необходимым введение в структуру уголовно-правового мышления, уголовную политику и практику парадигмы социально-структурного подхода, учитывающего реальное положение отдельных социальных групп. Российские юристы, кажется, повторяют, а возможно, и усиливают ошибки своих дооктябрьских предшественников. Юстиция и уголовное право исходят из начала формального

равенства, которое, по выражению Роже Гароди - французского марксиста, известного в СССР, представляет собой равенство лисы и кур в курятнике. Проблематика дифференциации уголовно-правового воздействия в отношении социально плохо защищенных, слабых слоев населения не рассматривается. Между тем в стране есть люди, потерявшие по тем или иным причинам жилье, т.е. бомжи, гастарбайтеры, бывшие ранее гражданами СССР, а ныне являющиеся объектом эксплуатации, воспитанники детских домов, многочисленные инвалиды и иные группы населения, нуждающиеся в особом внимании. Некоторые из них просто объявляются группой негативного риска, как, скажем, бомжи, при полной неопределенности того, почему собирающая налоги публичная власть не оказывает им должной помощи. Разумеется, поиск средств уголовно-правовой дифференциации сложен и требует особого обсуждения. Но такой подход отнюдь не противоречил бы общим началам российского уголовного права.

Обращение с преступниками как с гражданами. Трудно найти новые слова в пользу такого подхода. Маркс очень ярко писал об этом, и следует работать над превращением признаваемых формально суждений в правовые предписания современного российского уголовного права и смежных с ним правовых отраслей. Все же следует полнее учитывать закономерности социального развития, когда они делают лицо, совершившее преступление, не только преступником в юридическом смысле слова, но и жертвой - в социальном понимании. Предупреждая возможные возражения, следует сказать, что такой подход не может по общему правилу затронуть интересы потерпевших.

Обоснованность и соразмерность связи между преступлением и наказанием. Теоретически и технически это наиболее сложный вопрос. Перед законодателем и правоприменителем стоит ряд трудностей. В частности, это необходимость такой демонстрации общественной опасности в признаках преступления, которая могла бы убедить общество в том, что оно действительно видит наказание там, где есть преступление. Далее, это необходимость дифференциации социальной ценности и понимания мозаичности охраны различных правовых благ, т.е. жесткого соблюдения принципа действия уголовного закона как последнего аргумента публичной власти. Наконец, здесь необходимо собственно выработать подход к определению наказания, уяснив, какие, собственно говоря, посылки положены в основу соответствующего решения. Ими могут быть, как известно, воздаяние, что фактически и делается исходя из плохо продуманных представлений о желаемой какими-то группами населения мере мести, кары, страданий, либо цели наказания, записанные в ст. 43 УК РФ, либо иные посылки.

В заключение стоит повторить, что при всем сказанном и написанном в литературе марксизм не есть нормативная основа уголовно-правовой науки и уголовной политики. Его идеи должны рассматриваться в общей системе уголовно-правовой мысли и релевантных к ней идей как информационная основа принятия действительно необходимых стране решений. Игнорировать их нельзя.

Правовая мысль и профессиональная деятельность юриста

Постановка проблемы. В представленном читателю материале ставится вопрос о связи между состоянием правовой мысли и профессиональной деятельностью юриста в современных условиях. Выдвигаемые гипотезы рассматриваются путем анализа некоторых распространенных воззрений в обществе и субъективного отношения юриста к своей профессии, что иначе обозначается как "правовой подход" <1>. Содержание материала определяется следующими соображениями.

<1> Частично такого рода соображения высказывались в работах: Жалинский А.Э. Социально-правовое мышление: проблемы борьбы с преступностью. М.: Наука, 1989; Жалинский А.Э. Профессиональная деятельность юриста. Введение в специальность. М.: БЕК, 1997; Жалинский А.Э. Введение в специальность "Юриспруденция". Профессиональная деятельность юриста. М.: Проспект, 2007. До и после написания этой книги было опубликовано много работ, которые так или иначе стимулировали выдвигаемые здесь гипотезы. Среди них работы В.И. Кудрявцева, А.И. Ковлера, Е.А. Лукашевой, Н.Я. Соколова и других авторов, которых я не упоминаю по техническим причинам.

На протяжении последних лет высказано очень много критических замечаний и о профессиональной подготовке, и о профессиональной деятельности юристов в нашей стране. Здесь есть два объекта критики. Один связан с предполагаемым снижением качества подготовки юристов и, соответственно, со сравнительно медленной адаптацией юристов к происшедшим социальным изменениям, что независимо от желания самих юристов приводит к низкому качеству правотворчества и правоприменения. Второй объект критики связан с осознаваемыми отклонениями в профессии юриста, о которых (произвол, коррупция и пр.) много говорят и пишут. Трудно сказать, насколько справедливы такие претензии к юридической профессии. Но так или

иначе есть основания полагать, что профессиональная деятельность юристов, ее институциональные основы, интеллектуальное содержание нуждаются в совершенствовании. Собственно, основания так полагать существуют всегда и во всех развитых странах, ибо юристы, как и право, будучи консервативны по своей природе, вынуждены поспевать за социально-экономическими изменениями, включая не всегда позитивные.

Это значит, что в стране существует проблемная ситуация необходимости согласованного совершенствования и правовой мысли, и юридической профессиональной деятельности, подлежащая осознанию, анализу и постепенному разрешению. При обдумывании этой ситуации можно с достаточным основанием предположить, что на состояние правовой профессии воздействует множество имеющих различную силу факторов: традиции поведения, неразвитость институтов, недостаточность развитого применения права, недоверие к праву и правоприменителям и др. Все гипотезы такого рода нуждаются в тщательной проверке, а выводы - в обсуждении в рамках серьезного общественного дискурса. Здесь рассматривается лишь одна из них.

Исходное предположение. В данном тексте выдвигается и рассматривается предположение о том, что на состояние правовой системы среди иных факторов негативно влияют следующие особенности современной правовой мысли:

а) неразвитость экономического подхода к профессиональной деятельности юриста, к праву и правовой практике;

б) бессубъектность правовой мысли, т.е. правовой теории, правовой доктрины и даже обыденных правовых суждений;

в) нарративная, повествовательная форма ее представления потребителю, во многих случаях обслуживающая имитационное регулирование <1>.

<1> Все эти особенности присущи различным обществам. Так, Норбер Рулан, описывая существующие на юридическом факультете традиции, пишет, что описательная функция в праве приводит к тому, что "часто весьма пространное изложение юридических механизмов преобладает над их возможным критическим рассмотрением". См.: Рулан Н. Историческое введение в право. М.: Nota Bene, 2005. С. 13.

Это означает слабую подготовленность фиксированных правовых утверждений или, используя более привычную формулировку, сложившейся системы знания к разрешению реальных правовых проблем, что, в свою очередь, негативно отражается на выращивании профессиональной группы юристов и эффективности их деятельности. На основе рассмотрения этой гипотезы делается попытка сформулировать некоторые выводы и предложения, относящиеся к профессиональной деятельности юриста. При этом проблема экономического подхода ввиду ее сложности здесь рассматриваться не будет.

О необходимости расширения субъектной составляющей правовой мысли - преодоления ее деперсонализации. Результаты контент-анализа по меньшей мере ряда учебников и курсов общей теории права и нескольких учебников по отраслевым дисциплинам показывают, что правотворчество и правоприменение преимущественно рассматриваются как "безлюдный", осуществляющийся сам по себе, без участия профессионалов процесс, а человек и гражданин также преимущественно представлены как пассивный объект права, даже если говорится о защите их основных и иных прав <1>. Некоторые, возможно недостаточные, доказательства этой мысли будут приведены ниже. Здесь лишь в порядке примера можно указать на неразвитость теории правового мышления, определенную маргинальность проблем техники профессиональной деятельности юриста, которая отнюдь не сводится на практике к законодательной деятельности, неразвитость технологической стороны правового труда. На ином уровне проявляются слабое развитие гендерных и этнических исследований в праве, избыточная формализованная "уравненность" признаков субъекта права, непроясненность отражения личностного в правовых нормах и институтах, споры криминалистов об уголовном праве деяния или деятеля.

<1> Здесь нет желания упростить проблему личности в праве или игнорировать достигнутые результаты. В правовой литературе высказаны многие серьезные соображения по этой проблематике, ведутся острые дискуссии. Вопрос состоит в достаточности усилий и их воздействии на сознание юристов. Об этом полно и во многом убедительно см.: Ковлер А.И. Антропология права. М.: Норма, 2003. Обзор относимых к данной проблематике работ см. также: Лаптева А.Е. Институт государства и права РАН // Государство и право. 2005. N 5.

Право между тем по своей природе создается людьми, в том числе в значительной степени профессионалами, реализуется ими в интересах той или иной группы людей. Разумеется, оно предстает отдельному лицу как нечто внешнее, регулятор, с которым нужно считаться. Но все же право, правовая система, правовая практика - это продукты преобразовательной, творческой

деятельности человека. В значительной степени это относится к профессиональной юридической деятельности, когда лица, исполняющие профессию юриста, даже в системе континентального права определяют содержание права и его реалии как социального регулятора в диапазоне от права как блага до отдельных законов, могущих оказаться злом. Перед общей теорией права, равно как и отраслевыми правовыми доктринами, в принципе постоянно, хотя и в разной форме, возникают задачи осознания и анализа личностного ресурса механизма действия права как в целом, так и применительно к профессии юриста, состояние которой беспокоит общество.

Правовая теория и, шире, правовая мысль при этом должны вписываться в общесоциальный дискурс. Не претендуя на монополию в этой сфере, правовая мысль должна давать со своих позиций оценку и дополнять исследования субъектной стороны правовой системы философами, социологами, политологами, экономистами, представителями иных отраслей общественного знания. Вероятно, правовая мысль должна в определенной степени противостоять недооценке роли профессиональной корпорации в правотворчестве и правореализации. В принципе никто не отрицает, вероятно, что право создается и реализуется людьми, отличающимися друг от друга и имеющими свои особенности, цели, интересы, а не абсолютным разумом или даже железной поступью революции, чем-то внешним, надчеловеческим. Но, повторяем, и на практике, и в сфере общественного сознания совсем нередко, говоря крайне осторожно, право оценивается как нечто заданное, самореализуемое <1>. В обществе это проявляется и в необоснованных надеждах на право, когда многие трудности связываются с отсутствием соответствующего закона, и в стремлении обмануть закон или использовать его в своих целях как природное явление, и не в последнюю очередь - в представлении о возможности ставить перед профессиональной корпорацией юристов любые задачи (обеспечить неотвратимость наказания, полное соблюдение налоговой дисциплины и пр.).

<1> Возможно, здесь до сих пор сказывается влияние того, что Карл Поппер называл современным историцизмом, и в особенности гегельянства, понимавшего государство как Божественную идею, как все, а индивида - как ничто. См.: Поппер К. Открытое общество и его враги. Т. II. М., 1992. С. 40 - 41.

Строго говоря, даже принятое в нашей теории широкое использование понятий государства или народа для обозначения творца права годится только при первом приближении к делу, ибо и государство, и народ даже в идеале не едины и их внутренняя противоречивость сказывается как на самом праве, так и на правовой практике. Разумеется, усиление субъектного начала требует анализа его содержания и выявления связанных с этим проблем. Все это означает, что, с одной стороны, необходимо в большей степени анализировать и, возможно, корректировать личностные качества юриста, влияющие на его профессиональную деятельность, а с другой - ориентировать эту деятельность на учет ценности, интересов, позиций, функций, способностей личности при решении правовых задач.

Содержание субъектной составляющей права. Субъектный фактор, или субъектная составляющая, отражает активную роль личности и ее - в идеале - положение как создателя права и работодателя для всей системы юстиции. Субъектная сторона правовой системы, в частности, охватывает применительно к человеку и гражданину как участнику правового отношения: а) право человека и гражданина на физическую, социальную и национальную индивидуальность или идентичность, что, пожалуй, глубже права на равенство; б) подготовленность адресатов права в целом и их отдельных групп к пониманию и реализации права и в) состояние переносимости права или, более привычно, согласия с правом и готовности его реализовать активно либо пассивно. Оговоримся, что это отнюдь не полный перечень свойств субъектной стороны. Субъектная сторона деятельности юриста в ее профессиональном выражении будет рассмотрена ниже в рамках понятия правового подхода. Каждый из этих элементов относится ко всем гражданам, но реализуются они в значительной степени в процессе профессиональной деятельности юристов. Они подлежат научной разработке на онтологическом, гносеологическом и каузальном уровнях, возможно, как парные или оппонирующие понятиям "общество", "организация", "коллективизм", "соборность", отнюдь не исключая друг друга.

Исходное направление такого рода разработок, онтологический уровень, вероятно, состоит в качественно-количественном онтологическом описании выделенных составляющих, в рамках которого предметное, бытийное должно переводиться в нормативное. Необходимо, во всяком случае, разобраться, в чем состоит и каковы пределы права на идентичность, что связано с оппонированием принципу равенства и углубленным пониманием неприкосновенности личности, системы правовых благ или основных прав и свобод, ей присущих. Подготовленность адресатов права к его восприятию имеет различное содержание в периоды социальной стабильности и социальных перемен. За социальную стабильность отвечает государство, и оно в правовых нормах должно исходить из того, что оно свой долг не выполнило и адресаты права действуют в сложных условиях. Это же относится к личностной переносимости права. Система правовых

ограничений и отягощений должна быть определена заранее. Она не может расширяться за пределы переносимости, что нередко имеет место.

Такая парадигма вовсе не сводится к исторической школе права либо акценту на национальной самобытности. Если есть необходимость искать предшественников, скорее можно говорить о Максе Вебере, раскаявшемся в недооценке личности марксизмом, Мишеле Фуко, Никласе Лумане, Юргене Хабермаса, разумеется, Леоне Петражицком и др. Во многих работах сущность права раскрывалась путем конкретизации участия в нем человека и гражданина, и это, на наш взгляд, чаще всего несло в себе позитивный заряд.

Некоторые направления воздействия на правовую практику отдельных сторон субъектности и, соответственно, профессиональную деятельность юриста. Прежде всего, следует обсудить проблему резкого повышения цены человеческой жизни и времени жизни, их значения как основы существования и безопасности страны и нации и необходимость учета этого процесса при принятии правовых решений. Демографические процессы в России крайне неблагоприятны. Наказание, ограничивающее самым серьезным образом основные права личности, в частности, есть изъятие части жизни за иные блага, которые во многих случаях являются куда менее значимыми и в принципе поддаются восстановлению.

Состояние подготовленности адресатов права к его реализации воздействует на соотношение права и неформальных, отклоняющихся поведенческих институтов, например права и понятий. С ней связано превращение на практике правовых предписаний, рассчитанных на реальное исполнение, в мнимые, имитационные нормы, имеющие в лучшем случае психологическое значение.

Право человека и гражданина на сохранение идентичности в принципе, прежде всего наряду с иными основными правами, образует материально-правовые пределы правового вмешательства в его жизнь. Далее, оно определяет правовые позиции лица и его место в правовой, индивидуальной или общесоциальной коммуникации. Наконец, им программируется защита от неправового законодательства. Все эти и иные линии воздействия подлежат самому серьезному и внимательному учету при осуществлении профессиональной деятельности как в сфере правотворчества, так и в сфере правоприменения.

Складывается, однако, впечатление, что в правоведении, во всяком случае, в работах систематического характера, проблемы такого рода деформации юридической профессии либо игнорируются, либо рассматриваются преимущественно с позиций недостатка ресурсов, злоупотребления властью или коррупции. Примеров этому масса. Понятия реализации права, форм реализации права, механизм правового регулирования в учебниках по теории излагаются при полном игнорировании позиций субъектов этой деятельности, так как если бы авторы были согласны с пониманием судьи как автомата, а применение права сводили бы к силлогизму. Более конкретный пример. Сейчас в литературе высказываются соображения о необходимости осуществления так называемого правового мониторинга. Вопросы о субъектах мониторинга и определении возможных позиций его адресатов, как и в других случаях, при этом полностью игнорируются.

Об избыточной повествовательности (нарративности) правовой теории. Здесь речь идет о том, что знания о праве, предназначенные для будущих юристов, могут быть представлены как ответ на проблемы либо как простые описания понятийного аппарата и содержания правовых норм. Примерами первого представления являются теории квалификации преступлений в уголовном праве, в меньшей степени методика индивидуализации наказания, построение гражданского права по характеру притязаний и пр. Однако гораздо чаще, если не как правило, знания о праве излагаются в форме, пригодной для воспроизведения, но не для применения. В результате они становятся имитационными, неприменимыми или, в крайнем случае, рассчитанными на инерционное исполнение обязанностей. Инновационная составляющая, необходимая и для профессиональной деятельности юриста, здесь стремится к нулю. Это и вызывает традиционные замечания о том, что на практике все иначе, чем в теории, хотя вряд ли лучше или просто хорошо <1>.

<1> К сожалению, отмечают это и иностранные юристы, специализирующиеся в сфере сравнительного права. Так, профессор Кристофер Осаке, работающий и в США, и в России, в частности на факультете права ГУ-ВШЭ, т.е. Высшей школы экономики, позволил себе так охарактеризовать стиль научных трудов в России: в основном нетворческое и некритическое описание и повторение действующего закона (глоссаторский стиль). См.: Осаке К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и Особенная части. М.: Дело, 2000. С. 68.

Эти утверждения, нужно признать, нуждаются в специальном обосновании. Наиболее легко оно осуществляется на основе данных упоминавшегося контент-анализа учебников по теории и отраслям права. В них преобладают разъяснения понятий и споры о содержании институтов. Даже проблемы правовой деятельности, такие как правотворчество, юридический процесс, применение

права, юридическая практика, механизм правового регулирования, именно описываются и рассматриваются без анализа технологий, без привязки к социальным группам, без учета статусных и иных противоречий. Здесь, понятным образом, были бы нужны все же конкретные ссылки и факты. Но в данном случае можно предоставить читателю проверку этого утверждения, которое подтверждается чтением едва ли не любого учебника.

Поскольку право и его реализация парадоксальным образом в теории и методике права характеризуются вне связи с реально подлежащими решению проблемами, оказывается слабой профессиональная подготовка юриста, не развивается должным образом способность к поиску и принятию самостоятельных решений, но растет готовность к следованию чужим решениям, что на практике проявляется иногда самым нежелательным образом. Такое понимание сложившейся проблемной ситуации, пусть неполное, обязывает искать пути ее разрешения. Одним из них, наверняка не главным, но доступным, не требующим больших затрат и в то же время могущим дать определенные результаты, является формирование правового подхода юриста к своей деятельности, соответствующего интереса общества как работодателя. Поэтому ниже рассматриваются вопросы, выходящие за рамки сказанного ранее, с тем чтобы в последующем можно было охватить и не проанализированные пока факторы профессиональной деятельности юриста.

Понятие правового подхода к труду юриста. Правовой подход рассматривается здесь как избранная и принятая для себя с разной степенью осознанности юристом на основе социального и профессионального опыта совокупность или система предпосылок, определяющих его отношение к праву, профессии, своему труду и способам его осуществления. К таким предпосылкам относятся, в частности, содержательные, процедурные и обозначающие (язык, понятийный аппарат) средства, которые юрист привычно использует в процессе труда. Далее, ими являются сложившиеся предпочтения, установки, стереотипы, оценки юристом-профессионалом социальной и личностной значимости объекта своего труда и стоящих перед ним задач. Разумеется, правовой подход зависит от состояния личностной интеллектуальной, физической и психофизиологической готовности специалиста к профессиональному труду, его методической вооруженности, но эти вопросы здесь не рассматриваются.

Все эти составляющие в своей совокупности являются результатом обучения в школе и на практике. Они реально предпосланы действиям юриста, выбору им вариантов поведения, их интенсивности и настойчивости. В этом смысле правовой подход в его сложившемся виде есть регулятор, программа всей деятельности юриста, которая так или иначе ему предстоит. При этом набор структурных элементов правового подхода оказывается в наибольшей степени сориентированным на труд юриста. Как совокупность предпосылок труда он проявляется в преобразованном виде в мышлении юриста, уровне его рабочей техники, личных качествах, трудовой мотивации. Становление правового подхода юриста есть процесс, который опирается на выделенные выше и иные характеристики правовой науки и в значительно большей степени определяется социально-экономической ситуацией, особенно существующей на первых этапах становления правового подхода. Сумма (совокупность) правовых подходов и структура их распространенности представляют определенную данность на социальном уровне и ориентируют на различие практики не только по странам, но и по регионам. При этом можно говорить о господствующем правовом подходе, о находящихся в меньшинстве правовых подходах и пр.

Цели изучения правовых подходов. Они чрезвычайно разнообразны. Основная цель состоит в понимании состояния и процессов профессиональной деятельности юриста. Затем их анализ позволяет уяснить, насколько легитимно право в глазах действующих юристов, какова эффективность правового регулирования, чем и как определяется правовая практика, что позволяет прогнозировать ее развитие и, соответственно, в возможных пределах управлять ею. Далее, цели исследования могут состоять в обеспечении готовности юриста к труду и прогнозированию на индивидуальном уровне его трудового поведения. Наконец, анализ правовых подходов позволяет уяснить противоречия между различными группами юристов, определяемые их функциями, мировоззрением, возрастом, прошлым.

Предметность и реальность правового подхода. В сущности, это вопрос об обоснованности самого использования данного понятия. Не пытаясь внедряться в сферу психологии, можно с позиций здравого смысла утверждать, что правовой подход так же предметен, как предметны привычки, установки, убеждения, усвоенные приемы и пр. Предметно правовой подход проявляется в поведении юриста, принимаемых им решениях. Опыт, человеческая практика показывают, что каждый юрист, осознанно или не размышляя специально об этом, вырабатывает некоторое отношение к своей профессии и своему труду, которое может распространяться на предмет труда и иные, самые различные профессиональные составляющие. Это внешне может выражаться и обычно выражается в стиле поведения, склонности к занятию определенным видом труда, ориентации на решения определенного характера. Правовой подход проявляется вовне в склонности к определенному труду юриста, в выборе работ, насколько это возможно. Его содержание сказывается на процессе подготовки к труду и самой готовности к труду. Оно должно

быть понято. Каждый юрист, руководители, коллеги, общество в целом должны понимать, как формируется личность юриста в сфере труда, и пытаться оптимизировать этот процесс.

Существуют различные по содержанию правовые подходы юристов. Множественность правовых подходов, несовпадения между ними определяются объективными и субъективными факторами: должностным положением, специальностью, открытыми или скрываемыми политическими убеждениями, наконец, профессиональной подготовкой, характером, способностями и пр. Так, применительно к судебной деятельности Н.В. Кузнецова выделяет и характеризует пять стилей поведения судей: 1) авторитарный; 2) демонстративный; 3) лидирующий; 4) конструктивный; 5) ригидный, ориентированный на строгое следование требованиям пунктуальности <1>. Понятно, что эти стили отражают правовые подходы судей.

<1> См.: Кузнецова Н.В. А судьи кто? (К вопросу о профессиональном отборе на судебную работу) // Государство и право. 1994. N 8 - 9. С. 131.

Возможности исследования правовых подходов юристов. Прежде всего, следует признать, что это понятие, отражая явления, реально существующие и на социальном, и на индивидуальном уровнях, расширяет предмет правовой науки и обеспечивает получение дополнительной, причем полезной, правовой информации. Понятие "правовой подход" позволяет глубже осознать механизмы, влияющие на тенденции и состояние следственной и судебной практики, на качество следственно-судебных материалов, содержание и манеру выступлений в судах и пр. Все эти явления на уровне больших чисел отражают устойчивые правовые подходы отдельных юристов. Реалии правового подхода можно проследить, анализируя устойчивость правовых решений и действий одного лица на протяжении его профессиональной карьеры. Если согласиться с этим, то сведения о правовых подходах нуждаются в обобщении и оценке. При этом особенности правового подхода в целом и его развитость наиболее интенсивно сказываются на результатах работы в той области, где широки пределы усмотрения юриста и велика степень неопределенности стоящих перед ним задач.

Поэтому существующие правовые подходы должны как минимум наблюдаться обществом и привлекать внимание контрольно-управленческих структур. Их общая развитость и особенности могут быть признаны желаемыми для всего общества или представлять собой идеальную модель для определенной социальной группы. Они могут существовать реально как принятые корпорацией юристов или быть выражены только в правовой доктрине.

Подход может рассматриваться как действительно правовой, т.е. соответствующий позитивному праву. Он, напротив, может оцениваться как ложный, т.е. такой, который подменяет право, действующее в данном обществе, нормами иного содержания. Правовой подход может быть признан работающим или имитационным. При этом устанавливается, насколько реально применяются объявленные методы работы или они остаются в книгах популярных или непопулярных правоведов. Правовой подход, далее, может быть оценен как устоявшийся (подобно почерку взрослого человека) или как незавершенный, меняющийся под влиянием внеправовых или антиправовых факторов. Отсюда набор проблем, связанных с регулированием правовых подходов.

При этом общество, граждане, юристы: а) осознанно или неосознанно создают представления о негативном и позитивном правовом подходе; б) вырабатывают собственные мнения о том, как его нужно совершенствовать, приспособив к кругу решаемых ими задач; в) особо оценивают познавательный и преобразовательный потенциал правового подхода.

На этой основе решается практическая задача развития такого правового подхода, который соответствует данной правовой системе, признается обществом и соответствует его потребностям, опять-таки одобренным правом либо не противоречащим ему, т.е. обеспечивает решение признанных задач правовой системы. На индивидуальном уровне правовой подход воплощает юридически легитимное, предписываемое общее и допустимое личностное, индивидуальное. Но для осуществления этой задачи необходимо решить ряд теоретических и практических задач, поставить и решить проблему структурирования наличных, существующих правовых подходов, выработать критерии их целостной и поэлементной оценок. Одна из них - развитие правовой мысли по рассмотренным выше и иным направлениям. Лишь на такой основе можно представить правовые подходы как объект овладения, освоения, развития, корректировки и классифицировать их по меньшей мере на развиваемые, поощряемые, нежелательные. При этом нужно также выделить и элементы правовых подходов, подлежащие распространению, устранению, коррекции.

Примеры правовых подходов. Их можно описать, а затем классифицировать на основе имеющихся эмпирических данных и научных суждений. Для иллюстрации существа проблемы рассмотрим различия правовых подходов, преобладающих в правовых системах ФРГ и США, сопоставив специфику приемов работы юристов ФРГ и американских юристов, как она понимается в немецкой литературе. Различаются эти подходы по эталонам профессиональных ролей.

Эталоном для юристов ФРГ является профессиональная роль судьи, и, соответственно, основное направление деятельности судьи - применение позитивного права <1>.

<1> Такого рода различия описаны многими авторами, и не только компаративистами. См.: Рулан Н. Указ. соч. С. 262 и след.

Юристы же США, по свидетельству профессора Реймана, ориентируются на другую профессиональную роль, а именно роль адвоката, которая выполняется в рамках такой правовой системы, в которой собственно позитивное право, разумеется, присутствует, но имеет все-таки иное, чем в континентальной системе, значение <1>. Это уже иллюстрирует становление различных правовых подходов. "Ориентация на профессиональный образ адвоката определяет американское образование, - пишет он, - так же, как профессиональный образ судьи, - немецкое, только в совершенно ином роде. Американские студенты должны обучаться тому, что должен уметь американский адвокат. Иначе, чем судья, адвокат должен так проработать фактическое и правовое положение, чтобы добиться результата в пользу своего клиента. Цель его деятельности есть проведение, осуществление интересов клиента, которые он реализует всеми легитимными средствами. Легитимной при этом считается как односторонняя интерпретация фактических обстоятельств дела, так и аргумент, по которому позитивное право является неудовлетворительным и поэтому подлежит изменению. Американский студент поэтому обучается тенденциозным (ангажированным) и ориентированным на интересы клиента способам улучшать его фактическое и правовое положение. Он должен, ссылаясь на работы иных американских юристов, решаться на обоснованные прогнозы, хотя и не высказывать суждений в виде проектов окончательного приговора".

<1> Рейман М. От немецкого служителя государства к американскому адвокату. Понимание ролей как средства против "культурно-правового шока" при обучении в США // Юридическое образование. 1994. N 4. С. 284 (на нем. яз.).

Этос в таком духе образованного юриста, пишет далее Рейман, это этос свободного профессионала, который хотя и уважает предоставленные ему нормы, но не сам непосредственно их применяет. Его обращение с правом состоит по существу не в следовании правилам, но в воздействии на всегда неопределенный процесс нахождения правового решения с помощью понимания фактов и правового мастерства, аргументов и внезапных богатых идей (находок) <1>.

<1> Там же. С. 285.

Формально такой подход для юристов, воспитанных в континентальной правовой системе, пусть и имеющей серьезные недостатки, кажется неприемлемым, изложенные тезисы - циничными <1>. Действительно, для российского юриста в принципе его деятельность направлена на установление истины и получение единственно правильного решения. Отсюда и споры, является ли истиной вывод о квалификации преступления. Но в необходимости соответствия правового решения позитивному праву на теоретическом уровне сомнений, кажется, нет <2>.

<1> См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения, 1996. С. 269 и след.

<2> См.: Кудрявцев В.Н. О правопонимании и законности // Государство и право. 1994. N 3. С. 6.

Вполне понятно, что используемый для выполнения так понимаемых профессиональных задач правовой подход предполагает и своеобразную рабочую технику. Разумеется, состав деяния, обстоятельства, исключаящие противоправность, умысел и неосторожность, причинность и возмещение вреда в общем означают одно и то же в американском и немецком праве. Однако отношение к ним различно. Немецкий юрист, как правило, избегает критики закона и ссылок на его недостаточность. Его деятельность эталонно связана с толкованием закона как проявления разумной и действительной воли законодателя. Главная операция - субсумпция (квалификация деяния), т.е. подведение факта под право.

Технически это порождает углубленное внимание к тексту закона, к догматическому обоснованию суждений, овладению логикой сопоставления реального поведения и правовых моделей. Необходимо серьезное отношение к позитивному праву и развернутому обоснованию вариантов его применения. Сказанное лишь примеры. В действительности разнообразие правовых подходов имеет место и внутри единой правовой системы.

Классификация правовых подходов. Такая классификация наглядно отражает влияние правовой мысли на профессиональную деятельность юриста, что проявляется и в

профессиональной научной деятельности, когда нередко содержание работы, ее язык, выводы "задаются" подходом автора. Изучение юридической практики и юридической литературы, действий и высказываний юристов с учетом возможностей их верификации, проводимое социологическими и иными методами, простые наблюдения показывают, что юристы, решая свои задачи, используют несколько основных правовых подходов.

Среди них выделяются правовые подходы, ориентирующиеся: на интересы государства - этатистский; на интересы личности - либеральный; на жесткое осуществление буквы закона - буквалистский, догматический; на основные начала, природу, принципы права, позволяющие достигать социальной справедливости на основе свободного усмотрения, - свободно-правовой; на высокий уровень профессионализма и правовой культуры - профессионально-качественный; и, наконец, подход низкого профессионального уровня, ориентирующий на временные личностные успехи и экономию сил, что можно назвать коррупционным подходом.

Можно говорить, например, о формализме как проявлении правового подхода; ригористическом, жестком правовом подходе, ориентирующемся на наказание; о правовом подходе, ориентирующемся на целесообразность, на права человека, на интересы государства как высшие ценности и пр.

Структура правового подхода. На наш взгляд, исходя из идеи содержания профессионализма и должного характера труда юриста, в правовой подход к юридическому труду входят такие элементы:

- социально-правовая оценка значимости своих обязанностей, осознание специфики осуществляемого труда, взятого на различных уровнях как в целом, так и по отдельным направлениям юридической деятельности, операций, групп операций, методик, предназначенных для решения правовых задач;

- степень овладения основными исходными положениями, отражающими закономерности существования и функционирования права, которые можно назвать правовой методологией, включая личностную ориентацию, представление о субъектности права и правовой практики;

- готовность к использованию собственных личностных ресурсов, как интеллектуальных, так и физических;

- развитость социально-правового мышления, являющегося программирующей, сопровождающей и оценивающей основой предметной части юридического труда;

- использование рабочей техники юриста.

Наряду с этим правовой подход включает в себя: ориентацию на применение методик проведения отдельных рабочих операций, систем (совокупностей) операций и осуществления отдельных направлений профессиональной деятельности юриста.

Каждый из названных элементов может быть осознанно включен в правовой подход юриста; он может интегрироваться в него и неосознанно, в результате подражания либо просто в стремлении без особого обоснования разумно организовать свой профессиональный труд.

Разумеется, вполне возможно и часто имеет место такое положение, когда некоторые элементы как бы отсутствуют или очень слабо или деформированно выражены в правовом подходе. Тогда приходится разграничивать действительный и ложный, развитый и неразвитый правовые подходы юриста. Но важно еще раз подчеркнуть, что все эти элементы не возникают сами по себе. Это результат многих воздействий и, во всяком случае, теоретико-методического научения.

Здесь возникает вопрос: осуществляется ли вообще профессиональный труд юриста без правового подхода? По-видимому, исполнение его обязанностей всегда связано с правовым подходом, но он иногда оказывается ложным, деформированным, неполным. Это видно при обращении к практике.

Влияние правового подхода на профессиональный труд. По-видимому, можно выделить несколько линий влияния правового подхода на профессиональный труд и его результаты, а значит, многогранно раскрыть его значение. Прежде всего развернутый и истинный, адекватный социальным потребностям правовой подход определяет соответствие юридической деятельности праву, а значит, и достигнутому в обществе согласию. Только с позиций адекватного правового подхода, например, можно обеспечить эффективную, стремящуюся к достижению целей уголовного закона практику наказания по уголовным делам. Фактически можно выносить любые приговоры в формальных рамках, определяемых уголовным законом, но при отсутствии должного подхода к ним эти приговоры могут оказаться социально вредными, пусть даже формально законными.

Правовой подход, следовательно, обеспечивает социальное и юридическое качество профессиональной деятельности юриста.

Далее, он обеспечивает реализацию ее познавательных задач и тем самым создает предпосылки для вынесения законных и справедливых решений. Это чрезвычайно важная сторона дела. Юстиция изображается слепой, но на самом деле она должна быть зрячей, располагать фактами. Есть старое выражение: дайте мне факты, а я дам вам право. Найти факты и дать их

правовую оценку - значит эффективно решить сложные задачи, о чем очень много и хорошо написано в работах по криминалистике. Правовой подход обеспечивает нахождение фактов и применение к ним права в сложных и простых случаях. Но его значение возрастает, когда усложняются задачи, ситуация оказывается неопределенной, право - коллизионным, когда налицо пробелы права, когда текст закона оказывается трудным для понимания и лишь с большими усилиями поддается толкованию.

Наконец, правовой подход обеспечивает эффективность, рациональность и безопасность профессионального труда юриста. Это также имеет колоссальное значение. Юрист, не владеющий правовой методологией, методиками, обречен на постоянные трудности, которые порождают практику присоединения к чужому мнению, послушание. Юрист просто не может сам выполнять поставленные перед ним задачи. Юрист, не умеющий работать, приносит вред, если он действует по своему усмотрению, ибо он принимает, как правило, неверные решения. Именно в этих случаях должностные лица постоянно жалуются на отсутствие полномочий. В то же время, и это также сознательно повторяется здесь, отсутствие развитого адекватного правового подхода или пренебрежение им опасно для самого должностного лица. История учит, что рано или поздно пусть не всем, но большинству приходится отвечать за сознательные отступления от права. Высокое должностное положение или высокое покровительство спасает в данной исторической ситуации, но она меняется быстро и радикально. Нередко юристы, служившие недостойному господину, оказываются первыми ответчиками за беззакония.

Таким образом, понятие правового подхода описывает некоторую реальность и как таковое в известных границах способствует совершенствованию профессиональной деятельности юриста. Но это утверждение желательно обсудить еще раз.

Некоторые выводы:

- реально существует проблема зависимости состояния и направленности профессиональной деятельности юриста от содержания и особенностей правовой мысли, которая требует дальнейшей разработки;

- такая разработка могла бы включать выявление содержания правовой мысли, изучение правового подхода в указанном выше смысле и анализ зависимостей правового подхода от предшествующего обучения;

- в принципе отсутствуют запреты на использование понятия "правовой подход" как употреблявшегося в литературе ранее и как близкого понятиям "технология правовой работы", "методология", "методика", "стиль работы" и некоторым другим. Понятие "правовой подход" при этом может с соответствующими прилагательными, определениями употребляться для обозначения: во-первых, отношения к труду юриста; во-вторых, используемых при этом посылок и средств; в-третьих, состояния подготовленности и готовности, не сводимого к наличию диплома, стажа или опыта, а представляющего собой подготовку некоторых результатов, переработку информации как готовность усилить мотивацию к качественной работе; в-четвертых, действий, реализуемых на основе подготовленности и в условиях готовности; в-пятых, стиля работы и стиля поведения.

Правовое обеспечение надежности уголовно-правовой информации

Возникновение проблемы надежности уголовно-правовой информации. Наиболее очевидным образом эта проблема возникает в сферах подготовки юристов и несколько менее наглядно, но в действительности наиболее болезненно - в сфере правоприменения. Факторами ее возникновения являются: отход от авторитарной практики жесткого контроля над текстами, фактически нивелировавшего авторские позиции; изменение издательской практики, когда открылась возможность публиковать едва ли не любые тексты; принятие нового законодательства, что расширило объем полемики и изменило ее содержание; устранение ряда старых теорий и стереотипов. Реально это выразилось, с одной стороны, в расширении круга таких публикаций, издательств и журналов, в которых они появляются, с другой - в усилении трудностей поиска и оценки уголовно-правовой информации.

Поэтому сейчас возникла необходимость разработки основ научной критики, и в первую очередь оценки надежности публикуемых текстов по образцу литературной критики. Разумеется, здесь должен учитываться опыт публикации рецензий, но принципиально изменилась значимость такой критики как в сфере научных и методических разработок, так и, что наиболее важно, в практической сфере.

Предпосылки оценки надежности уголовно-правовой информации.

Можно допустить, что уголовно-правовая информация отражает собственно:

- содержание уголовно-правовых и иных соотносимых с уголовным законом норм;
- суждения о содержании уголовно-правовых норм и источниках, в которых они содержатся;

- единичные решения правоприменителя и обобщенные данные о правоприменительной практике.

Уголовно-правовая информация может быть классифицирована по источникам, в которых она содержится, по содержанию, по характеру. При этом уголовно-правовая информация разграничивается на эмпирическую и обобщающую, научную. Или не признаваемую таковой. Во всех случаях информация уголовно-правового содержания предназначена для определенного адресата или группы адресатов. Она является как источником, так и средством, способом коммуникации, включенным в профессиональный и общесоциальный уголовно-правовой дискурс. Снимая неопределенность, объектом которой могут быть самые разнообразные реальные факты и вербальные суждения, таковыми не являющиеся, информация программирует теоретическую и практическую деятельность адресата.

Надежность - это качество уголовно-правовой информации, носящее объективный и субъективный характер. Оценка ее может быть самой различной в зависимости от характера той или иной информации. Но во всех случаях надежность должна быть представлена адресату, обозначена в соответствии с его нуждами. Форма представления надежности информации может быть даже конклюдентной, т.е. дана по умолчанию. Например, информация, содержащаяся в учебнике уголовного права, самим жанром издания представляется читателю в качестве надежной. Если на книге имеется ее рекомендация в качестве учебника, есть ссылки на известных и притом авторитетных рецензентов, предполагается, что авторы гарантируют надежность как повышенную.

Надежность информации представляет собой ее свойство, не сводимое к понятиям истинности, достоверности, полноты, актуальности и ряду других, каждое из которых имеет собственный, специфический смысл. Надежность информации есть ее соответствие набору значений, которые автор передает или стремится передать адресату. Информация тогда надежна, когда автор представил свои суждения в декларированной полноте, отвечающей раскрываемой теме, использовал в достаточном объеме информацию, относящуюся к ней, либо оговорил объем использования, изложил информацию в соответствии с тем, как она дана в предшествующем источнике, т.е. источнике, из которого она почерпнута для дальнейшего использования, наконец, что имеет первостепенную важность, представил - пусть даже в снятом виде - обоснования (аргументы) сформулированных им положений, позволяющих проверить возможность их теоретического или практического использования. Если, в частности, автор обозначил свою информацию как истинную, например как соответствующую некоторым фактам или по меньшей мере согласующуюся с некоторыми суждениями, которые он признает истинными, то надежность информации включает в себя и ее истинность. Если же выдвигаются гипотезы, то должны быть соблюдены требования, относящиеся к гипотезам.

Эмпирическая характеристика надежности. Нами была сделана попытка путем опроса выявить, что понимают адресаты под надежностью информации. Ответы хотя совпадали в основном, но различались у студентов и практических работников. Всеми респондентами информация считалась надежной, если она обеспечивала при ее надлежащем усвоении (у студентов) или использовании (у практиков) ожидаемый успех. У студентов это была возможность отвечать в соответствии с требованиями экзаменатора; для практических работников - принимать решение, которое вышестоящими звеньями рассматривается как правильное или, во всяком случае, создает возможность убедительно обосновать решение как правильное. И в том и в другом случае вопрос об истинности информации остается на втором плане. На первый план выходит практическое значение уголовно-правовой информации, возможность ее целевого использования.

Надежность и истинность информации. Истинность же информации респондентами понималась либо релятивистски - как составная часть надежности, либо, реже, как средство дальнейшего осознания уголовно-правовых явлений или выработки самостоятельной позиции.

Правовое обеспечение надежности уголовно-правовой информации постоянно находится в напряжении между свободой научного исследования и, соответственно, свободой выражения собственного мнения и интересами потребителя информации, который в большинстве случаев оплачивает полученную либо получаемую информацию и тем самым оплачивает труд автора и (или) распространителя данной информации.

Здесь, разумеется, возникает ряд известных проблем, касающихся истинности уголовного закона, квалификации деяния как преступления и проч. К сожалению, они решаются на основе некоторых догматических философских суждений, сомнительность которых не устраняется с современных позиций. Строго говоря, все рассуждения об истинности представляют собой пример ненадежной информации, поскольку аргументация выдвигаемых положений не осуществляется, и они рассматриваются как очевидные только потому, что авторы понятия не имеют об отношении в литературе к их исходным понятиям - в данном случае к понятию материалистической теории познания. Но это весьма сложный вопрос, и он требует особого обсуждения.

Такое отношение к надежности уголовно-правовой информации подтверждается оценкой последствий ненадежности. При выборе между такими последствиями, как искажение уголовной политики, причинение вреда гражданам, неправильное развитие правосознания, и такими, как неудача на экзамене, служебные неприятности, предпочтение отдавалось второй группе последствий.

Надежность уголовно-правовой информации и ответственность субъектов ее передачи. Проблема надежности уголовно-правовой информации может быть связана с совершенно очевидными правовыми последствиями иного плана. Позволим себе пример для иллюстрации предлагаемого подхода к данной проблеме. Существуют этические, процедурные и иные правила ведения переговоров, нарушение которых может привести к неудаче, подрыву авторитета, даже последующему игнорированию. Но эти нарушения для права безразличны. Возможны, как известно, и иные нарушения правил ведения межличностной коммуникации, которые влекут уголовную ответственность. Таково, например, оскорбление (ст. 130 УК РФ). В последнем случае этическая или гносеологическая проблема приобретает правовой характер и должна рассматриваться с соответствующих позиций, хотя, разумеется, в ее основе лежат все-таки некоторые глубинные требования к соблюдению социального правопорядка, социального мира. Это же происходит и с проблемой надежности уголовно-правовой информации.

Надежность информации всегда является необходимым условием профессиональной коммуникации. Но во многих случаях ее утрата влечет лишь потерю имиджа субъекта информационного сигнала. К сожалению, общество нередко относится снисходительно к ненадежной информации (что не должны делать руководители злоупотребляющих доверием должностных лиц). Но в определенных ситуациях отсутствие надежности становится правонарушением - деликтом либо нарушением договорных обязательств.

Признаки надежности текстуальной уголовно-правовой информации. Их можно классифицировать по правовой природе и характеру. С правовой точки зрения выделяются правовые, т.е. так или иначе определенные нормативно-правовыми актами, и неправовые признаки. По характеру выделим формальные и содержательные признаки.

Рассмотрим их на примере учебников уголовного права. На наш взгляд, формальные правовые признаки (условия) надежности уголовно-правовой информации - это:

- авторитет субъекта передачи информации, т.е. издательства и автора информации, что само по себе означает наличие авторских прав и необходимость их соблюдения;
- форма выражения и платность информации, что порождает правовые проблемы определения ее цены, возможностей ее получения, использования и пр.;
- цели использования информации, круг ее адресатов, что порождает правовые проблемы качества информации, в частности, если она содержится в диссертационных работах, справочниках, учебниках, комментариях и т.п.;
- возможность проверки, верификации информации.

Естественно, перечисленные признаки не исчерпывают возможность проверки надежности уголовно-правовой информации. Думается, однако, что они достаточно убедительно показывают, что такая проверка возможна, и проблема проверки надежности должна подвергнуться дальнейшему исследованию.

Уголовное право как сфера профессиональной юридической деятельности

Характеристика проблемы. Постановка данной проблемы определяется необходимостью повышения профессионального уровня работы юристов с уголовным правом <1>. Соответственно, это требует разработки и внедрения в подготовку и практику юристов необходимой для них юридической техники, в частности знаний и навыков, в рамках и на основе профессиональных уголовно-правовых компетенций, необходимых для: а) применения уголовного права; б) его реализации, включая прогностическую уголовно-правовую оценку предполагаемого поведения в сфере экономики. Как показывает опыт, это входит в обязанности корпоративных юристов, адвокатов, работников налоговых и иных служб, правоохранительных органов, участвующих в подготовке уголовно-правовых решений, и ряда иных субъектов реализации уголовного закона.

<1> См.: Жалинский А.Э. Введение в специальность "Юриспруденция". Профессиональная деятельность юриста: Учебник. 2-е изд. М.: Проспект, 2007.

На этой основе рассматриваются две группы вопросов. Первая относится к целевой и инструментальной характеристике уголовного права как объекта профессионального обучения и как будущей сферы труда. Вторая группа относится к собственно уголовно-правовым компетенциям юриста, освоение которых является целью профессиональной подготовки вообще и проводимой на кафедре в частности.

Выдвигаемые при этом соображения основываются на двух подходах. Первый связан с ориентацией на решение проблемных ситуаций и оптимизацию соотношения системного и проблемного направлений уголовно-правового мышления. Разработка таких вопросов активно велась еще в прошлом веке на кафедре уголовного права и уголовной политики Академии МДВ СССР, возглавляемой в тот период Г.М. Миньковским. Этот подход в современном, представляемом ниже понимании включает в себя идею перехода от повествовательного способа представления уголовного права к проблемному способу, необходимость которого, вероятно, не вызывает возражений в литературе, занимающейся методологией права. Второй подход, собственно, тесно связан с первым и основывается на осуществляемом сейчас в ГУ-ВШЭ переходе к проектному подходу, стимулирующему компетенции, связанные с самостоятельной аналитической и организационной работой, т.е. мотивированные способности, опирающиеся на профессиональные знания и навыки, порождающие и обеспечивающие возможности успешно решать комплексные задачи в конкретном контексте.

Реализация этих весьма близких друг к другу подходов связана с определенными трудностями. Эти трудности будут рассмотрены особо.

Здесь необходимо лишь для примера указать на, пожалуй, важнейшие из них. Это, с одной стороны, традиционное предпочтение теоретического, даже метафизического рассмотрения тех или иных процессов анализу технологическому, сориентированному на качество результата, а с другой - и это, вероятно, главное, - невостребованность качественного продукта, под которым понимаются проекты уголовного закона и сами уголовные законы, проект позиции и позиция, проект решения и решение. Характер и глубина этих трудностей эмпирически отражаются как в традиционной системе контроля учебного процесса, содержании систематизирующих и иных публикаций, так и, что наиболее важно, в состоянии и качестве принимаемых решений, в разрабатываемой юристами документации, содержащей уголовно-правовые позиции, что, впрочем, все же требует отдельного исследования.

Эти подходы должны быть слитно, как предполагающие друг друга, комплиментарные, по выражению экономистов, реализованы и в теоретической разработке проблем уголовного права, и в его преподавании. Разумеется, это ни в коем случае не рассматривается как достаточное условие оптимизации уголовного права, но лишь как необходимое. Таким образом, подчеркнем еще раз, проблема состоит в том, чтобы специалист, и в наших условиях прежде всего получивший профессиональное образование юрист, мог работать с уголовным правом, а не только излагать содержание учебника. В условиях профессионального образования это означает необходимость изменения парадигмы преподавания, переход от запоминания к осмыслению, повышение роли аналитического дискурса, а соответственно, проблемного подхода, и к усилению технологического начала.

Эти вопросы актуальны для юридического образования в разных странах и решаются различным образом. Лишь один пример. Немецкий студент, обучавшийся в Вашингтонском университете по обмену, особо отметил полезность обязательного начального курса "research and writing", в котором объясняют, как искать источники, работать над решением казусов, правильно цитировать и пр. <1>.

<1> Muenzenrieder G. Jurastudium in der USA - Erfahrungen und ein Überblick // JuS-Magazin. Sept. - Okt. 2005. S. 92.

Целевая природа уголовного права. Она, выходя за пределы целей наказания, определяет состояние статичности и динамики уголовного права и в то же время программирует требования к профессиональной работе юриста с уголовным правом. Так или иначе профессионал должен быть подготовлен к пониманию целей, поскольку бездумное, деформированно формальное применение уголовного права без осознания соответствующих последствий несомненно вредит стране.

Целевая заданность уголовного права по природе вещей распространяется на все его компоненты, в частности на описание запрещенного деяния, основания возникновения уголовной ответственности, меры уголовно-правового характера, требования к уголовному закону, сроки и пр.

Цели уголовного права должны быть поняты профессионалом в мере, необходимой для их реализации в рамках предоставленного статуса и на основе связанных с ним его компетенций, как юридических, так и фактических. Это исходный этап профессиональной деятельности, причем весьма сложный. Он требует обращения к статике и динамике уголовного права.

В статике уголовное право предстает адресатам как целостное законодательство, т.е. система текстов, содержащая в себе связанные друг с другом определенные правовые предписания о необходимости или запрете совершать определенные действия либо воздерживаться от них. Уголовное право как целостная система и каждый ее элемент в идеале предназначены для обеспечения определенных условий социального мира, для ограничения свободы одних в целях осуществления прав других на основе взвешивания баланса интересов.

Поэтому характеристика уголовного права всегда начинается с определения его задач, что в УК РФ закреплено в ст. 2, а также функций. Отсюда статика уголовного права является внутренне целевой и может характеризоваться по состоянию пригодности, большему или меньшему, к достижению заданных целей. Это выражается в языке описания уголовно-правовых велений, программирующих, но и всегда ограничивающих поведение адресата уголовного права, в выборе этих целей, в средствах конкретизации и индивидуализации целей в процессе работы с уголовным правом.

Динамика уголовного права охватывает собой все процессы развития и функционирования уголовного права, т.е. процессы криминализации и декриминализации, разработку уголовно-правовых позиций, связанных и непосредственно не связанных с применением уголовного закона, собственно профессиональную деятельность по применению уголовного закона, обеспечение исполнения уголовно-правовых решений и пр. Здесь целевая природа уголовного права выделяется более наглядно. Любой проект решения, любая профессиональная позиция, любое решение более или менее осознанно преследуют определенные цели, хотя далеко не всегда реализуемые адресатом уголовного закона, а нередко являющиеся системно более высокими.

Но подчиненные общим задачам уголовного права и уголовного закона цели всегда наличествуют, даже если они являются символическими. Поэтому и при обращении к статике, и при осуществлении динамики уголовного права его цели преобразуются в технологии (методики, процедуры) и включаются в компетенции профессионала.

Понимание места уголовного права в структуре социальных процессов также является элементом юридической профессиональной деятельности, поскольку позволяет понимать значение и природу решаемой проблемы. А на социальном уровне такое понимание конкретизирует цели уголовного права, программирует по различным каналам самые различные стороны уголовно-правового регулирования, включая уровень его интеллектуального осознания и профессионального применения уголовно-правовых норм. Но наиболее важно, что понимание реального места уголовного права в современной России определяет значение и содержание компетенции юриста-профессионала. Это нуждается в дальнейшем обсуждении, и здесь мы затронем лишь некоторые вопросы.

Прежде всего, место уголовного права определяет значимость соответствующей профессиональной деятельности, т.е. связанных с этим компетенций. По своей природе уголовное право субсидиарно. Оно зависит в определенной степени от отраслей права, которые именуются регулятивными, и в своем бытии порождает разные чувства. Но реально объем профессиональной деятельности в этой сфере чрезвычайно велик. Количественно это около миллиона приговоров ежегодно, несколько миллионов разрешаемых материалов, около миллиона лиц, находящихся в местах лишения свободы, миллионы судимых. Велика и внепроцессуальная потребность в уголовном праве, поскольку реальны уголовно-правовые риски и действия участников самых различных социальных групп, направленные на их устранение, и порождающие не только позитивное поведение, но и коррупцию, отказ от инноваций и пр.

Этим определяются и позиции специалистов уголовного права, отношение к ним общества, что следует учитывать в процессе профессиональной подготовки. Современное российское уголовное право занимает в общественном сознании и социальной практике противоречивые позиции. В целом признается, что это необходимый инструмент обеспечения социального мира как важнейшего условия жизни общества. Существует, возможно, не вполне четко артикулированное понимание того, что уголовное право, охраняя социальные блага, действительно и разумно определяет своими предписаниями границы правомерного поведения, содержание которого установлено так называемыми регулятивными отраслями права - гражданским, финансовым, налоговым, трудовым и другими. В то же время как в России, так и в странах с иными правовыми системами, например в странах континентального права, нередко уголовное право оценивается как правовая отрасль, находящаяся в кризисе, как право, опасное по своим последствиям, недостаточно эффективное, но весьма затратное. Во всяком случае, из этого вытекает необходимость включения в компетенции юриста способов обоснования законности и целесообразности принимаемых уголовно-правовых решений.

Пока же на практике положение уголовного права как социального инструмента, как общественного, публично-правового ресурса представляется сложным. В сфере реализации уголовного права, а она заранее принципиально ограничена быть не может, возник ряд противоречий и проблем.

Прежде всего в условиях институциональных перемен, происходящих в России, внимание заинтересованных социальных групп и публичной власти сосредоточивается по понятным причинам на институтах позитивного содержания, хотя в целом институты определяются как правила поведения, т.е. как регулятивные принципы, которые предписывают или, наоборот, запрещают те или иные способы действия ^{<1>}. Естественным образом на первый план выходит развитие экономически обусловленного законодательства, будь оно частным или публичным. Уголовное правотворчество при этом, хотя и неявно, оценивается как менее интеллектуально

емкое, многие изменения или их проекты основываются на моральных представлениях, укорененных в иной социально-экономической системе, а иногда отражают стремление к расширению ведомственных, властных функций. Такого рода позиции приводят к негативным социальным последствиям, которые известны специалистам и многократно фиксировались в литературе, и, в частности, к недооценке необходимого профессионализма.

<1> См. об этом: Кузьминов Я.И., Бендукидзе К.А., Юдкевич М.М. Курс институциональной экономики. М.: ГУ-ВШЭ, 2006. С. 89.

В результате происходит всплеск популистского правотворчества, размывающего достаточно хорошо в принципе развитое российское уголовное право. Это сказывается и на науке, и на преподавании, явно нуждаясь в определенном противодействии.

Ровно то же можно сказать и о применении уголовного закона. По многим сложным и устойчиво действующим причинам (организация, оплата и пр.) в этой сфере происходят негативные процессы, которые выражаются в снижении профессионализма и усилении коррумпированности субъектов правоприменения, что, впрочем, необходимо оценивать реалистически, на основе верифицируемых эмпирических данных. В частности, учитывая неравномерное развитие российских регионов и платежеспособность граждан, трудно сказать, что опаснее. Соответственно, и в этой области настоятельной является необходимость оптимизации профессиональной деятельности, что предполагает выравнивающую оптимизацию профессиональной подготовки и, как нам кажется, принципиальное изменение направленности и качества научных исследований.

Исходя из этого и полагая, что уголовное право ныне и в обозримом будущем, быть может, и к сожалению, остается необходимым, сложным, противоречивым, полезным и опасным социальным инструментом, следует использовать на современном этапе все возможности повышения профессионализма, предварительно оценивая их потенциал, для того чтобы оптимизировать в рамках и на основе Конституции РФ соотношение между издержками и выгодами его функционирования, т.е. реализации и особенно применения.

Личностные особенности профессиональной реализации уголовного права. Уголовное право применяется лично и только лично. Проблема состоит в уяснении того, предъявляются ли в этой сфере к юристам какие-либо и какие именно особые требования, зависит ли от соответствия юристов этим требованиям применение уголовного закона и, наконец, обладает ли страна сообществом юристов, соответствующих этим требованиям, которые могут носить общий и специальный характер. Собственно, это еще один шаг в рассмотрении проблемы необходимости специальных, профессиональных компетенций в сфере уголовного права.

Обычно эта проблема регулируется уголовно-процессуальным законодательством и анализируется в уголовно-процессуальной науке. Здесь рассматривается иной подход и предполагается, что можно выделить по ролевым функциям три основные группы: адресаты уголовного закона, т.е. лица, которые должны воздерживаться от совершения запрещенных действий либо обеспечивать такое поведение; выгодополучатели, т.е. лица, чьи интересы, включая право на безопасность и нравственный покой, защищаются уголовным законом; правоприменители, т.е. лица, которые принимают уголовно-правовые решения либо профессионально участвуют в их применении. Именно последняя группа является предметом рассмотрения.

В сложившейся российской и иностранной, особенно континентальной, правовых системах по умолчанию принимается тезис о том, что субъект правоприменения не должен влиять на его результаты, т.е. что по данному факту, на основании данного закона каждый субъект примет одно и то же решение, окончательное или предварительное. Даже право на так называемое усмотрение суда, в сущности, не меняет этого подхода. Подобно допущению в экономической теории тезиса о рациональном поведении участников рынка, это предположение фиктивно, но полезно лишь в определенных границах. Так или иначе задачи и содержание уголовного права поэтому традиционно анализируются путем толкования текста уголовного закона, объектно противопоставленного субъекту уголовно-правовой деятельности как нечто данное, а также путем анализа уже принятых, готовых проектов решений и решений адвокатуры, правоприменительных органов и в особенности суда.

В итоге функционирование уголовного права представляется наблюдателю как некая его самореализация, в лучшем случае как принятие решений абстрактным субъектом, не затрачивающим никаких усилий, что, впрочем, причудливо сочетается с представлениями бытового правосознания о всемогущей и коррумпированной власти имеющих юристов. В системе научного и методического отражения уголовное право оказывается бессубъектным. По существу, ни одна уголовно-правовая проблема не включает в себя какие-либо отсылки к субъекту реализации уголовного права. Разумеется, это корректируется соображениями здравого смысла, но, повторяем, системные выводы в уголовно-правовой науке отсутствуют.

Между тем существование в условно выделенной статике и функционирование в динамике уголовного права всегда и объективно опосредуется человеческой деятельностью, и прежде всего профессиональной юридической деятельностью субъектов, занимающих различные позиции и обладающих различными компетенциями. Это определяет структурирование компетенций на общие и специальные составляющие. Практически субъекты работы с уголовным правом должны иметь некоторую общую компетенцию, которая фактически различается лишь по уровню овладения, и специальные компетенции, связанные, например, с ювенальной юстицией, рассмотрением экономических преступлений, статусом следователя, адвоката, судьи, корпоративного юриста, нотариуса, что в каждом случае может требовать различной подготовки, прежде всего в сфере экономики, менеджмента. Специальные компетенции также должны различаться и фактически различаются в зависимости от личности юриста, ее свойств и качеств.

Уголовное право - и это не замечается в уголовно-правовой литературе - в сущности не менее состязательно, чем уголовный процесс, состязательность которого никаких сомнений не вызывает. Юридически это проявляется в том, что действующий УК РФ устанавливает часто именно право, а не обязанность суда принимать различного рода решения, например, об условном осуждении, когда суд, в сущности, взвешивает позиции различных участников уголовного судопроизводства <1>.

<1> Эта проблема связана со многими другими, в частности с пониманием истины в уголовном праве. Истина, как она традиционно рассматривается в нашей литературе, бессубъектна, но в уголовном праве оперируют некоторыми позициями, которые в принципе возникают в результате дискурса, хотя бы потому, что и уголовный закон, и практика есть результат дискурса.

Констатируемые в уголовно-правовой литературе трудности толкования уголовного закона, ошибки его применения возникают, говоря общим образом, на стыке текста и субъектного его понимания и применения. Уголовное право применяется, выступая как объект человеческого труда. Этот труд, в свою очередь, специфичен. Его осуществление определяется самим объектом, т.е. реалиями уголовного права как социально-правового явления, как текста, как системы правореализационных обязанностей, затем внутренними, профессиональными и непрофессиональными чертами личности и, наконец, многообразием внешних факторов.

Это и позволяет утверждать, что личность субъекта профессиональной деятельности в сфере уголовного правоприменения в значительной, возможно решающей, степени определяет как действительное состояние уголовного права в рамках сложившейся правовой системы, так и принципиальную необходимость разработки уголовно-правовых компетенций и их классификации для адаптации к статусам и кругу задач.

В связи с этим перед уголовно-правовой мыслью стоит задача предметного описания уголовно-правовых компетенций юриста, ориентированного на признаки его личности с целью обеспечения его подготовленности к решению различных уголовно-правовых проблем. При этом как раз и оказывается необходимым осуществить методический переход от повествовательного, нарративного способа рассмотрения уголовного права к проблемному пониманию, рассчитанному на приобретение совокупности компетенций, содержанием которых является умение искать и находить эффективные решения.

Проблемный подход к уголовному праву в структуре профессиональной деятельности. Кажется, повторим, что это важнейшая проблема профессиональной подготовки юриста в ее деловом, рациональном понимании. Она связана и с освоением уголовного права, и с его применением.

Как уже отмечалось, проблемный подход к уголовному праву сочетается с подходом описательным, систематизирующим. Он предполагает, с одной стороны, достижение определенной целостности этой отрасли, возможность логического объяснения существующих связей, наличие некоторой иерархии норм, в частности норм Общей и Особенной частей уголовного законодательства, соответствие предписаний природе уголовного права, принятому языку, применяемым конструкциям и иным средствам, возможность обоснования принципами и пр., а с другой - необходимую пригодность уголовного права для решения возникающих задач.

Так, дискуссия о природе вины разворачивается преимущественно в рамках системного понимания, поскольку ограничивается спорами о дефинициях. Переход к проблемному пониманию уголовного права требует выявления причин полемики, а главное - целей и результатов, которые связаны с тем или иным пониманием.

Выбор позиции при этом влияет на последствия применения уголовного закона, определяя собой более содержательное или формальное обоснование решения, более точный учет общественной опасности деяния и пр.

Таким образом, как вытекает из предусмотренной законом ориентации уголовного права на осуществление крупномасштабных социальных задач, создание условий социального мира,

развитие целевого подхода к объяснению наказания, системное и проблемное понимание уголовного права, как это следует из опыта и сказанного выше, необходимы для квалифицированного осуществления работы с уголовным правом.

Сущность проблемной характеристики уголовного права. Она состоит в том, что институты уголовного права, его предписания рассматриваются как набор инструментов, предназначенных для решения стоящих перед ним задач и пригодных по замыслу для этого. Проблемное понимание - это, повторим, нацеленность на результат, на выполнение данной задачи. В этом значении проблемная характеристика уголовного права отражает технологическую природу профессионального труда, порождаемую его нацеленностью на результат.

В процессе проектирования и осознания уголовного права его проблемное понимание выходит за пределы его системного или систематизированного описания. Тем не менее системное описание предшествует проблемной характеристике и предстает как некоторая последовательность определений и указаний на связи между ними, при этом первостепенное значение придается углублению связей между ними. Описательный и проблемный подходы должны быть достаточно развиты в структуре профессиональной юридической деятельности.

Сложившаяся традиционная система преподавания уголовного права частично облегчает решение такой задачи, ибо уже анализ отдельных казусов в рамках учебного процесса представляет собой проявление проблемного подхода.

Проблемное понимание уголовного права поэтому без ломки традиций может быть включено как особое направление в структуру уголовно-правовой мысли, науки, методик. Это позволит лучше и предметнее представить реалии уголовного права, которые субъект его применения должен познавать и учитывать для осуществления круга стоящих перед ним задач, предусмотренных Конституцией РФ, ч. 1 ст. 2 УК РФ и вытекающих из сложившейся правоприменительной практики. Однако необходимым и в то же время крайне сложным являются приучение к состоятельности уголовно-правовых мнений, овладение техникой уголовно-правовой аргументации и тренинг использования алгоритмов, как правило, мягких, для обоснования решений и их последствий. Здесь, вероятно, необходимо проделать очень большую работу.

Структура уголовного права как объекта проблемного понимания и описания. Проблемное понимание в данном случае предполагает наполнение компетенции знаниями и навыками, направленными на выявление латентной или явной необходимости реализации уголовного права в группе случаев или в отдельном случае; принципиальную возможность применения или иного учета уголовно-правовых норм, необходимость применения для этого уголовно-правовых средств, как это вытекает из ч. 2 ст. 2 УК РФ, и в определенных ситуациях указывает на существование разрыва между потребностью применения уголовного закона и его содержанием, как оно понимается юристом.

Проблемная характеристика уголовного права, таким образом, может быть представлена как круг проблем, решаемых юристом-профессионалом. Характеристика круга проблем в первую очередь определяется природой и содержанием уголовного права, но в соответствии со сказанным выше при этом приобретает статусно-субъектный характер. Она, эта характеристика, отражает тот факт, что уголовное право - это социальный феномен, который в качестве объекта профессиональному юристу дан иначе, чем субъекту, осуществляющему иные социальные роли. Это связано с тем, что каждый субъект может играть несколько социальных ролей и менять социальные роли, а соответственно, обращение к уголовному праву ставит перед ним различные проблемы. Разумеется, в каждый данный момент и применительно к наличному статусу социальные роли юриста-профессионала и необходимые для этого компетенции поддаются фиксации и анализу по критерию их связи с профессиональной деятельностью.

Уголовное право в итоге предстает в качестве объекта проблемного понимания как наличная, оформившаяся и закреплённая в текстах система инструментально понимаемых, т.е. предназначенных для решения определенных задач и достижения определенных результатов, правовых норм, имеющая чрезвычайно сложное и противоречивое содержание. Она при этом выступает в статике и динамике, т.е., с одной стороны, как тексты и их содержание, а с другой - как система решаемых задач, в своей основе связанных с уголовно-правовой оценкой деяния и выбором мер уголовно-правового характера, как это и предусмотрено ч. 2 ст. 2 УК РФ.

Характеристика проблемного анализа уголовного права в статике. Здесь выделяется несколько групп проблем, которые классифицированы по критерию составляющих уголовного права. К ним относятся: проблемы текста, содержания права, его контекста, позиций практики и доктрины, связей, содержания и информационно-правового значения отдельных уголовно-правовых норм.

Первое. Проблема текстов как источников деятельности. Здесь можно сформулировать общую проблему и специальные проблемы.

Общая проблема. Она прежде всего состоит в необходимости преодоления трудностей, связанных с осознанием пределов и структуры системы текстов, в той или иной степени являющихся нормативными источниками уголовного права, а соответственно, источниками,

программирующими профессиональную деятельность юриста в этой сфере и имеющими различное юридическое значение.

Специальные проблемы. Их стоит рассмотреть отдельно, и притом подробнее. Прежде всего это проблема полноты использования профессионалом текстов, содержащих информацию об уголовном праве. В современном уголовном праве материал, необходимый для полной и обоснованной уголовно-правовой оценки деяния, содержится в различных источниках, и отнюдь не только в уголовном законе, который сам по себе в полной мере недостаточен даже для хорошего специалиста.

К сожалению, некоторые опросы указывают на недопустимое при обучении ограничение источников информации на лекциях или в наиболее упрощенных учебниках, в процессе работы над Уголовным кодексом, на не всегда выверенные устные мнения других профессионалов. Эта проблема конкретизируется необходимостью последовательного отбора и информационного использования уголовного и смежного законодательства, судебной практики, методической и теоретической литературы. Здесь решаются подчиненные проблемы соотношения информационного и юридического значений УК РФ, в котором (по ч. 1 ст. 1) содержится все уголовное законодательство, включая новые законы, предусматривающие уголовную ответственность, а также гражданского и иного собственно регулятивного законодательства, так называемых общепризнанных принципов и норм международного права, судебной практики и прежде всего постановлений Пленума Верховного Суда РФ, доктринальных источников, т.е. научных публикаций.

Существует проблема логического понимания формальных значений суждений, содержащихся в тексте, принципиально сложного и неоднозначного по многим причинам, которые анализируются в теории права, герменевтике, лингвистике и других дисциплинах. Здесь, например, возникает необходимость структурирования уголовно-правовых норм в практических целях последовательного описания деяния и связанных с ним мер уголовно-правового характера, соотношения категорий преступления и условий освобождения от уголовной ответственности и наказания либо, напротив, отсутствия такой связи при назначении условного наказания.

Наконец, это проблема выбора уголовного закона, действующего применительно к данному факту во времени и пространстве, что связано с анализом противоречивых по своей природе начал справедливости, стабильности, охраны суверенитета страны, в меньшей степени подследственности и подсудности и решается на чрезвычайно сложной юридической основе.

Второе. Проблема понимания смысла текста, программирующего профессиональную деятельность юриста. Разумеется, эта группа проблем не может быть оторвана от формального понимания текста, но все же она является самостоятельной, во всяком случае методически. Лицо, так или иначе работающее с уголовным правом, должно, ограничив источники информации и осознав их формальное значение, переходить к содержательному анализу.

Общая проблема в этом случае состоит в понимании содержащихся в программирующих текстах утверждений различного характера, выраженных на правовом языке, в качестве самостоятельных правовых институтов, их элементов и связей между ними, т.е. в понимании собственно уголовного права.

Специальные проблемы, решение которых определяет практику работы с уголовным законом, включая, разумеется, проектирование и принятие предварительных и окончательных уголовно-правовых решений, весьма разнообразны. Они порождаются содержанием уголовного закона, характером деяний, подлежащих уголовно-правовой оценке, и многими иными обстоятельствами. Опыт показывает, что уголовно-правовая мысль фиксирует, как правило, относительно типичные, поддающиеся формализации проблемы. Во многих случаях этого недостаточно, и объективно существует потребность в разработке методики выявления и анализа латентных проблем применения уголовного закона. Обратимся к некоторым типовым проблемам, возникающим в ходе обращения с уголовным правом.

Прежде всего, это проблема перевода фактического описания деяния в описание правовое. Она, естественно, возникает как в процессе правотворчества, где она является, быть может, наиболее сложной, так и в процессе правоприменения, где субъект может использовать уже найденные и закрепленные в уголовном законе способы описания деяния и необходимые для этого понятия. Здесь следует разрабатывать методики решения многих задач. В частности, необходимо ограничивать подлежащие оценке деяния по кругу лиц, во времени и пространстве, затем предметно описать качественные и количественные признаки структурных элементов деяния, что, соответственно, связано с проблемой разграничения предметного и юридического составов, крайне важного при решении вопроса о совокупности преступления, с квалификацией деяния и пр. Во всяком случае, в уголовном законе должны быть найдены правовые предписания, описывающие оцениваемое деяние как отдельный объект юридического труда.

Далее, это проблема классификации правовых предписаний и их систематизации применительно к решаемой задаче, что связано с определением релевантных, или соотносимых, предписаний Общей части, с отбором норм Особенной части, могущих иметь отношение к данному

случаю, и требует наличия навыков структурного анализа текстов источников уголовного права; здесь было бы желательно выделять для последовательного использования вначале признаки, описывающие деяние, как оно определено в качестве объекта уголовно-правовой оценки, включая особые случаи его совершения (соучастие, неоконченное преступление, множественность и пр.), далее - признаки, определяющие противоправность и общественную опасность описанного деяния.

Наконец, это проблема понимания содержания и юридического значения выделенных правовых предписаний, их связей между собой, сферы действия в структуре решаемой задачи, последствий, которые могут проявляться как в понимании иных предписаний, так и в содержании получаемого вывода. Это наиболее сложная проблема, и она должна рассматриваться особо.

Третье. Проблема анализа сложившегося уголовно-правового сознания, т.е. правовых установок, правовых позиций и взглядов лиц, осуществляющих применение уголовного права либо влияющих на него.

Общая проблема. Она состоит в уяснении информационного контекста действующего уголовного закона. Хорошо известно, что работа с уголовным законом реально осуществляется в определенной атмосфере, которая определяет не только приемы его толкования, но и мотивацию юристов, корректирует их позиции, обычно тяготеющие к тому, чтобы быть одобренными вышестоящими инстанциями и обществом.

Специальные проблемы. Они состоят в анализе законности и обоснованности уголовно-правовых решений, образующих уголовно-правовую практику, представлений общества и отдельных социальных групп о справедливости тех или иных позиций, а также в их оценке как подлежащих учету.

В более широком понимании в статику уголовного права включаются также нормативно-правовые, прежде всего конституционные, средства и способы его легитимации, а также его инфраструктура, в том числе организационные, ресурсные, кадровые, информационные и иные условия правоприменения.

Проблемный анализ динамики уголовного права в качестве объекта профессионального труда. Такого рода анализ проявляется в виде системы выборов, которые необходимы для действий и решений, принимаемых и осуществляемых управомоченными субъектами этой деятельности. Здесь трудности и нерешенные вопросы уже не выявляются, но так или иначе преодолеваются в процессе решения практических задач, среди которых основными, но не единственными, являются уголовно-правовая оценка деяния и назначение наказания.

С этих позиций уголовное право представляет собой проблем, возникающих в процессе проектирования и принятия: а) законодательных новелл различного характера; б) ретроспективной и прогностической уголовно-правовой оценки (квалификации) отдельных поведенческих актов в соответствии с действующими источниками уголовного права; в) проектов, прогнозов и правовых решений, определяющих, например, подлежащие применению меры уголовно-правового характера; г) действий по обеспечению исполнения и исполнению уголовно-правовых решений.

Каждая из этих проблем перерастает в группу задач той или иной сложности, иногда решаемых в процессе свернутого мышления, но весьма часто требующих применения довольно сложной системы аргументов и контраргументов. Переход от повествовательного к проблемному способу изложения состоит в том, что при описании уголовно-правовой материи выделяется круг наличных и возникающих проблемных ситуаций. Например, применение уголовного закона начинается с выбора уголовного закона, действующего для данного случая. Тогда выдвигаются проблемы действия во времени и необходимости определения более мягкого закона в случае наличия изменений, что является обычной ситуацией.

Индикаторы проблемных ситуаций в уголовном праве. Они необходимы для управления правоприменительной практикой, которая связана с процессом обращения субъектов правоприменения с уголовным правом, но в данном случае не включают в себя оценку его справедливости, соответствия потребностям общества.

Среди этих направлений: а) техническое совершенствование уголовного закона в целях нахождения необходимого или скорее возможного баланса между качеством уголовно-правовых норм и трудом, необходимым для их применения, т.е. оптимизация затратности процесса правоприменения; б) выявление профессиональных компетенций, требующихся юристам, работающим с уголовным правом.

Индикаторами проблемных ситуаций в уголовном праве можно, в частности, считать:

- применительно к состоянию уголовного законодательства: а) обозримость, компактность и доступность его источников; б) стабильность уголовного закона; в) соотношение уголовного и исполняющего законодательства;

- применительно к содержанию уголовного права: а) соотношение формализации и свободы предписаний, типичным примером чего является использование законодателем определенных и относительно определенных уголовно-правовых санкций; б) степень выводимости уголовно-

правовых суждений и наличие необходимой для этого аргументации, что можно рассматривать как достигнутую степень алгоритмизации уголовного закона; в) затратность доказуемости признаков запретов; г) единство языка описания и согласованность его значений.

Разумеется, эти индикаторы сами по себе нуждаются в конкретизации и верификации, что делает их одним из элементов предмета науки уголовного права.

Перевод проблемного анализа уголовного права в уголовно-правовые компетенции. В данном случае общая задача состоит в состыковке выделенных и иных проблем и трудностей, корнящихся в природе и состоянии уголовного законодательства, с содержанием компетенций, что по принятому здесь подходу как раз и направлено на обеспечение готовности юристов к работе с уголовным правом на основе разработки компетенций. Поэтому выделенные проблемы должны описываться с иной стороны, а именно как некоторая упорядоченная система действий, необходимых для их разрешения. Наиболее привычной формой такого описания являются рекомендации, выполненные как мягкие алгоритмы, позволяющие учитывать предметное содержание и правовую оценку ситуации и предполагающие возможность взвешивания и выбора путей решения проблемы.

О значимости этой задачи необходимо постоянно помнить, хотя, казалось бы, в особом обосновании она не нуждается. Наличие проблем по природе вещей делает необходимым их разрешение. Они не решаются, как уже отмечалось, автоматически и не решаются совершенно одинаково всеми управомоченными лицами. Различия здесь, повторим вновь, программируются и объектно, и субъектно. Объектно, ибо проблемы различны и требуют различной готовности. Субъектно, потому что различны люди, субъекты реализации уголовного закона.

Этим объясняется необходимость направленного и в известной части дифференцированного тренинга специалистов, инициирования правового мышления в процессе обучения и необходимость оценки результатов обучения при осознании того факта, что специалист, используя свои профессиональные знания, руководствуется определенной мотивацией, действует в рамках своих способностей, психологического климата и пр.

Так или иначе собственно компетенции должны быть переведены в технологическое описание необходимой деятельности и в конечном счете быть внедрены, включены в состояние готовности юриста к труду. Они должны образовать своеобразный тезаурус юриста-профессионала и быть адаптированы к предполагаемой работе, быть пригодными для использования.

Формирование технологии профессиональной деятельности юриста в сфере уголовного права, разумеется, весьма сложная задача. Здесь укажем лишь на некоторые стороны этого процесса.

Прежде всего, конечно, должны учитываться специфические особенности деятельности юриста. Как известно, она предполагает одновременное осуществление самых различных задач, требующих многих компетенций. Разрабатывая позицию относительно возможной уголовно-правовой оценки, например, желательных менеджеру или собственнику приемов минимизации налога, юрист должен использовать самые различные уголовно-правовые, налоговые, уголовно-процессуальные и иные компетенции. При этом следует исходить из реального существования групп статусно "специальных субъектов", осуществляющих профессию юриста (следователи, судьи, корпоративные юристы, адвокаты и пр.), которая характеризуется признаками профессионализма и юридичности, выступает в качестве наличного социального ресурса, имеющего количественные и качественные характеристики.

Далее, необходимо выделять и анализировать потребности в уголовно-правовых, равно как и иных, компетенциях. Такие потребности своим содержанием охватывают все действия, реже воздержание от них, которые при наличии соответствующих оснований и в рамках определенного статуса юрист должен осуществлять для решения уголовно-правовых задач, предварительного или окончательного. В сущности, работа с уголовным законом отражает структуру профессиональной деятельности, это ее часть, подчиняющаяся общим закономерностям, но имеющая и частные свойства, черты, признаки. Анализ потребностей работы с уголовным правом или законом должен осуществляться с различных позиций, и его предмет весьма широк. Это характер решаемых задач, особенности нормативно-правового регулирования, инфраструктура работы с уголовным законом, социальные коммуникации и отношение общества в целом и его центров влияния.

Наконец, последнее по счету, но не по важности - это реальные возможности профессионала: время, загруженность и пр.

Структура уголовно-правовых компетенций. Она, как это явствует из принятого выше понимания, должна охватывать знания нарративного и проблемного характера, а также навыки, применяемые в процессе работы с уголовным законом; они тесно связаны между собой, поскольку навыки основываются на знаниях, а знания предполагают их прямое или опосредованное использование. Соответственно, следует понимать знания как некоторые блоки информации, которые лежат в основе действий и решений, и навыки, которые представляют собой усвоенные

алгоритмы выполнения действий и принятия решений. Это нуждается в более подробном рассмотрении.

Знания. Их можно структурировать по самым различным основаниям, но, повторяем, постоянно ориентируясь на задачи уголовного закона, долговременные и краткосрочные цели его применения, а также на сложившееся состояние источников и системы уголовно-правовой информации.

По источникам информации следовало бы выделять знания о действующем законодательстве, судебной практике и состоянии уголовно-правовой доктрины. Смысл этого разделения состоит в привязке уголовно-правовых знаний к источникам, имеющим различное правовое значение, и предупреждении такого положения, когда юрист не различает предписания закона, позиции судебной практики и мнения специалистов. По предмету следовало бы различать знания, относящиеся к природе и задачам уголовного права в целом, отдельным институтам, уголовно-правовым конструкциям и пр. По характеру знаний можно выделить знания о природе институтов, его истории, принятом понятийном аппарате, существующей полемике и проблемных ситуациях, позициях практики, используемых в определенных ситуациях аргументах и пр.

По содержанию функций или направлений деятельности следует особо рассматривать знания, относящиеся к отдельным группам задач, в частности к работе с уголовным законом, уголовно-правовой оценке деяния, включая квалификацию, назначение наказания, освобождение от уголовной ответственности и наказания и пр. Здесь следует уделять внимание, как это показывает современная практика, разграничению знаний об основаниях уголовной ответственности, которые представляют собой ядро процедур применения уголовного закона, и разработке аргументов уголовно-правовой оценки деяния, знаний о противоправности деяний и знаний об общественной опасности деяний. Смысл такого разграничения знаний внутри уголовно-правовой компетенции состоит в предупреждении сугубо формального применения уголовного закона, игнорирования его материальной стороны.

В структуре знаний применительно к уголовно-правовой компетенции, кроме того, стоит выделять методические блоки. Они должны обеспечивать рациональный подход к получению и использованию информации и стоят наиболее близко к навыкам. Первый блок - систематическое знание, являющееся исходным и содержащее в себе предписания относительно понимания уголовного права, подлежащие учету при выполнении действий и принятии решений. Второй блок - знания проблемного характера, которые во многом представляют собой преобразованную форму систематического знания и включают в себя описание процедур получения информации, аргументации выводов, формулирования и письменного изложения позиций.

Наконец, уголовно-правовые знания можно разграничить по социальным, уголовно-политическим и юридическим последствиям реализации уголовного закона. Основанием этого также является стремление обеспечить осознанное применение уголовного закона и понимание вызываемых им изменений в правопорядке, состоянии социальных процессов и судьбах людей.

Знания о социальных последствиях применимы, вне всякого сомнения, при разработке и принятии уголовных законов, анализе и оценке следственно-судебной практики. В настоящее время такие знания не содержатся в работах по уголовному праву и могут быть обнаружены скорее в работах криминологов, социологов, экономистов, в средствах массовой информации. Они относятся к влиянию реализации уголовного закона на демографические процессы, экономическое поведение, уважение к закону и пр.

Уголовно-политический критерий связан с реализацией предназначенности уголовного права как инструмента разрешения социальных конфликтов. Здесь можно выделить знания о подготовленности уголовного закона к социальным переменам, его эффективности, соответствия практики задачам, как содержащимся в УК РФ, так и провозглашенным в рамках уголовной политики.

Знания, относящиеся к юридическим последствиям, обращены к законности и обоснованности применения уголовного закона, корректности разрабатываемых оценок, позиций и предложений. Предметом этих знаний является техника применения уголовного закона и, в частности, состояние: а) понимания и конкретизации общих задач и механизма действия уголовного права, включая принципы, ограничения, гарантии; б) определения действующего уголовного закона; в) квалификации деяния, подлежащего уголовно-правовой оценке. Также предметом этих знаний являются признаки: а) обоснованности привлечения к уголовной ответственности; б) выбора меры уголовно-правового характера; в) освобождения от уголовной ответственности и наказания; г) прекращения уголовных правоотношений.

В итоге систематические и проблемные знания в рамках уголовно-правовых компетенций юристов должны использоваться для решения следующих задач:

- обеспечение предсказуемости применения уголовного закона, включая соблюдение принципов законности, равенства, гуманизма, справедливости;
- достижение сбалансированного соотношения между эффективностью уголовного закона и экономией репрессии;

- минимизация уголовно-правовых рисков и экономия ресурсов;
- защита интересов потерпевшего и государства;
- разрешение конфликтов и другие.

Спорно, конечно, в какой степени вообще и на каком уровне в частности могут быть реализованы эти задачи.

Навыки. В рамках компетенций они, разумеется, описываются и тоже представляют собой знания. Но смысл понятия навыков состоит в том, что оно описывает уже усвоенные элементы технологии, поведенческие стереотипы. Им необходимо уделять наибольшее внимание, поскольку в процессе обучения они не выходят за пределы решения искусственно выделенных задач, а на практике складываются зачастую случайно. К тому же доступная литература по уголовному праву преимущественно посвящена повествовательному, систематическому знанию, и лишь в редких случаях содержит в себе описания применяемых в тех или иных случаях средств профессионального труда.

Целесообразно структурировать по характеру проводимых операций с уголовным законом следующие приемы и навыки:

- работа с отдельными уголовно-правовыми запретами и институтами;
- работа с источниками уголовно-правовой информации, описание совершенных или планируемых деяний на языке уголовного закона, уголовно-правовая оценка деяний, и в частности квалификация преступлений, выбор мер уголовно-правового характера за совершение преступления или запрещенного уголовным законом невиновного деяния, письменное изложение прогностических позиций, формулирование возражений против уже сформулированных позиций и пр.;
- приемы осуществления отдельных операций описания фактических обстоятельств, приемы разработки позиций, получения и аргументации выводов.

Все эти приемы и навыки должны конкретизироваться, естественно, на уголовно-правовом материале применительно к отдельным уголовно-правовым задачам.

Проблема институциональной характеристики компетенций. Здесь преимущественно рассматривается институционализация компетенций в процессе подготовки юристов. На наш взгляд, эта проблема в настоящее время не готова к решению. Она требует изменения парадигмы уголовно-правовых исследований, переноса центра тяжести на проблемное мышление различного характера и на первом этапе должна рассматриваться в экспериментальном плане, причем соответствующие предложения предварительно следует обсуждать в литературе.

С учетом этого могут развиваться два направления. Первое состоит в перестройке обучающих программ, при которой в основной программе сокращается повествовательная часть и находит отражение описание подлежащих решению задач, а в связи с ними необходимой юридической техники.

Например, тема "Состав преступления" должна сохранить в себе указание на необходимость освоения понятия состава преступления в его соотношении с преступлением, равно как и признаков состава преступления. Однако здесь следует указать, в частности, на приемы выделения состава преступления и его признаков в тексте уголовного закона и иных источников уголовно-правовой информации, аргументацию отнесения тех или иных предписаний к нормативно-правовым признакам состава преступления. Компетенция юриста должна предполагать возможность проверки состава преступления, как он описан в комментарии или учебнике, путем обращения к уголовному закону, иным источникам права в тесном смысле этого слова и к судебной практике, ибо только такие умения и навыки способны предупредить возможные ошибки и обеспечить законность процесса реализации уголовного права.

Второе направление может состоять в формировании требований к компетенциям юристов со стороны заинтересованных органов и лиц. Но для этого необходима гораздо большая, чем это имеет место сейчас, доступность уголовно-правовых решений как предмета исследования и оценки.

Раздел 3. УГОЛОВНОЕ ПРАВО КАК СОЦИАЛЬНЫЙ ИНСТРУМЕНТ

В третьем разделе рассматриваются проблемы, реально возникающие в связи с функционированием уголовного права.

В литературе, к сожалению, предложения об изменении уголовного закона нередко основываются только на благих пожеланиях их авторов и не завершаются анализом возможного и затем действительного влияния реализации таких предложений на социальную жизнь. Даже данные о применимости новых или измененных уголовно-правовых норм приводятся очень редко. В результате государство и общество зачастую остаются в неведении, какая польза возникает и возникает ли в результате введения уголовно-правовых новелл.

Не находят ответа и общие вопросы о том, что происходит с правопорядком благодаря действию уголовного закона и как он (правопорядок) способен меняться при изменении уголовного

закона. Следовательно, необходимо выявлять реальный ресурс, т.е. сумму компетенций и возможностей властного воздействия уголовного права на социальные отношения, характер связанного с уголовным правом распределения публичных властных функций. Нужно анализировать спрос на уголовное право, риски, связанные с его применением, изучать проблематику охраны уголовно-правового суверенитета государства и пр.

При этом важнейшее значение имеет соблюдение конституционности уголовного закона, границ его предназначенности, т.е. задач; пригодности, т.е. законности, целесообразности и технологичности реализации; полезности, т.е. объема и содержания максимизации социального блага.

Уголовное право как ресурс: проблемы модернизации

Цель настоящей работы. Она в основном состоит в рассмотрении некоторых направлений оптимизации уголовного законодательства и права. Это попытка осуществляется на основе анализа двух понятий - ресурс уголовного права и модернизация уголовного права. Указанные понятия кажутся полезными для рассмотрения таких свойств уголовного права, которые отражают как теоретические осмысленные его функции в доктрине, так и реальные возможности его использования для достижения осознанных или неосознанных, позитивных или негативных социальных целей. Функции права, если отвлечься от споров об их содержании, можно определить как легитимацию или организацию властных отношений, преодоление конфликтов, управление поведением и пр. Ресурс уголовного права специфичен, отражает его природу и определяет как возможности, так и содержание реализации его функций, взятых во времени и пространстве, применительно к субъектам его осуществления. Любое государство и общество стремятся к тому, чтобы обладать достаточным и только необходимым ресурсом уголовного права, использовать его для общего блага, минимизируя объективные и субъективные негативные последствия действия уголовного закона. В Российской Федерации, проводившей сравнительно недавно уголовно-правовую реформу, это также является актуальным <1>. Соответственно этому ниже последовательно рассматриваются понятия и параметры уголовно-правового ресурса, или ресурса уголовного права, даются его - ресурса - объективная и субъективная характеристики, выявляются возможные направления модернизации уголовного права.

<1> См., например: Кропачев Н.М. Уголовно-правовое регулирование. Механизм и система. СПб.: СПбГУ, 1999; Кругликов Л.Л. Проблемы теории уголовного права. Избр. статьи (1982 - 1989). Ярославль: Издательство Ярославского государственного университета им. П.В. Демидова, 1999; Милуков С.Ф. Российское уголовное законодательство: опыт критического анализа. СПб.: Юридический центр Пресс, 2000; Наумов А. Новый Уголовный кодекс России - отражение происходящих реформ // Власть. 1997. N 2. С. 15 - 21.

Ресурс в механизме действия уголовного права. Действие уголовного права основано как на конституционных началах устройства российского общества, так и на его насущных потребностях. Однако уголовный закон более чем острый инструмент. Признавая его социальную ценность, общество, государство обязаны формировать условия его создания и применения, которые должны состоять в том, что уголовное право создается и применяется:

- надлежащими субъектами, выражающими легитимную волю общества;
- в соответствии с действительными потребностями и наличными возможностями общества;
- строго в соответствии и на основе закона;
- исключая приватизацию уголовного права кем бы то ни было для трансформированных в свою пользу целей;
- укрепляя, а не разрушая общество, не блокируя его развитие и воздействуя негативным образом на состояние населения и социальные процессы.

Вне соблюдения этих условий уголовный закон может оказаться - и в истории человечества неоднократно оказывался - разрушительным фактором, хотя по своей природе он должен устранять, а не усугублять произвол публичной власти, укрепляя социальный мир.

Методические основания анализа ресурса уголовного права в его позитивных и негативных проявлениях. Они состоят в следующем:

- подход к уголовному праву как социальному ресурсу является одним из возможных; он не решает все вопросы, а, условно говоря, показывает, какова созидательная и разрушительная сила уголовного закона, как он лечит раны и, преодолевая сопротивления, меняет поведение. Будучи на первый взгляд непривычным, этот подход основан на традиционном понимании права как необходимого инструмента социального управления. Тем самым он связан с представлениями об эффективности права, сфере или пределах его действия, менее четкими представлениями о механизме действия права, его ресурсоемкости и пр.;

- уголовное право, как и любая отрасль права, претерпевает в процессе своего существования глубинные изменения, в том числе сказывающиеся на его природе. Как самостоятельная отрасль права оно существует относительно недавно, выделившись из правовой системы с развитием государственной власти, и тем самым является объектом модернизации;

- во многих странах, и прежде всего странах континентального права, на современном этапе уголовное право рассматривается как социальный институт, находящийся в кризисе <1> и нуждающийся в легитимации; это его состояние обостряется бурными социальными переменами и нажимом общества, видящего в уголовном праве средство спасения от социальных невзгод;

<1> См.: Дубовик О.Л. Кризис уголовного права и уголовно-правовой теории // Право и политика. 2001. N 2. С. 130 - 134; Жалинский А.Э. Немецкое уголовно-правовая наука на смене тысячелетий (рецензия) // Уголовное право. 2002. N 4. С. 136 - 139.

- ресурсы уголовного права в конечном счете - это ресурсы жесткой и тактически весьма эффективной власти, которая путем применения уголовного права способна оказать весьма сильное как позитивное, так и негативное влияние на социальные процессы, вплоть до их существенной трансформации;

- ресурс уголовного права - это возможность результативно действовать, добиваться некоторых целей, причем эти возможности распределены между субъектами власти и тем самым всегда ограничены, хотя и не столь жестко, как иные социальные ресурсы. Уголовное право, следовательно, находится в руках определенных социальных субъектов, и поэтому естественным состоянием является борьба за уголовное право как ресурс, ведущаяся обычно достаточно жестко и на этапе правотворчества, и на этапе правоприменения.

Содержание ресурсной характеристики уголовного права. Здесь должны быть реализованы два подхода: объективный и субъектный. Объективная характеристика уголовного права как ресурса состоит в указании на возможности его использования, т.е. на содержание, интенсивность и пределы его воздействия на поведение людей и правопорядок в целом. Такая характеристика показывает, как уголовный закон опосредуется действиями тех или иных субъектов и что он может изменить, меняет во внешней среде. Эта характеристика является объективной в смысле ее онтологичности, она отражает то, что есть, или то, что предполагается наличным при данном состоянии познавательных средств (статистика, иные приемы социологического анализа). Субъектная характеристика отражает тот факт, что понятие ресурса предполагает наличие субъекта его использования, и показывает, как распределен ресурс уголовного закона, кому он принадлежит и как действует уголовный закон в руках института, государство в целом. Объективно ресурс уголовного права включает возможность и вектор возможности. Он позволяет весьма специфическими и крайне острыми средствами:

- формировать практику реализации властных функций, положения власти в структуре общества, давая юридическую характеристику поведения физических, а тем самым и юридических лиц, определяя по существу их правоспособность и дееспособность, институализируя пределы свободы и возможности самореализации;

- определять правила игры на социальном и экономическом рынках, а тем самым правовое и фактическое содержание социальных процессов, в целом состояние социального мира;

- формировать социальную атмосферу, определяя инициативность людей, их креативность, чувство свободы или, напротив, чувство страха перед властью, судьбой, уход от свободы, т.е. эскапизм.

Но, вероятно, можно считать, что по своему вектору ресурс уголовного закона все же в основном направлен на усиление императивных начал правового регулирования или того, что в теории права называли статусным правом. Этот вектор противоположен вектору права контрактного <1>, когда развиваются, в частности, отношения подчинения в умалении договора, монополизма в умалении рынка и пр. При этом необходимо всегда учитывать - ресурс уголовного права принципиально противоречив. Здесь не действует поговорка "кашу маслом не испортишь", даже если законодатель руководствуется самыми благими намерениями. Обеспечиваемая уголовным законом в пределах его ресурса социальная дисциплина полезна для общества и неизбежна в принципе. Попробуем раскрыть эти положения на примере, позволяющем показать общее значение проблемы.

<1> См.: Rehbinder M. Rechtssoziologie. 4 Aufl. Munchen: Beck, 2000. S. 83.

В Германии на протяжении нескольких последних лет проходил уголовный процесс, который был связан с поглощением АО "Манесман" фирмой "Водафон" и получением вознаграждения руководством фирмы "Манесман" за действия, проведенные в процессе слияния. На скамье подсудимых в земельном суде Дюссельдорфа находились Йозеф Аккерман - шеф Дойче Банка, Клаус Эссер - бывший шеф фирмы "Манесман", Юрген Ладберг - бывший председатель

производственного совета фирмы "Манесман", Дитмар Дросте - прокурор "Манесмана", Клаус Цвикель - бывший первый председатель ИГметалл, Йоахим Функ - бывший председатель наблюдательного совета фирмы "Манесман". Собственно судебный процесс длился полгода и включал 36 судебных заседаний. На процессе было заслушано 55 свидетелей, в числе которых, в частности, были руководители фирм "Водафон", "Альянс" и других организационно-правовых структур. Процесс закончился оправдательным приговором в отношении всех шести обвиняемых. Пресса довольно дружно назвала его оправдательным приговором второго сорта, что имеет существенное значение для характеристики уголовно-правового ресурса. Подсудимым, оставшимся на свободе на протяжении всего времени ведения процесса, были предъявлены различные обвинения. Основным из них было обвинение по параграфу 266 УК Германии "Злоупотребление доверием". Предусмотренный в нем уголовно-правовой запрет в немецкой специальной литературе рассматривается как влекущий высокие уголовно-правовые риски <1>. Фактическое содержание обвинения заключалось в том, что подсудимые получили весьма высокое вознаграждение за их действия в процессе передачи активов фирмы "Манесман" "Водафону", причем получили их за счет "Манесмана". Газета "Вельт" от 23 июля 2004 г. на вопрос о том, что собственно вменяется обвиняемым, получила следующее юридическое разъяснение. Обвиняемые по этому делу лица нарушили долг доверия как члены наблюдательного совета. В частности, Аккерман, Функ, Цвикель и Ладберг 4 февраля 2000 г. как члены соответствующей комиссии одобрили выплату 15 млн. евро тогдашнему шефу фирмы "Манесман" Клаусу Эссеру. По убеждению суда, эти выплаты были осуществлены не в интересах предприятия и, таким образом, являлись нарушением акционерного права.

<1> Trondle/Fischer. Strafgesetzbuch und Nebengesetze. 51 Aufl. Munchen: Beck, 2003. S. 1898 - 1901.

К этому процессу было привлечено внимание всей Германии и, вероятно, бизнесменов других стран. Газеты называли этот процесс политическим, связывая такую оценку как с последствиями самого процесса, так и с атмосферой, в которой он проходил. По ходу процесса в обществе, во всяком случае в СМИ, обсуждались следующие вопросы: насколько определенными являются требования уголовного закона и не попали ли представители бизнеса под дамоклов меч непредсказуемого обвинения, т.е. насколько сохраняется свобода принятия определенных решений; совместима ли с правилами бизнеса и социальной этикой выплата таких сумм даже и топ-менеджерам ведущих компаний; как это повлияет на предпринимательскую культуру и социальный мир в стране. Высказывались совершенно разные мнения, и, естественно, дискуссия не закончена. Бульварная, но весьма квалифицированная газета "Bild" подвела итоги процесса следующим образом: "Приговор в Манесман-процессе постановлен в надлежащей процедуре по действующему праву и закону". Далее газета писала, явно отражая мнение многих миллионов ее читателей: "Акционерный закон был погран ногами, гигантские суммы пролетели, и никто за это не отвечает". Но добавляла: "Менеджеры в будущем не будут путать вверенные им предприятия с лавкой самообслуживания. Дюссельдорфский процесс закончил эру бесстыдного грабежа на топ-этажах. Мера и мораль получили наконец свой шанс" <1>. В серьезных изданиях ставятся более глубокие вопросы о последствиях приговора и возможной его судьбе как обжалованного прокуратурой. Приведем весьма непривычное для ФРГ заявление председательствующей на этом процессе судьи Бригитты Копенхедер. Она заявила: "Еще никогда в течение моей 25-летней служебной деятельности как судьи не было предпринято столь массивной попытки оказать прямое или опосредованное влияние на решение суда". Давление, по заявлению судьи, оказывалось со всех сторон - как обвинения, так и защиты, равно как и из внешне нейтральных источников влияния <2>.

<1> Bild. 25.07.2004.
<2> Welt. 23.07.2004.

Это, возможно, необычный пример, но он убедительно показывает, каков действительный ресурс только одного, но наверняка прецедентного приговора суда, а именно подсудимые, несомненно, во время процесса находились под сильной угрозой весьма негативных последствий, и, значит, в состоянии стресса их профессиональная деятельность была блокирована; процесс слияния - передачи активов оказался более чем прозрачным и стал предметом социального дискурса; угроза неприятностей нависла над многими менеджерами и заставила отказаться от крупных вознаграждений. Но вместе с тем разрыв в оплате немецких и американских менеджеров усиливается. Рискованные решения на рынке принимать будут реже. Влияние уголовного закона на экономику становится более сильным. Популизм, очень опасный, повсюду растет. Нужен поиск золотой середины. Недаром после постановления приговора по описанному делу министр юстиции ФРГ (в состав которого входит немецкая прокуратура) Бригитта Циприс сочла нужным

заявить, что государственного регулирования оплаты менеджеров не будет. Это дело не Министерства юстиции, но правлений и акционеров <1>. Для нас выход один: анализировать ресурс уголовного закона, приводить его в соответствие с Конституцией РФ, как это предусмотрено УК РФ, и оптимизировать его применение <2>.

<1> Welt am Sonntag. 25.07.2004. Значение этого процесса повысилось после вынесения по нему обвинительного приговора.

<2> См.: Жалинский А.Э. О конституционности уголовного законодательства Российской Федерации // Право и политика. 2003. N 6. С. 37 - 45.

Параметры ресурсной характеристики уголовного права. Как и право в целом, уголовное право характеризуется потенциальным ресурсом, наличным ресурсом и используемым ресурсом. Соотношение между этими характеристиками определяется инфраструктурой общества, его реальными и предполагаемыми потребностями. Наличие состояний такого рода позволяет и вынуждает рассматривать ресурс уголовного права как объект осознанного или неосознанного социального управления.

В рамках ресурсной характеристики вначале следует выделять материальные и формальные институциональные параметры. Институциональные параметры - это, грубо говоря, то, что видят и исследуют юристы. Уголовное право есть совокупность (но в принципе не система) предписаний, принятых в определенном порядке, имеющих заданную форму и, по всеобщим надеждам, некоторое содержание или некоторую определенность.

В формально-правовом, чрезвычайно важном, сущностном плане потенциальный ресурс уголовного права проявляется в его задачах (ст. 2 УК РФ), пределах действия во времени и пространстве, охраняемом благе или предмете запрета и в границах уголовной ответственности. Все эти и иные институты уголовного права определяют, в каких ситуациях оно может быть применено и какие границы правомерного поведения оно устанавливает. Наличное состояние уголовного права в институциональном плане, т.е. привычное для юристов, определяется количеством и содержанием принимаемых решений, которыми, в частности, являются решения о возбуждении уголовного дела или отказе в этом, промежуточные и окончательные решения о применении мер уголовной ответственности, прежде всего приговоры судов. Желаемое или возможное состояние уголовно-правового ресурса определяется в пределах ресурса потенциального изменением задач уголовного закона, иных уголовно-правовых институтов и внешними изменениями инфраструктуры действия уголовного закона.

Материальные параметры ресурса уголовного права представляют большой интерес. Они особенно трудно поддаются изучению, и, действительно, специалисты и общество в целом имеют о них крайне слабое представление. Это общая, а отнюдь не только российская проблема. Можно утверждать, что общественное сознание не имеет достаточно развитого из-за стилистики языка описания материального, т.е. социального, ресурса уголовного права и не располагает достаточным набором необходимых инструментов его познания. Граждане иногда чувствуют, что происходит нечто неладное и что им больно или страшно. Во всяком случае, формальное и материальное представления о ресурсе уголовного права не совпадают и не должны совпадать в принципе, но между ними должно быть некоторое ожидаемое соотношение. Проблема в том, что реальное соотношение между формальным и материальным состоянием ресурса как раз мифологизировано и обществу неизвестно. Здесь необходимы серьезные исследования, но предварительно можно выделить следующие группы параметров материального уголовно-правового ресурса:

- изменения отношений власти и подчинения, поскольку применение уголовного закона означает расширения принуждения, более широкое использование императивных норм, сужение сферы частного права; не самым важным, но показательным примером являются меняющиеся соотношения социального статуса адвоката и прокурора, что может иметь и позитивное и негативное значение;

- изменения поведенческих стереотипов, обычаев, правил, поскольку уголовный закон определяет пределы свободы, опосредованно или прямо формирует способы предупреждения уголовно-правовых рисков, правила принятия решений, содержание экономических отношений;

- перераспределение затрат общества, поскольку использование уголовного закона представляет собой затратную деятельность и повышает затратность иных социальных процессов;

- усиление стратификации общества за счет выделения группы судимого населения и, соответственно, его криминализации.

Субъекты уголовно-правового ресурса. Ими являются обладающие возможностями определять содержание и применять уголовное право общество, народ как источник власти, собственно законодатель, официальные и неофициальные лоббисты. Эти субъекты обладают принципиально разными возможностями воздействия на законодателя и аппарат

правоприменения. Хорошо известно, что именно практика - прежде всего следственно-судебная - определяет действительное содержание уголовного закона в процессе интерпретации существующих текстов.

Проблема, крайне важная для любой страны, состоит в том, чтобы уголовно-правовой ресурс использовался надлежащими субъектами, находящимися под необходимым и достаточным социальным контролем. Реформаторские усилия в Российской Федерации, можно полагать, ныне идут именно в этом направлении. Роль субъектов ресурса формально установлена с той или иной степенью определенности, но фактически в любой стране не совпадает с формально установленной. Поэтому крайне необходимо, хотя и очень сложно, выявлять реальное состояние субъектной распределенности или принадлежности уголовно-правового ресурса, что должно было бы полностью соответствовать еще требованиям марксистско-ленинской теории, а на этой основе реально оценивать характер и возможности его использования, т.е. целевое предназначение субъектно распределенного уголовно-правового ресурса. Остановимся на отдельных аспектах этого вопроса.

Общество как субъект уголовно-правового ресурса. Являясь источником власти, общество обладает неоднозначным уголовно-правовым ресурсом, который иногда недооценивают. Предварительно можно утверждать, что ресурс общества велик, когда необходимо расширять возможности уголовного закона. Оно оказывает сильное давление, требуя расширить запреты, усилить ответственность, назначать более строгие наказания. В то же время влияние общества относительно легко искажается и перехватывается иными субъектами уголовно-правового ресурса, использующими его не всегда вполне корректно.

Проблемы, подлежащие решению, состоят в преодолении противоположности или конфликта интересов разных социальных групп, в трудности достижения необходимого согласия, осознании действительных потребностей и интересов общества, отсутствии необходимого социального контроля. Сейчас нет уверенности в том, что общество реально осознает свои действительные потребности, адекватно формулирует и контролирует сигналы, посылаемые в процессе установления уголовного права, т.е. правотворчества, и еще более - в процессе правоприменения. В итоге в настоящее время в большинстве стран расширяется круг уголовно-правовых запретов, возникает превентивное уголовно-правовое регулирование, создаются составы ответственности за поставление в опасность и пр.

Законодатель. Очевидным образом он создает уголовное право как систему уголовно-правовых предписаний, содержащихся в России в УК РФ, в других странах в различных законах. Можно полагать, что законодатель заинтересован в сохранении и полной реализации имеющегося у него по Конституции ресурса создания уголовного права - правотворческого ресурса, направленного на обеспечение сбалансированных интересов общества. Казалось бы, его ресурс исключителен в данной сфере, хотя и отсутствует в сфере применения принятого им закона. Но все же и здесь ресурс законодателя ограничивается либо реформируется интеллектуальными факторами, поскольку его возможности уяснить потребность в уголовно-правовом регулировании и отразить ее в тексте закона не всегда достаточны. Эти вопросы широко обсуждались в литературе, причем затрагивались и ресурсные возможности законодателя.

Рассмотрим только специфическую проблему лоббирования в сфере уголовного правотворчества, а затем и в процессе уголовного правоприменения. Выдвигается гипотеза о том, что правовой ресурс законодателя зачастую деформируется в процессе лоббирования интересов субъектов, стремящихся расширить свой уголовно-правовой ресурс. Эта проблема открыто не поднималась в российской литературе и слабо осознана повсюду. Понятно, что в лоббировании того или иного уголовно-правового законодательного решения, т.е. в определенном состоянии уголовного закона, могут быть заинтересованы все названные выше субъекты, в частности представители разных ветвей и звеньев публичной власти, а именно руководители органов исполнительной власти, правоохранительных органов, суда, представители разных бизнес-групп, неправительственных организаций и пр.

Проблемы, нуждающиеся в практическом осмыслении и решении, следующие:

- интересы субъектов, могущих и желающих влиять на уголовное правотворчество, должны быть выявлены и представлены обществу, а их круг определен институционально;

- следует надлежащим образом определить возможности и средства лоббирования, не ограничивая их лишь наделением либо отказом в наделении тех или иных субъектов правом законодательной инициативы;

- необходимо уравновесить возможности лоббирования, предупредить возможности лоббирования, предупредить возможности давления на законодателя, нарушающего его конституционную независимость. В принципе уголовный закон служит обществу, и жалобы правоохранительных органов на трудности его применения отнюдь не всегда вызваны интересами общества.

По-видимому, сейчас необходимо установить: во-первых, порядок формирования экспертных групп, участвующих в правотворчестве, сделав их участие обязательным; во-вторых, ограничить

возможности влияния на законодателя правоохранительных органов, которые являются прежде всего адресатами, но не создателями уголовного законодательства, что, несомненно, вызовет протесты; и в-третьих, определить ответственность для должностных лиц - достаточно жесткую - за вносимые предложения, их аргументацию и пр. Это направление деятельности сейчас довольно ярко отражено в предложении о введении криминологической экспертизы уголовного закона. Трудно сказать, насколько криминология способна быть методической базой такой экспертизы, но идея верна, хотя и недостаточна. Во всяком случае, признание стремления влиять на законодателя лоббизмом весьма полезно и необходимо. Оно дешифрует позиции, не позволяет маскировать их ссылками на абстрактные интересы борьбы с преступностью и в то же время нередко по существу активизировать преступников, в частности, интенсифицируя коррупционный потенциал и расширяя количество преступников, т.е. лиц, объявляемых таковыми по приговору судов, применяющих все расширяющийся уголовный закон.

Правоохранительные органы и суд. И те и другие уже упоминались в связи с проблемой лоббизма. В анализе также нуждаются направленность и содержание их наличного ресурса, возможности его реализации. Уголовно-правовой ресурс органов дознания и следствия, а также суда весьма велик. Подчеркнем лишь несколько его проявлений. Уголовный закон применяется - вольно или невольно - выборочно, и иначе быть не может, а поэтому решение об использовании ресурса остается за соответствующим должностным лицом. Усмотрение при индивидуализации наказания весьма велико, и решение судей слабо поддается контролю, а поэтому именно судьи в некоторых принятых рамках определяют судьбу осуждаемого ими лица. Стремление минимизировать интеллектуальные и физические усилия также присутствует постоянно, сочетаясь с желанием добиться высокой оценки собственной работы, а поэтому адекватность толкования и применения уголовно-правовой нормы и, значит, судьба осужденного, правовая оценка действий иных лиц определяются также субъективно.

По всем этим причинам уважение к деятельности практических работников и необходимость предупреждения снижения их профессионализма должны предполагать жесткий социальный контроль за их деятельностью и правовые процедуры, т.е. содержание уголовного и уголовно-процессуального закона должно задаваться со стороны.

Модернизация уголовного закона. Повторяем: это общая, более чем просто трудная и отнюдь не только российская проблема, хотя, разумеется, каждая страна решает ее по-своему. В данном случае предлагаются лишь некоторые очень краткие соображения о возможных направлениях и этапах модернизации уголовного закона, которые формулируются на уровне гипотезы и могут быть только поводом к дискуссии.

Социальная основа модернизации должна создаваться в сбалансированных интересах общества, диктуемых современными социальными процессами, и опираться на широкий социальный дискурс. Сейчас необходимо уяснить содержание "общего блага", т.е. блага всего общества, соотносимого с уголовным законом, и выработать либо уяснить соответствующие взгляды на эти проблемы, зафиксировать имеющиеся мнения, предложения и аргументы к ним. Собственно говоря, необходимо выяснить действительное отношение населения к уголовному закону и его ресурсу, поскольку провозглашаемый ригоризм кажется неискренним. Только на этой основе можно выработать парадигмы модернизации, а затем определить необходимые для ее осуществления инфраструктурные условия и ее (модернизации) необходимую технику.

Направлениями модернизации собственно уголовного законодательства можно считать:

- развитие социально ориентированных начал уголовного права, т.е. развитие ресурса, позволяющего обеспечить на основе баланса интересы личности и необходимые рамочные условия развития экономики, культуры, охраны окружающей среды и пр.;
- реальное проведение в жизнь всегда признаваемого в российской уголовно-правовой доктрине начала экономии уголовной репрессии, что должно уменьшить число лиц, находящихся в местах лишения свободы, и в то же время повысить результативность использования уголовно-правового ресурса;
- переход в ряде сфер от преимущественно символического к рациональному использованию уголовного закона <1>, что должно привести к усилению регулятивного воздействия уголовного закона при жестком определении его специфических задач и предупреждению его использования в сферах частноправового регулирования.

<1> Подробнее см. в разделе 1 данного сборника статью "Уголовное право между символическим и рациональным".

Эти направления можно сформулировать и по-другому, конкретизируя либо дополняя приведенные предложения. Но, во всяком случае, они не должны быть связаны с глубинными юридико-техническими и социальными преобразованиями действующего Уголовного кодекса РФ, который в целом является современным законодательным актом. Необходимо использовать такие средства модернизации уголовного законодательства, которые обеспечили бы его стабильность и

предсказуемость применения, соответствуя при этом квалификации правоприменителя. Кроме того, упомянем, что модернизация уголовного законодательства, в частности УК РФ, должна обязательно сопровождаться преобразованиями инфраструктуры уголовного закона и в первую очередь системы социального контроля за его использованием.

Уголовно-правовые (юридико-технические) средства модернизации уголовного законодательства нуждаются в особом обсуждении с учетом направлений модернизации, полученного опыта применения уголовного закона и состояния правовой науки. Очень серьезная проблема, однако, состоит в том, что современные публикации по уголовному праву сосредоточены в основном на идее усиления борьбы с преступностью, а в этих рамках - на расширительном толковании уголовного закона, поиске пробелов (как правило, мнимых <1>, поскольку границы действия уголовного закона должны рассматриваться как осознанные решения законодателя, а не его ошибки), ужесточении наказания и пр. Печально, что значительная часть научных работников и многие практические деятели выступают против разумных мер, которые стремится провести по отношению к уголовному закону исполнительная власть. Это порождается как содержанием и вектором ресурса уголовного права, так и иными обстоятельствами, но в любом случае выполняет тормозящую роль. Прямо говоря, в настоящее время интеллектуальная база модернизации уголовного законодательства недостаточна. Научные исследования нуждаются в расширении и, в частности, в ориентации на общее социальное благо, реализацию общего уголовно-правового ресурса. Для этого требуется организационная и иная помощь социальных субъектов, имеющих разные интересы в рамках действующей Конституции РФ.

<1> См., например: Кузнецова Н.Ф. О криминогенности пробелов уголовного законодательства // Вестник МГУ. Сер. 11. Право. 1996. N 3. С. 26 - 34.

В частности, особого внимания заслуживают следующие юридико-технические средства модернизации уголовного законодательства:

- повышение определенности описания объекта уголовно-правовой охраны и объективной стороны деяния;

- более информативная характеристика в тексте закона признаков общественной опасности деяния, позволяющих разделить достаточно четко уголовную, административную, гражданскую и иные виды ответственности; при этом следует с рациональных позиций оценить действительное значение таких (в сущности нейтральных к общественной опасности) квалифицирующих деяние признаков, как групповое совершение деяния, множественность и другие, заменяя их признаками, дифференцированно и реально отражающими общественную опасность отдельных групп преступлений;

- приведение в полное соответствие собственно уголовного законодательства с иными отраслями права, и прежде всего так называемых бланкетных норм с восполняющими их правовыми нормами, что повысило бы предсказуемость уголовно-правовых решений, а главное - четко ограничило бы сферу действия уголовного закона.

Ясно, что это лишь часть юридико-технических средств модернизации уголовного законодательства. Более подробное их обсуждение остается самостоятельной и важной задачей как юристов, так и представителей иных специальностей, осуществляющих конституционно допустимый лоббизм.

Уголовное право как источник власти

Постановка проблемы. Предлагаемые ниже соображения тесно связаны с теми, что были высказаны на Второй международной научно-практической конференции МГЮА, состоявшейся 27 - 28 января 2005 г., и опубликованы в ее материалах. В целом проблема состоит в необходимости анализа более развернутого, чем это делалось в уголовно-правовой литературе до сих пор, спектра последствий принятия и реализации уголовного закона как инструмента социального регулирования. Гипотеза состоит в том, что уголовное право оказывает весьма разностороннее воздействие на различные сферы общественных отношений: на власть, право, экономику, общественное сознание, поведение, приводя даже к становлению определенных обычаев и традиций. Это воздействие в любой стране порождает объективные и субъективные, неизбежные и предотвратимые, позитивные и негативные последствия, которые тем или иным образом должны быть осознаны и взяты под контроль государства и общества.

Особенности возникновения и развития уголовного права. Уголовное право возникало и развивалось как нормативная мера, определяющая содержание и интенсивность вынужденного ответа на деяния, которые были способны приносить личности или обществу, как оно понималось в различные исторические периоды, вред и в силу этого объявлялись преступлениями. Предполагается, что уголовное право способно обеспечить основы социального мира, т.е. в той или иной степени избавить общество от деяний такого рода, снизить угрозу посягательства на

состояния, признаваемые социальными ценностями, до приемлемого уровня. История уголовного права огрубленно может рассматриваться как передача ответа на преступление путем насилия в ведение публичной власти, что меняло, по меньшей мере в сознании людей, природу преступления и наказания, но одновременно качественно и количественно меняло и содержание власти, тех ее носителей, которые получили компетенцию на принятие и реализацию уголовного закона <1>. Эта крайне упрощенная схема отражает лишь три взаимосвязанных момента такой передачи. Первый - изменение возможности потерпевшего ответить на преступления, когда уголовное право выступало как средство его освобождения и защиты, что и сейчас объясняет требования расширения действия уголовного закона. Второй - стремление ограничить власть, когда уголовное право фактически оказывалось частью социального, общественного договора, а затем конституции, что проявляется в принципе законности и связанных с ним гарантиях. Третий - желание власти подкрепить себя правом, создать барьер для сопротивления насилию, справедливому или нет, когда уголовное право оказывается гарантией власти, ее опорой, что проявляется в легитимации наказания и иных мер уголовно-правового характера.

<1> См. среди многих работ: Сергеевич В.И. Лекции и исследования по древней истории русского права. М.: Зерцало, 2004.

Уголовный закон (уголовное право) в итоге в современный период превратилось в совокупность норм, которые легитимируют в идеале необходимое для общества насилие, применяемое публичной, в соответствии с гл. 7 Конституции РФ преимущественно судебной, властью.

Это весьма четко выражено также в ч. 1 ст. 43 УК РФ, где говорится, что наказание есть мера государственного принуждения. Суд, вынося приговор в отношении лица, нарушившего уголовный закон, действует на основе уголовного закона и также на основе уголовного закона обязывает соответствующие государственные, публично-правовые структуры к исполнению этого приговора. По господствующему и, на наш взгляд, ничем не опровергнутому пока мнению использование уголовного права как ресурса власти для обеспечения социального мира является вполне необходимым, даже неизбежным.

Роль уголовного права как ресурса власти. Она внутренне противоречива и в принципе позитивна и необходима. В любом обществе, однако, существует опасность злоупотребления властным ресурсом уголовного права, его выхода за пределы задач, определенных законом, опасность избыточного усиления неконтролируемой, авторитарной власти. Между преступлением и наказанием стоит не монолитная и единая по целям власть, но власть, разделенная на ветви и представленная аппаратом, бюрократией. Интересы властных структур в принципе противоречивы, что отражается в законодательстве (роль суда, система инстанций, процессуальные порядки, состязательность и пр.).

Поэтому усилия общества и государства должны быть направлены и, как можно надеяться, в последнее время действительно направлены на преодоление этой опасности. Это как раз и порождает необходимость анализа роли уголовного права как источника власти, уяснения механизма получения и использования властного ресурса уголовного права, а также связанных с этим изменений в структуре власти, их соответствия интересам государства и общества с целью выявления и оценки возникающих здесь негативных последствий. Только для предварительной иллюстрации значимости этой проблемы стоит напомнить о противодействии в нашей стране попыткам децентрализации уголовного и смежных отраслей законодательства, которые по п. "о" ст. 71 Конституции РФ находятся в ведении Российской Федерации.

Власть в сфере уголовного правотворчества и действия уголовного закона выступает как крайне сложное явление <1>. Оно охватывает субъекта власти, сферу осуществления, содержание властеотношений, механизм осуществления власти. Очень кратко развернем этот тезис. Уже в первом приближении к ее познанию понятие "власть" конкретизируется определениями "государственная", "политическая", "общественная". Затем: власть рода, племени, общины, политическая (государственная), экономическая, различных общественных объединений; родительская, церковная. Источником власти, в частности, могут быть закон, авторитет (харизма либо обладание интеллектуальными способностями), информация, прямое насилие, традиции и пр. Неотъемлемым элементом содержания любой власти, как полагают многие, является принуждение, а отношения по поводу власти, или властеотношения, носят волевой характер и складываются из "господства - подчинения", "руководства - подчинения". Другие специалисты вводят в содержание власти понятие специфического сотрудничества. В правовой характеристике власти, данной, например, профессором Р. Циппелиусом, выделяются источники власти, такие как способности, харизма, владение и пр., правомочия распоряжаться, возможности влияния, права контроля. С социологических позиций власть получает более подробную характеристику, причем, понятным образом, споры здесь весьма остры, а позиции разнообразны.

<1> См.: Общая теория государства и права: Учебник для вузов. Т. 1. М.: Зерцало, 2002. С. 153; Любашиц В.Я., Мордовцев А.Ю., Мамычев А.Ю. Государственная власть: введение в общую теорию. Ростов-на-Дону: Изд-во СКНЦ ВШ, 2003; Фуко М. Интеллектуалы и власть. М.: Праксис, 2002. С. 289. Zippelius R. Rechtsphilosophie. Munchen: Beck, 1994. S. 211.

Нами принимается, что власть может осуществляться самыми различными субъектами, и, скорее всего, всеми субъектами, индивидуальными и коллективными, способными играть те или иные социальные роли; она выступает в правовых и неправовых формах; реализуется различными способами, как отмечается в литературе, - от террора и грубого насилия до манипуляции процессами мышления и дискурса; различным образом внедряются в сферу социально-правовой жизни, что в процессе социального развития власть дифференцируется, становится все более разнообразной и что процессы развития власти противоречивы: она снимается, возникает, преобразуется как в более жесткие, так и в более мягкие формы. Уголовное право является источником так понимаемой власти, но, конечно, в разной степени и с различными последствиями.

Попытаемся, отнюдь не претендуя на полноту изложения, показать, что уголовное право является или может являться источником всех названных здесь и иных проявлений власти, в данном случае публичной.

Механизм действия уголовного права как источника власти. Сам по себе он весьма сложен и далеко не всегда функционирует открыто. Наилучшие возможности его изучения создаются при внесении изменений в уголовный и уголовно-процессуальный кодексы. Общая схема такова: принимается новый запрет, расширяются подследственность и подсудность, ставятся задачи по внепроцессуальным мерам и определяются процедуры их выполнения, предъявляются требования к адресатам уголовного закона, создаются новые структуры и пр. Характерный пример представляет собой введение, возможно, разумное, уголовной ответственности за легализацию (отмывание) денежных средств или иного имущества, добытых преступным путем (ст. ст. 174, 174.1 УК РФ), которое очень серьезно изменило распределение власти публичных структур. Действительно, принятие нового запрета, в частности, определило компетенцию целой системы органов, правоохранные структуры получили новые возможности собирания информации, осуществления внешнего контроля, проведения различных проверок. Изменился характер их взаимоотношений со значительным кругом лиц и пр.

В целом на социальном уровне уголовное право действует, порождая властеотношения, вначале формально, поскольку оно содержит в себе обязательные предписания, пусть выраженные негативно через запрет, а затем весьма ощутимо - фактически. Оно обеспечено государственным принуждением и проявляется, как уже отмечалось, в изменении статусов, поведения, притязаний. В итоге происходят следующие процессы. Прежде всего в целом меняются возможности той власти, которой даны новые полномочия или расширены старые, а соответственно, вполне возможно, и иных ветвей власти. Власть наполняется новым содержанием, что и отражается на структуре властеотношений. Далее, власть перераспределяется между ее субъектами, что в значительной степени связано со спецификой реализации уголовного закона и автономностью правоохранительных органов и судебной власти. Наконец, меняется характер отношений в обществе, могут возрастать транзакционные издержки, особенно связанные с коррупцией, происходит подавление инновативной составляющей в политике, социальных и экономических отношениях. Частично это неизбежно сопровождается расширением уголовно-правового регулирования. Частично эти явления могут преодолеваются и преодолеваются публичной властью и обществом.

Проявляется это различным образом. Классические случаи - возможность обусловить в будущем наказание со всеми вытекающими отсюда последствиями, когда некоторый круг лиц подпадает под определенную власть; создание абстрактной угрозы наказания, когда, в сущности, неопределенный круг лиц должен считаться с возможностью применения власти, нуждаясь, языком ст. 290 УК РФ, в "общем покровительстве", даже если уголовно-правовые риски преувеличены; изменение или подкрепление негативных социальных оценок, в частности, путем табуирования поведения или создания новых требований к нему (например, введение понятий "добросовестный или недобросовестный плательщик, продавец" и пр.), создание перспективы возникновения комплекса неполноценности, греховности, что и до сих пор соотносят с образом крупного предпринимателя - олигарха. Это лишь примеры. Но во всех случаях, когда уголовное право кого-либо наделяет властью, некоторый круг субъектов права ограничивается в возможностях поведения либо, по меньшей мере, подпадает под угрозу такого ограничения.

Разделение происходящих под влиянием уголовного закона изменений состояния власти, т.е. возникновения, изменения или прекращения властеотношений. В теоретическом плане их можно подразделить на две группы. Первая группа реализуется внутри властеотношений, связанных с наказанием и с иными мерами уголовно-правового характера. Вторая группа

изменений осуществляется вне этой сферы и имеет процессуальный и организационный, формальный и неформальный характер. Несколько слов об этом.

Первая группа. Традиционно действие или властный ресурс уголовного права оцениваются путем анализа уголовно-правовых санкций, которые, в сущности, характеризуют карательные ожидания, их угрозу либо предупреждение о них. Увеличение санкций рассматривается как ужесточение уголовного закона, а их снижение - как смягчение его. Вторым критерием оценки является применимость уголовного закона, что обычно характеризуется как степень его неотвратимости и увязывается с проблемой латентности преступности.

Эти направления реализации уголовно-правовой власти или властного ресурса уголовного закона обычно измеряются: по кругу лиц, по интенсивности, которую суммарно можно выразить через среднее значение мер наказания и их общую величину (число лет лишения свободы; размер штрафа и пр.), по иным показателям.

Вторая группа. Она связана с реалиями обеспечения уголовной ответственности. Известно, что уголовно-правовая власть осуществляется не только судом, назначающим наказание. Фактически и юридически властеотношения на основе уголовного права возникают между, с одной стороны, органами внутренних дел, прокуратурой и другими структурами, правильно или нет именуемыми силовыми, а с другой - иными участниками правового оборота, которые могут как иметь, так и не иметь процессуального интереса. Об этом достаточно убедительно свидетельствует количество лиц, задержанных в соответствии со ст. 91 УПК РФ, лиц, в отношении которых избираются меры пресечения, и пр.

Поскольку такие властеотношения весьма многообразны, целесообразно в процессе анализа ситуации определить, выступает ли уголовное право в данном случае как источник власти. Основными критериями являются: а) критерий правового наделения властью, основанием которого является уголовный закон; б) критерий фактической связи с уголовным законом воздействия, осуществляемого легитимно или нелегитимно, легально или нелегально, на поведение общества и членов общества.

В структуре и содержании власти можно выделить несколько - кроме связанных с назначением наказания или иных уголовно-правовых мер - изменений властеотношений, возникающих на основе уголовного закона и не существующих без него. Вначале несколько слов о властеотношениях законных. Они таковы. Существование и возможное усиление угрозы уголовно-правового воздействия, что связано с раскрытием преступления и возможностью уголовно-правовой ошибки, т.е. с уголовно-правовым риском. Далее, привлечение к участию в проверке заявлений и иных материалов о преступлении, как обоснованное, так и нет. Затем - принятие мер процессуального принуждения, избрание, в частности, мер пресечения и пр., что также может быть обоснованным и необоснованным. Возможно и, к сожалению, распространено возникновение противоправных властеотношений. К ним относятся: фальсифицированное создание и заявление угрозы наказанием либо мерами различного уголовно-процессуального характера путем конструирования обвинения в нарушении уголовно-правового запрета; защита от законных мер уголовно-правового характера; вмешательство в предпринимательскую деятельность; наконец, самое опасное - коррупция.

Нетрудно видеть, что все эти властеотношения базируются на действующем уголовном законе, и чем шире пределы криминализации поведения, тем в принципе шире порожаемый ими круг уголовно-правовых властеотношений. Специального анализа заслуживает процесс перераспределения власти под влиянием уголовного закона. Это проявляется различным образом и часто носит законный характер. Однако общество беспокоит осуществляемое отдельными должностными лицами так называемое "крышевание", участие в незаконном захвате предприятий, иное вмешательство в процесс принятия решений. Все это показатель, следствие и процесс получения рядом субъектов той власти, которую они в соответствии с Конституцией РФ иметь не должны.

Последствия использования уголовно-правового, властного ресурса. Общие позитивные последствия описаны в литературе. Власть в целом и на различных участках укрепляется, ее авторитет растет.

Вместе с тем расширение уголовно-правового регулирования объективно приводит к нескольким последствиям, которые могут оказаться нежелательными. Попытаемся кратко их обозначить. Прежде всего власть в целом становится более авторитарной, поскольку договорная схема отношений, характерная для частного правового регулирования, сменяется принудительной, не допускающей диспозитивности. Это прерывает диалог с населением, блокирует развитие гражданского общества и вынуждает граждан к коррупционному поведению. Невозможность или трудность установления законных договорных в широком смысле этого слова отношений вынуждает покупать услуги лиц, обладающих в связи с определенным содержанием закона крайне опасной для их контрагентов властью. Далее, меняется иерархическое соотношение властей и властных структур - усиливаются позиции правоохранительной власти и ослабляются позиции власти исполнительной, в иных сферах - даже судебной власти. Поскольку реализация уголовного

закона и связанные с этим властные возможности весьма специфичны в этих рамках, на нижних уровнях может иногда происходить нелегальная приватизация власти, последствия которой также могут носить самый различный характер. Кроме того, даже действуя вполне законно, власть, получив избыточные уголовно-правовые полномочия, может деформировать, разумеется частично, цели социального развития. Наконец, может произойти общее ослабление творческих сил общества.

Вывод. Описанные явления могут быть опасны для общества. Но негативные последствия действия уголовного закона как источника власти в принципе преодолимы. Однако они должны быть исследованы и учтены в процессе уголовного правотворчества и правоприменения.

Проблема спроса на уголовное право

Постановка проблемы. Спрос на уголовное право возникает и меняется в обществе как реакция на необходимость решения наиболее беспокоящих его вопросов. Он выражается в требованиях изменения уголовного закона, которые могут иметь самый различный характер, а также в критике сложившейся практики его применения. Спрос на уголовное право может быть рациональным и деформированным, когда надежды на наказание либо иллюзорны, либо - в случае их исполнения - могут быть вредными для общества в целом. Спрос на уголовное право может быть закономерным, соответствуя действительным социальным потребностям. Он может быть ложным, либо отражая всего лишь сугубо частные интересы отдельных влиятельных групп, либо выступая как замена действительных достижений науки в сфере борьбы с преступностью. На современном этапе развития нашей страны спрос на уголовное право резко усилился и отражается в ряде острых дискуссий, хорошо известных юристам.

Во всех случаях, однако, спрос на уголовное право поддается изучению, может рассматриваться как сигнализирующее состояние правосознания и должен восприниматься как реальный социальный феномен.

Анализ содержания и интенсивности спроса на изменения уголовного права. Сама проблема спроса на право поставлена экономистами, что является их несомненной заслугой <1>. Эта проблема в ином виде изучалась в советской уголовно-правовой литературе в связи с процессами криминализации и декриминализации. Но теперь она должна исследоваться и действительно исследуется на новой основе и с учетом изменившихся социально-экономических условий. Понятие спроса на право предполагает, что существует потребность в получении некоторой полезности, хотя бы в виде услуг, которые могут быть предоставлены только путем разработки и принятия законодательных новелл. В данном случае эта потребность в соответствии с формулировкой ч. 2 ст. 2 УК РФ определяется совершением в некоторых масштабах, выходящих за пределы случайности, деяний, опасных для личности, общества или государства.

<1> См.: Спрос на право в сфере корпоративного управления: экономические аспекты: Сборник / Под ред. А. Яковлева. М.: ГУ-ВШЭ, 2004.

При этом спрос порождается реально сопровождающими совершение деяний объективными факторами, субъективными интересами и реализуется в давлении на законодателя, наиболее развитой институциональной формой которого является лоббизм. Наблюдение правотворческого процесса показывает, что рассмотрение его реалий немыслимо без учета спроса на право.

Спрос на уголовное право в принципе подлежит и поддается конкретизации, а впоследствии и верификации. Он отражает следующие поддающиеся наблюдению явления и процессы: а) потребность в изменении уголовного закона, отражающую относительно массовое совершение или угрозу совершения деяний, которые рассматриваются как опасные в смысле ч. 2 ст. 2 УК РФ; б) осознание обществом этой потребности, основанное на действительно существующих интересах общества; в) деформированное осознание этих интересов отдельными социальными группами. Спрос на право проявляется в некотором состоянии общественного и профессионального правосознания, дифференцированного по субъектам и их влиянию в обществе.

Изучение спроса на уголовное право в методическом плане предполагает последовательный анализ социальной ситуации, затем - реального состояния уголовного законодательства, далее - общественного мнения и профессиональных позиций. При этом необходимо исследование детерминантов, определяющих состояние спроса на уголовное право, причем с позиций как их социальной значимости, так и интенсивности. Во всех этих случаях необходимы разработка и применение специальных, причем содержательных и формальных подходов и методик.

При этом оценка реальной потребности в изменениях уголовного закона должна основываться на анализе представительных, а не эксклюзивных явлений. Уголовный закон по природе вещей не может быть рассчитан на один или несколько случаев, поскольку такой расчет обманчив и предполагаемые задачи конкретного уголовно-правового запрета могут претерпеть

нежелательные для общества изменения, распространяться на иных адресатов. Например, можно психологически понять желание применить смертную казнь к особо опасному жестокому преступнику. Но нужно просчитать, на какие преступления и на каких преступников она может быть распространена реально, т.е. на что спрос распространяется реально. Естественно, необходим анализ репрезентативности групп субъектов, выражающих спрос, и мотивации спроса. Опасным в наше время является провозглашаемый спрос на изменения уголовного закона со стороны чиновников, подменяющих этим более разумные решения.

Спрос в сообществе профессиональных юристов. В данном случае можно выделить две группы профессиональных юристов, активно формирующие спрос на уголовное право. Это представители правоохранительных органов и представители уголовно-правовой науки.

Здесь осуществляются различные процессы, имеющие неодинаковую интенсивность и зависящие преимущественно от статусного положения и характера осуществляемой деятельности. Контент-анализ и личные наблюдения показывают, что представители правоохранительных органов преимущественно склоняют законодателя к расширению предмета уголовно-правового воздействия и усилению репрессии. Такая позиция далеко не всегда отражает интересы исполнителей, т.е. субъектов массового применения уголовного закона. Но консолидированная позиция указывает обычно на недостаточность полномочий, мягкость закона и будущие успехи. Провозглашаемое при этом приращение полезности уголовного закона в теории может рассматриваться как расширение полномочий, усиление общей и специальной превенции. Но практически возможны иные варианты. В частности, спрос направлен не на полезность, а либо на имитацию деятельности, либо на расширение ресурса власти, либо на утоление мести. Поскольку такого рода позиции объяснимы, их не стоит подвергать общей критике, но необходимо тщательно анализировать и в случае принятия ретроспективно проверять результативность, полезность.

В литературе по уголовному праву, преимущественно объявляющей себя научной, также довольно четко прослеживается линия на ужесточение репрессии. Для этого предлагаются самые различные уголовно-правовые средства, порой не основанные на действующей Конституции РФ и долге лояльности к государству. Это, казалось бы, не определяется профессиональными интересами. Наука в лице ее субъектов, разумеется, формирует спрос на право и предъявляет его. Но по предназначенности правовой науки этот спрос должен быть направлен на полезность в виде оптимизации уголовного права и повышения его значимости для общества, а поэтому быть наиболее выверенным, поскольку общество именно для этого тратится на правовую науку. Выдвигаемые предложения поэтому должны основываться на реальной, причем пригодной для верификации оценке социальной ситуации. Однако это происходит далеко не всегда. Во многих случаях спрос на полезность уголовного права подменяется спросом на научные результаты, действительные либо мнимые, и предлагаются решения, которые заведомо могут пользоваться поддержкой без особого научного обоснования.

На наш взгляд, такое положение является опасным для общества именно потому, что оно деформирует спрос и должно в первую очередь корректироваться самими профессионалами в рамках собственно уголовно-правовой науки.

Здесь, несколько отвлекаясь, нужно указать на две стороны дела. Одна отражает ограниченные возможности специалистов в области уголовного права и состоит в том, что уголовный закон в окончательном виде - это продукт целостной общественной мысли, отнюдь не только юристов и, как иногда кажется, в последнее время меньше всего - юристов. Тем не менее в конечном счете высказывания специалистов, которые должны представлять наиболее взвешенные, сепарированные суждения, легитимируют крайние позиции либо технически формируют их. Содержание уголовного закона поэтому представляет собой специфический сгусток зафиксированных интересов общества и отдельных социальных групп, их управляющего потенциала, т.е. политическое решение в юридической форме.

Каждая социальная группа или группа специалистов, имеющая каналы влияния, вносит в его реальное состояние свой вклад, но ни одна группа и ни один специалист не может считать себя автором уголовного закона. Им признается действующий в данной стране и в данное время законодатель. При этом вклады в уголовный закон различны.

Вторая сторона уголовного правотворчества отражает высокую ответственность специалистов в области уголовного права и состоит в том, что все же именно юристы представляют собой ту профессиональную группу, которая обеспечивает так или иначе необходимое качество и правовую легитимность уголовного законодательства. Их мнения при этом могут быть и часто являются определенным фильтром на пути принятия вредного либо просто бесполезного для общества уголовного закона. Поэтому, поскольку юристы участвуют в принятии уголовного законодательства, их работа требует к себе со стороны общества и самих юристов уважения. Однако, несколько конкретизируя сказанное о господствующей в уголовно-правовой литературе линии, следует подчеркнуть, что в последние годы публикуется много работ,

в которых и юристы вносят большое количество предложений об изменении уголовного закона, не имеющих должного обоснования.

При этом постоянные предложения о повышении наказания за то или иное преступление обосновываются тем, что потенциальные преступники испугаются более высокого наказания, хотя и сами юристы не помнят, какое именно наказание предусмотрено в том или ином случае. Никогда санкция в шесть лет лишения свободы не воспринимается до совершения преступления как более удерживающая, чем санкция в четыре года или пять лет.

В итоге вкусовая критика так или иначе сеет определенные сомнения в легитимности и полезности действующего российского уголовного права. Но наиболее существенным недостатком современного состояния спроса на уголовное правотворчество является использование при его формировании непроверенной информации как о состоянии преступности, так и о правоприменительной практике.

Общество и спрос на уголовное право. Здесь также есть ряд серьезных проблем. Общество и отдельные социальные группы должны были бы наиболее адекватно отражать полезность изменений уголовного законодательства. Люди, социальные группы наиболее непосредственно ощущают недостаток безопасности, ущемление их прав, коррумпированность чиновников и пр. Здесь есть определенные аналогии со спросом на необходимые услуги и товары, который сложно определяется потребностями и предложением производителей и платежеспособностью граждан. Однако, с одной стороны, общество имеет нередко иррациональное представление о полезности уголовного закона, подменяя его стремлением к усилению репрессии. С другой стороны, реальные позиции в условиях слабой развитости социального дискурса плохо доходят до законодателя и плохо используются в уголовном правотворчестве.

Это связано со многими обстоятельствами. В условиях, в частности, быстрых социальных перемен объективно затруднен анализ общественного сознания, и в ряде случаев получили распространение методики, чаще его деформирующие, чем исследующие. Можно предположить поэтому, что существует серьезный разрыв между требованиями усиливать репрессию и действительной ее переносимостью авторами этих предложений.

Проблемы оценки спроса на уголовное законодательство. Они состоят в выявлении действительного содержания спроса и требуют принятия содержательных решений, основанных на механизме действия уголовного права. Вполне можно допустить, что действительный спрос направлен на ужесточение репрессии, что, например, не вызывает сомнения по отношению к смертной казни. Это вряд ли радующий всех спрос, но он представляет собой социальный факт и подлежит учету. Законодатель во всех случаях должен пытаться выяснить, какую полезность уголовного закона желает получить общество. Лишь на этой основе можно добиваться общественного согласия относительно изменения спроса на полезность, т.е., например, добиваться, чтобы общество запрашивало не смертной казни, но совершенствования исполнения наказания. Здесь есть, как можно полагать, несколько путей.

Прежде всего, следует именно сейчас и именно с учетом современной социальной обстановки сделать обязательным представление обществу результатов статического и динамического моделирования любой предлагаемой уголовно-правовой новеллы как предложения, рассчитанного на повышение социальных благ, усиление правопорядка, безопасности и пр. Это, разумеется, влечет затраты на "перенесенный" труд, т.е. на необходимость расширения круга используемых научных и опытных знаний, сопоставления выгод и издержек, выявление политических, экономических и социальных последствий предлагаемых изменений.

Для этого представляется необходимым выполнить два условия. Первое. Разработать надлежащие требования к профессиональному обеспечению уголовного правотворчества. В данной связи особенно существенным является привлечение к разработке уголовно-правовых проектов профессионалов, возможно, на конкурсной основе, причем придерживающихся различных взглядов, и повышение политической и профессиональной ответственности за вносимые предложения. Второе. Кажется необходимым попытаться достичь применительно к нескольким спорным проблемам уголовного правотворчества согласия по ряду вопросов, имеющих отношение к оптимизации уголовного законодательства в условиях модернизации современного российского общества.

Эти вопросы, правда, не раз были предметом обсуждения. Вкратце они таковы: каково соотношение между политической, экономической и правовой составляющими уголовного закона, какие взгляды должны быть их основой, чтобы соблюдался баланс социальных интересов российского общества, каков механизм действия уголовного закона, чем обосновывается его легитимность, как в предлагаемых изменениях реализуются задачи и принципы уголовного закона, возможны ли альтернативы уголовно-правовому регулированию?

Решение всех этих вопросов и позволяет перейти к такому направлению, как экономический анализ уголовного правотворчества.

Уголовная политика и задачи уголовного права

Соотношение уголовной политики и задач уголовного права. Проблемная ситуация здесь состоит в том, чтобы регламентированная в ст. 2 УК РФ юридическая конструкция задач уголовного права в современных условиях была правильно понята обществом и властью, должным образом доктринально разработана и могла оптимизировать уголовную политику, правотворческую и правоприменительную практику, опираясь при этом на поддержку общества.

Лишь таким образом уголовное право как специфическая система норм действительно может решать задачи: а) специфические, ей свойственные, не внедряясь в компетенцию иных отраслей права; б) достаточно конкретные, поддающиеся проверке и обладающие управленческим потенциалом; в) только необходимые, являющиеся "последним аргументом" законодателя.

Это означает, что уголовная политика, как бы ни определять ее содержание и ни оценивать влияющие на нее факторы, должна во всяком случае опираться на понимание задач уголовного права, адекватное наполнение их юридическим и социальным содержанием. В то же время задачи уголовного права в определенной своей части, но никогда не полностью, адаптируются к проводимой в обществе уголовной политике <1>.

<1> Об уголовной политике см., например: Босхолов С.С. Основы уголовной политики: конституционный, криминологический, уголовно-правовой и информационный аспекты. М.: ЮрИнфоР, 1999; Гаврилов Б.Я. Современная уголовная политика России: цифры и факты. М.: ТК Велби, Изд-во "Проспект", 2008; Дзигарь А.Л. Уголовная политика и ее отражение в теории, законодательстве и практике. Ростов-на-Дону: Издательство Ростовского университета, 2005, а также работы С.В. Бородина, П.С. Дагеля, А.С. Коробеева, В.Н. Кудрявцева, Э.Ф. Побегайло, Тер-Акопова А.А. и др.

Господствующее мнение российских юристов относительно задач уголовного права является в своей основе позитивистским, но при этом декларативным. Оно обычно излагается вне связи с уголовной политикой и опирается на нормы действующего уголовного закона и реже на анализ конституционных предписаний и кратко может быть выражено несколькими положениями. Первое. Обычно считается, что задачи уголовного права и задачи Уголовного кодекса РФ имеют одно и то же содержание. Это одни и те же задачи. Так, Н.Ф. Кузнецова главу "Курс уголовного права" именует "Понятие, предмет, метод, система, задачи уголовного права", а параграф 3 этой главы - "Задачи уголовного законодательства" <1>. Второе. Содержательно или функционально выделяются две - охранительная и предупредительная - задачи, которые состоят в охране определенных объектов и предупреждении преступлений. Реже к этим задачам и функциям добавляется задача обеспечения мира и безопасности человечества, воспроизводимая текстуально, а также указание на функции - регулятивную и воспитательную <2>. Третье. Круг задач конкретизируется перечнем указанных в ч. 1 ст. 2 УК РФ охраняемых объектов, значимость которых определяется, по мнению большинства специалистов, их местом в этом перечне и средствами их решения. Большое значение придается тому, что на первом месте в действующем УК РФ в отличие от прежних указана охрана прав и свобод человека и гражданина. Это перемещение рассматривается как изменение задач УК РФ, что, разумеется, весьма сомнительно, ибо никаких правовых последствий не влечет.

<1> См.: Курс уголовного права. Общая часть. Т. 1 / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. М.: Зерцало, 1999.

<2> Уголовное право. Общая часть: Учебник / Под ред. проф. Л.Д. Гаухмана и проф. С.В. Максимова. М.: Эксмо, 2004. С. 15 - 16; Наумов А.В. Российское уголовное право. Курс лекций. Т. 1. Общая часть. 3-е изд. М.: Юридическая литература, 2004. С. 23 и след.

Спорные мнения, касающиеся задач уголовного права, обычно относятся к содержанию, дефиниции и соотношению воплощенных в них функций (охранительной, регулятивной и предупредительной), реализуемых при решении этих задач. С практических позиций, чаще всего неявно, споры касаются наиболее болезненного вопроса, а именно определенных задачами уголовного закона пределов уголовно-правового воздействия, т.е. круга уголовно-правовых запретов и жесткости репрессии. Представители жесткого направления считают, что задачи уголовного права должны ситуативно расширяться при возникновении тех или иных трудностей, а репрессия - усиливаться. Представители рационального направления тяготеют к взвешенному определению уголовно-правовых задач на основе анализа их содержания, определенного законодателем.

Подобная полемика ведется во многих странах. Показательным примером можно считать демарш группы видных польских криминалистов - Марека Боярского, Томаша Гжегорчика,

Збигнева Хольды, Петра Хофманского, Лешека Кубицкого, Леха К. Папржицкого, Анджея Марека, Софьи Швиды, Влодзимежа Врубля, Станислава Заблоцкого, вышедших из состава Кодификационной комиссии по уголовному праву при Министерстве юстиции Республики Польша, мотивируя это тем, что проекты изменений в уголовном праве приводят "в значительной мере к механическому усилению кары даже за незначительные преступления", уголовная политика ориентируется на лишение свободы, что противоречит современному пониманию эффективной уголовной политики и не учитывает драматической ситуации в польских учреждениях исполнения наказания <1>.

<1> Oswiadczenie czlonkow Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego // Panstwo i prawo. 2006. Nr. 3. S. 105 - 106.

Законодательная регламентация задач уголовного права. Действующий уголовный закон раскрывает основное, "проникающее" значение понятия "задачи уголовного права", которое указывает на принципиальные возможности и ограничения уголовного права, определяемые его природой, и влияет, по замыслу законодателя, на правоприменительную практику.

В ч. 1 ст. 2 УК РФ "Задачи Уголовного кодекса Российской Федерации" законодатель использует традиционную, правда, весьма декларативную юридическую конструкцию, которая отражает внешнюю направленность уголовного права как системы велений на выделенные законодателем группы реально существующих социальных ценностей и характеризует его воздействие как позитивное, что позволяет говорить о двух направлениях этого воздействия - охране и предупреждении. Таким образом, по существу здесь законодателем юридизирована социальная характеристика задач уголовного права, поскольку они связываются с существованием конституционно закрепленных социальных ценностей и отграничиваются от специфически регулятивного действия иных отраслей.

В ч. 2 этой же статьи законодатель ограничивает установленный им самим круг задач уголовного права, определяя способы их осуществления, причем именно таких, которые соответствуют природе данной правовой отрасли. Здесь говорится, что для осуществления этих задач действующим Кодексом устанавливаются основание и принципы уголовной ответственности, определяется, какие опасные для личности, общества или государства деяния признаются преступлениями, и устанавливаются виды наказаний и иные меры уголовно-правового характера за совершение преступлений. Нормы ч. 2 ст. 2 УК РФ традиционно соотносятся с методом действия уголовного права. Но способы действия, особенно если они жестко определены, всегда ограничивают более общие задачи, программируют их. Поэтому способы осуществления задач, названных в ч. 1 данной статьи, можно также рассматривать как специфические внутренние задачи уголовного права, реализующие его сущностные черты. Этим подчеркивается то обстоятельство, что нормы уголовного закона рассчитаны как внутренние - на законодателя и на правоприменителя, а как внешние - прежде всего на лиц, которым запрещено определенное поведение. Именно внешние задачи более изменчивы и в большей степени связаны с воздействием на социальную среду. При этом внутренние задачи в первую очередь и отражают специфику уголовного права.

Вместе с тем действительный регулятивный потенциал ст. 2 УК РФ выглядит недостаточным относительно конкретизации задач уголовного права. Перечень объектов в ч. 1 ст. 2 УК РФ является слишком общим. Он даже не отражает многие группы запретов, содержащиеся в Особенной части УК РФ. Сами охраняемые ценности на языке уголовного права не описаны, и уяснить их значение и содержание путем толкования, оставаясь в рамках закона, невозможно. Собственно пределы охраны здесь не определяются. Также не конкретизируется, что можно понимать под предупреждением преступлений. По существу, определение задач уголовного права осуществляется на практике без учета предписаний ч. 1 ст. 2 УК РФ, хотя, разумеется, в соответствии с ч. 2 этой статьи. Такое положение, подчеркнем еще раз, требует доктринальной разработки понятийного оборота "задачи уголовного права" для перевода его в норму прямого действия.

Понимание задач уголовного права в правоприменительной практике. В специальной литературе этот вопрос часто связывается с анализом профессионального правосознания. Однако он должен вначале исследоваться в доктрине уголовного права.

Понятийный оборот "задачи уголовного права", как показывает изучение практики, обычно рассматривается правоприменителями как определенная декларация, хотя и выраженная в законе. На самом деле это одна из острейших предпосылок практического понимания и реализации уголовного права, которая постоянно является предметом споров или невысказанных сомнений, но не может найти своего окончательного разрешения ни в одной правовой системе. Оптимальное представление о задачах не выработано и применительно к российскому уголовному праву. Многие суждения о них, к сожалению, являются либо неточными, либо бессодержательными.

Реально задачи уголовного права часто понимаются либо под влиянием ситуации, либо слишком широко. Они определяются в конкуренции с иными отраслями права, иными механизмами социального регулирования и выигрывают конкуренцию в зависимости от традиций и актуального состояния социальных процессов, политического положения. Этот подход проявляется также и на уровне большой политики и, к сожалению, является общим для многих стран и не представляет собой какую-либо российскую особенность <1>.

<1> Немецкий юрист Стефан Браум (Braum S.) считает, что политики прежде всего используют уголовное право, чтобы все же восстановить потерянное гражданами доверие к их способности решать социальные проблемы. Едва ли какие-либо общественно-политические дебаты происходят без обращения к уголовному праву. Если какая-либо проблема определяется как "преступность", создается впечатление ее быстрого решения. См. его статью: К уголовной наказуемости "золотого рукопожатия" по § 266 УК ФРГ "Злоупотребление доверием" - правовые соображения о случае Маннесмана (на нем. яз.) // *Kritische Vierteljahresschrift*. 2004. S. 67 - 68.

Регулятивный подход к задачам уголовного права. Он направлен на разрешение описанной выше проблемной ситуации, которая состоит в правильном понимании текста и смысла ст. 2 и иных, соотносимых с ней, статей УК РФ, а тем самым на использование их регулятивного потенциала.

Задачи уголовного права, прежде всего, многозначный понятийный оборот, который с разных сторон определяет реальное функционирование уголовного права как социального и целевого, как инструмента социального воздействия. На основе этого тезиса выделяются три составляющих его управленческого потенциала. Первая. Задачи - это сущностная характеристика уголовного права, отражающая использование его природы, его устойчивой, консервативной составляющей, указывающей на принципиальные инструментальные возможности этого права. Так понимаемые задачи должны быть познаны. Вторая. Задачи уголовного права - это требования и ожидания общества, выраженные в уголовной политике, содержании уголовного закона, сумме властных актов, общественном мнении. В этом их значении они должны быть определены правильно. Третья. Это потенциальный эффект действия уголовного права, сумма возможных, а в конечном счете и реальных результатов, т.е. изменений во внешней среде. В этом значении задачи должны быть проверяемы, измеряемы, оцениваемы. Эти три значения отражают движение от выявления объективного, консервативного в уголовном праве к уяснению его субъективной, поддающейся управлению составляющей.

Следовательно, выделение значений конструкции "задачи уголовного права" необходимо для последовательного, хотя и с потерями, обеспечения единства и предсказуемости его действия как правовой отрасли.

Факторы формирования задач уголовного права. Объективно задачи уголовного права определяются тем фактом, что оно предназначено потребностями общества и собственной природой для максимально негативной оценки деяний и тем самым легитимации публично-правового насилия. Далее, в границах объективных возможностей и общества, и уголовного права задачи последнего адаптируются к социальным процессам, а само уголовное право направляется обществом, властью на удовлетворение признанных или признаваемых потребностей, когда конкретно определяются сфера действия, методы, тяжесть репрессии, отграничение от частного права и пр. Наконец, на основе анализа реалий функционирования системы уголовной юстиции эти задачи превращаются в управленческие решения, поскольку они необходимы и возможны.

Таким образом, факторы формирования задач уголовного права чрезвычайно разнообразны. К ним можно, в частности, относить состояние социального мира, уровень агрессивности в обществе, характер противоречий между людьми, способы конкуренции, отношения власти и подвластных, уровень осознания долговременных интересов власти, общества, отдельных групп, состояние профессионализма юристов и т.п.

Кроме того, на каждом из этих этапов формирования задач уголовного права нужно понимать, что они решаются или решение имитируется, поглощая ресурсы и выдавая продукцию разного характера, но принципиально преимущественно в виде насилия. При этом, поскольку уголовное право имеет объектно-оценочный характер и его задачи определяются людьми, действующими в меняющихся условиях, не обладающих достаточной информацией, сама возможность их оптимального определения всегда находится под вопросом.

Понимание и формирование задач уголовного права поэтому - постоянная составляющая уголовного правотворчества и правоприменения. Это процесс пусть часто недостаточного, но все же активного обсуждения, дискурса, в котором участвуют как специалисты, так и иные адресаты уголовного закона. Результаты понимания задач уголовного права, особенно в условиях перемен, определяют состояние безопасности и социального мира, пределы охраны уголовным правом социальных благ в различных сферах социальной жизни, интенсивность репрессии, т.е. применения насилия, социальную атмосферу в стране.

При этом следует оговорить, что постоянно нерешенной остается проблема использования тех оптимальных результатов процесса познания, которые ранее именовались проблемой внедрения в практику. Разумеется, задачи уголовного права - это прежде всего объект интеллектуальных усилий, однако опыт показывает, что рутинное принятие индивидуальных уголовно-правовых решений на практике нередко определяется не пониманием задач уголовного права, а иными факторами. В такого рода многочисленных случаях необходима иногда рискованная "борьба за право" и стремление к согласию в интересах страны.

Соотношение понятий "задачи уголовного законодательства" и "цели наказания". В уголовно-правовой литературе эти конструкции обычно рассматриваются отдельно. Однако необходимость их совместного рассмотрения, подчеркнем еще раз, определяется тем, что именно наказание и иные меры уголовно-правового характера являются основным инструментом реализации уголовного права. Без обращения к целям наказания практически бессмысленно понимать и формировать задачи уголовного права, причем именно как материально-правовую конструкцию. По буквальному тексту ст. 2 УК РФ задачами уголовного законодательства являются охрана социальных ценностей, а также предупреждение преступлений. В ч. 2 ст. 43 УК РФ дается родственное понятию задач понятие целей, но уже не уголовного закона в целом, а наказания, и связываются эти цели уже не с охраной социальных ценностей, а с восстановлением социальной справедливости, исправлением осужденного и предупреждением совершения новых преступлений. Поэтому воля законодателя требует уяснить, есть ли различие между содержанием задач уголовного закона и целями наказания, которые по логике вещей должны соотноситься как общее и частное. По системным соображениям следует исходить из того, что в тексте закона понятие задач и целей соотносятся как целое и его части, указывающие на выраженную юридически предназначенность уголовного права. В то же время можно допустить, что понятие задач отражает содержание того, что нужно достигнуть. Оно указывает на некоторое желательное состояние объекта управления. Цели же указывают в большей степени на направление движения, вектор воздействия и носят в большей степени ориентирующий характер. Но при любом понимании приходится полагать, что цели наказания по ст. 43 УК РФ входят в содержание задач уголовного закона и права. Далее, задачи уголовного права поэтому анализируются с учетом целей наказания и иных мер уголовно-правового характера.

Юридическое и социальное содержание задач уголовного права. По ч. 2 ст. 2 и ч. 2 ст. 43 УК РФ в содержание задач уголовного права входят охрана социальных ценностей, предупреждение преступлений, восстановление социальной справедливости, исправление осужденного. Иногда и такой расширенный подход структурируется содержательно с иных позиций. Так, профессор Марбургского университета Д. Росснер выделил шесть направлений задач уголовного права, которые он, правда, называет функциями. Это монополизация насилия путем регулирования санкций, изолирование посягательств путем применения санкций, подкрепление норм и поведенческая ориентация, защита потерпевших, установление ответственности путем упрека в вине, рациональное разрешение конфликтов путем их формализации. В свою очередь, в учебнике Ю. Бауманна, У. Вебера и В. Митча подчеркивается, что "задачи уголовного права - прежде всего и в наиболее общем виде - это задачи права в целом, а именно регулирование межличностных отношений и упорядочение социального здания" <1>. Эта позиция в немецкой уголовно-правовой литературе конкретизируется указанием на использование уголовного права как последнего довода законодателя и раскрывается преимущественно на основе анализа объектов охраны - правовых благ <2>.

<1> Baumann J., Weber U., Mitsch W. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 11 Aufl. Bielefeld: Gieseking, 2003. S. 10.

<2> Подробнее см.: Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. М.: Проспект, 2005. С. 12 - 17, 142 - 143.

В социально-правовом значении задачей уголовного закона является обеспечение средствами уголовного закона социального мира в обществе, т.е. безопасной, мирной и свободной деятельности граждан, поскольку это является социально недоступным и недостижимо иными средствами.

Комплексный подход к задачам уголовного права может показаться самоочевидным и потому избыточным. Но из него следует три важных вывода.

Первый. Содержание задач уголовного права всегда имеет особый юридический и социальный смысл, который обусловлен необходимостью обеспечения социального мира, всеобщего блага, безопасности страны, охраны прав и свобод человека.

Обратный пример: в свое время издавались уголовные законы об охране социалистической и личной собственности, которые действительно ее определенным образом охраняли от советских граждан, но очень мало были связаны, как оказалось, с установлением социального мира и достижением всеобщего блага.

Поэтому задачи УК РФ, поскольку он основывается на Конституции РФ и общепризнанных принципах и нормах международного права, состоят именно и исключительно в принуждении, а тем самым в легитимации необходимого обеспечения получивших правовую оценку действительных - притом сбалансированных - интересов гражданина, общества и государства. Иными словами, они заключаются в обеспечении общественного блага как системы общепризнанных социальных ценностей. Не может рассматриваться как задача уголовного закона такая охрана, например, собственности, которая нарушает социальный мир, противопоставляя, в частности друг другу интересы различных групп населения, либо избыточно криминализируя общество. В современном мире принимаемое за восстановление справедливости осуществление мести не входит в задачи уголовного права, хотя восстановление социальной справедливости и нарушенного блага ими являются. Во всех случаях задачи уголовного права сопрягаются с увеличением или укреплением общественного блага (точнее, должны сопрягаться).

Второй. Охраняемые социальные ценности должны быть описаны на языке права. В этом случае будет дано формализованное понимание задач уголовного права как суммы социальных ожиданий. Это означает, что задачи могут рассматриваться как некоторое желаемое состояние правопорядка, которое может получить хотя бы самую общую качественно-количественную оценку, сопоставляемую с социальными затратами на уголовное право.

Третий. Направленность задач уголовного закона на обеспечение социального мира позволяет реализовать субсидиарный характер уголовного права, его связь с иными отраслями права. Уголовное право не имеет своей задачей создание основных социальных, экономических и иных институтов, т.е. выбор оптимальных способов социальной деятельности, что совершенно четко и исчерпывающе установлено ч. 2 ст. 2 УК РФ. Вместе с тем реализация уголовно-правовых задач многопланово влияет на общество. Это в известном смысле парадоксальная ситуация. Охраняемое лицо чувствует себя безопаснее, но менее уютно, чем неохраняемое. Уголовное право охраняет свободу договора, например ст. 179 УК РФ "Принуждение к совершению сделки или к отказу от ее совершения". Но эта же норма позволяет контролировать ход сделки. Из этого следует нуждающееся в многократном повторении положение: правовая охрана - регулирует, а правовое регулирование - охраняет.

Таким образом, задачи уголовного законодательства наиболее общим образом определяются и ограничиваются тремя признаками:

- направленностью на обеспечение социального мира;
- зависимостью от других отраслей права, т.е. специфической субсидиарностью, которая фактически является обоюдной, двусторонней;
- актуальными потребностями и возможностями общества.

Эти ограничения, следует оговорить, отнюдь не уменьшают задачи и значение уголовного права, а лишь ограничивают его задачи и выявляют их специфику.

Отдельные задачи уголовного закона. Легитимация принуждения. Задача легитимации принуждения в его наиболее остром виде прямо вытекает из ч. 2 ст. 2 УК РФ, хотя она (данная норма) указывает, на первый взгляд, лишь на средства осуществления задач, сформулированных в ч. 1 этой же статьи. Но по природе вещей охранять социальные ценности можно по-разному. Отрасль "уголовное право" как право, как часть правовой системы нужна для того, чтобы:

- охранять или предупреждать, принуждая, т.е. путем применения наказаний и иных мер уголовно-правового характера;
- легитимировать это принуждение, описав его в законе, сделав предсказуемым, добившись одобрения общества и снабдив гарантиями.

Если это только формальность, политическая риторика - публичная власть применяет принуждение по своему усмотрению, произвольно - смысл в праве, которое называется уголовным, отпадает.

Содержание и структура охраны социальных ценностей. Содержание задач раскрывается исключительно в теории уголовного права (по идее, опираясь на закон) и потому в лучшем случае является только ориентирующим.

Собственно, и понятие "охрана социальных ценностей" должно быть раскрыто, конкретизировано, хоть оно и кажется ясным. По вектору направленности охрана социальных ценностей, поскольку она является одной из задач уголовного закона и права, обеспечивает ненарушимость, неприкосновенность данного социального объекта. По механизму реализации охрана социальных ценностей средствами уголовного закона должна представлять собой единство действия и результата, осуществляемого как законодателем, так и адресатами уголовного закона. При этом охрана включает в себя все законные и присущие уголовному праву методы воздействия на эти ценности, поведение людей, иные возможные угрозы. Эти методы могут иметь и регулирующий характер, ибо крайне наивно предполагать, что охрана - это лишь консервация, а не необходимое изменение состояния как самого объекта, так и среды, в которой он функционирует.

Перечень социальных ценностей - объектов уголовно-правовой охраны - определяет направленность уголовного закона на внешние для него социальные явления и процессы, и при их конкретизации ограничивает сферу использования уголовно-правовых средств, определяя место уголовного права в целостной правовой системе. Например, в немецкой уголовно-правовой доктрине именно характеристика объектов, т.е. охраняемых правовых благ, позволяет не только определить круг задач уголовного права, но и легитимировать их ^{<1>}. Механизм охраны осуществляется сложно: уже здесь производится выбор тех сторон социальных ценностей, которые действительно подлежат охране. Одновременно избираются также средства, линии охраны, состоящие в непосредственном и опосредованном применении уголовно-правовых средств, способных изменить состояние охраняемых ценностей. Первые состоят в прямом запрещении определенных поведенческих актов - деяний, наличии угрозы наказанием и применением иных видов мер уголовно-правового характера за их совершение, в реализации этой угрозы. Вторые - в воздействии на третьих лиц, которые обязываются к проведению действий, необходимых для реализации уголовного закона. Последствием охраны является изменившееся состояние внешнего мира.

^{<1>} Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. М.: Проспект, 2004.

Соотношение этих элементов определяет реальное состояние уголовно-правовой охраны социальных ценностей, в частности соотношение символических и реальных мер воздействия, запрета и наказания. Но здесь, повторим, существует крайне важное обстоятельство. Понятие "охрана социальных ценностей" редко раскрывается и связывается с понятием "уголовно-правовая репрессия", или, иначе, с практикой назначения наказания. Это искажает подчас понимание реальности, которая состоит в том, что уголовно-правовая охрана социальных ценностей, т.е. задача уголовного закона, обязательно влечет применение жестких мер насилия и преимущественно состоит в применении таких мер.

Следствия и результаты охраны социальных ценностей определяются значительно сложнее, и трудно установить, насколько реальными они могут быть. Это, в сущности, вопрос об эффективности уголовного закона, и он требует специальной разработки. Необоснованные надежды на уголовный закон фактически сильно вредят любой стране. Так, чрезвычайно широкий запрет взяточничества уголовным законом без необходимой реформы управления мало помогает делу.

Вместе с тем следствия - позитивные результаты уголовно-правовой охраны социальных ценностей - все же поддаются определению. Следствиями расширения или сужения уголовно-правовой охраны являются: изменение властных отношений, режимов деятельности, затраченности ресурсов и пр. Позитивными ее результатами могут, в частности, стать:

- создание четкого представления о запрещенном и дозволенном как элементе общественного и индивидуального сознания;
- выработка позитивной оценки необходимости и реальности угрозы как обществом в целом, так и отдельными адресатами уголовного закона.

Правовая характеристика социальных ценностей - объектов уголовно-правовой охраны. В теории уголовного права известно издавна - не каждое явление внешнего мира может быть объектом уголовно-правовой охраны. Уголовный закон не содержит в себе понятие "объект охраны". Но оно возникает вынужденно для обозначения того, что, казалось бы, просто перечислено в ч. 2 ст. 2 УК РФ как охраняемые социальные блага. Эти объекты очевидным образом представляют собой институализированные социальные ценности и могут быть рассмотрены с трех сторон. Первая. Они предметны. Это реально существующие феномены, явления, то, что противостоит уголовному праву как данность. В этом качестве они определяют собой направленность уголовного права, сферу его действия, т.е. связь с социальными реалиями. Вторая. Они имеют правовую оценку, отражающую так или иначе характер их социальной значимости, что наряду с иными обстоятельствами определяет степень и характер общественной опасности посягательства на объект. Третья. Они разнообразны как в фактическом, предметном, так и в правовом выражении. Взятые во всех таких проявлениях, они действительно обозначаются как объекты уголовно-правовой охраны.

Характеристика объектов этой охраны выполняет двойную функцию: раскрывает содержание задач уголовного права, легитимируя уголовный закон, и определяет характер и толкование отдельных уголовно-правовых запретов. Так или иначе правовая и социальная характеристика объектов уголовно-правовой охраны конкретизирует его задачи и существенно ограничивает их в интересах общества.

Здесь возникает спор о том, что защищается и на что осуществляется посягательство, на общественные отношения, правовые блага или на что-то иное. В ст. 2 УК РФ отсутствует, как уже отмечалось, легальное определение объекта охраны, раскрывающее задачи уголовного права, что сказывается, как можно будет видеть, и на описании объекта посягательства в статьях Особенной

части УК РФ. Это показательно применительно к собственности. Здесь законодатель, судя по названию гл. 21 УК РФ, признал объектом преступного посягательства собственность, хотя это понятие в данной главе больше и не используется. Работая термином стало объявленное предметом посягательства "чужое имущество", но и оно не разъяснено в законе. С практической точки зрения такая ситуация крайне негативна, ибо, во-первых, понятие собственности в позитивном праве многозначно, неопределенно и спорно, во-вторых, далеко не все стороны, все элементы собственности подлежат и поддаются защите, как правило, по идеологическим соображениям.

В современной уголовно-правовой литературе объекты уголовно-правовой охраны часто рассматриваются в связи с предметом уголовного права, но еще чаще - в связи с объектами уголовно-наказуемых посягательств, понимаемыми как сторона состава преступления. Возможно, при этом предполагается, что это один и тот же объект либо просто так сложилось. Исходя из задач уголовного права, объекты охраны и объекты преступных посягательств - это одни и те же объекты. Но они соответственно берутся и толкуются в статике, когда необходимо установить в законе объект охраны, и в динамике, когда определяется, как и каким образом этот объект повреждается, даже при совершении формальных преступлений, или что ставится в опасность.

Объекты посягательств в отечественной литературе конкретизируются либо как общественные отношения, либо как правовые блага, социальные ценности. Надо признать, понятие общественных отношений вообще в контексте уголовного права является малоудачным, и его продолжающееся употребление в большей степени объясняется привычкой, но практически оно непригодно для описания объекта уголовно-правовой охраны. Бессмысленно и бесполезно утверждать, например, что окружающая среда - это совокупность общественных отношений, используя при этом понятие, разработанное в совершенно других условиях. Объекты уголовно-правовой охраны целесообразно конкретизировать как систему поддающихся описанию на языке права правовых благ, которыми являются материальные и идеальные данности и возможности, получившие правовую оценку в качестве ценностей, необходимых личности, обществу и государству. Эти правовые блага можно рассматривать как социальные, экономические, политические и иные институты. Тогда здесь можно выделить субъектную принадлежность правового блага, его предметное выражение и ценность.

Предупреждение преступлений. Задача предупреждения преступлений довольно подробно рассматривалась в уголовно-правовой литературе, особенно применительно к целям наказания. Традиционно выделяется генеральная или общая превенция и специальная превенция. Последняя предупреждает повторное совершение преступлений и соотносится с наказанием или иными мерами уголовно-правового характера. Но, несмотря на наличие многих публикаций, все же кажется, что предупреждение преступлений понимается уголовным правом нередко как явление не столько правовое, сколько идеологическое. Между тем эта проблема имеет существенное уголовно-правовое значение.

Прежде всего анализ предупреждения преступлений, если рассматривать его как задачу уголовного права, состоит в уяснении соотношения этого вида предупреждения с предупреждением как целью наказания. Это влечет постановку вопроса о наличии предупредительной функции уголовно-правового запрета, о соотношении соответственно общей и специальной превенции, символической и репрессивной функций уголовного права, о мере их соотношения <1>. Уголовно-правовой запрет и, следовательно, уголовное право в целом стигматизируют деяние, осуждают его максимально возможным для права образом, влияя тем самым или стремясь влиять на состояние социальных институтов. Показательным примером здесь служит ст. 136 УК РФ "Нарушение равенства прав и свобод человека и гражданина". Этот потенциал должен быть реально оценен и реализован, но специальная превенция здесь отсутствует.

<1> См. в разделе 1 статью "Уголовное право между символическим и рациональным".

Кроме того, необходимо ограничить предупреждение преступлений пределами ответственности субъекта, действительной необходимостью охраны прав и свобод человека и гражданина. Собственно информационно-психологическое, предупредительное воздействие уголовного права, разумеется, ограничению не подлежит, если не считать запугивания. Но изменение институтов уголовного права не должно приводить к "избыточному" ограничению прав и свобод. Особенно чувствительно это проявляется при назначении наказания.

Наконец, существенным является развитие позитивной превенции, связанной с расширением возможности действовать иначе, т.е. правомерно.

Эффективность осуществления задачи предупреждения преступлений - крайне сложный вопрос, и решается он в каждом отдельном случае путем анализа факторов, влияющих на поведение людей. В целом же общество должно или вынуждено исходить из того, что уголовно-правовое предупреждение преступлений эффективно.

Пределы и ограничения задач уголовного права. Как отмечалось выше, указанные в ч. 1 ст. 2 УК РФ задачи должны проверяться на систему ограничений. Из них следует исключать факторы "тени", которые не должны определять их содержание. Примерами этому могут служить расширение власти, месть. Рассмотрение данного вопроса - типичный случай, когда системное мышление должно дополняться мышлением проблемным. Мечь не рассматривается как задача уголовного права практически во всех современных работах по уголовному праву, во всяком случае, написанных на русском языке серьезными исследователями. Напротив, подчеркивается, что уголовное право как таковое замещает мечь индивида, рода, племени, группы воздействием государства, охраняющим социальный мир. Эта же мысль проводилась во всем предшествующем изложении.

Тем не менее проблема мести как одной из задач уголовного права редко явно, чаще неявно, определяет логику его понимания и с повестки дня не снимается. Особенно наглядно это проявляется при обсуждении проблем смертной казни, тяжести иных санкций. Теоретически и нормативно это может быть увязано с идеей социальной справедливости и целью ее восстановления, предусмотренной ч. 2 ст. 43 УК РФ. Идеологически и психологически идея мести укоренена в истории человечества и психике индивида. По всей вероятности, элиминировать жажду мести при конкретном рассмотрении задач уголовного права трудно. Кажется необходимым все-таки исследовать два возможных направления решения этой проблемы. Первое. Попытаться более реалистично рассмотреть право на мечь со стороны потерпевшего, укрепляя, возможно, его позиции и переводя их в систему правового регулирования. Второе. Проверять в процессе обсуждения все уголовно-правовые решения на наличие в них элементов мести.

Некоторые выводы. Они носят предварительный характер и состоят в следующем.

Понятийный оборот "задачи уголовного закона (права)" представляет собой юридическую конструкцию, имеющую существенный регулятивный потенциал, который должен влиять как на цели, содержание, интенсивность уголовной политики, в особенности на уголовное правотворчество, так и на правоприменение.

Содержательно регулятивный потенциал реализуется вначале путем доктринальной конкретизации механизма осуществления задач, предусмотренных действующим УК РФ, а затем в процессе формирования уголовной политики, ее мониторинга и коррекции.

Конкретизация задач уголовного права необходима при принятии уголовно-правовых решений различного уровня, но она определяет их в сочетании с иными уголовно-правовыми институтами (принципы уголовного закона, понятие преступления и пр.), что влечет необходимость их постоянной, глубокой разработки.

Круг задач уголовного права, их содержание и механизм реализации нуждаются в дальнейшем обсуждении. Но механизм их преобразования в стабильную, рациональную и переносимую обществом уголовную политику должен рассматриваться в первую очередь.

Охрана национального уголовно-правового суверенитета в контексте международных процессов

В данном случае дается характеристика поставленной проблемы, ее отражение в литературе, рассматривается механизм воздействия внешних факторов на национальный уголовно-правовой суверенитет, включая объект воздействия, его содержание, актуальное состояние охраны уголовно-правового суверенитета и некоторые меры его охраны. Здесь также анализируются некоторые специальные вопросы, в частности основания и пределы охраны уголовно-правового суверенитета и возможности решения ряда конфликтных ситуаций, возникающих при взаимодействии национальных уголовно-правовых систем.

Характеристика проблемы. В начале XXI в. внимание юристов и не только их привлекли различные по содержанию процессы взаимодействия правовых систем. Обычно это связывается с как будто бы интенсивно осуществляющейся глобализацией, предполагающей более тесные, чем ранее, связи между экономическими системами, научными центрами, иными субъектами социальной деятельности отдельных стран, а также со становлением правовой системы Европейского Союза, который нередко представляется образцом сближения правовых систем. Существенным фактором сближения признается необходимость отражения глобальных угроз, а соответственно, необходимость активизации деятельности государств по борьбе с терроризмом, иными проявлениями преступности на международной арене или преследования деяний, объявленных преступными, что нередко отражает эгоистические интересы более сильной страны.

Эти различные, взаимно пересекающиеся процессы имеют сложную юридическую форму и частично прямо противоположные правовые проявления. К такого рода проявлениям относятся правовая интеграция, или сближение правовых систем, иногда, напротив, повышение конфликтности между ними, их взаимоотталкивание и, как весьма чувствительное следствие, существенное ограничение национального уголовно-правового суверенитета. При этом объективно возникает и субъективно усиливается очевидное противоречие между принципом

невмешательства во внутренние дела и реальными политико-правовыми процессами. Возникшая опасность утраты или ограничения национального правового и в данном случае уголовно-правового суверенитета ощущается в различных странах, в том числе и входящих в "восьмерку" наиболее могущественных держав мира.

Это реально отражается в спорах об уголовно-правовой компетенции Европейского союза, о задержании бывших и настоящих государственных деятелей на территории чужих стран по политическим соображениям, связанным с их деятельностью, о действии принципа недопустимости двойного наказания за одно и то же преступление и поиске средств адаптации международных соглашений к национальному уголовному законодательству. Показательный пример: соответствующие опасения США, Китая, Израиля и ряда других государств проявились в отказе этих стран от присоединения к Римскому статуту Международного уголовного суда, вступившему в силу 1 июля 2002 г.

При этом подчеркнем: тенденция сближения стран - членов ЕС признается независимо от оценки данного процесса. В рамках его признания под интеграцией, или, более мягко, сближением правовых систем, обычно с теми или иными вариациями понимаются при некоторых оговорках такие процессы разработки и принятия одинаковых или однородных уголовно-правовых институтов и норм, которые соотносятся с общей частью уголовного законодательства Российской Федерации, в частности с институтами вины, обстоятельств, устраняющих преступность деяния, системой мер наказания, а также с особенной частью, что, понятным образом, соотносится с принятием аналогичных уголовно-правовых запретов.

Активизация национальных уголовно-правовых систем, в свою очередь, связана с расширением сферы действия внутреннего уголовного права, т.е. изменением норм, устанавливающих действие уголовного права в пространстве, присоединением к международным соглашениям, изменениями собственного законодательства Российской Федерации и пр.

Литературное состояние проблемы. Во многих работах по праву, экономике, политологии сближение правовых систем рассматривается как несомненно положительная, хотя и противоречивая тенденция, наталкивающаяся, правда, на ряд препятствий. Среди них на русском языке: Адельханян Р.А. Военные преступления в международном праве (М., 2003); Карпец И.И. Международная преступность (М., 1988); Кибальник А.Г. Современное международное уголовное право (СПб., 2003); Лукашук И.И., Наумов А.В. Международное уголовное право (М., 1999) и др. <1>.

<1> Колотова А.В. Право и права человека в условиях глобализации // Государство и право. 2006. N 2. С. 105.

Проблема интеграции права при этом в значительной степени меняет свое содержание и превращается в проблему преодоления препятствий на пути ее осуществления. По многим причинам, которые здесь рассматривать нецелесообразно, в отечественной уголовно-правовой литературе слабо учитываются негативные явления, проявившиеся в национальных уголовно-правовых системах и на международной арене, в частности связанные с принятием многочисленных международных соглашений, соотносимых с уголовным правом, развитием универсального принципа и активности судов некоторых иностранных государств. Эти вопросы поднимаются в работах иностранных специалистов в области уголовного права. Они являются предметом многочисленных дискуссий как в научном сообществе, так и среди официальных представителей стран-участников международных объединений, союзов, сообществ. Таких работ опубликовано много. По охвату материала на немецком языке можно выделить работу профессора Х. Затцгера "Международное и европейское уголовное право" (Satzger H. Internationales und Europaisches Strafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2005).

Механизм воздействия на национальное уголовное право. Он включает в себя объект воздействия, процессы воздействия и последствия воздействия.

Объект воздействия - уголовно-правовой национальный суверенитет. Он рассматривается в данном случае как правовая и реальная способность создания и осуществления государством национального уголовного законодательства Российской Федерации и тем самым осуществления национальной уголовно-правовой власти, закрепленной в российском уголовном законодательстве, выражающем волю народа и свободно принятом в соответствующей процедуре. Такое понимание, являясь исходным, в принципе нуждается в конкретизации, поскольку национальный уголовно-правовой суверенитет не может быть безграничным и не является им, но в то же время его ограничения должны быть социально и юридически легитимными.

Способы воздействия на национальный уголовно-правовой суверенитет. К ним относятся, в частности: развитие международного уголовного права, обеспеченного наднациональной властью, масштабная рецепция международно-правовых норм уголовно-правового характера в национальное законодательство ряда стран, принятие уголовно-правовых актов различного, часто

рамочного характера по соглашению ряда государств, сближение уголовно-правовых доктрин. Интеграция приводит, таким образом, к изменению национального уголовного законодательства либо на основе определенного компромисса, либо вынужденно, а в определенном смысле, что следует считать острой проблемой, и к замене национальной уголовной власти на иностранную уголовно-правовую власть. Собственно, именно это и означает ограничение национального уголовно-правового суверенитета.

Активизация национального уголовного законодательства может влиять на отдельные национальные системы уголовного права иным путем. Юридически она проявляется в форме расширения сферы действия национального уголовного права за пределы своей страны и сама по себе не означает сближения или интеграции уголовного законодательства. Она даже может осуществляться как процесс, идущий в противоположном направлении. Но в этом случае происходит фактическое переплетение суверенных правомочий государств, которые ограничивают друг друга. За одно и то же деяние субъект может преследоваться по различным уголовным законам, и, в сущности, его судьба определяется случаем. Здесь также ограничивается суверенитет страны в случаях, когда действующие нормы национального законодательства применены быть не могут.

Современное состояние охраны национального уголовно-правового суверенитета. Можно дать оценку этого состояния по трем основным направлениям, которые частично, хотя и недостаточно полно, отражены и в отечественной литературе.

Первое направление состоит в том, что с суверенитетом Российской Федерации увязывается действие национального уголовного закона в пространстве. Так, Н.Ф. Кузнецова прямо подчеркивает, что территориальный принцип действия уголовного закона в пространстве основан на незыблемости суверенитета России <1>. С суверенитетом России связывается и экстрадиция, или выдача, преступников. В частности, А.И. Бойцов правильно отмечает, что "решение вопроса о выдаче - суверенное право государства" <2>. В полном соответствии со ст. 11 УК РФ в юридической литературе (А.В. Наумов, В.Ф. Цепелев и др.) выделяются территориальный принцип действия уголовного закона России в пространстве, а в соответствии со ст. 12 УК РФ принципы гражданства - универсальный и реальный. Три последних распространяют действие УК РФ за пределы Российской Федерации.

<1> Курс уголовного права. М.: МГУ, 1999. Т. 1. С. 93.

<2> Бойцов А.И. Выдача преступников. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. С. 33.

Применительно к данному направлению острую полемику среди ученых вызвала формулировка ч. 1 ст. 12 УК РФ. Согласно данной норме граждане России и постоянно проживающие в Российской Федерации лица без гражданства подлежат уголовной ответственности по УК РФ за совершение преступления вне пределов России, только если это деяние признано преступлением в государстве, на территории которого оно было совершено. Некоторыми авторами было высказано мнение о том, что эта формулировка умаляет суверенитет страны <1>. Эта проблема не столь проста, и она нуждается в специальном дополнительном анализе. Но любопытно, что беспокойство авторов связано преимущественно с тем, что собственные граждане могут недополучить причитающееся им наказание, но отнюдь не с тем, что они во многих случаях могут остаться без необходимой защиты. Этот своеобразный правовой мазохизм нельзя безоговорочно считать полезным для собственной страны.

<1> Там же. С. 406.

Вместе с тем необъяснимым образом в отечественной научной литературе не учитываются и практикой редко принимаются во внимание предписания, содержащиеся в иных национальных уголовно-правовых системах. А это именно тот случай, когда они столь же юридически важны для российского уголовного права, как и его собственные предписания. В уголовно-правовой литературе поднимаются различные вопросы, кроме названного выше, относительно ч. 1 ст. 12 УК РФ: понятие международного договора, виды международных организаций, отсутствие кодификации международных соглашений и пр. Не рассматривается лишь то обстоятельство, что граждане России и постоянно проживающие в Российской Федерации лица без гражданства могут попасть под действие иностранного уголовного закона за совершенные на территории России преступления.

Положение здесь таково. Параграфы 5 - 7 Уголовного кодекса Германии устанавливают весьма широкие пределы распространения немецкого уголовного права на преступления, совершенные за границей, причем не только гражданами Германии. По § 5 на основе принципа защиты действие немецкого уголовного права распространяется на преступления, посягающие на внутренние правовые блага Германии, на основе § 6 - на преступления, посягающие на охраняемые международными соглашениями правовые блага. Параграф 7 устанавливает

дополнительные случаи действия немецкого уголовного закона в отношении преступлений, совершенных за рубежом. Уголовный кодекс Германии не представляет собой никакого исключения. Так или иначе соответствующие предписания с определенными особенностями содержат в себе и иные иностранные уголовные кодексы. Они (замечаем мы это или нет, хотим мы сейчас этого или нет) распространяют, не спрашивая российского законодателя, свое действие на территорию Российской Федерации. Полностью воспрепятствовать этому нельзя. Но такое положение беспокоит, в частности, и немецких авторов, которые ищут пути согласования данного положения с принципом невмешательства во внутренние дела суверенных государств.

Второе направление анализа состояния защиты уголовно-правового суверенитета связано с оценкой влияния на российское уголовное законодательство обязательств, взятых по двусторонним и многосторонним международным соглашениям. Об этом много писали В.Н. Кудрявцев, Р.А. Адельханян, А.Г. Кибальник, А.В. Наумов и др. Позиции авторов различаются между собой. Но кажется, что в уголовно-правовой литературе, так же как и в предыдущем случае, не проводится операция "взвешивания", и негативные последствия этого процесса, равно как и его возможности, переоцениваются. Наиболее острой и даже болезненной здесь является проблема связанности России обязательством отмены смертной казни. Она разделяет население страны на две неравновесных группы, в которых, правда, с моей точки зрения, соотношение большинства и меньшинства не отвечает соотношению правоты и неправоты.

Здесь, к слову сказать, следует с разных позиций рассматривать два различных вопроса. Первый: стоит ли при решении такого рода проблем связывать себя международным соглашением? Второй: нужно ли вновь вводить или восстанавливать смертную казнь? Таких в юридическом смысле проблем много. Это соотношение видов мер наказания, описание уголовно-правовых запретов и пр. Их решение нуждается в доктринальной, а затем законодательной основе.

Третьим, причем вполне самостоятельным, является направление воздействия международного и иностранного уголовного права на практику применения уголовного закона судами Российской Федерации. Здесь ситуацию можно признать наиболее благоприятной. Такая оценка вызвана тем, что соответствующие вопросы нашли определенное, вероятно неполное, разрешение в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. N 5 "О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации" <1>. Разумеется, и в этих случаях есть существенная необходимость во "взвешивании" и оценке позиций судов, причем с разных точек зрения, а именно: как избыточного учета, что, скорее всего, представляет собой менее распространенное явление, и как отказа от учета, что может быть нарушением международных обязательств Российской Федерации.

<1> БВС РФ. 2003. N 12.

Пока же трудно согласиться с мнением А.Г. Кибальника и И.Г. Соломоновича о том, что даже при применении норм гл. 34 УК РФ "Преступления против мира и безопасности человечества" в случае возникновения противоречий по вопросу определения преступности деяния между нормой международного права и статьями этой главы приоритетному и непосредственному применению подлежит норма международного уголовного права <1>.

<1> См.: Кибальник А.Г. Ответственность в международном уголовном праве // Уголовное право. 2003. N 2. С. 39 - 41; Он же. Универсализация уголовно-правовых систем и национальный интерес // Там же. 2005. N 5. С. 30 - 33; Кибальник А.Г. Соломонович И.Г. Преступления против мира и безопасности человечества. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004.

Возможные общие последствия ограничения национального уголовно-правового суверенитета. Их можно классифицировать различным образом, но в данном случае по критерию направлений воздействия.

Расширение странами пределов действия собственного уголовного закона приводит к возникновению правовых коллизий, усложняющих отправление правосудия. Оно в некоторых случаях может приводить к "перемещению" уголовно-правовой власти. Это может быть обусловлено действительной или мнимой политизацией проблемы, попыткой снижения авторитета страны и в современных условиях путем использования различного рода рейтингов может иметь прямое экономическое значение.

С нормами о действии уголовного закона в пространстве также связаны, на первый взгляд, технические проблемы определения места совершения преступления. Присоединение к международным соглашениям, в свою очередь, может в некоторых случаях влиять на процессы идентификации уголовно-правовой мысли в широком значении этого понятия, если при этом не создаются условия, обеспечивающие необходимый уровень внутринационального и

межнационального дискурса и, разумеется, охраняющие уголовное правотворчество в условиях, когда возникают проблемы вынужденной или частично вынужденной рецепции. Так называемая политкорректность, или представления о "чувствительности" позиций тех или иных стран, иногда способны воздействовать на правосознание лиц, применяющих российское уголовное законодательство, что таит в себе угрозу трансформации уже сложившейся практики.

Но, возможно, наиболее острая проблема уголовно-правового суверенитета связана с защитой граждан собственной страны, реализующих обязанности, возложенные на них данной страной. Здесь в современных условиях возникают вопросы, крайне острые и не решенные на национальном уровне, а тем более на уровне международном.

Таким образом, следует сделать предварительный вывод о том, что в современных условиях актуализируются проблемы обеспечения национального уголовно-правового суверенитета и одновременно необходимости сближения уголовного права разных стран для борьбы с явлениями, угрожающими международному сообществу. Балансируя между этими потребностями, важно разумными политическими и правовыми средствами защищать интересы страны. Модные тенденции не должны затемнять здравый смысл. Следует признать как исходное начало то, что, несмотря на многообразие проявлений уголовно-правового суверенитета и существующие трудности, он должен соответствовать международному праву, а следовательно, не может быть неограниченным, не может оправдывать преступлений против мира и безопасности человечества. Но страна обязана, во всяком случае, обеспечивать равенство своих граждан на международной арене, создавая для них надлежащую правовую безопасность. Это требует среди прочего рассмотрения и ряда специальных вопросов.

Основания и пределы сохранения самостоятельности национального уголовного права. Анализ оснований и соответственно границ сохранения национального уголовно-правового суверенитета на первый взгляд обсуждать бессмысленно. Суверенитет государства во всех его проявлениях является самоценностью, и он необходим сам по себе. Однако в действительности этот вопрос существует по объективным и субъективным причинам. Объективные причины состоят в том, что в условиях взаимодействия, как бы оно ни оценивалось и в чем бы оно ни состояло, любое государство должно считаться с другими, ограничивая добровольно свою власть вовне. Субъективно же нередко проявляется тяга к подражанию даже у людей, чья идеология основана как будто бы именно на тяготении к самобытности, патриотизму. В других случаях возможное ограничение суверенитета служит частным целям лица или группы лиц. Отсюда совершенно естественная для уголовно-правовой доктрины необходимость решать, почему, на каких основаниях и в каких пределах в коммуникации с внешними воздействиями необходимо охранять уголовно-правовой суверенитет собственной страны. Стоит еще раз подчеркнуть, что такой подход не должен быть идеологизирован. Вопросы должны решаться именно в интересах страны и ее места в современном мире.

При этом стремление к сохранению сложившейся уголовно-правовой системы повсеместно перевешивает. До теоретического анализа сошлемся на исторический опыт. Он показывает, что в самых различных странах сохраняется разнообразие уголовно-правовых систем и существует сильная тяга к сохранению их своеобразия. Это, в частности, США, ФРГ, существовавшие когда-то Российская империя и Советский Союз и др. Даже в условиях Российской империи сохранение самостоятельных уголовно-правовых систем в Польше, Финляндии, нынешних регионах Кавказа, Средней Азии отражало определенную степень их самостоятельности и сильное развитие самобытности. Это доказывает, что реально существуют факторы, порождающие разнообразие и препятствующие его утрате.

Конкретизируя этот тезис, выделим отдельные основания сохранения национальной уголовной системы. Прежде всего таким основанием является то, что уголовное право той или иной страны, даже испытывшее на себе влияние иной национальной уголовно-правовой системы, в принципе является ее специфической, культурной ценностью - социальным благом. Оно представляет собой результат интеллектуального развития страны и продукт некоторого согласия, во многих случаях и отношениях - вынужденного. Из этого следует многое. Здесь отметим, что существующее уголовное право связано с наличием определенных научных традиций, воплощенных в знании, зафиксированном по определенным стандартам. Уголовно-правовые нормы, уголовно-правовая мысль и уголовно-правовая практика входят в культуру страны и представляют собой некоторую инерционную силу, определяющую содержание социальных отношений. Понимая деликатность вопроса, все же можно сослаться на сохраняющуюся основу украинского, белорусского, болгарского и других систем национального уголовного права. Изменение политических и экономических условий не привели к принципиальным изменениям техники уголовного права. Традиции оказались сильнее. Правда, нужно подчеркнуть, что сила традиций определяется их действительностью, а не фантазиями авторов, стремящихся их придумать.

Столкновение национальных систем уголовного права является в определенной степени конфликтным. Так, немецкий профессор Вальтер Перрон отмечает, что во всемирном масштабе

немецкое влияние скорее невелико, в то время как английское правовое мышление все больше выигрывает пространство, не в последнюю очередь ввиду выдающегося значения английского языка <1>. Поставленный вопрос скорее является риторическим. Немецкая уголовно-правовая мысль имеет будущее на европейском уровне. Но вряд ли можно пожелать, чтобы она превратилась в европейскую правовую мысль, перестав быть немецкой, которая в свое время прошла сложный путь превращения в общенациональную уголовно-правовую науку.

<1> Perron W. Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft? // Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag. München: Beck, 1998. S. 228 (Имеет ли немецкая систематика уголовного права европейское будущее? Юбилейное издание к 70-летию Теодора Ленкнера. Мюнхен: БЭК, 1998. С. 228).

Далее, уголовное право оптимизируется только на некоторой существующей основе, при достижении определенной степени национального согласия в рамках сложившейся правовой системы. Говоря менее абстрактно, подчеркнем: каждой стране, если она вынуждена прибегать к легитимному государственному насилию, необходима уголовно-правовая мысль, вырабатываемая самостоятельно, собственными усилиями, в процессе действительного социального дискурса. Само по себе сближение уголовно-правовых систем, естественно, не устраняет наличия уголовно-правового мышления и уголовно-правовой мысли. Однако устранение национальных особенностей обедняет ее. С этим вполне можно было бы мириться, но одновременно с обеднением уголовно-правовой мысли как ее результат сужается зона поиска оптимальных моделей уголовно-правового регулирования. Может стать закрытым перечень моделей соучастия, ограничиваются подходы к пониманию преступления, становится стандартной или по меньшей мере стандартизируется уголовно-правовая репрессия.

Даже в современном обществе избыточное или недостаточно обоснованное трансграничное перемещение уголовно-правовой власти, в том числе и с помощью уголовного закона, ломая традиции и деформируя право, снижает доверие общества к власти. Это реально наблюдается в современной истории и имеет объективные основания. Даже национальный уголовный закон крайне абстрактен. Его формулировки обладают способностью отрываться от культуры как системы поведенческих стереотипов. Поэтому постоянно существует напряжение между необходимостью обеспечения равенства граждан перед законом, в том числе равенства на территориальном пространстве, и адаптацией уголовного закона к социальной специфике той или иной группы населения. Собственно, именно этим объясняется существование в некоторых странах ряда уровней уголовного права, а именно федерального и уголовного права образований, входящих в федерации. Этим объясняется горизонтальное разнообразие уголовно-правовых систем внутри одной страны. Сейчас достаточно показательным примером являются различия самостоятельного федерального уголовного права США, уголовного права штатов и даже уголовного права муниципальных образований.

В итоге необходимость сохранения стабильной уголовно-правовой отрасли и охраны уголовно-правового суверенитета объясняется наличием сложившейся системы защиты общества от избыточного государственного насилия. Наднациональное право не только кажется, но и оказывается чуждым. Оно влечет изменения в сложившейся правоприменительной практике, порождая дополнительные уголовно-правовые риски, приводит к изменениям в институциональной структуре общества. Уголовное право, вопреки распространенным представлениям, выполняет правоустановительную функцию, т.е. прямо и косвенно влияет на состояние целостной правовой системы страны.

Пределы допустимого изменения национальной уголовно-правовой системы. Они в целом определяются рассмотренными только что основаниями охраны уголовно-правового суверенитета и спецификой национальной уголовно-правовой системы. Такое утверждение, исходя из опыта ряда стран, означает, что суверенное государство должно в лице своих представителей размышлять над допустимостью изменения собственного уголовного права под влиянием внешних факторов. Невозможно, разумеется, решать эти вопросы раз и навсегда, но, несомненно, должен быть выработан определенный подход к проблеме. Здесь должны рассматриваться несколько обстоятельств, в частности динамика репрессии, позиции населения, конкурентоспособность страны и ее интересы в целом и пр. Такой подход, собственно говоря, и существует на самом деле, когда принимается решение о подписании и ратификации того или иного международного соглашения либо о рецепции той или иной уголовно-правовой конструкции. Но здесь, как и в иных ситуациях уголовного правотворчества, необходимо создание системы исходных посылок.

На наш взгляд, эти пределы должны рассматриваться и устанавливаться с уголовно-правовых, формальных и материальных, а также и с социально-правовых позиций. Уголовно-правовые позиции прежде всего определяют понимание и конструкции основных уголовно-правовых институтов, в особенности преступления, его признаков, содержание этих признаков; обстоятельства, исключаящие преступность деяния, выступающие, по существу, как негативные

признаки преступления. Они являются исходными также при оценке значимости и сохранения основных конструкций особых форм совершения преступления, т.е. неоконченного преступления, соучастия, множественности и др., затем наказания и его видов, института освобождения от наказания и ответственности, давности, судимости. Примером здесь являются споры относительно понимания форм соучастия в преступлении, которые возникли и не решены до сих пор в сфере формирования международного уголовного права. Немецкий исследователь Кай Амбос пишет, что в практике международных судов по уголовным делам совместное участие в совершении преступления рассматривается как любой способ фактической или правовой поддержки совершаемого деяния. При этом отдельные действия, вносящие лепту в это деяние, рассматриваются как независимые друг от друга и равноценные, что не сопоставимо с немецкой и - добавим - российской конструкцией соисполнительства и соучастия <1>. Немецкая уголовно-правовая доктрина отнюдь не склонна менять свои позиции, и автор полагает, что единая модель участия в деянии влечет необоснованное расширение уголовной ответственности. Размышляя о возможности и необходимости ограничения ответственности, он считает необходимым использовать основные положения развитой в немецкой уголовно-правовой доктрине теории объективной вменяемости деяния. Именно понимание значимости своего уголовного права и привело к принятию в ФРГ такого уголовного закона, как Международный уголовный кодекс <2>. Таким образом, пределами сохранения национальной уголовно-правовой системы, несмотря на мозаичность охраны правовых благ и соответственно уголовно-правовых запретов, образующих Особенную часть, является недопустимость изменения основных уголовно-правовых институтов и конструкций, осознанных в уголовно-правовой доктрине и признанных правоприменительной практикой. Эта система не должна и не может изменяться под влиянием посторонних, случайных по своей природе законодательных актов или иных влияний.

<1> Ambos K. Allgemeine Teil des Internationalen Strafrechts. Berlin: Duncker & Humblot, 2002. S. 362 (Общая часть международного уголовного права. Берлин: Дункер и Хумблот, 2002. С. 362).

<2> Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. М.: Проспект, 2004. С. 150.

Иной подход основан на социальных позициях и преимущественно связан с расчетом экономических, психологических и иных последствий изменения собственного законодательства. На наш взгляд, он должен состоять в предварительном подсчете расходов, связанных с изменениями уголовного законодательства, их влияния на уровень судебной репрессии, готовности правоприменителя к их реализации, а главное - в решении вопроса о социальной переносимости этих изменений.

Противодействие ограничению уголовно-правового суверенитета одной страны расширением действия уголовного закона в пространстве. Проблема состоит в том, что национальное уголовное право не должно допускать необоснованное, т.е. недозволенное, применение уголовного закона другой страны. Как уже отмечалось, эти вопросы довольно слабо отражены в российской уголовно-правовой литературе. Однако они относительно подробно исследованы в уголовно-правовой литературе других стран, в частности в работах таких видных немецких криминалистов, как А. Эзер, Б. Шунеманн, Х.Х. Ешек, Х. Затцгер и др. Связанные с этим проблемы являются весьма сложными с юрико-технической точки зрения.

Общая проблема состоит в том, что одно и то же преступление может подпадать под действие уголовного законодательства различных стран. Профессор Х. Затцгер, который системно исследует данную проблематику, приводит пример, когда австриец в Испании убивает итальянца. В этом случае согласно уголовным законам Испании действует территориальный принцип, Австрии - принцип гражданства, Италии - принцип индивидуальной защиты или пассивного гражданства. Это порождает обычно в более политизированных ситуациях, а их сейчас много, определенные конфликты, способные негативно отразиться на международных отношениях <1>.

<1> Zatzger H. Op. cit.

В уголовно-правовом смысле можно указать на следующие проблемные ситуации и возможные пути их преодоления.

Первая. Необходимость международно-правовых ограничений усмотрения национального законодателя при решении вопросов действия своего законодательства в пространстве. Сложившееся ныне положение осложняется тем, что, как пишет профессор Х. Затцгер, каждое государство в принципе самостоятельно определяет, на какие фактические составы оно желает распространить действие своего уголовного права. Добавим к этому, что каждое государство еще и самостоятельно определяет понимание принципа недопустимости двойной ответственности за одно и то же деяние. В ФРГ, во всяком случае, этот принцип закреплен в ст. ст. 103, 111 Основного Закона, но действует он только внутри страны. Поэтому Х. Затцгер в соответствии с господствующим в немецкой литературе мнением утверждает: "Однако без осмысленной связи

между нормирующим государством и нормируемым фактическим составом распространение собственной уголовной власти на такие составы деяний может означать нарушение чужого суверенитета и противоречить международному праву" <1>. Насколько можно судить, выход из этого положения в уголовно-правовой литературе, признавая, что национальный законодатель имеет слишком широкие рамки собственного усмотрения, видится в самоограничении государственной воли на основе здравого смысла. Однако такое благородное поведение государств имеет место далеко не во всех случаях. Тогда предлагается использовать, предварительно разработав, принцип разделения компетенции. В этом случае предполагается, что государства заключают между собой соглашения, позволяющие избежать пересечения компетенций и двойного осуждения за одно и то же деяние. Государства могли бы ограничить реальный и универсальный принципы во взаимных интересах, не нарушая при этом интересы международного сообщества. В этом плане представляется разумным поставить вопрос о разработке коллизионного уголовного права, близкого по целям к международному частному праву, как оно понимается в российской литературе.

<1> Idid.

Вторая. Различное понимание начала недопустимости двойного осуждения. Она разрешается на интеллектуальной и правотворческой основе. Первый подход требует разработки языка сопоставления уголовно-правовых запретов. Второй - заключения соответствующих соглашений. В каждом из этих случаев необходимы дополнительные исследования, и они должны быть заказаны заинтересованными государственными структурами.

Оценка доктринального влияния на национальное уголовное право. Здесь ставится вопрос не о противодействии иностранным доктринам, а, напротив, о необходимости их восприятия и разумной оценки. Об этом много писали юристы, позиционирующие себя в качестве компаративистов. Возможно, это в самом деле наиболее полезное направление развития интеграционных процессов в области уголовного права. Сейчас, кажется, происходит известное сближение континентальной и англо-американской уголовно-правовой доктрин. Но до сих пор очень сложно что-либо утверждать о сближении уголовно-правовых доктрин иных правовых семей, в частности континентального и мусульманского права.

По-видимому, в то же время проблемными ситуациями являются искаженное, неверное восприятие иностранных доктрин, не взвешенное перенесение конструкций, не вписывающихся в национальное уголовное право, и пр. Здесь было бы полезным рассмотреть отдельные вопросы, но это потребовало бы специальных исследований. В качестве примера можно лишь указать на довольно неожиданное изменение института условного осуждения, состоящее в установлении верхней границы наказания, при котором оно возможно. Такая конструкция наличествует в немецком уголовном законе и признана в немецкой доктрине, но все это функционирует в ином уголовно-правовом контексте.

В данном направлении, как кажется, наиболее целесообразно разрабатывать или детализировать методики сравнительной оценки различных норм, конструкций, теорий, предложений и иных элементов сопоставляемых правовых систем на основе действительного изучения соответствующей отрасли права. Последнее требует по меньшей мере отказа от цитирования имеющих в основном историческое значение трудов по каким-либо работам и даже по первоисточнику и тщательного изучения действующего закона и современных публикаций.

Нуждается в развитии некоторый общий язык уголовного законодательства и права как система различного рода моделей и позиций, которые могут обсуждаться представителями различных правовых систем. Столь же необходимо дальнейшее развитие специфических конструкций взаимодействия национальных отраслей уголовного права, в частности, оговорок, презумпций и пр. Это крайне сложная задача, и особенно трудна ее реализация при выявлении материальной стороны уголовно-правовых запретов, переносимости наказания, выявлении и оценке современных тенденций развития уголовного права, особенно расширения круга деликтов опасности, криминализации экономического поведения и пр.

Приведенные соображения нуждаются в обсуждении и проверке. Несомненно одно: проблема охраны национального уголовно-правового суверенитета нуждается в самостоятельном, причем детальном, изучении в контексте современных процессов.

Дискурс о преступности

Постановка проблемы. Для раскрытия названной темы очень кратко будут рассмотрены следующие вопросы:

- характеристика проблемы, ее актуальность и позиции адресатов дискурса;
- место криминологического дискурса в системе понимания преступности;
- структура криминологического дискурса о преступности;

- проблемные ситуации состояния криминологического дискурса о преступности;
- некоторые выводы.

Характеристика проблемы. Она состоит в выделении и особом рассмотрении в качестве самостоятельного социального феномена дискурса о преступности, происходящего в рамках криминологии как правовой науки. Он понимается как имеющий общие предмет и содержание процесс обсуждения социального феномена преступности.

Относительно содержания криминологического дискурса можно выделить следующие основные гипотезы:

- этот вид дискурса является обязательной составляющей общесоциального дискурса о преступности, в котором участвуют многие заинтересованные субъекты социальных отношений, но в силу специфики восприятия преступности как объекта социального воздействия и связанных с нею явлений играет ведущую роль, поскольку для общества особое значение имеет профессиональная информация о преступности, которая обозначается как криминологическая с целью различать информацию о социальных реалиях - сущем и должном, закрепленном в уголовном законе, причем в получении этой информации заинтересован широкий круг адресатов, коллективных и индивидуальных субъектов противодействия преступности. Целостное рассмотрение дискурса о преступности позволит получить лучшее представление о его участниках, их позициях и возможностях, содержании и процедурах обсуждения вопросов преступности, его влиянии на осуществляемую в стране уголовную политику и практику борьбы с преступностью;

- формирующиеся в ходе социального и криминологического дискурса позиции как различных социальных и профессиональных групп, так и населения в целом далеко не всегда адекватно отражают реальное состояние преступности, ее факторы, процессы воздействия на нее и иные связанные с преступностью явления. Проявляется это в том, что по ряду направлений позиции общества и социальных групп либо формируются под влиянием неадекватной информации, либо в недостаточной степени или предвзято, ложно и политизированно выявляются и анализируются специалистами, либо мистифицируются в профессиональной криминологической литературе. При этом наибольшая опасность для интересов страны возникает там и тогда, где и когда общественное мнение по тем или иным проблемам преступности, и в целом состояние общественного правосознания неадекватно интерпретируются при принятии различного рода правовых решений, прежде всего в сфере политики борьбы с преступностью;

- исследование процесса обсуждения проблем преступности как дискурса позволяет более полно рассмотреть порядок формирования информации о преступности, и это способствует возможному в сложившихся условиях позитивному развитию процессов познания и обсуждения возникающих в данной сфере проблем, повышению эффективности контроля над преступностью при значительной экономии затрачиваемых социальных средств, включая "сбережение людских ресурсов страны".

Актуальность совершенствования дискурса о преступности. Три основных фактора определяют актуальность данной проблемы.

Первый - недостаточное удовлетворение реально усилившейся в современном российском обществе потребности в информации, нужной для формирования социальными субъектами своих действительных, а не деформированных позиций по отношению к преступности. Субъекты социального действия требуют прямо или конклюдентно предоставления им разнообразной по содержанию, притом верифицируемой, т.е. поддающейся проверке, и в то же время полезной, т.е. пригодной для использования, криминологической информации. Эта потребность слабо осознана в правовой литературе ввиду, возможно, подспудного отношения к гражданам страны как к пассивному объекту воспитательного воздействия, а не активному субъекту социального действия, хотя буквально такие взгляды никогда не выражались в серьезной правовой литературе <1>. Между тем о росте этой потребности свидетельствуют по меньшей мере появление серьезных исследований преступности, прежде всего экономической, но не только ее, экономистами, социологами, политологами <2>, а также формулирование политических оценок преступности и эффективности мер борьбы с ней в парадигмах политических партий, заявлениях отдельных политиков, включение данных о преступности в критерии оценки населением состояния дел в стране и пр.

<1> См.: Жалинский А.Э. Социально-правовое мышление: проблемы борьбы с преступностью. М.: Наука, 1989.

<2> См.: Беккер Г. Человеческое поведение: экономический подход: Избранные труды по экономической теории. М.: ГУ-ВШЭ, 2003; Клямкин И., Тимофеев Л. Теневая Россия: Экономико-социологическое исследование. М.: РГГУ, 2000; Познер Р. Экономический анализ права: В 2 т. СПб.: Изд. ГУ-ВШЭ и др., 2004; Правовая реформа, судебная реформа и конституционная экономика / Сост. П.Д. Баренбойм. М.: Издание г-на Тихомирова, 2004; Радаев В.В. Экономическая социология. М.: ГУ-ВШЭ, 2005 и др.

В этих условиях расхождение между потребностью в адекватной информации и социальной потребностью в ней влечет соответственно, с одной стороны, неудовлетворенность адресатов криминологического дискурса состоянием и надежностью получаемой информации, на которую затрачиваются существенные социальные ресурсы, а с другой - недооценку ими получаемых сигналов. В конечном счете это и является главным, ибо влияет на качество принимаемых решений и доверие населения к власти в целом и суду и правоохранительной системе в частности.

Второй фактор, определяющий актуальность изучения криминологического дискурса и развития его институциональной основы, - это происшедшие и происходящие изменения в динамике и структуре преступности при росте ее непереносимости обществом, во всяком случае частичной. С этим связаны противоположные по характеру последствия. С одной стороны, новые явления в сфере преступности генерализуются, объявляются постоянными, оцениваются как угроза национальной безопасности, хотя они нередко носят временный характер и быстро изживаются обществом, примером чему являются оценки так называемой организованной преступности. С другой - многие системные явления, крайне опасные для общества, фиксируются поздно или не замечаются вообще. Разумеется, в каждом отдельном случае это нуждается в обосновании, но утверждения о том, что теория права отстает от практики его применения, вполне привычные для российского юриста, вновь в последнее время становятся актуальными.

Третий - необходимость для многих стран, если не повсеместно, преодоления реального кризиса уголовной политики, уголовной юстиции, уголовного права, который проявляется в росте преступности при усилении репрессии и несоразмерной затрате социальных ресурсов, включая прежде всего человеческие.

Каждый из этих факторов, в сущности, является интегральным, и за ними стоят многочисленные социальные процессы, причем интенсивно развивающиеся. К примеру, неудовлетворенность потребности в действительном выражении общественных ожиданий связана с неадекватностью собственно профессиональной, в частности криминологической, информации и в большей степени с определенным отчуждением власти и ее аппарата от реальных общественных потребностей. Независимое от этого усиление потребности в информации связано с процессами глобализации, интенсификацией транснационального обмена, появлением так называемой новой преступности, что, в свою очередь, объясняется изменениями в сфере экономики, и прежде всего процессами глобализации, интенсификации оборота денег, товаров, расширением свободы передвижения, появлением значительной сферы по существу паразитических социальных отношений, необходимостью борьбы с терроризмом и пр. Неудовлетворенность наличной криминологической информацией связана с тем, что она нередко представляет собой манипулирование сомнительными исходными данными, почему и не превращается в управленческие решения и даже в сколько-нибудь реалистические гипотезы. Наконец, за кризисом уголовного права стоят беспомощность общества и иногда хуже - то, что является имитацией усилий путем принесения ритуальных жертв на алтарь общественного мнения, требующего необоснованного усиления репрессии в ситуациях, когда для этого нет оснований.

Позиции адресатов дискурса о преступности. В современных условиях представляется крайне важным понять действительное отношение общества к преступности и активизировать его участие в формировании уголовной политики на основе необходимого и притом реального, действительного общественного согласия. Трудность здесь состоит в том, что все граждане нашей страны вправе влиять на формирование уголовной политики, но далеко не все они обладают необходимой информацией и навыками ее использования или хотя бы представлениями о необходимости этого.

Во многих странах, если не повсюду, на первый план выдвигаются от имени общества требования усиления репрессии, введения новых уголовно-правовых запретов. Трудно судить, является ли это требованием большинства или "шумного меньшинства". Для этого необходимо общими усилиями проанализировать адекватность потребностям воздействия на преступность сложившихся в обществе традиционных понимания и оценки преступности как социального феномена. Вероятно, нужно расширить научную базу современного понимания процессов преступности за счет более плотного внедрения в правосознание граждан, социальных групп, общества собственно политических, социальных, экономических знаний, одновременно преодолевая узко профессиональный, нередко ведомственный, технократический подход к информации о феномене преступности. Наконец, следовало бы попытаться институционализировать использование в сфере уголовной политики возможностей общественного дискурса, устанавливая, возможно, определенного рода ответственность, хотя бы политическую, профессиональную, моральную за пренебрежение общественным мнением и искажение общественного правосознания. Это, с одной стороны, может позволить с новых позиций проверить "действительность", регулятивную способность получаемой

профессиональным путем криминологической информации, а с другой - определив действительное волевое и оценочное отношение общества к преступности, повысить эффективность борьбы с преступностью и обеспечить большую ее социальную поддержку.

Место криминологического дискурса в системе понимания преступности. Сама идея отдельного анализа криминологического дискурса, повторим еще раз, связана с необходимостью более предметного и более квалифицированного подхода к осознанию, "охватыванию" процесса выработки людьми, а в данном случае - специалистами в области криминологии, своих позиций по тем или иным вопросам и их распространения в обществе в целях достижения некоторого разумного согласия <1>. В реальной жизни граждане имеют много институциональных возможностей сопоставлять свои взгляды. Это средства массовой информации, политические и иные встречи различного рода. Это искусство, неформальное общение, наконец, направленные дискуссии и пр. Все эти процессы в той или иной мере охватываются или могут охватываться понятием дискурса, который превращается в составляющую предмета правоведения, и, с нашей точки зрения, прежде всего криминологии как самостоятельной науки. Но именно криминология обеспечивает эти общие направления социального дискурса, поскольку она сама по себе как наука представляет поле дискурса и собственно дискурс. Поэтому криминология должна быть, что очевидно, социально результативной, должна вырабатывать то, что она и делает, т.е. необходимую обществу информацию, а для этого обеспечивать оптимальное соотношение между знаниями, необходимыми для ее собственных нужд, и информацией регулятивного характера, которую могли бы проверять и оценивать субъекты, не обладающие специальными познаниями в криминологии.

<1> Вполне естественно, что, как пишет А. Долгова, "криминологам в процессе всего развития науки приходится постоянно доказывать ее ценность, необходимость, самостоятельность как отрасли, предполагающей наличие специалистов - профессионалов. Это происходит в дискуссиях с представителями уголовного права, социологами и другими специалистами" (Криминология / Под ред. А.И. Долговой. 3-е изд. М.: Норма, 2005. С. 4).

Задача состоит в признании того, что население, народ являются и помощником власти, и ее единственным источником, и народ вправе контролировать оплачиваемый им процесс получения и переработки нужной ему информации.

Определяя более подробно место криминологического дискурса в процессе отражения преступности, следует опираться на общую, исходную характеристику дискурса как форму коммуникации, использующую проверяемые аргументы. Своим предметом или темой он имеет рассмотрение спорных проблем. По словам В.А. Бачинина и В.П. Сальникова, дискурс - коммуникативно-речевая практика обсуждения и рационального обоснования различных мыслительных моделей сущего и должного.

Исходя из этих позиций место дискурса в процессе социальной практики можно определить следующими чертами, значимыми для криминологии. Дискурс - это:

- коммуникация, т.е. взаимодействие, которое в принципе должно изучаться криминологией;
- речевое взаимодействие, речевая практика, которая часто сводится криминологами при изучении правосознания к ответам на вопросы, т.е. к анкетированию и опросам, что совершенно недостаточно;
- процесс, направленный на определенный предмет, которым являются спорные проблемы, что обычно схватывается в структуре правосознания и отношении к уголовному закону;
- система аргументов;
- круг участников.

Можно к этому добавить, что дискурс также должен пониматься как коммуникативный процесс, свобода и непредвзятость которого состоит в отсутствии политической либо иной зарегулированности.

Таким образом, место дискурса в структуре понимания социального феномена преступности и связанных с ним процессов определяется, с одной стороны, природой дискурса, а с другой - современным состоянием гносеологии преступности, процессов ее познания.

На наш взгляд, дискурс следует рассматривать в одном ряду с широко представленными в правовой литературе понятиями социального отражения, правосознания, информационного обеспечения и правового мышления. Социальное отражение, определяя его несколько примитивно, представляет собой общий процесс преобразования сведений о фактах, процессах, явлениях в общественное сознание. Правосознание - это понятие, часто используемое в российской литературе. Главным образом, оно связывается со статикой представлений, чувств, суждений, выражающих отношение к преступности. Информационное обеспечение соотносится с активной деятельностью, направленной на регулирование преступности и в известной мере с правовым воспитанием общества. Правовое мышление рассматривается преимущественно как активная умственная деятельность, состоящая в решении правовых задач.

Каждое из этих понятий, формирующих отношение общества к преступности, кроме, разумеется, последнего, не предполагает активизации процессов обсуждения преступности и продвижения к некоторому согласию о природе, закономерностях и судьбах этого явления. Понятие же дискурса и собственно сам дискурс дополняют названные процессы. Он реально опирается на то, что люди имеют свое мнение, будь оно индивидуальное, групповое, общественное, устойчивое, преходящее, укорененное, случайное, правильное для данных условий или неправильное. Наличие общественного мнения является неотъемлемым условием его существования. Именно поэтому в любом обществе с различной степенью развитости и осознанности существуют самые различные каналы анализа и механизмы учета его мнения начиная с института выборов, когда оцениваются различные политические программы, по общему правилу декларирующие отношение к преступности. Вопрос в том, насколько глубоко вовлечены субъекты социального действия в формирование позиций общества, насколько адекватно понимание и учет интересов общества и образующих его индивидов и групп в реализуемой социальной и уголовной политике.

Дискурс охватывает при этом такие формы социальной активности, которые не просто являются необходимыми, но и не описываются иным понятийным аппаратом гносеологии права и механизма его действия.

Так или иначе развитие теоретического осмысления и практического совершенствования криминологического дискурса о преступности как открытой социальной коммуникации особого рода должно быть направлено на его адаптацию к нуждам общества, что предполагает наличие научной независимости, профессионализма, открытости реалиям и при всем этом должного самоограничения.

Структура криминологического дискурса о преступности. До сих пор рассуждения о дискурсе шли на уровне должного или скорее на теоретическом уровне. Между тем крайне важно в принципе уяснить, какова структура и реальное состояние дискурса в современном обществе и, в частности, как осуществляется дискурс в рамках криминологического знания, что образует его предметную структуру именно в данной сфере. Разумеется, здесь об этом высказываются весьма неполные и предварительные суждения, преимущественно основанные на анализе опубликованных криминологических работ и на том, что именуется в социологии включенным наблюдением.

Можно полагать, что криминологический, как и всякий иной, дискурс образуется такими предметно существующими элементами, как: содержание, субъекты, предмет, процедуры и правила, динамика и результаты дискурса. Кратко рассмотрим это.

Содержание дискурса. Им является в конечном счете обсуждение проблем преступности, т.е. представление его участниками в процесс дискурса разнородной информации, ее проверка, сопоставление и оценка. Такое обсуждение постоянно происходит в разных формах и с разной интенсивностью, поскольку все субъекты, профессионально занимающиеся преступностью, отражают ее в своем индивидуальном или коллективном сознании, а затем с той или иной степенью полноты и проясненности фиксируют в устных выступлениях и публикациях. Все они определяют свои позиции по тем или иным вопросам, влияя тем самым на слушателей и читателей. Трудности состоят в том, что содержание дискурса нередко сводится к одностороннему увеличению объема информации без ее обсуждения, сопоставления, оценки, иначе говоря, проявляется в возникновении "хуторской" системы в науке вместо рынка идей.

Субъекты дискурса. Его участники могут быть классифицированы по характеру решаемым задач, статусам, подготовленности, установкам и пр. В частности, стоит обратить внимание на то, что в криминологическом дискурсе принимают участие практики и лица, профессионально занятые научной работой, а также лица - и их становится все больше, - которые выполняют практические, исследовательские и обучающие функции одновременно.

В современных условиях существенны различия политических, научных, теоретических исходных положений специалистов в области криминологии. Плохо это или хорошо, участники дискурса имеют различные представления о благе страны, способах решения ее задач, что, собственно говоря, и актуализирует необходимость достижения взаимного понимания. Вопрос о правильности тех или иных исходных положений юриста, разумеется, должен решаться на основе уважения Конституции страны и принципа законности. В этих пределах, однако, он является предметом длительных размышлений, требует серьезных аргументов и нередко времени.

Реальное участие различных субъектов в дискурсе неодинаково. Однако возможности участников дискурса обосновывать свои суждения в процессе дискурса, т.е. быть услышанными, должны по возможности выравниваться.

Предмет дискурса. Его образует тематика, обсуждаемая в процессе дискурса. На наш взгляд, она включает собственно криминологические проблемы и проблемы, относящиеся к состоянию дискурса, например соблюдение процедур и правил добросовестного научного поведения его участников. Обсуждаться могут проблемы уголовного законодательства, состояние преступности, иные самые различные вопросы, относящиеся к преступности, включая доверие к

правоохранительным органам, суду, коррумпированность власти и т.д. Формой выражения тематики дискурса могут быть научные суждения, литературные произведения, немотивированные, но основанные на некотором правосознании высказывания граждан, программы политических сил. Чаще всего они отражают реальное существование таких интегральных тем, как насилие, терроризм, коррупция, нарушение прав личности, организованная преступность, злоупотребление экономической властью. В настоящее время особого внимания заслуживает аргументация обсуждаемых проблем. Складывается нуждающееся в проверке впечатление, что проблематика криминологического дискурса по своей структуре не соответствует структуре преступности и реальной опасности отдельных ее групп и видов. Криминологические исследования в значительной степени сосредоточены на проблемах неясно понимаемой организованной и экономической либо организованной экономической преступности. Бытовая насильственная преступность, неосторожная преступность, виктимность несовершеннолетних, традиционные кражи, образующие значительнейшую часть преступности, явления аномии, взаимоотношения власти и граждан, проблемы профилактики и многие другие вопросы отходят в работах криминологов на второй план. Во многом этому способствует, возможно неосознанно, стремление к усилению тревожности, критике состояния собственной страны. Проявляется это, например, в "перевод" традиционных краж в ранг экономических преступлений без каких-либо оговорок, объявлении целых отраслей пораженными экономической преступностью, без разъяснения того, что означает понятие "пораженное" и пр.

Процедуры и правила дискурса. В том или ином виде они существуют всегда. В идеале такие процедуры должны упорядочивать столкновение мнений в процессе дискурса, прежде всего обеспечивая доступ к нему. Однако возможно, что в достаточной степени этого нигде не происходит. Во многих отраслях соблюдение правил дискурса, вероятно, представляет собой болезненную социальную проблему. Применительно к криминологической литературе, полагаем, актуальной является разработка требований к процедурам представления информации, характеру аргументов, проверяемости фактических данных, равно как и проблема уважения к позициям оппонентов и обеспечение ответа на отклоняющиеся позиции.

Динамика и результаты дискурса о преступности. В принципе он должен вести к углублению взаимопонимания различных субъектов социального действия и тем самым - при соблюдении определенных условий - к некоторому согласию, правильно или неправильно отражающему интеллектуальные возможности общества, живущего в сложившихся социальных условиях. Практика ведения дискуссий о смертной казни как виде наказания, о разумности отдельных уголовно-правовых запретов реально показывает, что позитивное направление общественного дискурса о преступности скорее является пожеланием, чем реальностью.

Но в итоге в обществе все-таки возникают в виде господствующего мнения, правда, далеко не во всех необходимых случаях, согласованные результаты дискурса, которые определенным образом связывают власть, в какой-то части представляя своего рода общественный договор. Именно на их основе программируется деятельность власти, поскольку она понимает нежелательность сталкиваться с осознанным или неосознанным сопротивлением социальных сил.

Разумеется, это в известном смысле идеализированное представление о дискурсе, скорее раскрывающее его потенциал, чем его реалии. Но оно позволяет отнестись к дискурсу как к процессу, способному развиваться и становиться более эффективным.

Проблемные ситуации состояния криминологического дискурса о преступности. Обращение к ним основано на предположении, что как содержание современной, причем не только российской, криминологии не соответствует потребностям практики, так и процесс обсуждения проблем преступности находится не в наилучшем состоянии. Конкретные суждения об этом, однако, требуют серьезного обоснования, поэтому в данном случае они носят не окончательный, но сигнальный характер. Речь идет лишь о том, что затрагиваемые ниже проблемные ситуации нуждаются, как можно полагать, в специальном обсуждении <1>.

<1> Здесь и далее сознательно не даются ссылки на отдельные работы, а результаты проведенного исследования излагаются в самом общем виде и оцениваются как предварительные.

Поэтому ниже для самой общей характеристики криминологического дискурса вначале выделяется несколько групп таких ситуаций. Среди них ситуации, связанные с:

- качеством и развитостью дискурса;
- недостаточностью или искаженностью информации, необходимой для дискурса;
- отсутствием равного доступа к дискурсу;
- нарушением процедур дискурса;
- пренебрежением результатами дискурса.

При обращении к этим и иным проблемным ситуациям нужно иметь в виду, что они в своей основе порождены устойчивыми факторами, но все же поддаются определенному разрешению в существующих рамках. Обратимся к некоторым примерам.

Недостаточная развитость дискурса. Это проявляется как в круге тем, так и в характере информации, раскрывающей в каждом случае предмет обсуждения. Что касается круга тем, он складывается в известной степени стихийно и, как уже отмечалось, вряд ли отражает реальные состояние, структуру и динамику преступности в России. В рамках этого текста трудно дать оценку значимости той или иной проблемы. Сейчас увлечение криминологов исследованием организованной преступности, связь которой с обыденной, массовой преступностью не раскрыта и для большей части населения, судя по "пилотажным" опросам, является чем-то весьма далеким, скорее, сюжетом сериалов. Далее, не отрицая опасности так называемой коррупции, экономической преступности, стоит, хотя бы на основе анализа потока диссертационных работ, указать на не вполне обоснованное интересами дела тяготение отдельных исследователей к этой проблематике. Едва ли не десятки диссертаций, посвященных проблеме отмыwania денег, не свидетельствуют о разумной организации криминологического дискурса.

Вероятно, необходимо в рамках общественного дискурса особо обсудить критерии определения значимости той или иной проблемы, связанной с преступностью, отдельно для групп преступности, факторов или контекстных характеристик преступности, мер борьбы с преступностью.

В этом плане необходимо добиваться того, чтобы в общественном дискурсе были представлены и обсуждались все значимые для общества темы преступности, а их значение оценивалось более или менее в соответствии с действительностью. Сделать это более чем сложно, но хотя бы иметь в виду такую необходимость нужно.

Вместе с тем, возможно, более опасным признаком недостаточной развитости криминологического дискурса является содержание используемой в нем информации. С некоторой долей условности можно выделить три вида информации, циркулирующей в криминологическом дискурсе. Это обеспечивающая нужды самой криминологии информация, включающая в себя обсуждение понятий, системы науки, ее природы и пр. Далее, это сигнально-оценочная информация общего характера; наконец, регулятивная информация, которая может быть использована в реальном процессе воздействия на преступность.

Анализ буквально десятков учебников, монографий, журнальных публикаций позволяет очень осторожно указать на то, что криминологические тексты преимущественно носят понятийно-разоблачительный характер и, строго говоря, не могут быть использованы при разработке мер уголовной политики и в правотворческом процессе.

Это опасно в практическом плане, поскольку отдельные граждане любой страны не могут улавливать в собственном опыте реальное состояние преступности и тем более адекватно оценивать иные связанные с ней явления. Оказаться потерпевшим от преступления - это всегда драма той или иной тяжести или запоминающееся приключение, но предметно уяснить рост даже убийств на 10 - 15% по существу невозможно. Оценка преступности и связанных с ней ситуаций между тем дается через усиление страха, беспокойства, иную, чаще всего эмоционально окрашенную информацию. Например, в одной из работ говорится, что социально-бюджетная сфера оказалась в годы реформ наименее защищенной от криминальных посягательств. Возможно. Но подтверждений нет. В результате громкие заявления о криминальной зараженности, криминальном государстве, пораженческие оценки состояния экономики, нисколько не способствуя выработке рациональных мер борьбы с преступностью, лишь подрывают доверие к публичной власти в целом и правоохранительным органам в частности. Такое положение имеет объективные и субъективные корни.

Здесь есть по меньшей мере две весьма острых проблемных ситуации.

Объективными корнями или, точнее, объективно-субъективными корнями неудовлетворительного состояния криминологического дискурса являются реальные трудности доступа к криминологически значимой эмпирической информации и еще большие трудности перевода ее в ранг научного знания, способного порождать новую, регулятивную информацию и быть критерием ее оценки. В результате анализ материалов правоохранительных органов вынужденно заменяется, и это в лучшем случае, анализом уголовной статистики и проведением многочисленных опросов граждан. Опрошенные лица передают, как правило, свое ранее сформированное прессой эмоциональное отношение к коррупции, к воровству во власти и иным подобным явлениям. Это отношение нередко подается как эмпирические данные о реальном состоянии того или иного элемента преступности. Таким образом, что широко известно, трудно формировать прогностическую информацию, которая только и необходима для управленческих решений в форме закона или в любой иной форме. Проблема эта не только российская. Сейчас можно утверждать, что ознакомление с работами по криминологии, во всяком случае, издаваемыми в европейских странах, не дает существенной прибавки криминологической

информации, хотя бы пригодной для того, чтобы подвергнуть проводимую уголовную политику критическому анализу.

Чисто субъективными корнями можно считать установки на искажение информации. Такие вещи характерны, по мнению, например, патриарха американской экономической науки Д. Гелбрайта, и для экономического дискурса, тесно связанного с анализом преступности в крупных корпорациях <1>. Искажения информации чаще всего состоят либо в преувеличении значения тех или иных факторов преступности или опасности самой преступности, либо в преувеличении успехов борьбы с ней. Но, разумеется, здесь возможны и иные информационные деформации, относящиеся к личности преступников и пр.

<1> Galbraith J.K. Die Okonomie des unschuldigen Betrugs. Munchen: Siedler Verlag, 2004 (Экономия невиновного обмана. Мюнхен: Зидлер, 2004).

Цели искажения информации могут быть, в частности политическими, когда, например, преувеличение угрозы преступности заставляет смириться с ограничениями прав граждан; организационными, поскольку очень часто возникает стремление к получению дополнительных финансовых, кадровых и иных ресурсов. Они могут состоять в стремлении "сбыть", "внедрить", опубликовать информацию, придав ей элементы сенсационности, желая заинтересовать адресата, довольно эффективно сосредоточивая внимание на разворовывании, произволе начальства и пр.

Это очень общие и нуждающиеся в обосновании оценки, хотя они, повторим, основываются на реальном анализе информационных процессов. Но так или иначе состояние информации должно стать предметом дискурса о преступности и быть осознано его участниками. Здесь выдвигается подлежащее проверке предположение о том, что в значительной своей части информация о преступности является деформированной, надежными критериями ее проверки криминология не располагает либо не пользуется и такое состояние информации о преступности приводит к принятию многочисленных неверных решений, нередко блокирующих социально-экономическое развитие в обществе.

Закрытость дискурса. Участие специалистов в криминологическом дискурсе лимитировано их статусами и издательскими возможностями, причем последние сильно влияют на подачу информации. Хуже, однако, обстоит дело с адресатами дискурса - гражданами страны. Связанные с этим трудности привели в свое время к возникновению понятия "молчаливое большинство". Вероятно, нелегко добиться равного участия членов общества в общественном, а тем более криминологическом дискурсе. Поэтому именно криминология могла бы отразить мнения и суждения отдельных лиц по проблемам преступности. Однако делает она это только в суммированном виде, как некое мнение большинства или меньшинства, что означает, строго говоря, все же пассивное участие в дискурсе.

Сейчас можно в рамках криминологии поставить вопрос о расширении возможности рационального и плодотворного доступа к дискурсу через современные средства коммуникации, прежде всего Интернет, а также о необходимости учета неравенства участников дискурса, как деформирующего информацию фактора. Но, быть может, еще более важно обеспечить участие в криминологическом дискурсе представителей иных специальностей: экономистов, социологов, управленцев, выразителей различных социально-экономических взглядов и подходов, членов различных социальных групп. Это сложная проблема, но достаточно сказать, что в систематических трудах по криминологии нет никаких данных об упомянутых выше работах, содержащих данные о преступности, выполненных в рамках направлений "право и экономика", "конституционная экономика", "экономическая социология" и пр.

Соблюдение процедур дискурса. По своей природе дискурс предполагает свободные высказывания, т.е., как подчеркивают Ю. Хабермас и многие другие исследователи, свобода состоит вне зависимости от принуждения в процессе коммуникации. Разумеется, полная свобода и невозможна, и вряд ли нужна. Действительная проблема связана с экономией труда, приводящей к отказу от необходимой аргументации. Участник дискурса высказывает свои предположения, рассчитывая, хотя и не всегда, на то, что ими будут руководствоваться адресаты. Отсюда наряду с доступом к дискурсу важнейшими процедурами можно считать приемы аргументации суждений, их включения в дискурс, т.е. надлежащего толкования и учета. Такого рода проблематика обсуждается социологами, но, вероятно, необходимо в большей степени учитывать взаимовлияние культур, специфику языка участников дискурса, частые расхождения между мыслительными и нарративными процессами.

Некоторые выводы. В данном случае можно указать на несколько обстоятельств, имея в виду, что эта проблема заслуживает специального внимания.

Прежде всего следует признать, что криминология и смежные с ней отрасли социологии на современном этапе общественного развития по тем или иным причинам не могут обеспечить общество надлежащей информацией о преступности и сопровождающих ее процессах. Можно

полагать, что это объясняется ограниченными возможностями отражения реальных и виртуальных процессов, быстрыми изменениями в обществе, в ряде случаев приводящими к аномии, и неразвитостью интеллектуальных рецепторов современной криминологии. Кроме того, следует пересмотреть в целом роль позитивистского подхода к пониманию причин преступности, рассматривать ее в контексте преступности как своеобразный рынок поведенческих решений, реализация которых в наибольшей степени определяется информацией, имеющейся у субъектов социального действия. В последние годы это проявилось, в частности, в том, что значительное количество лиц, совершивших преступления, ранее считались достаточно социализированными. В связи с этим криминология должна рассматриваться лишь как один из социальных институтов, обеспечивающих понимание преступности.

Наконец, полагаем, что в рамках криминологии необходимо обеспечить ее адаптацию к новейшим социальным процессам, с одной стороны, и более корректному подходу к своим возможностям - с другой. В частности, необходимо уделить большее внимание верификации эмпирических данных о статически зафиксированных фактах, перейти к динамическому анализу поведенческих процессов, найти способы преобразования информации в воспринимаемую различными социальными группами форму и попытаться разработать в меру своих возможностей процедуры осуществления социального дискурса о преступности и использования его результатов.

Уголовно-правовые риски: неизбежные и завышенные

Проблематика уголовно-правовых рисков. На общественном уровне она сопрягается с проблематикой уголовной и, шире, социальной политики, на уровне уголовного правотворчества и правоисполнения - с принципом законности, и в частности началом определенности уголовного закона, пределами усмотрения правоприменителя, соотношением казуистических и общих диспозиций, бланкетностью, оценочными признаками и состоянием других уголовно-правовых институтов, средств, конструкций, обеспечивающих реализацию целей уголовного закона.

Уголовный закон в принципе существует для охраны социального мира, т.е. основных условий существования общества. В то же время общеизвестно, что принятие и применение уголовного законодательства порождает и отрицательные последствия, по мнению одних, неизбежные и переносимые, но с точки зрения других - такие, которых можно было бы избежать и которые, в сущности, являются непереносимыми.

Одной из групп негативных последствий существования уголовного законодательства в статике и динамике являются неосновательные (необоснованные) уголовно-правовые риски.

Под уголовно-правовыми рисками или необоснованно завышенными уголовно-правовыми рисками целесообразно понимать опасность быть подвергнутым уголовному преследованию без законных материально-правовых оснований для этого либо претерпеть различного рода ограничения, связанные с предварительной или окончательной, вступившей в силу или отмененной оценкой деяния как преступления.

Уголовно-процессуальные риски изначально порождаются уголовным законом, но реализуются в уголовно-процессуальных решениях и усиливаются ими. Поэтому стоит выделять уголовно-правовые риски в широком смысле как все, что порождено уголовным законом, и собственно уголовно-правовые риски, как те, что связаны с текстом уголовного закона и его пониманием на практике.

Последствия рисков. Здесь следует различать последствия нереализованных и реализованных рисков.

Последствиями первых следует считать ожидания и поведение адресатов уголовно-правовых запретов и общества в целом, что воплощается в тревожности, катастрофическом сознании, деформированном поведении. В целом риск - это то, чего боятся и стремятся избежать.

Социальная, правовая и научная проблема уголовно-правовых необоснованно завышенных рисков всегда присутствует в общественном сознании. Об этом свидетельствуют известная мудрость: "От тюрьмы и от сумы...", исследования об уголовно-правовых ошибках, многократные обращения к случаям смертной казни на основе неправосудных приговоров. Собственно в уголовно-правовой доктрине направленность на точное и единообразное уяснение смысла уголовно-правового запрета в сущности означает стремление уменьшить вероятность уголовно-правовой ошибки и следовательно необоснованный уголовно-правовой риск.

Однако в период крайней научной осторожности, связанной со страхом и с социальным оптимизмом, проблема необоснованных уголовно-правовых рисков не выделялась в качестве самостоятельной и остроактуальной. В последнее время актуализации этой проблематики способствуют два, пожалуй, разнонаправленных течения: снятие цензурных барьеров в сфере научного дискурса и резкое ослабление профессиональной дисциплины в сфере практического правоприменения.

Виды и содержание необоснованно завышенных уголовно-правовых рисков. Они довольно легко выявляются при обращении к правоприменительной и - шире - социальной практике, хотя не совсем легко поддаются классификации.

На уровне правоприменительной практики необоснованный уголовно-правовой риск осуществляется, т.е. становится реальностью, в результате самых различных уголовно-процессуальных и управленческих решений. В материальном уголовно-правовом смысле этот риск существует в следующих видах:

- потеря времени;
- обязанность претерпевать различные следственные действия, участвовать в них, сильнейшие психологические переживания;
- установление контроля либо блокирующих ограничений профессиональной или предпринимательской деятельности;
- моральный вред;
- возможная потеря свободы или ее ограничение;
- значительные расходы на юридическую помощь;
- утрата имущества;
- наконец, все лишения и ограничения, связанные с применением мер уголовно-правового воздействия.

На социальном уровне необоснованный уголовно-правовой риск становится частью социальных ожиданий. Через общественное сознание, в котором формируется отношение к уголовному закону и применяющим его органам, возникают стереотипы действий и их реальные последствия. К ним можно отнести:

- реальную деформацию конституционных начал взаимодействия властей, когда их положение определяется не столько законом, сколько фактическими возможностями его использования;
- изменения инвестиционной притягательности;
- социальные страхи, включая подавление инициативы в сфере предпринимательства и иной социальной деятельности;
- усиление социального неравенства, поскольку активные, но слабо защищенные, не имеющие доступа к правовой помощи либо иной поддержке лица рискуют больше.

Последствия необоснованного уголовно-правового риска определяются этим и проявляются в нарушении конкуренции на рынке, снижении валового внутреннего продукта, утрате доверия к власти.

Все эти виды риска можно классифицировать далее по сферам возникновения, по социальному положению, роли в политике и пр. Очевидно, что риски различны для людей, имеющих и не имеющих деньги; по-разному материализуются в сфере экономики и социальной сфере, при выполнении различных видов работ. В одной из газет были любопытные и не стоящие далеко от истины рассуждения о том, кто больше рискует в органах МВД подвергнуться уголовному наказанию за коррупционные преступления: оперативные работники, следователи, рядовые милиционеры, а также было проанализировано состояние безопасности на разных уровнях системы и пр.

Признак необоснованности риска. Риск, как известно, может вытекать из природы права, порождаться им. Если право устанавливает правило, или меру, или границы, то их нарушение всегда возможно, поскольку это не физический закон, но всегда рискованно. Риск может порождаться природой деятельности. Согласно ст. 2 ГК РФ предпринимательская деятельность основана на риске.

Необоснованным является риск, не вызванный нормативно определенной деятельностью, взятой как система предписаний устанавливающего и целевого характера. Необоснованность риска можно устанавливать по его содержанию и по степени.

В целом необоснованность риска означает возможность: а) применения уголовно-правовой нормы без законного фактического основания; б) расширительного толкования нормы; в) неправильной уголовно-правовой оценки деяния; г) незаконного или несправедливого наказания.

Таким образом, смысл понятия "необоснованный" применительно к риску связан с основаниями, как юридическими, так и фактическими, принятия уголовно-правовых решений и совершения действий (бездействия), основанных на таких решениях. В этом смысле необоснованный риск может являться либо результатом ошибки, либо результатом заведомо неверной позиции при принятии решения и осуществлении действий. Последнее, по-видимому, встречается чаще. Заведомо неверная позиция, как правило, отражает некоторые рациональные, но иногда деформированные, инструментальные цели. Сами правоохранительные органы указывают на такое содержание необоснованности решений и их использование для последующего вымогательства различных имущественных и неимущественных благ.

Но все-таки необоснованность риска здесь относится не к самому решению. Оно может не существовать, а риск налицо. Необоснованно завышенной является собственно опасность

применения уголовного закона. Это достаточно наглядно продемонстрировал законодатель, установив в ст. ст. 198, 199 УК РФ возможность уклонения от уплаты налогов "иным способом". Риск оказаться привлеченным к уголовной ответственности возрос многократно. Возбуждалось огромное количество уголовных дел. Возникли основания для обращения в Конституционный Суд РФ.

Риски как фактические и правовые отношения. Распределение рисков. Эти проблемы связаны с социальной и правовой оценкой рисков. Существуют архетипические позиции, по которым усиление уголовно-правовых рисков сверх необходимости является полезным. Адресаты уголовно-правового запрета будут больше бояться нарушения закона, станут лояльней ко власти предупреждающим, усилится общая и специальная превенция, укрепятся законность и правопорядок. Тогда риск лежит на адресате уголовного запрета.

В действительности риски лежат на обществе в целом, социальных группах, системе уголовной юстиции, власти и, разумеется, на адресатах уголовного закона. Это означает, что:

а) риски порождаются факторами, за которые несут ответственность различные субъекты социальных отношений;

б) они порождают различные последствия для различных субъектов;

в) ответственность за возникновение и допущение рисков несут различные социальные группы.

Так, уголовно-правовые риски порождаются:

- обществом, требующим усиления и расширения ответственности, не тратя усилий на расчет последствий;

- научным сообществом, от имени которого или ссылаясь на принадлежность к которому, вносятся популистские предложения такого же рода, причем в таком объеме, что можно говорить о поп-правоведении, подобно поп-культуре;

- непрофессиональными или коррумпированными правоприменителями и пр.

При этом последствия риска несет общество, поскольку, в частности, утрачивается доверие к власти и праву, а это уже не один раз приводило к бесконтрольной смене системы. Система уголовной юстиции несет риски утраты профессионализма, деформации и в конце концов навлекает возможные репрессии на своих работников.

Но главная проблема состоит в ответственности за уголовно-правовые риски. Общество и государство несут ответственность за возникновение таких рисков, причем как социальную, так и юридическую.

Уголовно-правовые факторы риска. Как отмечалось, уголовно-правовой риск возникает под воздействием различных факторов, включая организационно-управленческие, коррупцию, уголовно-процессуальные и пр. Собственно уголовно-правовые факторы возникновения таких рисков коренятся в уголовно-правовой доктрине, принятых методиках правотворчества, а значит, в состоянии уголовного закона, а также в стереотипах правотворчества. При этом к уголовно-правовым факторам риска относятся те, которые дают возможность принятия незаконного и несправедливого решения, но не связаны напрямую с открытым нарушением предписаний уголовного закона.

В общем виде можно сказать, что большая часть уголовно-правового дискурса, т.е. обсуждения уголовно-правовых проблем на разном уровне, в разной форме и по различным темам, направлена на снижение уголовно-правового риска. Толкование закона, анализ связей между его предписаниями, исследование оценочных признаков, преступных последствий, уяснение содержания признаков объективных и субъективных деяния - все это предназначено для реализации уголовного закона в соответствии с его целями и действительным смыслом.

Можно, впрочем, предположить, что сама полемика по ряду вопросов, которые, казалось бы, должны единообразно пониматься в процессе уголовно-правовой оценки деяния и выбора мер уголовно-правового воздействия, как раз отражают реальный риск ненадлежащего применения уголовного закона. Более того, сути уголовно-правового, профессионального мышления противоречит само предположение о возможности когда-нибудь закрыть дискуссию. Такие попытки делались и дали отрицательные результаты.

Поэтому попытаемся выявить и указать лишь на некоторые факторы уголовно-правового риска, не ставя задачи рассматривать их подробно.

На уровне уголовно-правовой теории и методики применения уголовного закона к числу негативных факторов уголовно-правового риска следовало бы отнести переоценку конструкции состава преступления, и прежде всего его отрыв от понятия преступления и диспозиции уголовного закона, а также теорию квалификации преступлений, основанную на указанном разрыве и в сложившемся виде приводящую к игнорированию материальной стороны преступления. Остановимся на этом подробнее.

В литературе, как известно, довольно интенсивно обсуждается вопрос о соотношении преступления и состава преступления. Однако центр тяжести состоит в сопоставлении сущего и должного, реальности и модели. Между тем более важным является сопоставление предписаний

уголовно-правовой нормы и, условно говоря, предписаний того, что в качестве состава преступления закреплено в доктрине. Дело в том, что реальное применение уголовного закона осуществляется через состав преступления, хотя в сложных случаях правоприменитель обращается к уголовному закону, но он все равно чаще всего вынужден домысливать содержание уголовно-правового запрета.

По самой "популярной" статье УК РФ - ст. 158 - кража есть "тайное хищение чужого имущества". Здесь каждое слово наполняется содержанием, которое лишь по согласию может быть связано собственно с текстом уголовного закона. Практике известен состав кражи в том виде, в каком он зафиксирован в соответствующем постановлении Пленума Верховного Суда РФ, в комментариях к УК РФ и учебниках. Особенно наглядно это проявляется применительно к понятию "тайное", к окончанию кражи и пр.

Но доктрина как таковая ограничивает себя только чрезвычайно общими давно сформулированными правилами толкования закона. В условиях разнообразия позиций открывается возможность произвольного применения закона. Вполне реально расширить или сузить субъективный критерий тайного характера кражи на практике, обмана при мошенничестве, угрозы при вымогательстве, что нередко происходит на практике, чтобы правомерное деяние превратилось в преступление.

Иными словами, реально принцип законности, как он определен в ст. 3 УК РФ, не действует и заменяется едва ли не обычным правом либо очень плохо проработанным судебным прецедентом, который часто создается даже и не судом.

Этот разрыв наиболее полно реализуется в теории квалификации преступлений. Общеизвестным является определение квалификации преступления как установления и юридического закрепления точного соответствия между признаками совершенного деяния и признаками состава преступления, предусмотренного уголовно-правовой нормой. Но, строго говоря, состав преступления не закреплен никакой уголовно-правовой нормой. Понятия состава преступления в УК РФ нет, возможно, оно и не нужно. Содержание сторон состава деяния наполняется в лучшем случае судебной практикой и взвешенной доктриной <1>.

<1> Разумеется, связанные с этим трудности в хороших работах незамеченными не остаются. В.Н. Кудрявцев не обходил эту проблему, но решал ее, ссылаясь на статьи Общей части и анализируя систему норм уголовного законодательства в целом, а затем указывал на сложность соотношения понятий состава преступления, диспозиции уголовно-правовой нормы, диспозиций статьи Особенной части и пр. (см.: Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. С. 67).

В итоге по механизму возникновения обычного права, даже не прецедентного, формулируется состав преступления как совокупность или система объективных и субъективных признаков. Картина состава преступления, его описания в текстах, находящихся вне закона, принимается как данность (споры предшествуют этому и также часто не опираются на УК РФ). Затем признаки деяния, которые отбираются также с учетом представлений о составе преступления, сопоставляются с ним. Именно они сопоставляются не с законом, а с составом. Сформулированный нелегитимным путем состав преступления оказывается барьером на пути обращения к тексту уголовного закона.

Частично здесь помогают правила квалификации преступлений. Однако, по господствующему мнению, и они являются продуктом теоретических размышлений или соображений практического характера. При этом правила квалификации сформулированы более или менее удачно в зависимости от квалификации их автора или поддерживающего их юриста.

Но так или иначе квалификация преступлений в ее современном понимании:

а) фактически в значительной степени отражает обычное право или, как это более осторожно называют, сложившуюся следственно-судебную, а в действительности и оперативно-розыскную практику, в сущности, недостаточно обосновывая уголовную и тем более общую противоправность;

б) по существу игнорирует материальную сторону преступления, как ее оставляет без надлежащего внимания и принятое в нашей доктрине и практике игнорирование общественной опасности признака состава преступления;

в) имеет обвинительный уклон, представляя собой лишь частный случай уголовно-правовой оценки деяния; в частности, защита не может заниматься квалификацией преступления по своим задачам, а никакого иного алгоритма для нее не существует.

В этих условиях колебания в практике квалификации, т.е. переводе статичности состава преступления в динамику решения, создают неуверенность адресатов уголовного закона.

Разумеется, это не единственные уголовно-правовые факторы риска. Ими могут быть и формулировки самого уголовного закона.

Расчет уголовно-правового риска. В уголовно-правовом дискурсе обычно рассматриваются отклонения от неотвратимости действия уголовного закона, выраженные через понятия латентности преступности. То есть забота проявляется о наиболее полном применении уголовного закона. Возможность необоснованного применения уголовного закона и, следовательно, необоснованный уголовно-правовой риск не рассматриваются, и соответствующая методика не разрабатывается.

Рассчитать уголовно-правовой риск можно по характеру поведения, по его видам, а также по кругу лиц.

При анализе видов поведения можно попытаться использовать следующие показатели:

а) мнение о сравнительной опасности данного вида поведения, при этом выявляется, что так называемый мелкий бизнес оказывается наиболее опасным по возможности привлечения к уголовной ответственности даже при стремлении к соблюдению правовых норм;

б) частота отклонений от сложившейся практики, т.е. допущенных ошибок, и т.п.

Аргументы принятия уголовно-правовых решений

Постановка проблемы. В среде специалистов по уголовному праву не достигнуто согласие о том, является ли карательная практика в России излишне жесткой. Еще менее четко говорится об отрицательном эффекте такой практики, отсутствии должного воздействия на безопасность населения.

Возникает два зависимых друг от друга вопроса: действительно ли практика плоха, и если да, то как ее исправить.

Говоря упрощенно, их решение может быть связано с тремя группами факторов: криминальностью населения, состоянием уголовного законодательства и правоприменительной практики, требованиями общества. Все эти факторы взаимосвязаны: излишняя агрессивность общества порождается (хотя и не только) криминальностью населения и воздействует на законодателя, последний программирует практику, которая ужесточается под влиянием криминальности и агрессивности на фоне двойных стандартов. Все эти факторы, усиливая либо ослабляя друг друга, являются явными либо латентными аргументами судебных решений.

Можно полагать, что изменения одной группы факторов недостаточно. Нужен комплексный подход. Однако применительно к собственно уголовно-правовым решениям они проявляются наиболее наглядно через использование или игнорирование предписаний уголовного закона. Отсюда исходным является анализ аргументационной силы уголовного закона.

О некоторых направлениях анализа уголовного закона. В сфере познания, именуемой наукой уголовного права, традиционно сложились общепризнанные направления анализа уголовного закона, которые можно с некоторой натяжкой назвать социологическими и герменевтическими. В первом случае на основе статистических и опросных методик анализируются распространенность и реже ситуации применения отдельных уголовно-правовых предписаний (запретов, дефиниций, правил и пр.). Второй охватывает привычные приемы толкования, позволяющие выявить набор значений, содержащихся в тексте закона, и отступления от предполагаемых основных значений в виде противоречий, иных логических неувязок. Во многих случаях в структуре научной или претендующей на этот статус информации встречаются оценки качества закона. Иногда они являются строго или корректно сформулированными гипотезами. Гораздо чаще они не являются результатом анализа и не поддаются какой-либо проверке на основе научных же аргументов, а лишь отражают либо действительные взгляды автора, либо различные преходящие ситуации его жизни и карьеры.

Представляется необходимым обратиться к таким методикам анализа уголовного закона, которые позволили бы уяснить значение уголовно-правовых предписаний в процессе их воздействия на принятие уголовно-правового решения, состоящего либо в правовой оценке исследуемого деяния, либо в определении мер уголовно-правового реагирования, включая отказ от них.

При этом целесообразно рассмотреть следующие вопросы:

- структура уголовного закона и его содержания;
- соотношение фактоустановительной или идентификационной, опознавательной функции и оценочной функции уголовно-правовых предписаний;
- наличие связей между компонентами закона и нормы;
- типичные незаконные дополнения текста и содержания закона;
- влияние структуры закона на репрессивность (жесткость или мягкость) правоприменительной практики в данной сфере.

Социальная и юридико-техническая потребность в функциональном анализе. Социальная потребность в функциональном анализе уголовного закона достаточно жестко на эмпирическом уровне объясняется постоянным использованием такого средства уголовной политики, как амнистия. Соображения специалистов в области уголовного права, общественных деятелей о том,

что масштабы карательной практики и величина населения в местах лишения свободы непереносимы для страны, мало кого убеждают. Но исполнительная власть независимо от эмоций или желаний вынуждена постоянно корректировать практику власти судебной, которая, действуя в общем на основе уголовного закона, создает эту непереносимую ситуацию.

Юридико-техническая потребность определяется отсутствием в багаже уголовно-правовой науки альтернативных предложений преодоления возникающих трудностей. Казалось бы, несложная проблема применения денежного эквивалента для обозначения размера похищенного или штрафа вызвала едва ли не непреодолимые трудности, хотя в принципе возможно вообще обойтись без такого квалифицирующего признака, как размер похищенного. Это же относится к видам соучастия, которые крайне неудовлетворительно состыкованы с определениями преступных групп.

Структура уголовного закона и его содержания. Уголовный закон прежде всего представляет собой текст, выступающий как постоянное (пока он действует) и общедоступное выражение некоторых утверждений, понимание которых связано законами языка, логики, принятых положений науки, традиций и других познавательных механизмов. Отсутствие четкого утверждения в тексте по безусловной практике снижает определенность его понимания и последующего использования. Неприменяемые, но содержащиеся в тексте утверждения, т.е. фактическая делегитимизация текста, также снижают определенность уголовного права, но хуже того, подрывает авторитетность закона как социально-правового феномена. Примером, о котором говорилось не раз, является ст. 25 УК РФ, текст которой - по умолчанию - единодушно игнорируется при оценке умысла по беспоследственным или так называемым формальным преступлениям.

Содержание уголовного закона представляет собой отражение набора значений, закрепленных либо в текстах Уголовного кодекса, либо вне структуры уголовного закона, но в других актах, либо просто в правовом сознании участников правоотношений, правового оборота. Здесь по природе вещей характер легитимности меняется, как меняется и действительность, т.е. практическая применимость утверждений. Стоит подчеркнуть, что возникает противоречие между формальными утверждениями о большей силе закона (или его уникальном значении) по сравнению с иными способами выражения значения, но на самом деле это отнюдь не всегда так, особенно применительно к оценочным или не вполне определенным суждениям.

Но наиболее важно все-таки выяснить, какого рода утверждения, предписания (целеустановки, дозволения, разрешения, запреты, связки "деяние - воздействия" и пр.) содержатся в тексте уголовного закона, а какие - в иных и в каких конкретно текстах.

Это создает совершенно иное представление о действительных аргументах принимаемых уголовно-правовых решений.

Идентификационные (описывающие) признаки. Здесь могут быть выделены описания фактических, т.е. реально существующих явлений, характеристики процессов и описания-связки, т.е. указания на фиксированные соотношения между деянием и последствием либо между иными феноменами.

Так или иначе функции этих признаков состоят в определении пределов запрета и пределов ответственности. Чем менее определенными являются идентификационные признаки, тем шире судебское усмотрение и тем, по сложившейся практике, шире пределы возможного применения мер уголовно-правового воздействия. Уголовно-правовая литература полна указаниями на неопределенные признаки, содержащиеся в УК РФ; но все же о многих из них умалчивается либо по привычке, либо по недооценке. Для примера возьмем ст. 105 УК РФ "Убийство". В ней используются совершенно неоднозначные понятия - "общественный долг", "беспомощное состояние", "особая жестокость", "корыстные побуждения", "мотив национальной, расовой, религиозной ненависти", когда, например, неясно, чем отличается мотив от побуждения, какова степень чувства, позволяющего назвать его ненавистью, а не просто неприязнью, нелюбовью и пр.

Практическая проблема состоит в выяснении того, какая часть обвинительных приговоров основана на расширительном толковании таких признаков.

Оценочная функция правовых предписаний. Она отражается и реализуется через негативное значение используемых понятий и через последствия, которые по общему правилу или всегда связывает с ними законодатель. Особый интерес здесь вызывают такие понятия, как "корыстный", "организованный", "повторный" и многие другие. В этих случаях следовало бы обосновать, почему те или иные явления, описываемые такого рода оценочными понятиями, обладают повышенной опасностью или, по более широким соображениям, заслуживают повышенно отрицательной оценки.

В действующем УК РФ достаточно, чтобы преступление было совершено несколькими субъектами, так или иначе объединившимися для этого, чтобы оно признавалось более общественно опасным, чем одиночное. Подобных норм во многих уголовных кодексах европейских стран нет. Не останавливаясь здесь на разумности данного подхода, следует указать на необходимость измерения воздействия такого рода элементов закона и иных обязательных

источников права на практику определения мер уголовно-правового воздействия, прежде всего наказания.

Правила принятия уголовно-правовых решений. Они выполняют несколько функций:

- определяют пределы судебного усмотрения;
- программируют решения, порождая определенный подход к материальной уголовно-правовой оценке деяния (квалификации деяния) и назначению или выбору тех или иных мер уголовно-правового воздействия;
- повышают степень определенности уголовного закона, обеспечивая предсказуемость решений.

Возможны два основных вектора действия правил: повышать репрессивность уголовного закона; снижать репрессивность уголовного закона. Можно сказать, что иные результаты, в частности стабильность практики, ее предсказуемость, крайне важны, но выводимы из отмеченных векторов или направлены на их осуществление.

К числу таких правил относятся правила признания рецидива, определения времени совершения преступления (но не места), признания обратной силы уголовного закона и др.

Аргументационные направления уголовного закона. Уголовный закон предстает перед правоприменителем как данность, с которой нужно работать по некоторым известным ему правилам. Разумеется, возможен исторический прием толкования действующего закона, но и он относится к данности. Все, что стоит за уголовным законом, - уголовная политика, приемы дифференциации ответственности - воплощено в описании уголовно-правовых запретов, правилах их применения, основаниях и принципах уголовной ответственности и пр., т.е. воплощено в тексте уголовного закона, УК РФ в нашем случае.

Но текст уголовного закона на практике редко применяется самостоятельно. Он окружен прецедентами, толкованиями, разъяснениями, обычаями правоприменительной практики, образующими с уголовным законом то, что можно назвать практической доктриной. Все это нужно рассматривать только в связи с уголовным законом, ибо эти суждения либо восполняют пробелы уголовного закона, а факт наличия пробела еще нужно установить, либо исправляют (верно или неверно) уголовный закон, и тогда нужно установить отступления от уголовного закона. При этом оказывается, что многие научные суждения не являются аргументами принятия решения, в частности, когда они состоят в уточнении научных дефиниций, классификации понятий и т.д. Предписания, буквально выраженные в тексте уголовного закона, также неодинаково часто используются в качестве аргументов уголовно-правовых решений.

Поэтому уяснение текста и смыслов уголовного закона в широком смысле слова должно вести с двух сторон: традиционный подход, когда анализируются собственно текст и смыслы закона, и менее выраженный, когда выясняется переход текста в решение, его использование в качестве обоснования принимаемого решения, т.е. в качестве его аргументов.

Вообще говоря, второй подход базируется на здравом смысле. Очевидна необходимость анализа того, что происходит с предписанием в момент его применения к деянию, к выводу о наличии оснований уголовной ответственности, о видах и степени тяжести наказания и т.п.

Раздел 4. УГОЛОВНОЕ ПРАВО И ЭКОНОМИКА

В данном разделе лишь ставятся в общем виде разнообразные и крайне острые проблемы связи уголовного права с экономикой, взятой как деятельность и как система идей.

В обыденном сознании и даже во многих работах юристов экономика рассматривается исключительно как зараженная криминалом сфера социальной деятельности. В итоге происходит определенная деформация задач уголовного права, растет коррупционность отдельных уголовно-правовых решений, подавляются, что крайне печально, инновационная активность субъектов экономики и развитие экономических институтов. В правоприменительной практике преувеличивается значение противоправности деяния, игнорируется его материальная сторона, в ряде случаев имеет место вторжение уголовного права в сферу права контрактного.

В будущем кажется необходимым на основе инструментального анализа проанализировать социальную полезность и негативные последствия действия уголовного права в сфере экономики по системе "издержки - выгоды", изучить уголовно-правовую специфику вины, предпринимательских рисков, оценить круг обстоятельств, устраняющих преступность деяний в сфере экономики, разработать демонстрационные признаки общественной опасности экономических преступлений.

Вместе с тем кажется остро необходимым применить экономические идеи и для анализа уголовного права в целом, выходя за пределы связи "выгодность преступления - тяжесть наказания".

Экономические идеи и уголовное правотворчество

Описание проблемы. В условиях быстрых и радикальных преобразований, происходящих в Российской Федерации, возникла необходимость в глубинной оптимизации уголовного законодательства на основе оценки накопленного социального опыта и более широкого использования достижений современной науки. Линейное развитие традиций уголовно-правовой мысли при этом оказывается недостаточным для решения обострившихся уголовно-правовых проблем <1>.

<1> См.: Дубовик О.Л. Кризис уголовного права и уголовно-правовой теории // Право и политика. 2001. N 2; Жалинский А.Э. Уголовное право между символическим и рациональным // Государство и право. 2004. N 3; Он же. Уголовная политика и задачи уголовного права // Право и политика. 2006. N 6; Он же. Уголовное право как ресурс: проблемы модернизации // Конкурентоспособность и модернизация экономики: В 2-х кн. Кн. 2 / Отв. ред. Е.Г. Ясин. М.: Изд. дом ГУ-ВШЭ, 2004; Зорькин В.Д. Тезисы о правовой реформе в России // Правовая реформа, судебная реформа и конституционная экономика. М.: Изд. г-на Тихомирова Н.Ю., 2004; Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften (Hrsg. H.-J.Hirsch). Berlin, 2001; Roxin C. Zur Entwicklung des Strafrechts im kommenden Jahrhundert // Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie (Hrsg. E. Plywaczewski). Bialystok, 1998.

Это привлекает особое внимание к возможностям применения экономического подхода к уголовному правотворчеству, т.е. к специфическому взгляду на уголовно-правовые проблемы с позиций изменившейся экономической науки.

Предполагается, что экономические идеи, опирающиеся на некоторые достижения неoinституциональной теории, позволяют расширить информационную базу проектирования уголовных законов и строить динамические модели уголовных законов, более адекватные целевой функции уголовного права. В частности, экономический анализ, по-видимому, может дать необходимые сведения о реальной потребности в изменении уголовного закона, о механизме действия уголовного закона, т.е. его адресатах, предписываемом поведении, ресурсоемкости применения и исполнения вводимых предписаний, а также связанных с этим многообразных, прямых и косвенных последствий. При этом такой подход должен быть включен в традиционные интеллектуальные и формальные процедуры уголовного правотворчества и учитывать одновременно как сложность индивидуального поведения, так и ограниченность социально-инженерных методов. В связи с этим рассмотрим вопросы соотносимости экономического подхода и уголовного правотворчества; средства экономического анализа; некоторые его практические направления.

Соотношение экономического подхода и уголовного правотворчества

Исходные положения экономического подхода к уголовному правотворчеству. Допускается, что содержание экономической науки лишь частично соотносимо с уголовным правотворчеством. Оно конкретизируется при распространении на уголовное правотворчество, а экономические суждения должны корректироваться с позиций политического, управленческого и в самой значительной степени уголовно-правового подходов. Без этого выводы, полученные на основе экономического мышления, могут оказаться и действительно нередко оказываются более чем спорными <1>. Во всяком случае, основывающееся на Конституции РФ уголовное право обеспечивает соблюдение принципов уголовного закона, технику его формулирования, соразмерность наказания и пр.

<1> См. утверждения о снижении преступности под влиянием повышения наказания в кн.: Институциональная экономика: новая институциональная экономическая теория: Учебник / Под общ. ред. А.А. Аузана. М.: ИНФРА-М, 2005. С. 371 и след.

Экономическая теория сложна по своему содержанию, экономические течения и школы весьма разнообразны, поэтому выразим здесь в нескольких простейших определениях лишь отдельные релевантные к уголовному праву положения в том виде, как они понимаются юристом.

Начнем с понятия экономики. Экономика определяется некоторыми экономистами как наука о рациональном выборе в условиях ограниченных ресурсов, другими - как наука, "изучающая человеческое поведение с точки зрения соотношения между целями и ограниченными средствами, которые могут иметь различное употребление" <1>. Она, как подчеркивается в современной экономической литературе, отнюдь не сводится к проблематике производства, денег и иных явлений такого же рода. Соответственно, с позиций Я.И. Кузьмина, экономическая культура существует на трех уровнях как теоретическая, менеджеров и руководителей, массовая <2>. Это, в сущности, определяет пределы и эффективность воздействия экономики на уголовное, впрочем,

как и иное, правотворчество. Правотворчество регулирует человеческое поведение, а его ресурсы и возможность распоряжаться ими всегда ограничены. Уголовное право, реально распространив наказание на слишком большую часть населения, может рухнуть. Чтобы этого не произошло, по меньшей мере необходимо определить, что дает уголовное правотворчество обществу в каждом отдельном случае, каковы его издержки, как определить потребность в нем и осуществить рациональный выбор решения.

<1> См.: Экономическая теория / Под ред. Дж. Итуэлла, М. Нилгейта, П. Ньюмена (пер. с англ.); науч. ред. В.С. Автономов. М.: ИНФРА-М, 2004. С. 683 - 684.

<2> См.: Кузьминов Я.И., Бендукидзе К.А., Юдкевич М.М. Курс институциональной экономики: институты, сети, трансакционные издержки, контракты. М.: Изд. дом ГУ-ВШЭ, 2006. С. 61.

Неоинституциональная теория и ее предпосылки. Экономисты различают подходы: старый институциональный, затем неоклассический, а далее неоинституциональную теорию в рамках институциональной экономики. Эти подходы сопоставляются с направлением, которое на русский язык не вполне ясно переводится как право и экономика (Economics and Law).

Очевидно, уяснение различий и возможностей приложения этих направлений экономической науки, равно как и иных, - задача длительного действия для правовой науки. Пока этим пытаются заниматься преимущественно экономисты, да и то в ограниченных пределах: в основном применительно к общему праву, а не к континентальной системе права, в связи же с совершением преступлений применительно к криминологии и теории наказания.

В данном случае попытаемся указать лишь на некоторые релевантные к уголовному правотворчеству характеристики неоинституционализма, как они излагаются в работах специалистов Государственного университета - Высшей школы экономики в Москве.

Я.И. Кузьминов, К.А. Бендукидзе и М.М. Юдкевич подразделяют их на характеристики агентов, т.е. субъектов экономического взаимодействия, и характеристики среды. К первым относят ограниченную рациональность, индивидуализм и оппортунизм, экзогенность и стабильность предпочтений. Ко вторым - несовершенство информации, неоднородность товара, неполную спецификацию прав собственности. На наш взгляд, эти характеристики как минимум соотносимы с уголовным правотворчеством по ряду направлений.

Цели уголовного правотворчества также ограниченно рациональны, ибо они нередко не поддаются осознанию и определению, хотя внешне их стремятся обосновать. Механизм и реалии уголовного правотворчества определяются часто недобросовестным (оппортунистическим) поведением индивида. Лишь индивидуальное поведение влечет ответственность, и лишь индивидуальные акты в конечном счете складываются в массовые процессы; поведение агентов и адресатов уголовного правотворчества является относительно стабильным и определяется внешними факторами.

Применительно к среде релевантность предпосылок также весьма существенная. Наличная информация распределяется неравномерно, и граждане принципиально имеют ее в меньшем объеме, чем соответствующие руководители и исполнители-профессионалы. Проекты уголовного закона рассматриваются как услуги, причем различного качества и неоднородные. Права собственности, равно как и иные права различных субъектов, не свободны, как понимают экономисты, от посягательств иных лиц. Все эти переплетения и должны быть использованы в рамках экономического подхода к уголовному правотворчеству.

О взаимодействии экономического, политического и правового в уголовном правотворчестве. Выявление этого взаимодействия представляет собой необходимое условие корректной разработки проекта уголовного закона, включая определение потребности в необходимой для этого информации. Описано оно может быть следующим образом.

Если представить себе целостный процесс уголовного правотворчества, предполагающий мониторинг социального развития, то, вероятно, политическая составляющая выходит на первый план, экономический подход определяет границы и рациональность ее реализации. Правовая же составляющая, отражая политическую и экономическую, обеспечивает легитимность, профессионализм и процедурность уголовного правотворчества.

Можно полагать, что политика как взаимодействие социальных групп при завоевании и использовании власти в целях реализации своих интересов определяет цели и приоритеты уголовно-правового воздействия, которые, повторим, должны программироваться, направляться и ограничиваться экономической составляющей. Например, при проектировании текста уголовного закона об ответственности за преступления, связанные с банкротством, незаконными ограничениями конкуренции на рынке и прочим, должно быть прояснено соотношение цели социальной защиты населения и цели повышения эффективности производства, поскольку они могут находиться в некотором противоречии при решении правовых оснований увольнения работников.

Политический подход, как правило, ищет и находит поддержку различных социальных групп, о чем много написано марксистами. Политика может часто преследовать прямо противоположные цели. Она, говоря обобщенно, нередко усиливает репрессию в интересах власти или в ответ на требования массового катастрофического сознания, а иногда, напротив, экономит репрессию по неким рациональным соображениям. Совершенно неслучайно во многих, если не во всех, странах пишут об опасности принятия предвыборного популистского уголовного законодательства, равно как о политических возможностях власти проводить непопулярные законы. Так или иначе политические факторы в их позитивном или негативном действии достаточно наглядно, несмотря на наличие маскировки во многих случаях, прослеживаются в уголовном правотворчестве.

Экономическая составляющая должна постоянно сопровождать политическую составляющую. Правда, есть основания полагать, что решение такой задачи является делом весьма сложным. Уголовный закон, по господствующему мнению, и соответственно законодатель должны охранять наиболее уязвимые экономические отношения, не создавая при этом излишних уголовно-правовых рисков, не повышая непереносимым образом то, что именуется транзакционными издержками. Нахождение общего языка политиков и экономистов представляет собой сложную интеллектуальную задачу, и к тому же оно затрудняется различными интересами и даже различными целевыми установками. Работа в области уголовного правотворчества нередко считается выполненной, если принят жесткий уголовно-правовой запрет. Работа экономиста выполнена, если получен востребованный на рынке продукт. Поскольку это так, политическая составляющая уголовного правотворчества на практике нередко стремится к большему контролю экономического поведения. Экономисты стремятся расширить его возможности и усилить мотивацию экономической деятельности. К тому же позиции правоохранительных ведомств усиливаются при ужесточении контроля. Так или иначе информация, полученная в результате применения экономического анализа, должна рассматриваться наряду с политическим, социологическим и иными видами анализа, получая воплощение в законодательной модели только на основе наиболее общих уголовно-правовых норм и уголовно-правовой доктрины, в рамках действующего конституционного законодательства.

Наиболее отчетливо это проявляется или может проявляться, например, при определении перечня видов наказания, перечня преступлений в сфере экономической деятельности (ст. 169 и след., ст. ст. 185, 195 - 197 и особенно налоговые - ст. ст. 198 - 199.2 УК РФ) и пр. Могут ли специалисты в области уголовного права опровергнуть политические и экономические аргументы уголовного правотворчества? Это очень важный вопрос, и его нужно разрабатывать. Можно полагать, что такая возможность имеется, но ограничена специальными знаниями юристов. Правоведы могут указать на противоречия между выводами экономистов и реальными процессами, например о соотношении тяжести наказания и поведения, на невозможность формулирования уголовно-правового запрета, как это было с бесхозяйственностью, либо на возникновение многочисленных рисков и высоких издержек. Однако они не могут и не должны произвольно отрицать существование различных механизмов экономического поведения.

Это не уменьшает их роли, однако требует взвешивания различных составляющих уголовного правотворчества в интересах всеобщего блага. Надо считаться с тем, что автомобильная индустрия должна расти, хотя это приводит к росту жертв автомобильных происшествий. Выход состоит не в запрете на выпуск автомобилей, но в усилении правил безопасности и создании надлежащей структуры эксплуатации автомобилей. Это лишь пример, но он обращает внимание на сочетание различных составляющих в выпуске такого продукта, каким является уголовный закон.

Предмет экономического анализа уголовного правотворчества. Он формируется исходя из возможностей экономической теории, потребностей уголовного правотворчества и ограничивается необходимостью учета правовых, политических и иных факторов.

Применительно к уголовному правотворчеству предмет, но не систему экономического анализа образуют прежде всего вопросы, связанные с оптимизацией целевой функции уголовного закона, что в самом глубинном понимании отражает природу уголовного права. Они таковы:

- понятие и содержание спроса на законодательные новеллы;
- признаки и природа полезности, рациональности и эффективности проектов уголовного закона;
- пределы, возможности и методики рационального выбора проектных вариантов;
- ресурсоемкость реализации новых моделей поведения;
- экономическое содержание возникших последствий (эффектов), включая транзакционные и альтернативные издержки, а также перераспределение властного ресурса;
- введение в практику новых уголовно-правовых институтов, возможность их закрепления, реализации и пр., их переносимость и оппортунистическое поведение.

Именно для решения этих вопросов могут быть использованы развитые в рамках экономической теории понятия полезности, рационального выбора и некоторые другие.

Использование отдельных средств экономического анализа в уголовном правотворчестве

Необходимость адаптации. Средства экономического анализа, по-видимому, составляют содержание экономической теории, ее разделов, подходов, направлений и в каждом случае представляют собой набор определенных смыслов, понятных представителям экономической науки, но иным образом воспринимаемых юристами. Это вызывает неприятие распространения экономического анализа на правовые проблемы, что в более широком плане именуется экономическим империализмом. Связанные с этим трудности проиллюстрированы в литературе на примере разного отношения к дисциплине "Экономика и право" в США и Германии и здесь подробно рассмотрены быть не могут <1>. Вместо этого попытаемся исходя из высказанных выше соображений о соотношении экономического и уголовно-правового подходов перевести несколько экономических понятий в структуру уголовно-правового мышления.

<1> См.: Кирхнер К. Трудности восприятия дисциплины "Право и экономика" в Германии // Истоки. Экономика в контексте истории и культуры. М.: Изд. дом ГУ-ВШЭ, 2004. С. 368 и след.

Провалы законодателя и состояние уголовного законодательства. В сфере уголовного правотворчества это крайне острая и, пожалуй, наиболее трудная проблема. Как уже отмечалось, в уголовно-правовой европейской литературе широко обсуждаются кризис уголовного права и, более того, сама необходимость в его существовании, что обозначается как проблема легитимности уголовного права. С позиций экономического анализа для получения дополнительной информации целесообразно рассмотреть потребности в уголовном правотворчестве, выявляя такой феномен, как "провалы государства". Профессор-экономист Р.М. Нуреев определяет провалы государства как "случаи, когда государство (правительство) не в состоянии обеспечить эффективное распределение и использование общественных ресурсов" <1>.

<1> Нуреев Р.М. Теория общественного выбора. Курс лекций. М.: Изд. дом ГУ-ВШЭ, 2005. С. 472.

Провалы уголовного правотворчества на этой основе можно понимать и как пробелы, и как ошибки либо несовершенства. Они, как показывает практика, появляются в самых различных правовых системах и определяются рядом факторов. По Р.М. Нурееву, это в адаптированном для уголовного правотворчества виде ограниченность информации, несовершенство политического процесса, ограниченность контроля над бюрократией, неспособность государства контролировать последствия принимаемых им решений <1>. Добавим к этому: недостаточность социальных расходов при продолжающемся росте преступности, отсутствие ответа со стороны уголовно-правовой науки на вопрос о реальной потребности в уголовном законе, его эффективности и последствиях и ряд иных факторов. Вероятно, необходимо исходить, с одной стороны, из реального существования "провалов", когда опасные деяния не получают должной уголовно-правовой оценки, а общественные блага остаются незащищенными. С другой стороны - возникает опасность фальсификации "провалов".

<1> Нуреев Р.М. Указ. соч. С. 472 - 473.

Дело в том, что сложные процессы развития процессов преступности, в частности в условиях глобализации, привлекают особое внимание самых различных социальных групп к реальным или мнимым возможностям использования уголовного закона. Это порождает давление на уголовное правотворчество, причем не только на законодателя, но и на общество в целом, вызывая определенную озабоченность повсеместным и во многом традиционным сведением правотворческих процессов к усилению наказания и принятию декларативных, фактически не применяемых на практике норм. Такой подход порождает провалы как ошибки законодателя. Прежде всего неразумное повышение репрессивного действия закона влечет нерациональные социальные издержки. Общество платит деньги за неделанную работу. Далее, символическое и, хуже, иллюзорное законодательство подрывает доверие к уголовному закону и, соответственно, к государству. Наконец, избыточные изменения уголовного закона в ряде случаев усиливают коррупцию, затрудняют работу правоохранительных органов, например, в случаях, когда появляются дополнительные заботы, связанные с определением действия закона во времени и нередко с изменением принятых уже решений.

Среди иных причин это объясняется тем, что на первый взгляд, к сожалению, весьма распространенный, создание уголовного закона не требует больших усилий и его социальная полезность зависит только от добрых намерений инициаторов либо авторов. Организационно и

политически противостоять такому напору трудно, поскольку в обществе, несмотря на все происходящее, существует глубокое убеждение в эффективности уголовного наказания.

Полезность уголовного законодательства. Это понятие отражает природу уголовного права. Оно концентрирует внимание на задачах уголовного правотворчества, его роли в регулировании и реализации социальных процессов, предшествуя анализу эффективности. Дело в том, что уголовно-правовой запрет на самом деле содержит в себе три нормативных слоя, каждый из которых отражает его необходимую полезность. Это: а) упрек, т.е. правовая негативная оценка определенных деяний; б) предписания о компетенции, которые распространяются на неопределенный круг субъектов; в) предписания о нормативном распределении ответственности, т.е. последствий совершенного деяния.

Понятие полезности, кажется, не является особенно популярным в современной экономической теории и крайне редко встречается в уголовно-правовой литературе. Однако его использование раскрывает и демонстрирует целевую, инструментальную природу уголовного права. Действующий УК РФ, определив состав уголовного законодательства, развертывает систему уголовно-правовых предписаний на основе определения собственных задач. Можно спорить о том, насколько удачно сформулированы эти задачи, но нет никаких сомнений в том, что все последующие нормы данного закона по природе вещей и логике предназначены именно для решения этих задач, а тем самым являются целевыми, направленными на получение некоторого результата, и результата желательного полезного. В экономической литературе понятие полезности (там, когда и если оно употребляется) связывается с ценностью, эффективностью, рациональностью поведения, которое понимается как отказ от выбора менее предпочтительной альтернативы в пользу более предпочтительной <1>. Так, раскрывая природу экономического мышления, Р. Познер сопоставляет именно ценность, полезность, эффективность <2>. В правовой литературе категория полезности вызывает мысль об эффективности правотворчества и законодательства. В итоге можно считать, что есть смысл определить понятие полезности, отграничив его от рациональности и эффективности.

<1> См.: Карсаны Дж. Межличностные сравнения полезности // Экономическая теория. М., 2005. С. 447 и след.

<2> Познер Р.А. Экономический анализ права: В 2 т. Т. 1. СПб.: Экономическая школа, Санкт-Петербургский ун-т экономики и финансов, ГУ-ВШЭ, 2004. С. 13.

Полезность в данном случае (отвлекаясь от контекста экономических теорий и истории их развития) можно определить с позиции правотворчества как пригодность уголовного закона к производству социальных благ, которые потребляются коллективно всеми гражданами, независимо от того, платят они за него или нет <1>. Эта в известном смысле формальная характеристика для экономистов, как кажется, прежде всего связанная с так называемой проблемой "безбилетника". Но в сфере права более важно, что производство материальных благ уголовным законом необходимо и возможно, и оно в принципе способно привести к повышению благосостояния общества, т.е. к удовлетворению разнообразных потребностей в поддержании правопорядка, необходимого для оптимального социального, экономического, культурного, политического развития общества. Вероятно, в этом же смысле можно использовать категорию рациональности, но она в современной экономической литературе в большей мере связана с выбором, который осуществляется людьми и является характеристикой поведения. Эффективность понимается двояко: и как способность к получению результата, и как соотношение затрат и издержек, что предполагает представление о полезности, выраженную через результат, прибавление социальных благ (в немецком языке это ярко: "Kosten - Nutzen - Analyse", т.е. анализ соотношения цены - пользы).

<1> Нуреев Р.М. Указ. соч. С. 67.

Дальнейший анализ понятия полезности обращает внимание на то, что уголовное правотворчество, во всяком случае в финальной части, есть квалифицированная профессиональная деятельность, основанная на большом объеме перенесенного труда. Осуществляется эта деятельность как предложение права, хотя и принудительное, в ответ на соответствующий спрос на право. Каждая уголовно-правовая новелла, предлагаемая в ответ на спрос обществу, как и каждая действующая уголовно-правовая норма, представляет собой продукт деятельности, имеющий определенные качественно-количественные и целевые параметры. Этот продукт подлежит использованию в статике и динамике, т.е. в процессе уяснения содержания и реализации. Предполагается, что этот продукт (т.е. уголовно-правовые новеллы) нужен обществу, полезен для него и что полезность должна рассматриваться как объективное свойство неискаженного уголовного права. Вместе с тем реально полезность всегда

сопровождается и уменьшается негативными последствиями уголовного правотворчества, которые представляют собой разумную или экстремальную цену продукта.

Содержательно полезность может рассматриваться, например, как дополнительная система средств разрешения конфликта, снижения транзакционных издержек, повышения уровня физической безопасности, расширения прав личности на получение защиты от государства, ограничения посягательств на права собственности в экономическом и юридическом понимании и пр., что варьируется от запрета к запрету. Отсюда уголовное правотворчество должно начинаться с уяснения не просто цели, но полезности цели, не ограничиваясь этим, а выясняя, что полезность и возникающие издержки находятся в оптимальном соотношении.

Понятия рациональности и рационального выбора правотворческого решения. Они раскрываются в различных экономических теориях. В данном случае для перевода в мышление юриста эти понятия осознаются так, как они раскрыты профессором Р.М. Нуреевым <1>. Он пишет, что "в наиболее общем виде рациональность может быть определена следующим образом: "субъект (1) никогда не выберет альтернативу X, если в то же время (2) доступна альтернатива Y, которая, с его точки зрения, (3) предпочтительнее X". Цифрами, продолжает Р.М. Нуреев, обозначены три важнейшие черты рациональности: ее индивидуальный характер, ограниченность и субъективность <2>.

<1> См.: Нуреев Р.М. Указ. соч. С. 34.

<2> См.: Нуреев Р.М. Указ. соч. С. 34.

Рациональность собственно уголовного правотворчества предполагает расширение его информационной базы, и прежде всего анализ и прогнозирование реального протекания социальных процессов. Этот признак обеспечивает полезность уголовного закона и представляет собой оптимальный социальный выбор средств разрешения существующих либо назревающих социальных конфликтов, когда использование уголовного права как инструмента социального регулирования в наибольшей степени отвечает реальным запросам общества и влечет наименьшие социальные издержки при обеспечении оптимального набора позитивных результатов. Но собственно достижение на основе экономических аргументов состояния рациональности уголовного правотворчества требует соблюдения по меньшей мере нескольких условий и определенной методики. Эти условия таковы: анализ спроса на уголовное право, выбор наиболее эффективного варианта регулирования, выявление и минимизация возможных последствий, построение оптимальной модели.

Здесь следует подчеркнуть, что, по всей видимости, в переводе или включении в правовое мышление нуждаются также и иные понятия и категории экономической теории, в частности понятия института и его выращивания, что крайне важно для уголовного правотворчества, транзакции, издержки транзакционные, альтернативные, трансформационные, права собственности в экономическом понимании и др. Однако это является самостоятельной задачей для иных разработок.

Практические направления экономического анализа уголовного правотворчества

Здесь остановимся лишь на некоторых из них, а именно на анализе спроса на уголовное правотворчество и обеспечении рационального выбора уголовно-правовых решений.

Анализ содержания и интенсивности спроса на изменения уголовного права. Сама проблема спроса на право поставлена экономистами, что является их несомненной заслугой. Эта проблема в ином виде изучалась в советской уголовно-правовой литературе в связи с процессами криминализации и декриминализации. Но теперь она должна исследоваться и действительно исследуется на новой основе и с учетом изменившихся социально-экономических условий. Обращение к понятию спроса на уголовное право следует разработкам, проведенным в ГУ-ВШЭ. Понятие спроса на право предполагает, что существует потребность в получении некоторой полезности, хотя бы в виде услуг, которые могут быть предоставлены только путем разработки и принятия законодательных новелл. В данном случае эта потребность в соответствии с формулировкой ч. 2 ст. 2 УК РФ определяется совершением в некоторых масштабах, выходящих за пределы случайности, деяний, опасных для личности, общества или государства.

При этом спрос порождается объективными факторами, субъективными интересами и реализуется в давлении на законодателя, наиболее развитой институциональной формой которого является лоббизм.

Спрос на уголовное право в принципе подлежит и поддается конкретизации, а впоследствии и верификации. Он показывает:

- потребность в изменении уголовного закона, отражающую относительно массовое совершение или угрозу совершения деяний, которые рассматриваются как опасные в смысле ч. 2 ст. 2 УК РФ;

- осознание обществом этой потребности, основанное на действительно существующих интересах общества;

- деформированное осознание этих интересов отдельными социальными группами.

Спрос проявляется в некотором состоянии общественного и профессионального правосознания, дифференцированного по субъектам и их влиянию в обществе.

Спрос в сообществе профессиональных юристов. В данном случае можно выделить две группы профессиональных юристов, активно формирующих спрос на уголовное право. Это представители правоохранительных органов и представители уголовно-правовой науки.

Здесь осуществляются различные процессы, имеющие неодинаковую интенсивность и зависящие преимущественно от статусного положения и характера осуществляемой деятельности. Контент-анализ и личные наблюдения показывают, что представители правоохранительных органов преимущественно склоняют законодателя к расширению предмета уголовно-правового воздействия и усилению репрессии. Такая позиция далеко не всегда отражает интересы исполнителей, т.е. субъектов массового применения уголовного закона. Но консолидированная позиция указывает обычно на недостаточность полномочий, мягкость закона и будущие успехи. Тогда полезность в теории может рассматриваться как расширение полномочий, усиление общей и специальной превенции. Но практически возможны иные варианты. В частности, спрос направлен не на полезность, а либо на имитацию деятельности, либо на расширение ресурса власти, либо на утоление мести. Поскольку такого рода позиции объяснимы, их не стоит подвергать общей критике, но необходимо тщательно анализировать и в случае принятия ретроспективно проверять результативность, полезность.

В литературе по уголовному праву, преимущественно объявляющей себя научной, также довольно четко прослеживается линия на ужесточение репрессии, для чего предлагаются самые различные уголовно-правовые средства.

На наш взгляд, такое положение является опасным для общества именно потому, что оно деформирует спрос и должно в первую очередь корректироваться самими профессионалами в рамках собственно уголовно-правовой науки.

В итоге вкусовая критика так или иначе сеет определенные сомнения в легитимности и полезности действующего российского уголовного права. Но наиболее существенным недостатком современного состояния спроса на уголовное правотворчество является использование при его формировании непроверенной информации как о состоянии преступности, так и о правоприменительной практике.

Общество и спрос на уголовное право. Здесь также есть ряд серьезных проблем. Общество и отдельные социальные группы должны были бы наиболее адекватно отражать полезность изменений уголовного законодательства. Люди, социальные группы непосредственно ощущают недостаток безопасности, ущемление их прав, коррумпированность чиновников и пр. Здесь есть определенные аналогии со спросом на необходимые услуги и товары, который сложно определяется и потребностями, и предложением производителей, и платежеспособностью граждан. Однако, с одной стороны, общество имеет нередко иррациональное представление о полезности уголовного закона, подменяя его стремлением к усилению репрессии. С другой - реальные позиции в условиях слабой развитости социального дискурса плохо доходят до законодателя и недостаточно используются в уголовном правотворчестве.

Это связано со многими обстоятельствами. В условиях, в частности, быстрых социальных перемен объективно затруднен анализ общественного сознания, и в ряде случаев получили распространение методики, скорее его деформирующие, чем исследующие. Можно предположить поэтому, что в действительности существует серьезный разрыв между требованиями усиливать репрессию и действительной ее переносимостью даже авторами этих предложений.

Проблемы оценки спроса на уголовное законодательство. Здесь есть, как можно полагать, несколько путей. Прежде всего следует именно сейчас и именно с учетом современной социальной обстановки сделать обязательным представление обществу результатов статического и динамического моделирования любой предлагаемой уголовно-правовой новеллы как предложения, рассчитанного на повышение социальных благ, усиление правопорядка, безопасности и пр. Это, разумеется, влечет затраты на "перенесенный" труд, т.е. на необходимость расширения круга используемых научных и опытных знаний, сопоставления выгод и издержек, выявления политических, экономических и социальных последствий предлагаемых изменений.

Для этого представляется необходимым выполнить два условия. Первое. Разработать надлежащие требования к профессиональному обеспечению уголовного правотворчества. В связи с этим существенным является привлечение к разработке уголовно-правовых проектов профессионалов, возможно на конкурсной основе, причем придерживающихся различных

взглядов, и повышение политической и профессиональной ответственности за вносимые предложения. Второе. Необходимо попытаться достичь применительно к нескольким спорным проблемам уголовного правотворчества согласия по ряду вопросов, имеющих отношение к оптимизации уголовного законодательства в условиях модернизации современного российского общества. Эти вопросы не раз были предметом нашего обсуждения, однако вкратце напомним: каково соотношение между политической, экономической и правовой составляющими уголовного закона; какие взгляды должны быть их основой, чтобы соблюдался баланс социальных интересов российского общества; каков механизм действия уголовного закона; чем обосновывается его легитимность; как в предлагаемых изменениях реализуются задачи и принципы уголовного закона; возможны ли альтернативы уголовно-правовому регулированию? Решение всех этих вопросов и позволяет перейти к следующему направлению экономического анализа уголовного правотворчества.

Обеспечение рациональности выбора уголовно-правовых решений. Здесь требуется вначале определить, что есть рациональность уголовного правотворчества, конкретизируя высказанные выше соображения.

Поскольку в рамках неинституциональной теории рациональность признается ограниченной, обеспечение рациональности в уголовном правотворчестве должно рассматриваться скорее как вектор движения, чем как цель. К тому же в экономической литературе обосновываются различные теории рациональности <1>. В цитированной выше работе Я.И. Кузьмина, К.А. Бендукидзе и М.М. Юдкевич (со ссылкой на Герберта Саймона) полнее раскрывается ограниченность рациональности, чем сама рациональность. Это никак не препятствует использованию данного понятия <2>. Тем не менее, исходя из рассуждений указанных авторов, рациональность уголовного правотворчества можно понимать как наличие просчитанных и одобряемых последствий (это, правда, всегда может быть оспорено, но и проверено); реализуемой технологии выполнения проекта; формирования целей на основе принципа удовлетворенности.

<1> Нуреев Р.М. Указ. соч. С. 35 и след.

<2> Кузьминов Я.И., Бендукидзе К.А., Юдкевич М.М. Указ. соч. С. 29.

Сколько-нибудь полный анализ этих характеристик выходит за пределы рассматриваемых здесь проблем. Вместо этого обратимся собственно к выбору уголовно-правовых решений, начав с его предпосылок.

Наличные объективные и субъективные предпосылки рационального подхода к уголовному правотворчеству. Их анализ необходим, поскольку ограниченная и любая иная рациональность мыслима только в некотором социальном контексте.

Названные предпосылки проявляются на фоне происшедших в стране социальных перемен. В объективном плане в российском обществе происходят, как кажется, позитивные изменения, поскольку оно постепенно выходит из состояния аномии. Накапливается опыт жизни в новых социально-экономических условиях. Повышается уровень жизни. Все это в принципе позволяет более адекватно отражать факторы уголовного правотворчества, тратить средства на его осуществление, в конце концов не спешить с принятием решений. Вместе с тем объективные предпосылки уголовного правотворчества противоречивы.

Субъективные предпосылки, на наш взгляд, являются более сложными. Они состоят в развитости политической системы общества и осознании его интересов. Приходится полагать, что здесь положение дел не вполне благополучно. Нет никаких сомнений в том, что существуют сильные надежды на государственное насилие при довольно спокойном отношении к возможностям саморегулирования поведенческих процессов в обществе. Но перечень проектов новых уголовно-правовых запретов огромен. Диссертации и публикации в самых различных странах заполнены новыми редакциями, предложениями о повышении санкций, о введении новых квалифицирующих признаков и пр.

Адресная адаптация уголовного закона. Здесь затрагивается проблема адаптации уголовно-правовых новелл, или, говоря языком экономистов, выращивания уголовно-правовых институтов с учетом интересов отдельных социальных групп и тем самым интересов индивида.

Принято считать, что уголовный закон обращен к возможным преступникам, хотя и ведутся споры о том, на кого он распространяет предупредительное воздействие. Действительно ли он проявляет себя только в сфере борьбы с опасными деяниями, признаваемыми преступлениями, или фактически имеет более широкое действие? Уже из сказанного выше следует, что эта проблема отнюдь не решается однозначно.

Уголовно-правовые запреты и их последствия в виде наказуемости и иных последствий уголовно-правового характера в соответствии со ст. 3 УК РФ, как известно, определяются только законом, который принимается законодательной властью. Это, среди прочего, связано с тем, что законодатель обязан обеспечить общие интересы. Он стоит над частными и партикулярными,

ведомственными и любыми иными интересами. Он формулирует уголовный закон, отражая интересы и учитывая последствия, которые существуют и проявляются в самых различных сферах социальной жизни. Поэтому уголовный закон регулирует воздействие отнюдь не только на лиц, склонных к преступлениям или могущих их совершить, но влияет и на правоохрану и судебную власть. Юридически и фактически он обращен к самому широкому кругу участников правового оборота, действующих в сферах, на которые распространяются задачи уголовного закона. Любой налогоплательщик, вовсе не желающий уклоняться от уплаты налогов, должен считаться с существованием ответственности за налоговые преступления. Статьи 198 - 199.2 УК РФ порождают, в частности, дополнительные налоговые риски. Наиболее осторожные предприниматели будут переплачивать налоги, желая избавиться от возможных уголовно-правовых претензий. Это может ухудшить конкурентоспособность как отдельного плательщика по сравнению с другими, так и общую конкурентоспособность российских товаров, приводя к ликвидации рабочих мест. То или иное решение проблемы уголовно-правовой конфискации при существующем, пусть порой несправедливом, недоверии к правоохране может самым серьезным образом сказаться на лицах, заключающих ипотечные договоры, увеличивая проценты по кредитам для страхования их возврата. Иногда такого рода определение круга адресатов уголовного закона не вытекает из его текста и усиливает неопределенность уголовно-правового регулирования. Только недавно законодатель изменял, например, ст. 195 УК РФ "Неправомерные действия при банкротстве". Но он сделал это так, что соответствующие риски возложены на неопределенный круг лиц, и запрет теперь обращен ко всем лицам, так или иначе имеющим отношение к банкротству, включая жену индивидуального предпринимателя, если она кому-нибудь передаст какую-либо вещь из кабинета мужа.

В связи с этим обязательным является выявление потенциального круга адресатов той или иной уголовно-правовой нормы, но не на основе теоретических суждений, а путем анализа механизма действия уголовно-правовой нормы, института и выявления обязанностей, возникающих у той или иной категории субъектов права.

Юристы поэтому должны основательнее рассматривать круг адресатов действия уголовного закона и вписывать свои соображения в целостную систему суждений социального, экономического, психологического и иного содержания.

Проверка релевантности, обоснованности и легитимности экономических аргументов в сфере уголовного правотворчества. Под экономическими аргументами в данном случае понимаются такие интеллектуальные средства, включенные в состав экономической науки и практики, которые дают возможность определить, что то или иное утверждение применимо для установления некоторых фактов или обоснования некоторых выводов. Легитимными они становятся применительно к уголовному праву, если сами они соответствуют Конституции РФ и общепризнанным принципам и нормам международного права.

Необходимость использования таких аргументов не нуждается в особом обосновании, и речь может идти только об обострении необходимости в них в меняющейся социальной обстановке. Собственно же поиск аргументов такого рода крайне сложен. Лишь в процессе дискурса и практики можно определить именно такой состав и такую аргументированность суждений юристов, равно как и степень ответственности за них, которые способны обосновать уголовный закон, обеспечивая его правовой характер, конституционность.

Расхождения начинаются, когда предлагаются различные способы того, как именно юристы в рамках своей компетенции и на основе своих задач могут обеспечивать возможную оптимальность правового регулирования. Способами преодоления этих расхождений, которые нуждаются в тщательной разработке, являются, с одной стороны, структурирование действия уголовного закона, и в особенности анализ его последствий, а с другой - соблюдение идентичности собственной профессии, отказ от выхода за пределы своих профессиональных знаний.

При этом необходимо проверять любое суждение, любой проект на конституционность, как бы сложно это ни было. Достаточно поставить вопрос: вправе ли вообще юристы, оставаясь в рамках своей профессиональной компетенции, игнорировать последствия своих предложений? Несут ли они ответственность за них? Ответы на эти вопросы должны быть только утвердительными.

Поэтому, продолжая рассуждения об аргументах рациональности уголовного закона, следует полагать, что научные работники и практики обязаны в особенности надежно фиксировать социальный контекст уголовно-правового регулирования, помехи, возможности осуществления, переносимость, насколько о ней можно судить, и пр. Они должны выступать с предложениями, как бы это ни было трудно, только реально опираясь на данные иных отраслей знания и мнения широкого круга граждан.

При этом со своих профессиональных позиций юристам следует анализировать поставленные на уровне политики задачи любой нормы, института, права в целом, проверять возможные альтернативы, проводить анализ по схеме "затраты - выгоды", изучать и оценивать переносимость и отдаленные последствия вносимых предложений. Для теории уголовного права и

доктрины, пожалуй, и это не отрицается серьезными исследователями; важнейшая задача состоит в применении уголовно-правовых знаний к отдельным изменениям уголовного законодательства, предложениям о внесении изменений и дополнений в него и их оценке.

О последствиях действия уголовного закона. Можно согласиться с тем, что тяжесть наказания и иных мер уголовно-правового воздействия по, казалось бы, очевидной логике делает невыгодным преступление и удерживает человека от его совершения. В этом случае любое ужесточение репрессии будет желательным. Но есть несколько проблем. Позитивное воздействие наказания на поведение - только гипотеза. Более того, весьма авторитетные юристы в лучшем случае чрезвычайно осторожно относятся к этой гипотезе. Уголовный закон должен применяться, но как последний довод. Экономия репрессии всегда была одним из начал российского уголовного права, хотя это начало и не всегда соблюдалось. Любое ужесточение или расширение действия уголовного закона стоит бюджетных денег, в определенном плане меняет соотношение исполнительной и правоохранительной власти. Рост количества осужденных усиливает социальное расслоение.

Нужен показ того, что произойдет с определенным видом преступного или опасного поведения, каково будет отношение населения, возможно ли усиление коррупции, как изменится влияние правоохранительных органов и судебной власти на социальные процессы. Иными словами, необходимо социально-проектное обоснование каждой уголовно-правовой новеллы. Без него любое предложение об изменении уголовного закона является непрофессиональным.

О проблеме издержек при выборе уголовного закона как инструмента социального регулирования. Здесь в центре внимания должна находиться проблема существования и измерения издержек, и в частности альтернативных издержек.

В сущности, у законодателя есть три группы возможностей. Первая - ничего не менять. Вторая - идти на интенсификацию использования уголовного закона. Третья - стать на путь рациональной оптимизации. Разумеется, обществу необходим путь рациональной оптимизации уголовного закона, и он начинается с проверки наличия альтернативы использованию уголовного закона. В сущности, каждый уголовно-правовой запрет и каждая мера уголовно-правового воздействия заменимы по своей природе. Законодатель решает вопрос, нужен ли ему штраф как административное или уголовное наказание, должен ли запрет осуществления данного вида предпринимательской деятельности быть установлен в уголовном или административном законодательстве. Необходимо поэтому обсудить, создает ли отказ от уголовно-правового регулирования вакуум власти и, напротив, нельзя ли заменить его иными мерами воздействия.

Проблема общей подготовленности страны в целом и собственно правовой системы к изменениям уголовного политики. Наконец, следовало бы обсудить и эту проблему, поскольку она относится к числу социальных задач чрезвычайной важности. Приходится признать существование латентного отношения общества к уголовному закону и соответственно возможность существования мнимой подготовленности. Выше отмечалось определенное тяготение к усилению уголовной репрессии. Но общество может не осознавать реальных последствий действия уголовного закона и реагировать на них неосознанно, в частности усилением недоверия к закону и власти, ростом агрессивности и следовательно преступности и пр. Современная техника опросов не дает надежных оценок и состояния правосознания, и прогнозирования поведения. Нужен анализ поведения, действительного реагирования различных групп населения на изменения уголовного закона и практики его применения.

По существу, эта проблема еще не разработана, поскольку в условиях представлений о единстве и сплоченности населения особой потребности в этом не было. Сейчас необходим поиск индикаторов. Нельзя повторять допущенные ошибки, когда утверждалось наличие позитивного отношения населения к уголовному закону и после резкого изменения социальной обстановки страна столкнулась с взрывом преступности. Вполне понятно, что преступления совершали люди, которые, возможно, лишь незадолго до этого не осознавали такой возможности. Так или иначе юристы, экономисты, социологи должны разработать категорию социальной переносимости уголовного закона и насытить ее конкретным содержанием. Это могло бы действительно помочь правильно построить политику, правовую в целом и уголовную в особенности.

Уголовное право в системе государственного воздействия на экономику

Постановка проблемы. Задачи и пределы воздействия уголовного права (уголовного закона и практики его применения) как инструмента государства в сфере экономики могут быть определены только в рамках общенациональной социально-экономической политики, стратегии общественного развития. Уголовно-правовое мышление (наука, опытные суждения, иные высказывания специалистов) могут лишь определить возможности использования уголовного закона, сделать его пригодным для решения социальных задач, минимизировать негативные последствия. Для этого по меньшей мере необходимы: получение предметной характеристики

процессов воздействия уголовного права на экономическое поведение различных уровней, включая функционирование экономических и связанных с экономикой институтов; построение оптимальной модели действия уголовного права в сфере экономики; поиск средств совершенствования системы уголовно-правовых запретов, ее адаптации к меняющейся экономике.

Эти направления исследования можно представить лишь как достаточно длительный дискурс, т.е. процесс осуществления множеством заинтересованных субъектов теоретических исследований и эмпирических разработок, предполагающий столкновение различных взглядов, переработку большого объема информации, жесткую критику выдвигаемых положений и отсечение случайных, не поддающихся аргументации суждений, популистских высказываний. Особенно необходимыми для правоведения (уголовного права, криминологии) являются освоение достижений экономической науки, несмотря на всю ее противоречивость, и получение более полного представления о собственно экономическом поведении, экономической деятельности, экономических институтах, норме их функционирования, о некоторых усредненных тенденциях, параметрах, обыкновениях, стандартах, эффективности и пр., взятых во временном и пространственном сравнении.

Основы анализа экономической роли уголовного права. Представляется (как один из возможных подходов), что для такого анализа может быть использовано признание следующих тезисов:

а) исторический опыт подтверждает потребность общества в уголовном праве для защиты важнейших социальных ценностей, однако потенциальная его эффективность оценивается весьма неоднозначно;

б) легитимность уголовного права, т.е. права государства на осуществление через судебную власть ограничений и насилия, считается общепризнанной, но вызывает споры по поводу соотношения позитивных и негативных последствий уголовного права, варьирующихся в различных социально-экономических и правовых системах;

в) наличествует определенное согласие о необходимости совершенствования уголовного права, но полезна развернутая полемика относительно направлений, средств и пределов его изменения;

г) кажется очевидным, что каждая страна, обладающая суверенитетом, должна самостоятельно, исходя из своих условий, вести уголовную политику, однако недооценивается необходимость внимательного слежения за уголовной политикой иных стран для обеспечения как минимум равного положения на рынке отечественных субъектов экономических отношений; при этом ссылки на возможные санкции каких-либо международных организаций в случае неприятия, например, закона об отмывании денег являются, на наш взгляд, в высшей степени неприемлемыми.

Каждый из этих тезисов в общественном сознании должен разворачиваться в совокупность суждений, в конечном счете влияющих на уголовную политику, т.е. на правотворческий процесс, правореализацию, развитие инфраструктуры, и выраженных в форме теорий, методик, подходов, позиций, концепций, убеждений, установок и пр. Для этого, во всяком случае, нужен общий, даже несогласованный, понятийный аппарат, а также более или менее общие представления об объекте наблюдения и необходимой и возможной полноте его описания.

Следует признать, однако, что состояние дискурса о роли уголовного права в экономике вряд ли соответствует интересам общества. На наш взгляд (выскажем это как гипотезу), в данной сфере значительный вред приносят такие черты уголовно-правового мышления, как катастрофизм, ведомственность либо иной вид партикулярности, имитационность и непрофессионализм. Это проявляется в неаргументированной критике уголовного закона, явно или неявно предполагающей немедленное изменение его в целом, призывах к ужесточению наказания, к расширению полномочий различных структур, подмене обсуждения действительных проблем мнимыми. В частности, очень много написано о коррумпированности российской экономики, ее подконтрольности организованной преступности. Возможно, эти явления имеют место. Однако хотелось бы получить, наконец, эмпирические данные об этом, во всяком случае от лиц, формулирующих свои обвинения за счет налогоплательщика и фактически нередко призывающих к изменению конституционного правопорядка. Не может повредить действительным интересам государства и общества принципиальное повышение ответственности за суждения и действия в данной сфере, которая может быть реализована в соответствующих случаях как научным сообществом, так и ведомствами в пределах своей компетенции.

Предметная характеристика действия уголовного права в сфере экономики. Получение такой характеристики, безусловно, необходимо для его адаптации. Сейчас определен, хотя и спорен, круг уголовно-правовых запретов, воздействующих на экономические отношения, имеются статистические данные о применении уголовного закона. В то же время неизвестны так называемая латентность различных видов экономических преступлений; избирательность применения, т.е. характер стигматизации субъектов экономического оборота. Практически очень

мало сведений об изменении экономического поведения под влиянием применения или риска применения уголовного закона. В опубликованных работах, как правило, нет количественных данных о ресурсных затратах на реализацию уголовного закона, о релевантном расширении коррупции, повышении издержек, отказе отдельных субъектов от экономической деятельности и т.п.

Однако можно утверждать, что уголовное законодательство Российской Федерации в новых условиях постоянно расширяет пределы своего действия. Практика его применения становится все более избирательной и отходит от начала неотвратимости наказания. Воздействию уголовного закона количественно подвергаются все более широкие слои населения, главным образом не имеющие социальной защиты. Растут расходы на уголовную политику и снижается ее реальная социальная эффективность. По единодушному мнению серьезных специалистов настоятельна необходимость развития и рационализации уголовного права на новой основе и, соответственно, его адаптации к потребностям общества, что требует одновременного проведения судебной реформы и реформы уголовного процесса.

Рационализация уголовного права как минимум должна исходить из:

- признания его последним, необходимым, но вторичным или дополнительным к иным отраслям права доводом государства, т.е. средством обеспечения социального мира и таких условий экономического развития, которые общество на основе определенного согласия считает особенно необходимыми и без уголовного закона негарантированными;

- обеспечивать предсказуемость и единство уголовно-правовой практики;

- реализовать начало дифференциации уголовной ответственности в соответствии с принципами, сформулированными в действующем УК РФ.

Технически это означает соответственно:

- отражение общей противоправности деяния в предписаниях УК РФ;

- повышение определенности норм УК РФ до уровня, реализующего принцип "нет преступления без указания о том в законе";

- уточнение представлений о содержании общественной опасности деяния.

О противоправности деяния. Уголовный закон в полном соответствии с ч. 2 ст. 1 УК РФ, основываясь на Конституции РФ, не может объявлять преступлением деяние, не противоречащее Конституции РФ, что требует, разумеется, учета техники конституционного регулирования. Из этого следует, что не может быть объявлено преступным и поведение, разрешенное иными действующими правовыми нормами, в особенности гражданским, финансовым, налоговым, административным и иными отраслями права. При возникновении проекта уголовного закона, противоречащего этим отраслям права, возможная коллизия в принципе должна решаться на основе правовых норм преимущественно позитивного регулирования исходя из презумпции противоправности запрещенного деяния. Во многих случаях такой подход осложняется тем, что конституционное и иное законодательство предусматривает оговорки типа "если иное не установлено законом", но это лишь порождает потребность в более развернутом анализе позитивного законодательства. Однако обязательность обоснования общей противоправности запрещаемого деяния не снимается в любом случае. На наш взгляд, такая позиция связана с полемикой об объекте уголовно-правового регулирования. В современной литературе она была выражена в работах Н.А. Лопашенко, А.В. Наумова, А.М. Яковлева и других авторов и заслуживает не просто поддержки, а широкого применения. Здесь "дисциплинируется" законодательство. Каждая отрасль выполняет свои задачи, и если будет необходимо объявить нечто противоправным, то для этого есть свои пути.

Наличие общей противоправности деяния еще не легитимирует его криминализацию. Специальным случаем дополнительности уголовного права является ситуация наличия запретов однородных деяний в разных отраслях права. Наиболее значимой является недействительность сделок по гражданскому праву. Исходя из интересов гражданского оборота было бы неверно каждую сделку, совершенную путем обмана или злоупотребления доверием, считать мошенничеством или сходным с ним преступлением. Криминализация деяния, а затем применение уголовного закона требуют наличия некоторых дополнительных криминообразующих качеств при формулировании уголовно-правового запрета. В общем виде к ним относятся: заведомый выход обмана и злоупотребления доверием за пределы обычной предосторожности потерпевшего; отсутствие возможности возмещения причиненного деянием вреда; использование насилия при совершении преступления; большое количество потерпевших, не находящихся в личностных отношениях с субъектом деяния, и пр. <1>.

<1> Подробнее см.: Жалинский А.Э. О соотношении уголовного и гражданского права в сфере экономики // Государство и право. 1999. N 12. С. 47 - 52.

Проблема определенности уголовно-правовых предписаний. Обеспечение определенности уголовно-правового запрета в сущности представляет собой конституционное требование к

законодателью, реализующее принцип "нет преступления без указания о том в законе". Оно крайне важно для экономики, ибо предупреждает возникновение непереносимого уголовно-правового риска, т.е. возможности на основе усмотрения правоприменителя быть привлеченным к уголовной ответственности, когда противоправность и опасность деяния не могут быть осознаны субъектом этого деяния.

Здесь возникает очень много вопросов. Остановимся на двух.

Первый - о крайней неопределенности умысла по так называемым формальным преступлениям. Поскольку ст. 25 УК РФ определяет прямой и косвенный умысел через отношение к последствиям деяния, то, строго говоря, в формальных преступлениях он отсутствует. Ссылки на не предусмотренные законом последствия противоречат основам российского уголовного права. Практика закрывает глаза на формулировку закона, но это положение нетерпимо. По прямому тексту действующего закона: нет последствий - нет умысла, нет преступлений в сфере экономической деятельности. Ситуация эта, разумеется, известна. Необходимо ее исправление.

Второй - о достижении определенности в описании объективной стороны деяния. О многих неопределенностях написано в литературе (Б.В. Волженкин, Н.А. Лопашенко и др.). Однако до сих пор степень неопределенности такова, что либо необходимо доктринально, а затем законодательно признать возможность применения аналогии уголовного закона и перехода к "полупреcedентному" праву, либо признать существующую практику применения ряда статей УК РФ противоречащей принципу "нет преступления без указания о том в законе", либо немедленно исправить сложившееся положение. Особенно остро этот вопрос касается ст. 169 (правда, не вполне принимаемой всерьез), ст. ст. 171, 172, 173, 174 УК РФ и ряда других. Приведем два примера: понятие банковской деятельности и банковских операций крайне сложно отделить от договоров займа и кредита по главе 42 ГК РФ; никакого разумного толкования нельзя дать понятию "иная экономическая деятельность" по ст. 174 УК РФ, если не считать ею любое приобретение продовольственных товаров в магазине.

Бизнес и правоохранительные органы: правовое опосредование взаимодействия

Исходные положения. Соображения, излагаемые ниже, имеют своей целью:

- выделить взаимодействие бизнеса, т.е. предпринимательской деятельности, и публичной власти в качестве самостоятельного объекта социально-правового исследования и рассмотреть его структуру;

- уяснить возникающие здесь проблемы реализации уголовно-правовых норм;
- на этой основе попытаться найти пути повышения эффективности права в целях обеспечения баланса законных интересов бизнеса, власти и общества в целом.

Здесь будут рассмотрены лишь отдельные стороны поставленной проблемы. Однако в рамках данной проблематики должны особо исследоваться:

- интересы и поведение участников взаимодействия, получающие институциональную, статусно-правовую, организационно-управленческую и иную оценку;
- правореализационные действия (бездействие), образующие правовую политику и правовую практику, управляемую и стихийную;
- результаты взаимодействия в виде уровня репрессии, трансакционных издержек, состояния страха и другие проблемы.

Под взаимодействием бизнеса и правоохранительных органов в данном случае особо, без выхода в сферу социальной теории, понимаются реально осуществляемые, вынужденные и добровольные, официальные и неофициальные, легальные и теневые связи и контакты правоохранительных структур и предпринимателей, действующих как индивидуально, так и в различных организационно-правовых формах.

Использование такого понятия, как взаимодействие, применительно к отношениям бизнеса, т.е. в данном случае предпринимателей страны, и правоохранительных органов, т.е. субъектов осуществления правоохранительных действий и принятия правоохранительных решений, для юристов не вполне привычно. Отношения бизнеса и публичной власти обычно рассматриваются в таких сочетаниях понятий, как "экономика и политика", "государство и общество", "власть и источник власти". При этом право юристы понимают преимущественно как инструмент регулирования или управления пассивно реагирующей прогнозируемой средой, который находится сверху, хотя формально признается, что оно служит народу как источнику власти <1>.

<1> Здесь и далее следовало бы сослаться на многие работы юристов и экономистов и зафиксировать разделение во взглядах. По техническим соображениям от этого пришлось отказаться.

Здесь принимается, что взаимодействие правоохранительной (юрисдикционной) власти и бизнеса - это постоянный процесс, т.е. социальная реальность:

- имеющая свои закономерности и не сводящаяся к правовым отношениям и формам;
- поддающаяся правовому регулированию, влекущему позитивные и негативные последствия, что, в свою очередь, проявляется по многим параметрам;
- направленная в идеале на достижение общего блага, т.е. сбалансированных интересов общества и участников взаимодействия.

Взаимодействие бизнеса и власти может исследоваться с разных позиций. Юристов, в частности, интересуют три проблемы. Первая - структура и характер взаимодействия, его последствия, достаточность и эффективность правовой базы, сложившаяся практика применения материальных правовых норм, соблюдение статусных ограничений, правовых процедур и пр. применительно только к общим сторонам взаимодействия. Вторая - характер совершаемых здесь правонарушений. Третья - содержание (и распространенность) различных интересов и пр. Выявление, измерение и анализ состояния этих параметров взаимодействия, по-видимому, позволят как дать определенную оценку состояния правопорядка в данной сфере, так и сделать выводы экономического характера.

В целом проблематика такого рода могла бы образовать в структуре различных правовых наук направления, которые можно было бы обозначить как "реализация отрасли правовых норм в процессе взаимодействия бизнеса и правоохраны". Впрочем, структурирование предмета правовой науки в данном сегменте требует особого обсуждения.

Структура взаимодействия. Со стороны власти ее образуют юридические и неформальные действия, в частности: расследование и рассмотрение уголовных дел, разрешение гражданских и иных споров, действия по прямому принуждению, контроль и надзор за предпринимательством, исполнение приговоров и решений, сбор информации, регистрация, выдача различных разрешений и пр. Со стороны бизнеса это регулируемые и нерегулируемые правом действия (сделки, распоряжения и пр.), обращения с заявлениями о совершении различных действий либо отказе от них, представление информации, исполнение судебных решений, передача имущества и прекращение деятельности, претерпевание силовых действий, например обысков, проведение требуемых мер, незаконные действия по отношению к власти (взятки, угрозы и пр.).

Взаимодействие охватывает также личные контакты, прямые либо опосредованные, совместное участие в судебных процедурах, силовые столкновения, передачу и получение информации, осуществление и претерпевание различных мер. В итоге здесь можно выделить содержание, формы (способы) и последствия взаимодействия.

Последствия (результаты) взаимодействия. Они распространяются на общество и его элементы, на бизнес и собственно на власть. Эти последствия юридически и социально могут блокировать развитие бизнеса или способствовать ему, обеспечивать определенное состояние правопорядка, вести к утрате экономической свободы, укреплять или ослаблять гарантии собственности.

С позиций права и правовой социологии эмпирическими статистическими показателями последствий взаимодействия, в принципе весьма разнообразными, могут быть: количество производств неоконченных и оконченных судебных споров применительно к различным судам; административные и уголовные дела; акты прокурорского надзора; количество проверок различного рода; меры принуждения, санкции; исполнение судебных решений; банкротства и пр.

Путем использования различных комплексных методик могут быть с той или иной степенью определенности установлены и такие параметры последствий взаимодействия, как: уровень авторитарности либо насилия (захваты, задержания, изъятия и пр.); издержки, включая коррупционные; риски психологические, экономические, правовые; готовность к соглашениям либо, напротив, степень агрессивности, взаимонеприятия и другие параметры, актуализируемые ситуацией.

Именно эти данные о взаимодействии, на наш взгляд, представляют собой формацию, необходимую для разработки правовой политики и отдельных правовых мер. Понимая, что происходит, и предприниматели, и силовики лучше смогут деловым образом говорить друг с другом и обращаться к возможным арбитрам.

Правовое опосредование. Его содержание, пределы и механизмы являются спорными в литературе и еще больше на практике.

Юристы склонны преувеличивать интеллектуальные и регулятивные возможности права; иногда эта переоценка становится достоянием общественного мнения.

Во всяком случае, право и правовое опосредование должны определять компетенцию и процедуры правоохраны на основе презумпции связанности ее законом.

Здесь много особенностей, относительно которых действует "начало умолчания". Прежде всего право как социальный регулятор определяет взаимодействие бизнеса и власти в той мере, в какой сама власть продуцирует право и соглашается либо принуждается подчиняться ему, а адресаты права (условно бизнес) принимают право либо так или иначе сопротивляются ему.

Связи и контакты бизнеса и публичной власти на индивидуальном, групповом и общесоциальном уровнях опосредуются правом в целом, т.е. практически всеми его отраслями, а не только экономическим правом, правда, выполняющим здесь базовые функции. Так, практика применения уголовного законодательства, охраняющего жизнь и здоровье, может интенсивно воздействовать на условия бизнеса. Наконец, правовое опосредование включает в себя как правотворческий процесс, так и процесс реализации права, взятый в самом широком понимании этого слова. Оно вынужденно учитывает или должно учитывать противоречивые интересы и позиции сторон социальных партнеров как внутри власти, где конкурируют ее различные ветви, отдельные властные структуры, должностные лица, так и проявляющиеся в дозволенной и недозволенной конкуренции внутри бизнеса.

Именно проявляющиеся в процессе правового опосредования противоречивые интересы, как внутри власти и бизнеса, так и в отношениях "бизнес - власть", могут быть источником усиления коррупции, которая может наряду с "бесплатным" произволом привести к разложению власти. Взаимодействие "бизнес - власть" парадоксальным образом может приводить также и к огосударствлению бизнеса и приватизации власти. Отсюда оптимизация правового опосредования взаимодействия как раз и состоит в балансировании "нападения" и "защиты", что приводит либо при неудаче к подавлению одной из сторон, либо в норме к компромиссу.

Правовые отношения между бизнесом и правоохранительной властью поэтому всегда нуждаются в жестком социальном контроле. Однако в собственно юридическом понимании только публичная власть способна контролировать и ограничивать саму себя. Формально выраженные виды воздействия на власть, включая влияние на ее позиции, использование средств защиты от власти, оцениваются как легитимные только властью, в оптимальном варианте через суд, который есть орган власти и, что бы ни говорили, тяготеет к защите публичных интересов в первую очередь.

Взаимодействие бизнеса и власти можно и должно поставить под неформальный социальный контроль, однако пока он развит слабо, не имеет необходимых социальных основ, не институализирован и противостоять власти в нужной степени не может.

Практически это значит: даже опосредованное правом взаимодействие бизнеса и власти, будучи борьбой интересов, способно без надлежащих условий и жесткого социального контроля привести к эрозии как бизнеса, так и власти, причем власть теряет свое истинное назначение тем быстрее, чем более бесконтрольной она является. Право поэтому должно в большей, чем ныне, степени самосовершенствоваться и подкрепляться иными социальными регуляторами, в особенности идущими снизу, и быть объектом социального контроля.

Критерии оценки взаимодействия бизнеса и правоохранительной власти. В принципе, такое взаимодействие прямо и косвенно, осознанно и неосознанно призвано обеспечить некоторое общее благо - оптимальное состояние социального благополучия и правового мира (правопорядка) в сфере экономики, что и является его основным критерием.

Отсюда подчиненные этому критерию взаимодействия власти и бизнеса отражают параметры баланса интересов, переведенного на системно высший общесоциальный уровень. В отдельности и вместе эти критерии постоянно обсуждаются с позиций как самой возможности признания благом того или иного феномена (состояния, результата), так и его реальных и необходимых (допустимых) параметров.

При этом признание того или иного явления, состояния, принципов хозяйствования социальным благом в сфере экономики является задачей экономической политики, науки, практики, которые формируют такое признание, опираясь на необходимые им источники.

Право же в известном смысле нейтрально к экономической политике (в литературе ФРГ пишут о нейтралитете Основного Закона при определении экономического порядка) и обеспечивает лишь (что крайне важно) права и свободы в сфере экономической деятельности, неприкосновенность собственности, стабильность отношений.

Это значит, во всяком случае, что правоохранительная власть принципиально не вправе решать вопросы экономической необходимости, целесообразности, полезности и пр., поскольку это выходит за пределы толкования и применения закона.

Функции правоохраны и суда не распространяются на признание чего бы то ни было экономическим благом или злом. Вместе с тем правоохранительная власть и бизнес должны объективно оценивать практику взаимодействия, исходя из оптимальной стратегии отношений и отказываясь от суицидальной тактики.

Таким образом, практически значимыми критериями оценки состояния взаимодействия можно считать на одной стороне: наличие эффективной и хорошо адаптирующейся к социальным изменениям правоохранительной системы; доступ к ней; возможный минимум негативных последствий ее деятельности; разумное соотношение целесообразности и законности принимаемых мер; предсказуемость политики и пр.; на другой: законопослушность; максимально возможное правовое сотрудничество; сочетание законности и справедливости; минимизацию злоупотребления властью права и правом власти.

Выявление и учет этих либо иных подобных им критериев позволяют, на наш взгляд, более эффективно управлять взаимодействием бизнеса и власти, оптимизировать его формы и содержание.

Проблемные ситуации (болевые точки) взаимодействия. Здесь можно выделить лишь некоторые из них - устойчиво существующие и вновь порождаемые.

Проблемная ситуация избыточной карательности современного экономического законодательства. Эта ситуация сильно деформирует содержание и цели правоохраны.

В свое время реализация уголовно-правового запрета, именовавшегося спекуляцией, обошлась обществу в сотни тысяч осужденных. Только в 1986 г., т.е. уже в преддверии отказа страны от планового хозяйства, за так называемые хозяйственные преступления, т.е. главным образом от спекуляцию и занятие запрещенным промыслом, было осуждено 121924 человека. И даже в 1996 г., когда изменился перечень хозяйственных преступлений, когда были исключены упомянутые запреты, количество осужденных все же составило 45650 человек.

Сомнения относительно оптимальности уголовного закона не сняты и в настоящее время. Необходимость уголовной ответственности за незаконное предпринимательство, т.е. осуществление предпринимательской деятельности без регистрации, либо без специального разрешения (лицензии), либо с нарушением условий лицензирования, признается далеко не всеми специалистами в области уголовного права. Многие запреты в этой сфере не применяются пока, но висят над бизнесом как дамоклов меч и могут быть использованы при необходимости. Постоянные изменения, вносимые в УК РФ, трудно поддаются обоснованию и выглядят как специфический законодательный акционизм.

Высокий уровень репрессивности правового регулирования по отношению к бизнесу при этом характерен даже для частного права (укажем лишь на ст. 169 и др. ГК РФ).

Проблемная ситуация управленческой ориентации правоохранительных органов на репрессию. Она усиливает и без того высокий карательный потенциал законодательства.

Оценка деятельности должностных лиц и структур правоохраны осуществляется по количеству раскрытых и расследованных преступлений, административных взысканий, конфискации (возмещения ущерба) и пр. Нормальное, усредненное поведение должностных лиц нацелено на результат, а он зачастую легче достигается за счет аутсайдера, чем действительно опасного нарушителя законности.

Поэтому работники правоохранительных органов рассматривают зачастую предпринимателей как потенциальных преступников, а их деятельность как вредную для страны. Это усугубляется характерным для многих стран ощущением катастрофизма, при котором на первый план выходит поиск ответственных за неудачи, порождаемые именно преувеличенным ощущением неравенства, и не снимается повышением социального благополучия. Повсюду законный выигрыш в бизнесе выше законных доходов во власти, и связанные с этим противоречия обостряют отмеченную управленческую ситуацию.

Проблемная ситуация недостаточности профессионализма. В бизнесе в настоящее время работает много людей, имеющих опыт правоохранительной деятельности и сохранивших связи с ней. И все же лица, принимающие решения в правоохранительных органах, далеко не всегда четко представляют характер предпринимательской деятельности и последствия принимаемых в этой сфере решений.

В качестве примеров можно указать на представления: о предпринимательском риске, об определении цены при покупке и продаже предприятий, о необходимой предусмотрительности лиц, заключающих сделки, о соотношении различных способов минимизации налогов и уклонения от них, об экономических последствиях временного или постоянного прекращения предпринимательской деятельности, о верхней границе переносимости различного рода платежей в фискальные органы и т.п. В этом коренится серьезная опасность.

Если согласиться с тем, что в конечном счете индивидуальный потребитель определяет судьбу продукта и производящей этот продукт фирмы, то судьбу юридической практики, ее состояние, а затем и судьбу бизнеса точно так же определяет индивидуальный правоприменитель. Именно индивидуальные субъекты правоприменения формируют своими решениями давление на бизнес, создают общие условия его осуществления.

Наряду с этим существует нуждающаяся в особом анализе группа острых, проблемных ситуаций взаимодействия "бизнес - власть", характерная для периода социальной трансформации. Она включает ситуации:

а) приватизации власти и ее инструментализации в интересах, противоречащих общему благу;

б) распространенности произвола как средства запугивания, подавления бизнеса либо как способа самовыражения, иногда обосновываемого идеологически;

в) возникновения специфических неоднократно рассмотренных особенностей коррупции.

Возникновение этих проблемных ситуаций требует по общему правилу участия двух сторон, проявляющегося в обмене имущественного ресурса на властный, имеющий различное содержание.

Некоторые пути совершенствования взаимодействия власти и бизнеса. Это взаимодействие, по-видимому, в сложившихся условиях должно идти по трем направлениям: совершенствование бизнеса; улучшение состояния правоохранных структур и законодательства; оптимизация собственно контактов (процедуры, гарантии, кадры, инфраструктура и пр.).

Бизнес, как известно, не вправе влиять на отдельные правоприменительные решения помимо существующих законных процедур. Он не должен диктовать правовую политику.

Вместе с тем кажется несомненным, что организации предпринимателей могут и, возможно, должны:

- разрабатывать собственные альтернативные проекты уголовных и иных законов (это наиболее актуально именно для действующего уголовного законодательства);
- осуществлять защиту членов профессионального сообщества от незаконного поведения правоохранных структур;
- участвовать в мониторинге правоохранительной деятельности;
- разрабатывать предложения к правовой политике;
- способствовать улучшению управления в органах правоохраны;
- укреплять собственную институциональную основу и пр.

На наш взгляд, сейчас необходимо, причем не откладывая этого надолго, на научной основе осознать помехи и трудности, препятствующие эффективному взаимодействию правоохраны и бизнеса. При этом надо учесть, что на протяжении многих лет в России, несмотря на смену социальных систем, бюрократия либо деформирует экономику, деятельность купцов, промышленников, предпринимателей, директоров предприятий, председателей колхозов, менеджеров, либо подавляет ее. Это делается для увеличения и сохранения властных возможностей, оптимизации своего положения либо, возможно, по искренней глупости, но постоянно маскируется рассуждениями о пользе Отечеству.

Эти проблемы, вероятно, коренятся в надформационной структуре отношений. Смена формаций в ее марксистском понимании парадоксальным образом не меняет или меняет недостаточно отношения между бизнесом и властью. Указанные глубинные факторы осложняют и процессы наказания, и процессы преобразования.

Поэтому сейчас для правовой науки важно:

- пересмотреть ряд традиционных подходов к правоохране;
- разработать методологию и методику ее мониторинга в данной сфере;
- способствовать усилению ориентации на интересы экономики и, значит, фундаментальные социальные ценности, снижение уровня репрессивности, повышение роли того, что принято считать сущностными свойствами права.

Разумеется, каждый из этих подходов нуждается в специальном анализе.

Раздел 5. УГОЛОВНЫЙ ЗАКОН

В этом разделе рассматриваются хорошо известные практике проблемы, для решения которых, как кажется, недостает познавательной и управленческой воли. Круг этих проблем можно обозначить как далекую от практики идеализацию содержания принципа законности и роли уголовного закона, заставляющую правоприменителя действовать по умолчанию.

Это относится к источникам уголовного права, легитимации, т.е. проверке правового, конституционного характера уголовного закона, его реальных функций и т.д.

Так, принятие сколько-нибудь сложных решений о применении уголовно-правовых норм очевидно требует информации, не содержащейся только в уголовном законе. Необходимо изменение отношения к содержанию оборота "источник уголовного права". Нужно, вероятно, принять его понимание как любой формы закрепления информации, относимой к уголовному закону и не противоречащей ему.

Даже одна эта проблема обосновывает необходимость разработки инструментальной теории уголовного закона, не игнорирующей реальные трудности, но преодолевающей их.

О системе источников уголовного права

Гипотезы исследования. На основе проведенного исследования оснований и аргументов уголовно-правовых решений и анализа теоретических разработок проблемы источников права выдвигаются следующие гипотезы.

Первая. Формальными (информационно-формализованными) источниками уголовного права, равно как и права в целом, являются все объективированные и соответственно представленные пользователю тексты, в которых имеются обладающие специфическими

признаками суждения о содержании и условиях применения уголовно-правовых предписаний, норм, институтов.

Вторая. Источники уголовного права образуют иерархическую систему и подразделяются по степени обязательности или юридической силы и по назначению или характеру предназначенности для установления различных правовых суждений.

Третья. Признак нормативности проявляется в возможности использования данного суждения более чем в одном случае, а также как некоторая различная степень связанности адресата данной информации характером ее воздействия на поведение. Сложность признака нормативности информации приводит к поиску и анализу таких понятий, как теневое право, псевдоправо и пр., но должна быть преодолена и в конституционных рамках.

Четвертая. Многолетняя практика реализации уголовного закона выявляет самые различные способы фиксации нормативной информации, используемой при принятии уголовно-правовых решений.

Пятая. Учет общих и специфических черт иерархической системы источников уголовного права повышает обоснованность уголовно-правовых решений и обеспечивает их законность.

Шестая. Признание определенной информации и ее формы источником уголовного права выявляется в ходе решения отдельных уголовно-правовых задач в рамках общего принципа законности в широком понимании этого слова.

Источники права и практика. Проблема источников права в целом и уголовного права в частности постоянно обсуждалась и обсуждается специалистами в области общей теории права и уголовного права <1>. Перед практиками эта проблема возникает всякий раз, когда адресат уголовно-правовых предписаний должен принимать ретроспективное или прогностическое решение, опирающееся на уголовное право или учитывающее его, и обращается к различным источникам нормативной информации в стремлении повысить надежность своего решения.

<1> Среди других см.: Бобылев А.И. Источники (формы) права // Право и государство: теория и практика. 2005. N 1. С. 6 и след.; Марченко М.Н. Источники права: Учебное пособие. М.: Проспект, 2005; Нерсисянц В.С. Общая теория права и государства: Учебник для вузов. М., 2000 и др. В уголовно-правовой литературе этими вопросами занимались Н.Д. Дурманов, Н.М. Кропачев, А.В. Наумов, А.И. Рарог, А.С. Шляпочников и другие ученые.

Это относится, например, к гражданам, которые должны решать, не может ли повлечь уголовную ответственность применение тех или иных схем минимизации налогов. Это относится и к лицам, применяющим уголовный закон при решении уголовно-правовых задач на уголовно-правовую оценку деяния либо назначение наказания, и к самому субъекту нормотворчества и пр. Действительно, ст. 8 УК РФ устанавливает, что основанием уголовной ответственности является совершение деяния, содержащего все признаки состава преступления, предусмотренного УК РФ. Между тем уяснение состава преступления, что общеизвестно, требует обращения к иным отраслям законодательства, судебной практике, выводам юридической науки и пр. <1>.

<1> См.: Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. М.: Юридическая литература, 1972. С. 99.

Собственно, любой случай обращения к уголовному праву наглядно доказывает, что необходимая его адресату информация, как правило, выходит за пределы уголовного закона.

Ввиду этих реально существующих, а не теоретически предполагаемых обстоятельств адресат уголовного права, в какой роли бы он ни выступал, должен знать, какая информация ему необходима для получения уголовно-правовой оценки, либо для формулирования уголовно-правового суждения, либо для решения уголовно-правовой задачи. Адресат уголовного права должен знать, где эта информация содержится, какова степень ее обязательности (нормативности), в каком соотношении находятся блоки информации, содержащиеся в различных текстах. Нередко при аргументации уголовно-правовых решений работают профессиональные обычаи или, хуже, теневое право. Судья знает уголовный закон, имеет свое мнение относительно его содержания, но руководствуется решениями вышестоящего суда, поскольку в лучшем случае не желает отмены постановленного им приговора по конкретному делу. Адвокат профессионально обязан знать судебную практику и может нести ответственность за последствия неправильной рекомендации, сформулированной без учета судебной практики. В идеале немыслимо выступление в суде прокурора, который не знаком с ведомственными методическими рекомендациями, связанными с толкованием соответствующих уголовно-правовых норм, но и это случается нередко. Такие явления хорошо известны любому читателю, но необходимо подчеркнуть, что они отнюдь не порождены именно российской спецификой <1>.

<1> См. об этом: Hoffmann-Riem W. Modernisierung von Recht und Justiz. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001; Rinken A. Einführung in das juristische Studium. 2 Aufl. München: C.H. Beck, 1991.

Между тем в систематических работах по уголовному праву (учебники, курсы, пособия, комментарии к УК РФ и пр. <1>) проблема источников уголовного права исчерпывается обращением к анализу только уголовного закона и в относительно редких случаях - соображениями о восполнении его пробелов. Правда, в уголовно-правовой литературе, скорее обращенной к научным работникам, уделяется традиционно существенное внимание природе разъяснений Верховного Суда РФ <2>, в последнее время - значению международно-правовых актов и некоторым иным вопросам.

<1> См.: Уголовное право. Библиография (1985 - 2006 годы) / Под ред. А.Э. Жалинского. М.: Городец, 2007.

<2> См.: Мадьярова А.В. Разъяснения Верховного Суда Российской Федерации в механизме уголовно-правового регулирования. СПб.: Юридический центр Пресс, 2002.

Однако изолированное и, главное, не вполне по естественным причинам подготовленное к практическому применению исследование способов фиксации уголовно-правовых суждений не способно удовлетворить целостные потребности адресата уголовного права.

Можно, кроме того, с сожалением констатировать, что в уголовном праве неполно используются достижения общей теории права, в которой проблеме источников права уделяется гораздо большее внимание. Все это порождает необходимость разрешения проблемных ситуаций, которые состоят в неопределенности адресатов относительно характера и круга источников уголовно-правовой информации, неполном или неверном ее использовании и соответственно в принятии неверных уголовно-правовых решений. Одним из средств этого является разработка на отраслевом уровне теории источников уголовного права, выходящей за пределы изучения уголовного закона, наряду с теорией преступления и наказания.

О предмете теории источников уголовного права. Специальная теория источников уголовного права, включающая в себя теорию уголовного закона, должна исследовать следующие вопросы:

- действительное, практически реализуемое значение конституционного принципа законности в сфере уголовного права с учетом требований ст. 1, ч. 2 ст. 2, ст. 3 и других статей УК РФ;

- реальные нормативные факторы принятия уголовно-правовых решений;
- нормативное понятие, природу и признаки уголовно-правовых суждений как информационного содержания источника уголовного права;
- способы формирования круга источников уголовно-правовой информации;
- иерархические связи внутри круга источников уголовно-правовой информации;
- правила работы с источниками уголовно-правовой информации;
- конституционность и специфические особенности отдельных источников уголовного права.

Такое понимание предмета теории источников уголовного права соответствовало бы подходам, разработанным в общей теории права, во всяком случае в ее концептуальном варианте.

Действительно, в фундаментальной работе М.Н. Марченко общая теория источников права включает в себя проблемы правопонимания, понятия формы права, источника права, формы и источники позитивного и естественного права, системно-иерархический характер форм и источников права. А.И. Бобылев, в свою очередь, отмечает возможность различения официальных и неофициальных, писаных и неписаных, прямых и косвенных источников права <1>. По существу сходно построил учение об источниках права профессор Бернд Рютерс. Он рассмотрел в своем учебнике по теории права: а) понятие и функции источника права; б) виды источников права, включив в них международное и надгосударственное право, конституции, парламентское законодательство, подзаконные нормативные акты, договоры, обычное право, право судей (Richterrecht), право юристов (Juristenrecht); и под знаком вопроса в) естественное право как источник права; г) источники права (правовой порядок) как единство <2>.

<1> Бобылев А.И. Указ. соч. С. 7.

<2> Ruthers B. Rechtstheorie. München: C.H. Beck, 1999. S. 125ff.

Нетрудно увидеть, что эта проблематика так или иначе сопрягается с потребностями реализации уголовного права, хотя совершенно очевидно, что механическое перенесение идей общей теории права на почву уголовного права невозможно.

Так понимаемая и разработанная теория источников уголовного права должна, повторим, стать одной из трех составных частей Общей части уголовного права наряду с теорией

преступления и теорией мер уголовно-правового характера или теорией уголовной ответственности.

Признаки и понятие источников уголовного права и уголовного закона. Вначале необходимая оговорка. Как известно, в российской правовой литературе, и не только в ней, велась, кажется, почти утихнувшая дискуссия о разграничении понятий источников права в широком и узком смысле <1>.

<1> Обзор позиций см. в кн.: Марченко М.Н. Указ. соч. С. 43 и след.

Складывается впечатление, что 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.

Ниже так или иначе рассматривается лишь то, что именуется формальными источниками права, т.е. источники уголовного права в узком смысле.

Понятие источников права в узком смысле наряду с определением их перечня является спорным. Профессор А.В. Мицкевич отмечал, что юридическими источниками, или формами права, "являются официальные формы выражения и закрепления (изменения или отмены) правовых норм, действующих в данном государстве" <1>. Профессор М.И. Байтин, в свою очередь, под формой (источником) права понимает "определенные способы (приемы, средства) выражения государственной воли общества" <2>. А.И. Бобылев определяет источники права как "формы внешнего выражения и закрепления содержания правовых норм" <3>. Ряд весьма интересных соображений об источниках права высказал судья Конституционного Суда РФ профессор Г.А. Гаджиев при обсуждении этой проблемы на факультете права ГУ-ВШЭ в апреле 2006 г.

<1> Общая теория государства и права. М.: Зерцало, 2002. С. 230.

<2> Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Саратов, 2001. С. 67.

<3> Бобылев А.И. Указ. соч. С. 6.

Перечень определений источников права можно продолжить. В уголовно-правовой литературе спорят, главным образом, о возможности считать источниками права или необходимости считать чем-то иным судебную практику, и прежде всего разъяснения Верховного Суда РФ, судебные прецеденты, несколько в иной связи восполняющие бланкетность уголовно-правовых норм нормы позитивного права.

Все исследования такого рода являются, несомненно, полезными. Однако поиск идентичности источников уголовного права должен стремиться выявлять их общие и притом сопоставимые по степени выраженности признаки и основываться на существующих потребностях и реалиях уголовно-правового регулирования. Нетрудно видеть, что дефиниции такого рода должны быть адаптированы к правовой материи уголовного права, его задачам, принципам, содержанию, используемым правовым средствам. Иными словами, они должны отражать специальные признаки источников именно уголовного права, не игнорируя, разумеется, при этом и признаки общие.

Попытаемся вначале кратко рассмотреть отдельные признаки источников уголовного права, включив в них признаки соотносимости, нормативности, определенности.

Существенным (возможно основным) признаком источников уголовного права является их соотносимость с уголовным правом, релевантность к его реализации. Они должны быть необходимы для принятия различных уголовно-правовых решений, основанных на Конституции РФ и общепризнанных принципах и нормах международного права. Например, с этих позиций приговоры и иные решения уголовно-процессуального характера являются источником уголовного права, поскольку они характеризуют сложившуюся практику по параметрам стабильности, предсказуемости, справедливости и пр. Эта проблема недостаточно проговорена в нашей литературе, но встречающиеся резкие изменения судебной практики фактически подрывают доверие к судебной системе и снижают эффективность уголовного права.

Следующим признаком источников уголовного права является нормативность содержащейся в них информации. Это не вполне определенный признак, требующий серьезного анализа. Необходимо согласиться с тезисом, выдвинутым в серьезной работе А.В. Мадыаровой о том, что "не существует четких, общепринятых понятий о критериях нормативной новизны: в каких случаях имеет место простое толкование закона, раскрытие его смысла, а в каких творческое развитие правовой нормы". Правда, большего раздумья заслуживает продолжение этой фразы: "Но это,

конечно, не означает, что любой акт правоприменения может рассматриваться как нормосозидающий" <1>.

<1> Мадьярова А.В. Указ. соч. С. 68.

Исходя из начала релевантности источников уголовного права и потребностей уголовно-правового регулирования, т.е. соображений преимущественно прагматического плана, целесообразно понимать под нормативностью источника уголовного права наличие в нем суждений, выраженных в различной форме и обладающих такими свойствами, как авторитетность или действительность, определенность, правовая регулятивность или возможность применения к неопределенному кругу лиц. Эти суждения, что крайне важно в связи с изложенной позицией, могут и не представлять собой полную норму, т.е. полное общеобязательное правило социального поведения, но видоизменять ее содержание либо давать основания для определенного ее понимания. Приведем пример. Статья 89 УК РСФСР устанавливала ответственность за хищение государственного или общественного имущества, совершенное путем кражи. Понятия хищения в то время законодатель не вводил, и оно - разработанное в соответствии с судебной практикой, но все же лишь доктринальное - содержалось как господствующее мнение советских юристов в комментариях к этой статье, учебниках и иных публикациях. Впоследствии оно стало содержанием примечания 1 к ст. 158 УК РФ, приобретая силу закона. Совершенно очевидно, что это понятие использовалось и при применении норм УК РСФСР и используется при применении норм УК РФ. Только в одном случае его источником была уголовно-правовая доктрина, опирающаяся на судебную практику, а в настоящее время - уголовный закон, т.е. УК РФ. Точно так же сейчас признак тайного совершения кражи раскрывается в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ, но не в законе; например, понятие похищения человека, ответственность за которое предусмотрена ст. 126 УК РФ, формируется только в доктрине, да и то трудно назвать мнение о нем господствующим. Тем не менее во всех этих случаях тексты судебных актов и публикации специалистов содержат в себе суждения, обладающие признаком нормативности.

В то же время признак нормативности следует в каждом случае конкретизировать, вводя определения нормативности или раскрывая ее, что хотя и сложно, но необходимо. По всей вероятности, практически конкретизация нормативно отражается в иерархии источников уголовного права, компетенции субъекта его формирования, характере используемых при этом процедур.

Это означает, что Конституция РФ, общепризнанные нормы и принципы международного права, уголовный закон занимают соответственно высшее место в иерархии источников права. Это проявляется различным образом и осуществляется в процессе правореализации. Во всяком случае, практика показывает существование и здесь огромных трудностей. Такое преступление, как убийство, состоит в причинении смерти другому человеку. Но установить, что такое другой человек, т.е. имело ли место начало и конец жизни, опираясь только на уголовный закон, невозможно. И так называемое дело трансплантологов показывает это более чем наглядно. Таким образом, признак нормативности определяется путем установления предмета суждения (конструкции, нормы) и места в иерархии источников уголовного права, отражающего степень его обязательности.

Наконец, особо следует выделить признак определенности источника уголовного права. Он также имеет различную степень, поскольку любое, внешне весьма определенное суждение в уголовном праве нуждается в уяснении его смысла и набора значений.

Таким образом, делается вывод о том, что под источниками уголовного права понимаются все текстуально существующие способы выражения уголовно релевантной информации, содержанием которой действительно или предположительно являются связывающие адресата уголовно-правовые нормативные предписания. Это то, в чем выражено уголовное право и формы, в которых оно объективно представлено адресату. Все, на что в конечном счете опираются уголовно-правовые решения, содержится в источниках уголовного права. Чтобы обосновать такой подход, необходимо выделить и рассмотреть отдельные признаки источника уголовного права, учитывающие специфику этой отрасли. Для нужд уголовного права такими признаками следует считать компетенцию субъекта, издающего данный акт, и нормативность, т.е. характер и смысловое значение, содержащихся в нем предписаний.

Как предметно выраженные явления, созданные разумом человека, источники уголовного права представляют собой артефакты. Они существуют в том виде, в каком они созданы. Но, будучи артефактами, источники уголовного права и своим содержанием, и своей формой, закрепляющей это содержание, определяют реакцию общества, государства, судебно-правоохранительной системы на реальное, опасное по своей природе поведение. Именно такой подход позволяет анализировать и оценивать с теоретических и методических позиций каждый источник уголовного права, выявляя, как это делается применительно к закону и некоторым

судебным актам, их значение и специфику. Однако в данном случае ряд связанных с этим вопросов будет рассмотрен путем анализа процесса работы с источниками уголовного права.

Работа с источниками уголовного права. В целом это целенаправленное изучение разрешения действующего объективированного уголовного права в структуре профессиональной подготовки и в целях каждой возникшей правоприменительной ситуации на практике. Содержанием этой работы является применение общих, признанных практикой и господствующим мнением юристов нормативных и доктринальных положений к решению отдельных вопросов, связанных с оценкой отдельного источника права. Соблюдение их иерархии, во всяком случае, является обязательным <1>.

<1> См.: Жалинский А.Э. Профессиональная деятельность юристов: Введение в специальность. М.: Бек, 1998.

Актуальность группы вопросов, раскрывающих поставленную в данном случае проблему, объясняется очень просто и, как кажется, убедительно. Профессиональный труд юриста состоит в постоянном решении различного рода практических задач. В сфере уголовного права это задачи на прогностическую или актуальную правовую оценку деяния, разграничение границ уголовно-наказуемого и правомерного деяния, определение уголовно-правовых последствий преступления или иного запрещенного уголовным законом деяния, анализ состояния и тенденций развития уголовного законодательства, правоприменительной практики и пр. Во всех этих случаях необходимо полностью использовать все различного рода предписания, содержащиеся в источниках уголовного права, естественно, ставя на первое место уголовный закон и исходя из его содержания. Здесь возможны коллизии, текстуальные противоречия, различные толкования, но применение уголовного права должно основываться на полной, естественно, по возможности, информации о нем. При этом напоминаем, что уголовно-правовые нормы могут иметь различную степень обязательности и содержаться также и в правовой практике.

К сожалению, и для правоприменительной практики, и для развития уголовно-правовой доктрины традиционно рекомендуются приемы усвоения уголовного права, ограничивающиеся рамками уже имеющегося в литературе набора толкований уголовного закона. В худших случаях они сводятся к ознакомлению с упрощенными разъяснениями, ведущими свое происхождение от устаревших взглядов, уходящих нередко далеко от текста действующего уголовного закона. Разумеется, и это не специфически российская проблема. В некоторых странах даже простое игнорирование анализа всех соотносимых со случаем источников права признается демонстрационным признаком наказуемого бездействия.

В итоге существует во всех, вероятно, правовых системах проблемная ситуация, состоящая в неполном или искаженном усвоении и применении смыслов, выраженных в уголовном законе. Эта ситуация имеет гносеологические и социальные корни, которые и сами являются предметом длительной полемики. Здесь нецелесообразно, да и невозможно сколько-нибудь полно рассматривать общие предпосылки теоретического понимания и практического познания уголовного права. Ограничимся лишь указанием на некоторые пути продвижения в направлении разрешения существующей проблемной ситуации. Они таковы.

Первый: необходимо рассматривать в целом всю познавательную работу и работу со всеми источниками уголовного права, а не отдельные приемы традиционно понимаемого толкования уголовного закона. Второй: познание источников уголовного права должно быть целевым, когда даже усвоение исходных положений - языка закона, дефиниций, принципов, юридических институтов, норм, правовых конструкций, теоретических суждений - должно быть адаптировано к решению различного рода задач. Третий: следует разграничить приемы социального (материального) понимания уголовного закона и приемы его формально-юридического анализа.

Содержание работы с источниками уголовного права. Начнем с негативного примера. В последние годы на русский язык переведен ряд иностранных уголовных кодексов, что является большим успехом издательского дела. Пользуясь этими переводами, некоторые специалисты оценивают содержание соответствующих институтов и норм, часто расходясь с их действительным смыслом.

Допускаемые ошибки - это отражение естественной невозможности в подавляющем большинстве случаев извлечь выводы из той или иной статьи родного или чужого Уголовного кодекса, не обращаясь к контексту его применения. В самом деле, что такое преступление, что такое вина, что есть причинная связь, что означает понятие "тайное" применительно к хищению? Почему мошенничество может быть хищением, а может не быть? Ведь многие уголовно-правовые системы вообще не знают такого понятия - "хищение". Квалифицированный юрист понимает, что дать ответы на эти вопросы, ограничиваясь УК РФ, невозможно. И это отнюдь не недостаток Кодекса.

Необходимо поэтому выделить составляющие содержания работы с источниками уголовного права. Их несколько. Первая из них - определение цели осуществляемой работы, причем эти цели

могут быть ознакомительными, состоять в выработке правовой позиции по комплексу проблем или отдельной проблеме, быть направленными на решение одной или нескольких специфических уголовно-правовых задач. Вторая составляющая - поиск и отбор всех необходимых видов, блоков информации, закрепленных во всех соответствующих источниках уголовного права, без какого-либо игнорирования одного или нескольких из них, причем ввиду плохого доступа к судебной практике по уголовным делам эта стадия работы настоятельно нуждается в законодательном и организационно-ресурсном обеспечении. Третья составляющая - центральная - это разработка последовательности работы с источниками уголовного права, определяемой характером цели и реальным осуществлением этой работы, включающим в себя активизацию предпонимания, аналитическую проработку текстов и собственно толкование текста в традиционном смысле. Эта часть работы с источниками уголовного права завершается формулированием и проверкой выводов, на достижение которых она была направлена.

Подобный подход к содержанию работы с источниками уголовного права может показаться выходящим за пределы предмета данной отрасли права, как он традиционно понимается. Но, как бы ни понимался предмет права, право является объектом юридического труда, состоящего в правоприменении. Каждая отрасль права поэтому должна разработать приемы реализации ее содержания. Без этого бессмысленно любое теоретическое построение и опасны практические выводы. Все же по соображениям экономии места обратимся только кратко к первой и несколько более подробно - к третьей составляющим работы с источниками уголовного права.

Цели работы с источниками права. Их можно разделить на две группы.

Первая - учебные цели, которые дополнительно классифицируются по предмету понимания и освоения. Они обычно связываются с пониманием уголовного права в целом, а в процессе этого - с пониманием его отдельных институтов и норм и воспроизведением понятого материала. На самом деле такая формулировка целей, пусть неявная, является недостаточной. Понимание уголовного права, для которого изучаются его источники, в принципе предполагает умение его применять хотя бы на уровне предварительной оценки и проектирования уголовно-правовых суждений и выводов.

Вторая группа - это практические цели, которые классифицируются также по предмету изучения, но затем преимущественно по группам решаемых практических задач. Они гораздо более разнообразны. К ним могут относиться анализ уголовного закона с целью его последующего совершенствования, анализ правоприменительной, прежде всего следственной и судебной, практики, уяснение смысла, правового значения отдельных уголовно-правовых предписаний, содержащихся в различных источниках уголовного права, и их связей друг с другом, как внешних, так и внутренних.

Формулирование целей работы с источниками уголовного права также не вполне привычно для уголовно-правовой литературы. Оно необходимо по трем соображениям:

- чтение уголовно-правовых текстов из любопытства, без практических целей бесполезно для профессионала;
- целевой характер работы с источниками позволяет выявлять их особенности, кажущиеся несущественными без определенных целей;
- опыт показывает, что целевая методическая разработка приемов познания уголовного права в целом повышает его уровень. Последнее соображение подкрепляется примером, значение которого несомненно.

В российской уголовно-правовой литературе пользуется общим признанием разработанная академиком В.Н. Кудрявцевым теория квалификации преступлений. Ее составной частью является специфический анализ уголовного закона с целью описания и понимания состава преступления. Однако квалификация преступлений - это, возможно, одна из важнейших уголовно-правовых правоприменительных задач, но, во всяком случае, не единственная. Необходима разработка и иных направлений работы с источниками уголовного права.

Предмет и последовательность работы с источниками уголовного права. Предмет работы с источниками уголовного права, по существу, описан выше. В него входят: уголовный закон, связанное с ним законодательство, правоприменительная практика, в первую очередь и в основном вышестоящих судов, и как специфическая часть предмета - опубликованные доктринальные тексты. Это тоже приходится отмечать, ибо, повторяем, в правовой литературе говорится только о тексте закона и только о его толковании.

Последовательность определяется в идеале следующим образом:

- получение предметной характеристики реального объекта уголовного-правовой оценки, т.е. случая, уголовного дела, возможных действий того или иного субъекта, предполагаемых ошибок правоприменительной практики и определение цели работы с источниками уголовного права. Даже если изучение источников уголовного права носит учебный характер, следует помочь будущему юристу представить, что, т.е. какое поведение, регламентирует данный уголовный закон, насколько чаще приходится применять нормы о преступлениях против собственности, чем, скажем, о клевете и оскорблении;

- активизация предпонимания уголовного права. Эта стадия актуальна для начинающих юристов или при столкновении с нестандартными, еще не осмысливавшимися ситуациями либо с возможными поворотами в правоприменительной практике. На длительное размышление в этой части рассчитывать трудно, однако, обращаясь к источникам уголовного права, в особенности в современных условиях и при решении нестандартной уголовно-правовой задачи, необходимо мысленно воспроизвести для себя основы сформулированной в стране уголовной политики, пусть в самом общем виде. Необходимо подавить, если они возникают, желание мести, политическое неприятие, расходящееся с Конституцией РФ, ощущение всевластия, карьерные соображения и пр. Уже говорилось о том, что реализация принципа законности наталкивается на психологические препятствия различного рода, в частности особенное отрицание поведения, занятость и стремление сэкономить время, желание поправить законодателя. Например, в правовой литературе появились предложения о введении в практику внесудебного, тайного отстрела особо опасных преступников. Вообразить такое желание можно: оно описывается распространенным выражением "убил бы". Но дальше, если возникает задача со ссылкой на источники уголовного права обосновать эту свежую мысль, необходимо вспомнить об уголовной политике, которую проводит Россия, о ее историческом месте в мире и прочих вещах, образующих предпонимание уголовного права. Уголовно-правовая мысль должна создать для этого необходимые условия. Но в конечном счете преодоление психологических препятствий - задача самого профессионала;

- аналитическая разработка отдельных источников уголовного права по шагам: уголовный закон и смежное законодательство, судебная и иная правоприменительная практика, доктринальные источники;

- последовательное толкование в собственном смысле тех же источников, которое проводится с учетом содержания работы и фактически осуществляется вместе с аналитической разработкой;

- комплексная оценка состояния источников уголовного права, взятая применительно к предмету изучения и цели.

Последние стадии будут рассмотрены особо.

Аналитическая разработка источников уголовного права. Здесь, как и в иных случаях, центральное место занимает уголовный закон. Его анализ осуществляется применительно к типу решаемой задачи.

Аналитическая разработка уголовного закона применительно к уголовно-правовой оценке деяния. Такая оценка может быть как прогностической, так и ретроспективной. Ретроспективная оценка может требовать изучения ряда редакций уголовного закона начиная с момента совершения преступления. Она специфична по сравнению с задачей определения необходимых мер уголовно-правового воздействия.

В этом случае аналитическая разработка предполагает преимущественное изучение Особенной части в ее связях с предписаниями Общей части. Вначале уясняется характер описания уголовно-правового запрета. При этом выявляется ряд существенных особенностей законодательного описания определенного деяния или поведения. Рассмотрим эти особенности.

Первая из них - степень полноты описания, т.е. достаточности законодательного определения признаков преступления и признаков состава преступления, т.е. объекта или предмета, объективной и субъективной сторон, субъекта преступления, и обязательно - признаков общественной опасности. Это хорошо известная особенность, которая обычно раскрывается указанием на тип диспозиции, но она нуждается все-таки в отдельном уголовно-правовом уяснении.

Например, происходит аналитическая разработка проблемы ответственности за распространение сведений, порочащих определенную партию и ее активистов в процессе избирательной кампании. На основе имеющихся познаний в области уголовного права предполагается, что анализу подлежат ст. 129 "Клевета", ст. 130 "Оскорбление", ст. 137 "Нарушение неприкосновенности частной жизни", ст. ст. 138, 139 и, кроме того, статьи, устанавливающие уголовную ответственность за преступления, связанные с избирательным процессом или референдумом. Затем сведения анализируются как предметная информация. Они могут состоять в том, что Д. берет взятки, В. уклоняется от уплаты налогов, Ю. просто дурак, по природе, а поэтому пользы от него никому нет и не будет. Распространяются сведения в беседах с избирателями у дверей, на заборах с помощью граффити, в листовках.

Первый шаг, естественно, состоит в выявлении содержания и специфики каждого уголовно-правового запрета как самостоятельной нормы, а затем их связей между собой. Это достигается при внимательном чтении относящихся к данному случаю статей уголовного закона, буквально путем просмотра текста УК РФ даже по предметному указателю закона; психологически это иногда неприятно для опытных юристов и непривычно для начинающих. Выясняется при этом следующее. Уголовно-правовые признаки оборота сведений о поведении либо личных качествах лица в действующем уголовном законе регламентируются в нескольких статьях и с различных сторон. В текстах статей указывается на их происхождение, которое описывается такими

понятиями, как, в частности, собирание, негласное получение, предоставление, изготовление, фальсификация, а также на источники, в которых эти сведения содержатся. Далее - на их содержание и правовое значение. Затем указывается на способы использования. Оно осуществляется, например, путем распространения, унижения чести и достоинства, возможно, воспрепятствования и фальсификации как результата определенных действий. Но действительная проблема состоит в необходимости привлечения иных источников, в частности, раскрывающих то обстоятельство, что эти сведения являются не порочащими и УК РФ не содержит таких указаний.

Второй шаг состоит в уяснении способа отражения или характеристики отдельных признаков. Признаки могут быть открытыми: например, в понятие распространения можно вкладывать любые действия, состоящие в доведении сведений до адресата, например через СМИ, на митингах, на ушко во время любовного свидания с целью показать свою осведомленность. Признаки могут быть формализованными - тяжкие и особо тяжкие преступления, если содержание и правовое значение сведений соединено с обвинением в их совершении, и тогда они понимаются однозначно в соответствии со ст. 15 УК РФ. Признаки могут быть неопределенными, причем нуждающимися либо в оценке, принимаемой на основе усмотрения судьи, ограничиваемого по общему правилу правоохранительной практикой, либо в конкретизации путем обращения к неопределенному кругу социальных норм. Это довольно тонкое различие, но критерии неопределенных признаков достаточно однозначными вряд ли могут быть. Так, понятие неприличной формы есть оценочное понятие, ибо внутри уголовно-правовой практики суд определяет, что такое неприличная форма в данном контексте. Поэтому если некто заявит о профессоре, что он за всю свою профессиональную жизнь не написал без чужой помощи ни одной приличной статьи, то, возможно, суд и расценит это как оскорбление либо как клевету. Но такое же заявление в адрес аспиранта может получить и иную оценку.

Наконец, признаки могут быть восполняемыми, т.е. требовать либо разъяснения на основе правовых понятий иных отраслей, либо включения в их содержание дополнительных правовых предписаний также иных отраслей. Например, если бы возникла необходимость уяснения характеризующего объект посягательства признака "порядок финансирования избирательной кампании кандидата", то его восполнение потребовало бы и разъяснения на основе иных правовых понятий, и включения в содержание признака целых институтов избирательного права.

Третий шаг может состоять в осознании характера используемых в уголовном законе юридических конструкций. В данном случае под юридической конструкцией понимается определенный способ изложения закона, который несет в себе заранее согласованную информацию. Уголовно-правовые конструкции внутри уголовного закона строятся различным образом. Они могут отражать связи норм, когда одна из них порождает другую. Например, правовое существование неосторожного преступления определяется предписанием ч. 2 ст. 24 УК РФ. Они могут формировать оценку деяния как преступного. Уклонение от уплаты налогов по своей природе приносит вред государству. Но в УК РФ использована конструкция так называемого формального преступления. Выявление в тексте закона правовых конструкций - сложная часть работы, но некоторые вещи наверняка легко даются опытному юристу. Здесь имеется в виду выявление типа деликта - преступления или состава преступления - формального, материального, общего, специального, длящегося или продолжаемого, уяснение допустимых форм вины, что также определяет конструкцию преступления, и др. Большие трудности вызывает уяснение связи между действиями (бездействием) и объектом посягательства. Эти трудности связаны, в частности, с традиционным рассмотрением уголовно-правовых запретов в рамках отдельных, обособленных составов преступления.

К примеру, клевета по ст. 129 УК РФ предполагает обман, которым является распространение заведомо ложных сведений. Воспрепятствование свободному осуществлению гражданином своих избирательных прав по п. "а" ч. 2 ст. 141 УК РФ может быть соединено с обманом, которым в уголовном праве является распространение, преимущественно в виде сообщения, заведомо ложных сведений. Соотносится ли распространение заведомо ложных сведений о судимости кандидата с объектом посягательства по ст. 141 УК РФ, которым признается, как пишет С.М. Коробельников, конституционное право граждан избирать и быть избранными в органы государственной власти и органы местного самоуправления, а также участвовать в референдуме <1>? Уголовный кодекс РФ в ряде случаев рассматривает обман как способ изменения поведения. Нет никаких серьезных аргументов против того, что обман может препятствовать свободному осуществлению гражданином своих избирательных прав. Но здесь необходим переход к проблематике толкования уголовного закона в его традиционном понимании.

<1> Учебно-практический комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Под ред. А.Э. Жалинского. 2-е изд. М.: Эксмо, 2006. С. 423.

Аналитическая разработка в связи с определением мер уголовно-правового воздействия. Она, по логике, следует за разработкой уголовно-правовых запретов, но желательно, чтобы разрыва между ними не было. Проблемная ситуация состоит в уяснении ожидаемого наказания или иных ожидаемых мер уголовно-правового воздействия, которые могут быть назначены судом на основе действующего закона. Преимущественно эта проблема возникает в сфере уголовного законодательства и обеспечения единообразной и стабильной практики. Вместе с тем в большей или меньшей степени, но во всех, вероятно, странах распространена ориентация судов на усредненное наказание. Трудно рассчитывать только на аналитические разработки, но они, во всяком случае, являются основой принятия иных организационно-управленческих конституционных мер.

Предметом такой разработки являются последовательно статьи, регламентирующие в Общей части УК РФ: а) категории преступлений по ст. 15; б) совокупность и рецидив преступлений; в) возраст; г) оконченное и неоконченное преступление; д) соучастие в преступлении, в особенности совершение преступления группой повышенной общественной опасности; е) наконец, также в Общей части - статьи разделов III - VI УК РФ.

В Особенной части аналитической разработке подлежат в рамках соотносимых статей собственно санкции и квалифицирующие обстоятельства. Специалистам хорошо известно, что ожидаемое наказание, возможный срок и условия его отбывания зависят от многих уголовно-правовых норм и тех конструкций, которые даны текстом уголовного закона. Приведем пример. На протяжении многих лет в литературе появлялись предложения о классификации преступлений. Теперь, например, любое похищение человека сразу является тяжким преступлением и должно выводиться из сферы действия норм, регламентирующих освобождение от уголовной ответственности и наказания.

О конституционности уголовного законодательства

Проблема конституционных оснований уголовного права России. Данная проблема и соответственно необходимость ее исследования порождаются тремя факторами: 1) действующим уголовным законом; 2) правовыми потребностями судебной практики; 3) собственно состоянием уголовной политики, последствиями ее реализации. Прежде всего ч. 2 ст. 1 УК РФ провозглашает, что Уголовный кодекс РФ основывается на Конституции РФ и общепризнанных принципах и нормах международного права. Уже сам факт существования этого предписания обязывает к его исполнению, несмотря на высокую абстрактность текста, а следовательно, к изучению практических и научных позиций. К тому же оно, т.е. предписание УК РФ, для уголовного права имеет высшее юридическое значение, что определяется как местом Конституции РФ в правовой системе, так и программирующим характером данной нормы. Отметим, что суды при применении уголовного закона все чаще испытывают сомнения в конституционности тех или иных статей УК РФ и сталкиваются с необходимостью оценивать это.

Наконец, возникает опасение, что жесткость и недифференцированность уголовной репрессии расходятся с целями Конституции и, более того, с коренными интересами страны и ее народа.

Ниже рассмотрим: а) социальное и подробнее юридическое значение Конституции РФ для уголовного права и механизм ее воздействия, т.е. содержание понятия "основывается"; б) требования к УК РФ, вытекающие из Конституции РФ, их значение для уголовного закона, т.е. то, на чем основывается уголовный закон; в) вопрос о материально-правовых аспектах проверки конституционности уголовного законодательства и практики его применения, т.е. проблему установления того, действительно ли "основывается" на Конституции уголовный закон.

Значение конституционных норм для уголовного права: о понятии "основывается". Понятийный оборот "основывается на Конституции Российской Федерации" применительно к уголовному праву, по господствующему мнению, означает требование того, чтобы каждая уголовно-правовая норма и каждое уголовно-правовое решение были в принятой терминологии "конституционными". Признается также, хоть меньше принимается во внимание, что и в целом уголовное законодательство в тексте и на практике также должно быть конституционным.

Действительная проблема состоит в инструментальном раскрытии понятийного оборота "основывается на Конституции Российской Федерации". Исследование этой проблемы возможно лишь с двух сторон: криминалисты выявляют проблемные ситуации уголовного закона на основе своих знаний; конституционалисты анализируют содержание и механизм действия предписаний Конституции РФ, соотносимых с уголовным законом. Сложности здесь как минимум состоят в следующем:

- конституционные нормы, соотносимые с уголовным законом, весьма абстрактны; собственно их содержание и связи с уголовным законом в большинстве случаев выявить трудно; более того, они часто являются спорными;

- действие конституционных норм на уголовный закон противоречиво (защита личности и собственности, например, всегда находится в определенном напряжении);
- слабо разработаны, если вообще разработаны, критерии признания уголовного закона основывающимся на Конституции.

Конституция РФ, как и любая иная современная конституция демократического характера, закрепляет основные, важнейшие условия существования общества, относящиеся к индивиду, обществу, власти, процедурам управления, судовождению, правотворчества.

Конституция в социальном плане отражает собой и обеспечивает фактом своего существования некоторое состояние согласия в обществе, степень его рациональности, открытости для развития. Во всяком случае, она вводит в структуру общественной жизни:

- возможность защиты личности от любых посягательств, в том числе от государства, определяя социальную ценность и автономию личности (основные права и свободы) и гарантии ее соблюдения (право на судебную защиту, митинги, демонстрации и пр.);
- положение и обязанности государства работать на общество, защищать как минимум конституционное устройство, в том числе путем насилия, прямого и косвенного;
- круг социально-правовых благ, подлежащих защите.

Правовая и даже технико-юридическая развитость конституционного права и, по-видимому, практика соблюдения и применения конституционных норм определяют собой, таким образом, изначально характер, задачи и эффективность уголовного права.

Исходя из сказанного, можно полагать, что уголовный закон основывается на Конституции РФ, когда соблюдаются следующие требования.

Первое. Уголовное право в целом, взятое как текст закона и как практика, должно соответствовать системе ценностей, закреплённой в Конституции РФ, быть направленным на обеспечение социального мира - правопорядка, установленного Конституцией, общего блага, к которому Конституция стремится. В этом плане Конституция РФ в меру возможного заменяет естественное право или, на наш взгляд точнее, реализует мечту о нем, хотя бы частично.

Этот критерий лишь кажется абстрактным. В трансформирующемся обществе и характерных для него условиях он обеспечивает выполнение уголовным правом действующих социальных задач и нейтральность уголовного права в том значении и в том смысле, в котором нейтральной и внегрупповой является Конституция РФ.

Во всяком случае, признание этого критерия противостоит попыткам объявить государство, экономику, государственный аппарат криминальными. Уголовное право в его традиционной, государственно-правовой форме прекращает свое существование. Другое дело, что такие оценки теоретически бессмысленны и социально грубо несправедливы. Их корни скорее в интеллектуальном и психологическом кризисе отдельных, слишком долго певших иные песни, авторов. Вместе с тем отдельные конституционные институты, нормы, установления могут нарушаться чаще других.

Второе. Задачи УК РФ (ч. 1 ст. 2 УК РФ) направлены на охрану благ, которые обладают по Конституции РФ высшим приоритетом, и при этом они получают правовую форму, обеспечивающую их исполнимость. Однако соблюдение Конституции переходит из сферы должного в сферу сущего, и здесь возможны в самом обобщенном виде два варианта:

- конституционное согласие отсутствует, и нарушения носят либо открытый системный характер, либо антисистемный по умолчанию;
- конституционное согласие есть, а нарушение конституционных норм сопровождается социальным развитием, является его преодолеваемым "рабочим" моментом.

Тогда соответственно либо уголовное право инструментализируется политически и перестает быть правом, превращаясь в "псевдолегальное" оружие сохранения групп господства, либо оно в целом выполняет свои функции и обращается против "черных овец", действительно преступников, ступивших через порог законности, но нуждается в постоянном совершенствовании, что, в сущности, нормально.

Тем не менее состояние конституционного порядка выступает как высшая предпосылка функционирования и целесообразной эффективности уголовного права, если угодно, как высшее выражение социальной профилактики.

Здесь есть еще одна сторона дела. Она отражает реальное состояние конституционной практики и юридической, а также фактической легитимности применения уголовного права публичной властью. Выступая основанием уголовного права, Конституция формулирует и условия его реализации, с одной стороны, самим государством, а с другой - гражданами, субъектами права в целом. Это важнейшее направление ее функционирования. Не вдаваясь в рассуждения об общественном договоре, естественном праве, отметим, что Конституция РФ все же в целом основана на начале распределительной справедливости либо стремится к нему. Я плачу налоги, воздерживаюсь от приставания к женщинам, выполняю прочие правила - государство обеспечивает меня определенным набором услуг, защищает от вмешательства в мою частную

жизнь и других угроз. Здесь возникают проблемы солидарности общества, взаимопомощи, но они рассматриваются именно внутри общества, с его, а не государства, позиций.

Если это так, то нарушение публичной властью своих обязанностей, прежде всего в сфере, соотносимой с уголовным законом, подрывает право на привлечение граждан к уголовной ответственности. Это нуждается в специальном анализе, но можно попытаться теоретически осмыслить необходимость введения институтов: а) утраты права на уголовное преследование при наличии его оснований (это не сенсация, а всего лишь расширение института давности и пр.); б) уголовно-правового шантажа. Но пока легитимность уголовного права под сомнение не поставлена.

Юридическое воздействие Конституции. Ее механизм реализуется как минимум на основе ряда групп норм, имеющих различное содержание и значение, еще подлежащие установлению. Одна из них - определение и применение смыслов конституционных норм, их толкование. Официально и процедурно этот вопрос решает Конституционный Суд. Однако ни Конституционный, ни какой-либо иной суд не могут все истолковать сами. Конституционные тексты нуждаются в толковании, судьи - в результатах толкования, а применение конституционных норм к уголовному закону связано с использованием сложной техники субсумпции или квалификации, но уже не деяния, а правовой нормы.

В немецкой уголовно-правовой литературе высказываются сомнения в том, что при определении конституционности уголовного законодательства применяются именно "нормы Основного Закона, а не "сверхпозитивистские" представления о добре и зле в праве" <1>. Эта позиция не является господствующей, но с учетом обширной практики Конституционного суда ФРГ в данной сфере она все же должна быть замечена. При этом возникает вторая проблема, вызвавшая упомянутые сомнения, - политизация конституционных предписаний. Профессор Вольфганг Науке приводит ряд примеров: признание конституционности мер исправления и безопасности; вынесение приговоров против судей бывшей ГДР и пр. <2>.

<1> См.: Naucke W. Die Legitimation strafrechtlichen Normen - durch Verfassungen oder durch iiberpositive quellen? // Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse. Band I. S. 156ff.

<2> Naucke W. Op. cit. S. 165ff.

Проблема эта интернациональна и заслуживает осмысления.

Первая группа конституционных предписаний. Она содержит в себе предписания Конституции РФ, которые по существу представляют собой уголовное право, но имеют высший - конституционный ранг. Юридически и практически введение этих норм в Конституцию обеспечивает их более высокий авторитет и стабильность. Как правило, во всяком случае, если взять несколько конституций, эти предписания выступают в качестве принципов уголовного права.

Одной из норм такого рода является, например, запрет поворота к худшему. По-видимому, основным вопросом касательно этой группы статей является необходимость и достаточность присутствия уголовно-правовых норм в Конституции, т.е. полнота этой группы. Практически, к счастью, этот вопрос не актуален и не должен быть актуален. Любое изменение действующей Конституции РФ может лишь еще больше подорвать стабильность УК РФ, и так терпящего, как бедная девушка, многочисленные гонения и приставания.

Вместе с тем есть и иная проблема. По закону и доктрине это нормы прямого действия. Однако любые правовые предписания работают двояко: они устанавливают правила поведения, имеющие некоторые пределы понятности и исполнимости, но собственно применяются нередко в пограничных ситуациях. В первом случае на них ссылаются; во втором - их толкуют. Толкование вызывает разногласия. Это показало рассмотрение спора об обратной силе закона применительно к примечанию 2 к ст. 158 УК РФ в связи с изменением МРОТ <1>.

<1> См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 16 января 2001 г. N 1-О "По делу о проверке конституционности примечания 2 к статье 158 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина Скородумова Дмитрия Анатольевича" // СЗ РФ. 2001. N 5. Ст. 453.

Эти трудности никак не подрывают значимости конституционных норм. Более того, они должны инициировать по меньшей мере междисциплинарные (конституционные и уголовно-правовые) исследования содержания этих норм. Становится ясной необходимость более тесного включения уголовного права как науки в систему уголовно-правовых наук, в том числе и путем развития теории и методологии междисциплинарных исследований <1>.

<1> Естественно, выбор направлений исследований либо жанров издаваемых работ - дело сугубо личное. Но все-таки невнимание к конституционным проблемам уголовного права - большой пробел в современном уголовно-правовом дискурсе.

Вторая группа конституционных предписаний. Она охватывает отдельные нормы, институты и то, что можно назвать конституционными конструкциями, соотносимость которых с уголовным правом не видна с первого взгляда и в литературе практически не обсуждается.

Лишь для первого подхода, нуждающегося (именно в социальных государственных интересах) в обсуждении и углублении, можно выделить:

- статьи об основных правах и свободах человека и гражданина; государственном устройстве страны, ее экономической системе и пр.;

- основные начала Конституции РФ, ее правовое и социальное содержание, которое определяет собой существующую ныне общественно-экономическую систему России.

Вполне понятно, что эти утверждения нуждаются в раскрытии, попытка чего будет сделана позже. Здесь подчеркнем, что:

- а) едва ли не все содержание Конституции РФ выступает основанием УК РФ, критерием, мерилем легитимности его институтов и норм;

- б) конституционные правовые предписания многослойны, имеют и единого, и многих адресатов, поэтому в них может быть выделено уголовно-правовое содержание, возможно, латентное и проявляющееся в данном случае - *ad hoc*;

- в) это содержание и едино, и различно; оно может и должно определять состояние уголовного законодательства в целом и его отдельные институты; оно обращено и к законодателю, и к правоприменителю. Во всяком случае, невозможно и недопустимо в принципе отрицать, что та или иная конституционно-правовая конструкция не может явиться при наличии определенных обстоятельств реальным основанием проверки конституционности уголовного закона в его данном выражении.

Иными словами, уголовный закон не может противоречить ни одной норме Конституции РФ. Это утверждение требует аргументов, выходящих за пределы анализа содержания Конституции РФ. Часто вполне открыто, а иногда неявно утверждается, что Конституция РФ не практична, она устарела, написана под некое лицо и пр. Критики такого рода, как показывает опыт, трусливы. Долго говорить они не будут. Но проблема действительности, реальности Конституции существует. В данной связи она имеет такие ответы: а) общество нуждается в Основном Законе, и пренебрежение к действительности уже привело к известным последствиям; причем мало кто из нынешних критиков пытались эти последствия предотвратить, объявив себя внезапно приверженцами исторических закономерностей; б) для уголовного права существует действующая Конституция, и ее изменения на основе уголовно-правовых знаний обсуждаться не могут; в) соответственно, существует гражданская, публично-правовая, иная обязанность соблюдать Конституцию РФ в полном объеме.

Проблема уголовно-правовой относимости (релевантности) конституционных норм должна быть обсуждена с противоположной стороны, а именно со стороны уголовного закона.

Практика конституционной проверки уголовного законодательства еще невелика, но она существует, впрочем, не будучи должным образом осмысленной.

На наш взгляд, сейчас есть несколько проблем, которые нуждаются вначале в теоретическом анализе по критерию конституционности, поскольку именно эти проблемы при нормальном развитии событий юридически "взорвутся" и связанные с ними дела придут в Конституционный Суд. Хотя проверка конституционности может быть полезна и законодателю. Обратимся к проблемам.

Первая проблема - необоснованная, но отвечающая регламентации прав человека жестокость отдельных уголовно-правовых норм; нарушение принципов соразмерности и справедливости. Выделим лишь некоторые ситуации <1>:

<1> Пример никак не обязательный для подражания: Конституционный суд ФРГ признал несоразмерной (излишне жестокой) практику изъятия водительского удостоверения у лиц, хранящих гашиш. Изъятие водительского удостоверения по § 69, 69a, 69b - есть мера исправления и безопасности, т.е. уголовно-правового воздействия, но не наказания. Эта мера действительно широко применялась в ФРГ, по-видимому, в связи с еще одним решением. (VerfG - Cannabis-urteil) B. 13/07/2002.

а) по ч. 1 ст. 34 УК РФ ответственность соучастников определяется характером и степенью фактического участия каждого из них в совершении преступления (написано плохо, что такое степень участия, неясно: начальник возил за собой даму-секретаря, и она печатала все поддельные документы, исправляла ему настроение, но за деньги, однако в принципе правильно). Далее, по ч. 7 ст. 35 УК РФ "совершение преступления группой лиц, группой лиц по предварительному сговору, организованной группой или преступным сообществом (преступной организацией) влечет более строгое наказание на основании и в пределах, предусмотренных настоящим Кодексом". Эта норма повторена п. "в" ст. 63 УК РФ. Она многократно используется в

качестве квалифицирующего признака - отягчающего обстоятельства. Отвлечемся от того, что дел по преступным сообществам и прочим преступным организациям на практике нет. Но, собственно говоря, почему работающая женщина, чтобы не потерять источник существования, вынужденная фальсифицировать документы по сложившейся практике в данной сфере, должна быть более строго наказана?

Приходится предположить, что УК РФ содержит в себе нормы, которые позволяют назначить неконституционное наказание, фактически нарушающее равенство человека и гражданина перед законом, проявляющееся в соответствии наказания воле, а не социальной незащищенности;

б) ответственность за рецидив по ч. 2 ст. 68 УК РФ, по мнению судей, либо препятствует им назначить относительно мягкое наказание за повторную кражу мешка картошки голодным, выходящим из колонии, либо, напротив, гонит к дозволенному максимуму.

В итоге резко выросло количество лиц, приговоренных к лишению свободы. Это вызывает обоснованное беспокойство, в том числе различных профессионалов уголовно-исполнительной системы;

в) неразумное распределение в ст. 15 УК РФ преступлений по так называемым категориям, что порождает последствия, состоящие в нарушении равенства, ибо отнесение к той или иной категории не зависит от вины лица и та женщина, помогавшая своему шефу, как соучастница в преступлении, предусмотренном ст. 189 УК РФ, будет признана лицом, совершившим тяжкое преступление, независимо от назначенного ей наказания. Она и будет нести соответствующие последствия.

Вторая проблема - неопределенность многих предписаний УК РФ. Здесь также возникает много вопросов, но укажем на отдельные случаи:

- формы соучастия по ст. 35 УК РФ, влекущие суровые последствия, не определены и не могут в принципе получить хоть сколько-нибудь однозначное описание. Прежде всего это, вероятно, наибольшая неопределенность: неясно не только, что такое, например, организованная группа, главное - не определено, как должно совершаться преступление данной группой; например, п. "б" ч. 2 ст. 131 УК РФ устанавливает ответственность за изнасилование, совершенное организованной группой. Можно представить при некоторой неумеренной фантазии устойчивую группу, объединившуюся для совершения одного или нескольких изнасилований. Но преступление по УК РФ должно быть совершено организованной группой. Возникают вопросы: как будет организована во время осуществления объективной стороны организованная группа, в чем будет состоять распределение функций между исполнителями, не придется ли признать, что они действовали не совместно, а каждый в своих индивидуальных интересах? В итоге придется разграничивать группу лиц, группу лиц по предварительному сговору или организованную группу, поскольку это хотя и имеющие различное значение, но все же разные признаки состава преступления. Каковы критерии этого;

- неопределенным являлось и является много обсуждавшееся понятие неоднократности. Как, опираясь на УК РФ, можно решить, было ли неоднократным преступление, предусмотренное ч. 2 ст. 158 УК РФ, если ему предшествовала одна судимость, и почему две судимости столь очевидно отделяются от неоднократности, а об одной судимости закон молчит? С одной точки зрения, неоднократность охватывает судимость, ибо иначе одна судимость тогда не дает неоднократности и положение лица легче; с другой - это вполне правильно, ибо при судимости - "рассчитался" с государством, а при простом совершении преступления - нет. Здесь, как известно, возникают и иные вопросы;

- пробельность законодательного регулирования, когда на нормы Особенной части нормы Общей части не распространяются.

Недопустимым примером этого является понятие преступления, совершенного умышленно (ст. 25 УК РФ), и преступления, совершенного по неосторожности (ст. 26 УК РФ). Эти статьи определяют совершенно четко и умысел - прямой и косвенный, и неосторожность - легкомыслие или небрежность через отношение к последствиям.

Все обвинительные приговоры по преступлениям, по которым закон не требует наступления последствий, являются незаконными. Они должны быть, если руководствоваться УК РФ, незамедлительно отменены. Строго говоря, сейчас даже изменение ст. ст. 25 и 26 УК РФ не спасет положение дел по совершенным преступлениям, ибо оно должно ухудшить положение лиц, совершивших преступление, распространив на них уголовную ответственность.

Третья проблема - конституционность отдельных статей УК РФ. Здесь могут возникнуть самые различные вопросы: и по Общей части, и, как это совершенно неожиданно не случилось, с, кажется, всем ясным примечанием к ст. 158 УК РФ (рассматривавшееся в Конституционном Суде дело о МРОТ и обратной силе закона).

В данном случае остановимся лишь на гл. 22 "Преступления в сфере экономической деятельности". Законодатель и сам, вероятно, не уверен в легитимности и эффективности норм этой главы. За короткий период действия УК РФ изменено более трети статей и введено дополнительно 5 статей <1>. Жесткой связи все это с реальными социально-экономическими

переменами не имеет. Проблема, возможно неосознаваемая, состоит в ощущаемом противоречии этих норм социально-экономическим потребностям общества и конституционному правопорядку либо вследствие неудачных формулировок, либо в целом по замыслу и направленности.

<1> Сводную таблицу изменений см. в кн.: Учебно-практический комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Под ред. А.Э. Жалинского. 2-е изд. М.: Эксмо, 2006. С. 1049 - 1057.

Здесь выделяется несколько проблем, кроме отмеченных ранее в качестве общих. Жестокость санкций, трудно мотивируемая в этой сфере, порождаящая страх и коррупцию; неопределенность формулировок закона, фактически приводящая к прямому нарушению принципа *sine lege*; замена предписаний закона обычаями или практикой. Но кроме того:

- отсутствие контролирующих или, точнее, обосновывающих уголовную ответственность признаков влечет соответственно необоснованное расширение уголовной ответственности;

- принятие таких норм Особенной части УК РФ, которые, как это ни парадоксально, занимают среднее между частями Общей и Особенной место. Обратимся только в качестве примера к ст. 191 "Незаконный оборот драгоценных металлов, природных драгоценных камней или жемчуга". Статья реликтовая и восходит к иной системе или по меньшей мере к иному регулированию. В свое время на основе этой статьи привлекали к уголовной ответственности умельцев, выплавлявших серебро из радиодеталей. Сейчас предусматривается ответственность за любую незаконную сделку с названными предметами. Здесь нет указания ни размеров, ни последствий, ни каких-либо способов совершения сделки. Любая покупка золотого колечка у магазина бедной девушкой подпадет под ст. 191 УК РФ, ибо продавать кольца, как и пиво, с рук у магазина незаконно;

- нарушение начала справедливости, равенства в сфере предпринимательства: малый и средний бизнес рискует гораздо больше нарушить УК РФ, чем крупный; отсутствует неравное обращение с неравными как составляющая социальной справедливости;

- и, вероятно, важнейшее - прямое противоречие ст. ст. 8, 10 Конституции РФ, состоящее в ограничении экономических свобод и основ экономического устройства страны.

Проблема методического и юридического обоснования вывода о конституционности уголовного закона. В конечном счете она может решаться лишь постепенно, в ходе практики. Конституционный Суд не заменяет законодателя. Он способен ошибаться, но только в вопросах теории. Толкование Конституции сложно, и больших достижений в этой области теория права не имеет.

Очевидно, что принцип законности требует наличия Особенной части. Споры о ее необходимости ушли в прошлое, но и тут и там объявляют деяние преступлением, заявляя, что УК РФ содержит пробелы. Разумеется, ни один суд не построит обвинительный приговор на таких рассуждениях, но примирение с их антиконституционностью подрывает общественное правосознание, ведет к его эрозии.

Конституция предопределяет построение достаточно полной и языково определенной Общей части. Мозаичность УК РФ проявляется в Особенной части. Общая часть должна регулировать предпосылки уголовной ответственности, охватывающей как вменение деяния, так и назначение мер уголовно-правового воздействия, а равно меры воздействия в статике и динамике. Главное - она должна предполагать возможность наступления уголовной ответственности только при совпадении противоправности и вины.

Устройственные, структурно-содержательные проблемы здесь имеют практический характер. Возникают, в частности, проблемы соотношения групп норм, ухудшающих положение лица, норм, стимулирующих позитивное поведение, и норм криминолого-извинительного характера. Это же относится к регламенту или соответствию предпосылок ответственности и обстоятельств, устраняющих преступность (противоправность и виновность) деяния.

Правоустанавливающая функция уголовного законодательства

Постановка проблемы. В данном случае она связана с необходимостью осознания на уровне теории и учета на уровне практики действительного многообразия последствий, которые влекут для общества: а) само существование уголовного закона как социального института; б) сложившаяся практика использования, реализации уголовного закона правоприменительными органами и обществом в целом; в) собственно результаты действия уголовного закона, а именно специфический и весьма разносторонний механизм его проявления в состоянии социальной практики.

Собственно правоустанавливающая функция уголовного закона проявляется в том, что принятие уголовного закона имеет своим последствием первичное создание новых правовых норм, т.е. первичное правоустановление, а последующее применение уголовного закона является

источником (в материальном его понимании) вторичного правоустановления, т.е. порожденного им такого изменения ткани правового регулирования, которое по происхождению и задачам отличается от предшествующего или сопровождающего юридически независимого от уголовного закона правотворчества, решающего иные задачи на основе исходных положений иных отраслей права.

С этих позиций выдвигается гипотеза о том, что уголовное правоустановление есть объективное следствие существования и изменения уголовного законодательства. Оно оказывается одним из факторов, обуславливающих реальное содержание объективного права в сфере как охранительного, подкрепляющего, так и в сфере позитивного, в том числе частноправового регулирования, и тем самым оно определяет содержание субъективных прав и правоотношений в целом. Первичное и вторичное правоустановление соответственно текстуально проявляются в том, что некоторая часть действующего законодательства существует именно как уголовный закон, в форме уголовного закона, а еще какая-то часть законодательства возникает и существует внутри иных отраслей, но только потому, что существует уголовный закон, и зависит от него. Иными словами, уголовный закон, понятным образом, сам является одним из последствий необходимости решения существующих социально-правовых задач. Но, став существующим, он влечет определенные нормативно-правовые последствия.

Уголовный закон при этом, что является крайне важным, противоречиво реализует правоустановительную функцию в сфере вторичного правоустановления. Исходно он реально, хотя часто латентно, порождает, как можно полагать, позитивную, полезную для общества потребность в правоустановлении, связанном с уголовным законом. Но его следствием является и субъективная необходимость в прогностическом либо ретроспективном подавлении избыточного и неконституционного правоустановления. Другими словами, предполагается, с одной стороны, полезным, что позитивное действие уголовного закона не ограничивается индивидуальной ответственностью и психологическим воздействием на его адресатов, приводя к совершенствованию правового регулирования, а с другой - вредным, что деформированное, неоптимальное правоустановление как следствие существования уголовного закона может весьма отрицательно сказаться на состоянии правопорядка и причинить вред интересам общества. Эта сторона дела имеет первостепенное практическое значение. Она не является новой даже на первый взгляд, но на самом деле осознанной ее назвать трудно. Она не нова потому, что уголовное право в истории не раз играло роль нейтрализатора по отношению к позитивному праву. Известно, что было достаточно признать разрешенные как договор купли-продажи действия спекуляцией, чтобы принципиально сузилась, если вообще не исчезла, свобода договора.

Исключительно для иллюстрации проблемы приведем такой пример, который отражает ее актуальность во многих странах, в частности в ФРГ, России, США и др. Уголовное законодательство названных стран устанавливает технически по-разному, но по существу весьма сходно ответственность за вымогательство. Запрет, очевидно, разумный и необходимый. Но в каждой из этих стран существует экономически неизбежная проблема расхождения между моралью плательщика и интересами кредитора.

Немецкая газета "Suddeutsche Zeitung" от 20 августа 2004 г. жалуется на рост банкротств (13% за пять месяцев 2004 г.), на падение нравов, проявляющееся в нежелании платить долги, и трудности в их взыскании. На рынке в этих условиях работают фирмы инкассо, которые обеспечивают возвращение долгов - легальные и нелегальные. "Легально работающие фирмы, - пишет газета, - имеют инкассо-разрешение соответствующего суда и работают под его контролем". Они входят в Федеральный союз немецких инкассо-предприятий. В то же время, по словам газеты, во многих прокуратурах лежат заявления должников о том, что они "из-за массовых угроз инкассо-сотрудников чувствуют себя поставленными под давление". В Штутгарте предприниматель осужден за вымогательство, ибо он обратился к несерьезной фирме, нарушающей законы, и такие фирмы нередко предлагают свои услуги по Интернету из Москвы. Совершенно очевидно или кажется очевидным, что именно запрет вымогательства влияет на практику взыскания долгов в той части, в которой она никак не связана с преступлениями против личности: убийством, причинением вреда здоровью, похищением и пр. Не было бы запрета вымогательства, не было бы нужды в тщательном регулировании посреднической деятельности в интересах третьих лиц. И такое действие уголовного закона прослеживается применительно ко многим его нормам и институтам и по многим направлениям влечет самые различные последствия.

Современное понимание юридических и фактических последствий действия уголовного закона. Место уголовного правоустановления в структуре последствий. Последствия действия уголовного закона - крайне острая проблема для правоведения и общественных наук любой страны. Сразу выдвинем тезис, почему эта проблема не решена. Ее нерешенность, полагаем, является одним из самых уязвимых мест уголовного права: субъекты уголовной политики, доктрины и практики не знают, насколько полезны их работы и услуги, что они дают обществу и

сколько этих услуг необходимо, хотя ресурсные и иные затраты кажутся более или менее ясными. Такое состояние уголовно-правовой мысли либо замалчивается, либо маскируется идеей неотвратимости наказания, необходимость которой обычно доказывается лишь ссылками на каких-либо мыслителей, живших слишком давно. Легко осознается, что вполне реально действие уголовного закона, поскольку оно предполагается эффективным и конституционным, выражается в некоторой сумме окончательных и предварительных решений, а соответственно, в том, что некоторое количество граждан отбывает наказание или, несколько упрощая, освобождается от него. Это на виду, а поэтому понимание и оценка последствий существования уголовного закона преимущественно увязываются с реализацией уголовной ответственности, и прежде всего наказания, т.е. с воздействием на личность преступника или иных лиц, либо могущих совершить преступление, либо, что подчеркивается реже, требующих восстановления социальной справедливости, либо нуждающихся в этом. Такое действие действительно вытекает из сущности уголовного права. Потому оно и находит свое отражение в ст. 2 УК РФ, которая в ч. 1 носит скорее объектный характер, привязывая задачи Уголовного кодекса преимущественно к сферам социального бытия, и лишь в самом общем виде упоминает о том, что называется здесь "а также предупреждении преступлений". В ч. 2 этой статьи вообще говорится о способах осуществления этих задач, и они сопряжены исключительно с воздействием на личность. Несколько иначе раскрывается природа целей наказания по ст. 43 УК РФ, но, во-первых, это все же не цели уголовного права, а именно наказания, а во-вторых, по очевидной природе наказания - оно лично, и даже социальная справедливость, по идее, восстанавливается через воздействие на личность. Вместе с тем, хотя, условно говоря, личностный подход соответствует природе уголовного права в его традиционном понимании, но на самом деле полностью и даже сколько-нибудь достаточно ее не раскрывает. Поэтому наряду с другими причинами ни уголовно-правовая наука, ни практика не могут показать, насколько полезен обществу уголовный закон во всех его проявлениях вовне, корректно ли ограничение анализа последствий его существования (статике и динамике) личностным подходом. Правда, на протяжении всей истории развития уголовного права постоянно делались попытки так или иначе повысить, оптимизировать самые разнообразные последствия воздействия уголовного права, не пытаясь даже их классифицировать или вообще дифференцировать, но и они были связаны с личностью преступника, не принося большой пользы, чтобы не говорить о нежелательных результатах этих попыток. В то же время можно с полным основанием утверждать, что в багаже уголовно-правовой мысли имеется достаточно информационных предпосылок обобщенного и эмпирического характера, позволяющих на новой основе исследовать последствия уголовного закона, а потребности практики в этом существовали всегда.

В частности, состояние правовой мысли позволяет сделать общий вывод о необходимости выявлять и анализировать воздействие норм уголовного права и решений об их применении (как это в определенной части подтверждается уже приведенными соображениями) на два объекта - личность и социальные правовые институты, в частности на политический режим, социальные статусы, экономические процессы и в данном случае на правовые нормы, действующие на индивидуальном и инфраструктурном уровне, равно как и на правоотношения, соответственно институализированные, закрепленные некоторым образом как данность. Это означает, что осуществление правоустановления уголовным законом является лишь одним из последствий его действия наряду, например, с созданием определенной психологической атмосферы для развития предпринимательства, инновационной деятельности и пр.

Теоретические и практические основания конструкции уголовного правоустановления. В общем виде под правоустановлением уголовным законом, или уголовным правоустановлением, в соответствии с написанным выше в целом понимается процесс изменения правовых институтов вне собственно уголовно-правовой отрасли как результат существования уголовного закона в его статике и динамике. Но следует признать, что возможность и корректность такого понимания, хотя и находит основательные эмпирические подтверждения, все же нуждается в теоретическом обосновании. Делается попытка реализовать эту задачу на основе:

- а) обращения к общетеоретическим понятиям;
- б) рассмотрения относимости и релевантности общетеоретического понимания правоустановления к уголовному закону;
- в) анализа собственно процесса правоустановления.

Понятие правоустановления в теории права обычно рассматривается как установление новых прав и обязанностей и соответственно как цель, источник и последствие действия, направленного осознанно, а возможно, и нет, на изменение существующего здесь и сейчас правопорядка. Считается, что правоустановительную функцию в публичном праве выполняют только субъект правотворчества и субъекты принятия обязывающих правоприменительных решений, но во всех случаях в рамках отрасли или группы отраслей. В частном праве правоустанавливающими считаются, например, действия лиц, применяющих диспозитивное право, в том числе заключающих договор и тем самым определяющих взаимные права и

обязанности. Таким образом, правоустановление содержательно рассматривается как юридически значимая деятельность, отличная по своей формальной и материальной характеристике от правотворчества, но совпадающая частично с ним по воздействию на урегулированность правоотношений, формирующая, меняющая, отменяющая действующие объективные и субъективные права. Такое понимание правоустановления представляется информационно богатым и правильным и будет использовано далее.

Об относимости и применимости данной правовой конструкции к уголовному праву. Решение этого вопроса предполагает установление действительной связи правоустановления с уголовным законом, что далеко не всегда очевидно. Теоретическая трудность состоит в существовании устойчивого мнения о том, что действие уголовного закона на любом уровне должно исчерпываться реализацией, соблюдением, применением, исполнением собственно уголовно-правовых норм и не влиять на остальные правовоположения. Но все же, пусть косвенно, проблематика содержания и характера правоустановительных последствий уголовного закона находит отражение в дискуссии об охранительной и регулятивной функциях уголовного закона, которая, как кажется, не дала пока должных результатов, ибо использует главным образом теоретические аргументы. Однако решающим является общепризнанное положение о том, что уголовно-правовая наука должна выявлять факты, включая, а может быть, и прежде всего, ускользающие от наблюдения, и опираться на них. И, в частности, оно распространяется на факты, относящиеся к реальным последствиям применения и принятия уголовного закона.

Обратимся к анализу действия ст. 37 УК РФ "Необходимая оборона". Она регламентирует условия, при которых в случае причинения вреда другому лицу причиняющий этот вред субъект освобождается от уголовной ответственности. Так эта группа норм и применяется судом. Однако в литературе и на практике нет никаких сомнений в том, что указанная статья устанавливает правовые правила (нормы), которые представляют индивиду определенные права и наделяют его определенными обязанностями, ограничивающими эти предоставленные права. Такое содержание уголовного закона, собственно, и порождает оценку действий обороняющегося уголовно-правовой доктриной как социально полезных. Но это и выявляет относимость к уголовному закону данной правовой конструкции. Она адекватно описывает реальное явление: уголовно-правовые нормы действительно меняют некоторую часть норм, не являющихся уголовно-правовыми, но регулирующих поведение лица в определенных ситуациях, и, следовательно, устанавливают его правовое положение либо меняют его, что в принципе одно и то же. Совершенно конкретной иллюстрацией относимости этой конструкции можно считать известные споры, имевшиеся ранее, до изменения редакции данной статьи, о ее применении к действиям работников милиции. Они отражали две стороны дела. Во-первых, наглядно было видно, что правовое положение ряда профессиональных групп под влиянием уголовного закона действительно хотя бы частично изменилось. Во-вторых, что эти изменения сказались на правовых нормах, регулирующих деятельность ряда ведомств, а не только на индивидуальном уровне.

О форме и институциональном характере правоустановления уголовным законом. Несомненно, теория уголовного права должна выявить, в чем собственно материализуется, получает предметное выражение правоустановительная функция, при этом учитывая, что до сих пор больше внимания обращалось на ее фактические последствия. Исходным является содержание уголовного закона. Уголовно-правовые нормы неотъемлемы от него, ему присущи, выражают в данном случае содержание воли законодателя. Они, разумеется, устанавливают права и обязанности и тем самым являются предметным выражением правоустановления, но происходящего в уголовно-правовой сфере. Их можно определить как первичные компоненты уголовного правоустановления или, с иных позиций, как первичное уголовное правоустановление. Это явление правовой природы, которое представляет собой реальность, социальный факт, хорошо изученный или активно изучаемый. Именно наличие такого рода социально-правовых явлений, связанных с уголовным законом, обосновывает вывод о выполнении им функции, которая корректно может обозначаться как функция правоустановления. Подтверждение связи уголовного закона и тех или иных возникающих или меняющихся правовых институтов в отдельных случаях может оказаться сложным. Но, как правило, она является несомненно существующей, поскольку нередко легко выявляется на практике. Отменена уголовная ответственность за бродяжничество и уходит в небытие масса административно-правовых актов, принимавшихся во исполнение этого запрета. Все эти тезисы должны обсуждаться, подвергаться сомнению, углубляться при хорошем развитии событий, но, на наш взгляд, в первом приближении они обосновывают утверждение о наличии у уголовного закона правоустановительной функции, порождаемой его содержанием и целями.

Дополнительно это, на наш взгляд, обосновывается необходимым по существу дела обращением к механизму правоустановления уголовным законом.

Механизм, или процесс, правоустановления. Он сам по себе нуждается в подробном анализе, причем с различных позиций. В самом общем виде процесс правоустановления выглядит в статике так:

- источник, которым является уголовный закон, как текст и акты его применения;
- субъекты правоустановления, которыми могут быть законодатель в широком смысле слова, т.е. орган, уполномоченный принимать нормативные правовые акты, и правоприменитель, уполномоченный принимать обязывающие решения, приобретающие окончательную юридическую силу;
- сфера действия уголовного закона, практически - норма, которая рассматривается в каждом конкретном случае (например, понятие небрежной вины, которое в некоторой части устанавливает долг того или иного субъекта в сфере строительства, безопасности движения и эксплуатации транспорта и пр.);
- адресаты действия уголовного закона и результатов правоустановления, круг которых включает лиц, в принципе могущих совершить данное преступление, возможных потерпевших, лиц, имеющих специальные обязанности в сфере действия данной нормы, института (например, по ст. 264 УК РФ это лица, управляющие транспортным средством, граждане в зоне его досягаемости, лица, обязанные обучить водителя, выдавшие ему водительские права, и пр.);
- собственно установившиеся под влиянием уголовного закона правовые институциональные образования, которые требуют изменения или меняют реальное сложившееся состояние правопорядка, пусть в самой незначительной степени. При этом крайне важно подчеркнуть, что такими институциональными образованиями могут быть правовые нормы и правоприменительные решения, а проще говоря - любые источники права.

Динамика этого процесса рассматривалась и будет еще рассматриваться на примере реальных ситуаций. Но, кратко говоря, это может выглядеть так. Законодатель принимает ранее неизвестный российскому уголовному праву комплекс уголовно-правовых предписаний о легализации (отмывании) денежных средств и иного имущества, добытого незаконно, затем изменяет его содержание. Эти нормы суть источник правоустановления, созданный законодателем, но наделяющий правами правоустановления иных субъектов. В частности, и только в частности, необходимо определить дополнительные обязанности субъектов оперативно-розыскной деятельности, которые теоретически иначе не должны вмешиваться в финансовую деятельность предприятия, права и обязанности банков и банковских служащих, а для этого должны выполнить правоустановительные обязанности соответствующие исполнительные и иные органы. Далее, должна быть определена сфера действия уголовно-правовых норм, например действует ли он применительно к адвокатской деятельности, в сфере здравоохранения, образования, в частности, поскольку внесение гонорара, платы за лечение, обучение также являются финансовыми операциями, то следует ли распространять контроль на эти сферы. Затем, по идее, должен быть определен или должен сложиться способ регулирования: прямое, опосредованное, рамочное и пр. Наконец, определены круг адресатов правоустановления и собственно содержание новых норм. В целом это хорошо известные специалистам вещи, и практики вообще чаще ориентируются не столько на уголовный закон, сколько на соответствующие приказы, конкретизирующие нормы этого закона, возлагающие на кого-либо ответственность, определяющие систему учета и отчетности и пр.

Разумеется, сложнее обстоит дело с правоприменительными решениями. Процесс правоустановления в этом случае состоит в том, что либо фактически устанавливается новая норма, либо она фактически вводится в действие, либо складывается новая практика толкования того или иного уголовного закона. Таких ситуаций, повторим еще раз, очень много. Например, еще предстоит фактически ввести в действие статью 184 "Подкуп участников и организаторов профессиональных спортивных соревнований и зрелищных коммерческих конкурсов". Иностранная юстиция предъявляла претензии к одному из российских граждан, по ее мнению, пытавшемуся повлиять на результаты соревнований по фигурному катанию, но оказалось, именно ст. 184 УК РФ пока что практически не действует. Правоприменительные решения, влекущие правоустановление, иногда также опосредуются дополнительными нормативными правовыми актами правоприменительных органов, но чаще на них реагируют или должны реагировать адресаты действия уголовного закона. Например, несообщение при совершении сделки продавцом каких-либо необходимых сведений признается обманом либо злоупотреблением доверием и тем самым - мошенничеством по ст. 159 УК РФ. Тогда, если и поскольку подобные сделки являются типовыми, повторяющимися, адресат должен обязать своих работников такие данные сообщать, включая их в соответствующие формуляры, и пр.

По-видимому, в отличие от сферы частного права в принципе субъектный состав правоустановления здесь этим и ограничивается. Хотя вопрос о диспозитивных нормах в уголовном праве все-таки существует и разрабатывается применительно к так называемому компромиссу, освобождению от уголовной ответственности, частному обвинению и пр. Но, разумеется, наибольший интерес представляют в данном случае судебные решения, вошедшие в

законную силу. Рассматриваемые в литературе проблемы прецедента, значения постановлений Пленума Верховного Суда и пр. явно входят в проблему правоустановления, отражая одну из его сторон. Правоустановление осуществляется: а) ретроспективно, когда принятые закон либо судебное решение, могущие изменить, естественно частично, но иногда в болевых точках, существующие правовые институты; б) либо перспективно, когда они требуют принятия нового законодательства или разработки новых правовых позиции либо и так, и так. Правоустановление осуществляется непосредственно или опосредованно, косвенно. Первая ситуация налицо, когда норма или правоприменительное решение прямо формируют новое право. Так, ч. 3 ст. 37 УК РФ, в частности, устанавливает: "Право на необходимую оборону имеют в равной степени все лица независимо от их профессиональной или иной специальной подготовки и служебного положения". Здесь очевидным образом регламентируется не наличие права как такового, что было бы бессмысленным, но именно новое содержание права. И это прямо определяет правовое положение, скажем, работников милиции. Вторая, более частая, ситуация состоит в том, что правоустановление осуществляется опосредованно, или, иначе говоря, что опосредованное правоустановление присутствует всегда. Опосредующими механизмами оказываются новые нормативные правовые акты, новые правовые позиции. Так, и в российской практике, и в практике иных стран изменения уголовного закона, например, об отмыывании денег, уклонении от уплаты налогов, о злоупотреблениях на рынке ценных бумаг и пр. принимают в структуре законов, регламентирующих сферу, институт, но не отдельно. Такого рода изменения уголовного законодательства в ФРГ обусловили, в свою очередь, изменения, например, в профессиональном праве адвокатов в части, связанной с получением гонорара, в банковском праве в части соблюдения банковской тайны. Это же, разумеется, происходит и в российском праве. В этих случаях явно прослеживается правоустанавливающее опосредованное перспективное действие уголовного закона, который заставляет иное законодательство приспосабливаться к нему. Впрочем, можно предположить обратное направленное воздействие: уголовный закон приспосабливается к регулятивному. Но, насколько показывает проведенный анализ, такая связь не бывает единственной.

Наконец, форма, правовое выражение результатов или собственно последствий правоустановления. В самом общем виде к ним можно отнести правовые нормы и правовые позиции. Понятие правовых позиций в данном случае с благодарностью заимствуется у представителей конституционного права, конкретнее у специалистов в области конституционного правосудия. На наш взгляд, это чрезвычайно информативная правовая конструкция, и она должна рассматриваться как общеправовая, что лишь подчеркивает заслуги конституционалистов. Эти последствия могут быть явными, имеющими воспринимаемое адресатами юридическое значение, и обычно при опосредованном их действии - скрытыми, латентными, когда они оказываются фактором риска, находятся в пределах правового усмотрения, недостаточно контролируемого социальными институтами. Примеров латентного действия много, и именно они в сущности определяют значение рассматриваемой проблемы. Так, например, разграничение ст. 159 "Мошенничество" и ст. 176 "Незаконное получение кредита" во всяком случае происходило на основании анализа расходов обвиняемого. Неоправдываемые с точки зрения правоприменителя логикой хозяйствования расходы свидетельствовали об умысле на хищение. Но тогда правоприменительные решения определяли границы объективного и субъективного права, ставя пределы его осуществлению. Следовало, принимая соответствующие решения, просчитывать, будут ли они признаны рациональными и создадут ли они уголовно-правовой риск. Такого рода латентность даже не по содержанию, но по неопределенности кажется весьма опасной.

О реальном состоянии правоустанавливающей функции уголовного закона. Здесь должно решаться несколько вопросов: как и где, в каком объеме она реализуется, как она сказывается на состоянии социальных институтов, а отсюда - в какой части - что крайне важно - легитимна эта функция, должна ли она быть развита, активирована или, наоборот, подавлена, исключена законодателем и правоприменителем. Решение последнего вопроса во многом определяет содержание уголовной политики, а также соответственно состояние и правотворчества и правоприменения. Это было показано на ряде примеров, в частности на примере ст. 37 УК РФ, и здесь можно добавить еще ряд примеров, достаточно актуальных и противоречивых, особенно в сфере действия уголовного законодательства об экономических и должностных преступлениях, преступлениях против здоровья населения и общественной нравственности и других. В частности, можно дополнительно напомнить о столь разных правовых ситуациях, как проблемы уплаты налогов и лечения домашних животных. Но все же пределы действия правоустанавливающей функции выявить весьма сложно; во всяком случае, этому должен предшествовать более глубокий теоретико-методический анализ и, вероятно, главное - предметное, фактоустанавливающее исследование механизма действия данной функции. При этом теория и практика должны взаимодействовать. Выдвижение критериев правоустановления позволяет выявлять их предметно. Предметное выявление позволяет точнее представлять себе критерии его признания. Здесь, во всяком случае, выдвигается гипотеза о том, что данная функция, как она здесь описана,

проявляется в широких пределах и имеет крайне важное социально-политическое значение. Сейчас с достаточной уверенностью можно предположить, что правоустановительная функция наиболее предметно и существенно проявляется в сферах: а) экономики, где острыми проблемами являются, в частности, налоговая практика, доступ к информации, права собственности и свобода договора, социальные обязательства в различном, иногда деформированном, виде и пр.; б) управления, где острыми проблемами, возможно, наиболее острыми, являются проблемы компетенции, структуры и порядка получения вознаграждения и льгот различного характера и пр.; в) оборота различных предметов с особым режимом (оружие, лекарственные вещества и пр.), а равно осуществления гражданами принадлежащих им действительно или предположительно прав. Здесь можно привести еще один пример. Если представить, что законодатель меняет содержание ст. 209 "Бандитизм", то, скорее всего, и последствия этих изменений будут проявляться только в собственно уголовно-правовой сфере. Трудно предположить, чтобы могли оказаться необходимыми также изменения в иных отраслях права. Кажется иной ситуация с принятием, например, статей 280, 282.1 УК РФ. Здесь возникает, с одной стороны, именно правовая потребность в нормативно-правовом установлении того, что есть призыв, кто отвечает за призывы, опубликованные в СМИ, т.е. кто обязан давать правовую оценку призыва, что крайне важно, когда автором текста фактически является, в сущности, группа людей, и с другой - в установлении процессуальным путем того, кто придал ему характер призыва именно к осуществлению экстремистской деятельности, невозможно. Этот ход рассуждений легко продолжить. Обратим лишь внимание, что в этом примере уголовный закон - хотим мы этого или нет - меняет правовое положение в сфере свободы слова. Это не обязательно плохо в конкретных случаях, но это факт.

Легитимность и легитимация правоустановления уголовным законом. Это чрезвычайно сложная проблема, имеющая самые серьезные теоретические и практические последствия. Подавляющее большинство юристов может уверенно сказать, что уголовный закон не должен вторгаться в сферу иных отраслей права и тем паче менять их нормы. К сожалению или нет, но реально это происходит. Вопрос легитимности поэтому подлежит решению и связан с тремя сценариями: все остается неизменным, принимаются законодательные решения, устраняющие саму возможность такого влияния, создаются гарантии осуществления данной функции в рамках действующей Конституции. При этом вопрос о легитимности, как и всегда, решается тремя шагами: она признается или не признается в целом, т.е. как возможная в принципе, признается или отрицается в отношении группы норм, институтов и, наконец, устанавливается применительно к отдельному решению.

На наш взгляд, формально-материальное основание легитимности предусмотрено различным образом Конституцией РФ. Прежде всего, это распространенная оговорка о признании того или иного права, поскольку оно не ограничено законом. Таким образом, довольно парадоксально, что высший закон государства устанавливает возможность его ограничения иным законом, имеющим меньшую юридическую силу. Чаще всего это именно уголовный закон. Радоваться наличию такой оговорки можно не всегда. Но она существует. Но вместе с тем и иные конституционные нормы легитимируют правоустановительное действие уголовного закона. Это требования к определенности уголовного закона, находящие самое различное воплощение: запрет поворота к худшему, недопустимость двойного наказания за одно и то же и пр. Строго говоря, само наличие бланкетных диспозиций и необходимость их адекватного восполнения легитимирует правоустановительное действие уголовного закона в принципе. Однако это отнюдь не значит, что конституционным являлось бы принятие уголовного закона, устанавливающего ответственность за спекуляцию по образцу ст. 154 УК РСФСР и тем самым ограничивающего свободу договора. В этом смысле легитимность правоустанавливающих решений, будь они правотворческими или правоприменительными, нуждается в конкретной легитимации.

Правоустановление как объект и средство управления.

1. Содержание и необходимость оптимизации уголовного правоустановления. Признание существования и определенного социального значения правоустановительной функции уголовного закона естественно порождает потребность в ее оптимизации, о чем, собственно, говорилось выше. Она предполагает на уровне индивидуального правоприменения:

- уяснение содержания уголовно-правовых норм и институтов как источников правоустановления, т.е. понимания, что повлечет принятие либо изменение уголовного закона или правовой позиции;

- оценку результатов правоустановления, в частности правовых норм, содержащихся в возникших или изменившихся правовых актах, и правовых позиций, имеющих прецедентный характер или иное неформальное влияние, признание либо отрицание их легитимности, законности, т.е. каков "шлейф" уголовного закона, что из-за него изменилось в праве;

- анализ правил применения законных правовых норм и влияния правовых позиций, их эффективности.

На уровне правовой политики могут оказаться необходимыми:

- анализ уголовного правотворчества и его коррекция применительно к потенциальному правоустановлению;
- общая оценка и оптимизация состава нормативных правовых актов, возникших как следствие действия уголовного закона;
- анализ сложившейся правоприменительной практики с позиций ее соответствия правилам применения уголовного закона, особенно его действия во времени.

Все эти подходы должны быть основаны на Конституции РФ, т.е. включать в себя проверку конституционности актов правоустановления, и соответствовать задачам и принципам УК РФ, проводимой в стране правовой политике.

Необходимость так понимаемой оптимизации нуждается в обосновании. Хотя если действительно признается существование нормативных правовых актов и правовых позиций, порожденных уголовным законом, то необходимость оптимизации такого объекта подразумевается сама собой. Оптимизации, как известно, подлежит все, что движется, функционирует. В более прагматическом плане наличие этой задачи всегда признавалось тем или иным образом в рамках теории так называемого специального предупреждения преступлений, и так или иначе она решалась. Школьным примером было рассмотрение порядка приемки грузов в связи с задачей профилактики краж на железнодорожном транспорте. Объяснялось, что проверка всех поступающих грузов невозможна по экономическим соображениям - дорого перевешивать. В сущности, здесь и осуществлялась оценка правовых актов, являющихся последствием уголовного правоустановления.

2. Уяснение содержания уголовно-правовых норм как источника правоустановления. По-видимому, здесь может возникнуть ряд интересных подходов. Текст уголовного закона написан в расчете на установление оснований уголовной ответственности и ее реализацию. Сложившаяся повсеместно уголовно-правовая доктрина направлена на исследование оснований уголовной ответственности и ее правовых последствий: наказания, иных уголовно-правовых мер. Толкование текста уголовного закона на этапе его уяснения и затем в процессе квалификации деяния и определении мер ответственности состоят в установлении элементов преступления, признаков состава преступления, их связи с мерами ответственности. Здесь же возникает иная задача. Нужно установить, есть ли в тексте уголовного закона предписания, действительно являющиеся правовой основой правоустановления, каковы цели и адресаты этих предписаний. Например, есть ли в тексте норм о преступлениях против собственности, либо преступлений в сфере экономической деятельности, либо в иных главах УК РФ предписания, позволяющие получать определенным лицам в определенных случаях и в определенном объеме информацию, в принципе образующую коммерческую тайну, и легитимирующих правоустановление, необходимое для этого. И наоборот, нет ли в тексте ст. 183 УК РФ специальных предписаний, ограничивающих возможности удовлетворения этой потребности. Проблема эта не надуманная, и она достаточно остро обсуждалась в литературе. Проведенный применительно к этой проблеме анализ предварительно показывает, что предписания, имеющие такой правовой потенциал, имеются едва ли не в каждом тексте, содержащем те или иные уголовно-правовые нормы. Совместно в структуре нормы, института, в целом уголовного права они должны обеспечивать:

- возможность стандартного осуществления адресатами незапрещенного поведения при отсутствии признаков, устраняющих противоправность деяния;
- осуществимость выбора такого варианта поведения субъектом деяния при условиях, описанных в законе, при возможно более низком преодолеваемом барьере;
- понятность, воспринимаемость предписания и необходимые условия его реализации, уменьшающие уголовно-правовые риски.

В рамках сложившейся традиции порождающие предписания целесообразно выявлять применительно к структурным элементам уголовно-правовой нормы, поскольку она стремится к распространению на смежное поведение и релевантные институциональные структуры. Элементами уголовно-правовой нормы являются признаки состава деяния и правовые последствия. Теория и практика признают выделение гипотезы, диспозиции и санкции, но затем забывают о них. Поэтому признаки, порождающие правоустановление, следует относить прежде всего к объективной стороне, в частности способу совершения деяния, к предмету преступления, субъективной стороне и специальному субъекту. Более сложным, однако, является установление характеристик этих признаков, связанных с правоустановлением, т.е. собственно того правового материала, который непосредственно обосновывает легитимность потребности в правоустановлении либо отрицает ее. В теоретическом плане эта проблема еще нуждается в решении. Практически здесь можно выделить индикаторы проблемы, вполне понятные и легко опознаваемые. Они, на наш взгляд, таковы: наличие оценочных и (или) не определенных в уголовном праве понятий, использование конструкций описания поведения, близких к обыденным или, напротив, отражающих узкую специализированность поведения, равно как и отсутствие описания поведения вообще, излишняя абстрактность, т.е. фактическая неопределенность используемых понятий, близость запрещенного поведения к разрешенному, невыявленность

степени интенсивности действия или иного признака, необходимых для признания его общественной опасности и пр. При этом, как уже отмечалось, потребность в правоустановлении может быть объективной, т.е. от редакции текста уголовного закона не зависеть, а может и зависеть. Кратко остановимся на этом.

Признание (выявление) возможности осуществления стандартного поведения. Предполагается, что субъект в принципе может делать то, что не запрещено в рамках своих физических возможностей и сложившихся социальных условий. Поэтому, в частности, признаки объективной стороны порождают необходимость в нормативно-правовой конкретизации способа деяния, направленной на лучшее понимание закона и разумное ограничение правоприменительного усмотрения, именно в смысле данной уголовно-правовой нормы. Так, ст. 159 признает мошенничеством хищение чужого имущества или приобретение права на чужое имущество путем обмана или злоупотребления доверием. С этим связано много известных специалистам проблем. В бытовом плане понятие обмана размыто. Никто не предполагает, что в любой ситуации имущественных отношений он обязан и ему обязаны излагать полную и совершенно адекватную реальности информацию. Вполне законная реклама в принципе вводит в заблуждение, хотя бы тем, что создает иллюзии. Понятие обмана содержится и в ГК РФ. Ничто в тексте ст. 159 УК РФ (как и ГК РФ) не позволяет отличить один обман от другого. Представляется, что при сохранении текста ст. 159 УК РФ в неизменном виде в нем выявляются предписания, определяющие легитимную потребность в таком изменении действующих нормативных правовых актов, которые позволяли бы разграничить эти виды обмана, в частности установить обязанности по передаче информации в процессе заключения отдельных договоров, классифицировать случаи искажения либо утаивания информации и т.п.

Осуществимость выбора правомерного варианта поведения. Необходимость его обеспечения, в частности, относится к бездействию в уголовно-правовом смысле. В простых случаях это очевидно. Не умеющий плавать не должен бросаться в воду. Но в более сложных ситуациях, например при потребности в медицинской помощи, вмешательстве милиции, горноспасательных работах, нередко возникает необходимость нормативно-правового определения содержания долга, обязанности, лежащей на субъекте деяния. Проще говоря, может возникнуть необходимость принятия новых норм наряду с уже существующими.

Признаки предмета в смысле их влияния на правоустановление особенно часто обсуждаются по отношению к вещам, изъятым из оборота. Определение понятия холодного оружия применительно к ч. 4 ст. 222, ч. 4 ст. 223 УК РФ вне связи с указанными статьями бессмысленно. Толкование этих текстов УК РФ и в данном смысле подобных им обнаруживает неопределенность понятия, которая не может быть восполнена совершенно независимыми нормативными правовыми актами иной принадлежности. Эта неопределенность требует специального акта либо формирования правовой позиции, устанавливающих именно уголовно-правовую релевантность данного понятия. Иначе, как это и происходит на практике, возрастают уголовно-правовые риски.

Признаки субъективной стороны также преимущественно через трудности их применения порождают потребность в правоустановлении. В литературе, и не только русскоязычной, активно обсуждается вопрос о обязанности и возможности предвидеть общественно опасные последствия своих действий (бездействия), т.е. содержании необходимой внимательности и предосторожности в случае совершения преступления по небрежности. Здесь целый ряд вопросов решается отраслевым законодательством, не связанным с уголовным законом. Но необходимые внимательность и предусмотрительность должны быть такими, которых требует именно уголовный закон. Нет четкой границы в обычном обиходе: внимателен - нет, внимательность необходимая - необходимой внимательности нет. Но суд выносит приговор. Он эту грань установить должен, и было бы преувеличением утверждать, что здесь налицо устойчивая практика. Следует сформировать четкие правовые позиции, которые снизили бы уровень непредсказуемости судебных решений.

Обратная сила уголовного закона: правовые позиции Конституционного Суда РФ <1>

<1> Автор выступал по делу в качестве эксперта.

Содержание проблемы. Ниже рассматривается Постановление Конституционного Суда РФ "По делу о проверке конституционности части второй статьи 10 Уголовного кодекса Российской Федерации, части второй статьи 3 Федерального закона "О введении в действие Уголовного кодекса Российской Федерации", Федерального закона "О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации" и ряда положений Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, касающихся порядка приведения судебных решений в соответствие с

новым уголовным законом, устраняющим или смягчающим ответственность за преступление, в связи с жалобами граждан А.К. Айжанова, Ю.Н. Александрова и других" от 20 апреля 2006 г. N 4-П.

В судебной практике возникла еще одна затрагивающая интересы осужденных и в то же время затратная проблема приведения в соответствие обвинительных приговоров с новым уголовным законом, улучшающим положение лиц, отбывающих наказание. При этом на первый план вышла часто скрытая связь между конституционно-правовым смыслом уголовного законодательства и складывающейся или сложившейся правоприменительной практикой. Постановление Конституционного Суда, которое анализируется ниже, решает эту проблему в силу положений ст. 3 Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации". По существу оно вносит значительный вклад в понимание уголовного права и может существенно воздействовать на определенный сегмент судебной практики. Как известно, постановления Конституционного Суда РФ окончательны, вступают в силу немедленно после провозглашения, действуют непосредственно и не требуют подтверждения другими органами и должностными лицами.

Конституционный Суд РФ нечасто обращается к проблемам материального уголовного права, но любое его решение формирует важные правовые позиции, которые, если отвлечься от теоретических споров об источниках уголовного права, несомненно, обогащают предписания ч. 2 ст. 1 УК РФ, отражающие, в свою очередь, принцип верховенства Конституции в системе российского законодательства.

На этом основании правовые позиции и в целом тексты, принимаемые Конституционным Судом РФ, должны осваиваться уголовно-правовой доктриной и соответственно практикой, прежде всего, в сфере понимания наиболее общих институтов уголовного права и отдельных его предписаний. Разумеется, понимание позиций Конституционного Суда требует исследовательской работы и может быть в той или иной части дискуссионным.

Контекст Постановления Конституционного Суда РФ. При рассмотрении данного Постановления заслуживают особого внимания характер и содержание подготовительной работы Конституционного Суда, предшествующей принятию им постановления. Конституционный Суд учел контекст и общее содержание проблемы обратной силы уголовного закона, прежние решения Конституционного Суда, действующую практику и доктринальные суждения, их юридическое и научное значение.

Это должно иметь своеобразное методико-прецедентное значение для проектирования уголовно-правовых решений общенормативного содержания. Является совершенно привычным, что любому судебному решению предшествует процесс подготовки, осуществляемый в той или иной форме. Однако следует обратить внимание, что Конституционный Суд, вырабатывая правовые, а не фактические события, провел в определенном смысле более развернутую научную проработку, чем это делается в иных случаях, поставленных заявителями вопросов, сосредоточив мнения экспертов и специалистов, запросив заключения авторитетных научных учреждений, конкретизированных применительно к вопросам, образовавшим специфический предмет исследования. К сожалению, такой подход не всегда имеет место при внесении различных проектов изменения уголовного законодательства.

Контекст действия современного российского уголовного законодательства образуют новая Конституция, изменившаяся система управления, позитивное законодательство и иные процессы, прямо или косвенно влияющие на состояние уголовного законодательства и права.

Относительно многочисленные изменения уголовного закона хотя и остаются нежелательными с точки зрения необходимости обеспечить его стабильность, но оказываются вынужденными по природе вещей. В этих условиях многие высказанные ранее соображения в целом об уголовном законе и в частности о его обратной силе не то чтобы становятся неправильными, но не соответствуют новым условиям <1>.

<1> Обзор взглядов по этой проблеме см. в кн.: Якубов А.И. Обратная сила уголовного закона: некоторые проблемы совершенствования Уголовного кодекса Российской Федерации. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. См. также: Уголовное право. Библиография (1985 - 2003 гг.) / Под ред. А.Э. Жалинского. М.: Дашков и К, 2004; Уголовное право: Библиография (1985 - 2006 годы) / Под ред. А.Э. Жалинского. 2-е изд. М.: Городец, 2007.

Законодатель и судебная практика вынуждены самостоятельно, без доктринальной поддержки, адаптируя уголовный закон к происходящим изменениям, решать сложные вопросы, связанные с его обратной силой. Вполне естественно, что делается это не всегда удачно. Нередко принимаются трудно выполнимые или недостаточно эффективные, а возможно, и не основанные на Конституции РФ решения.

Именно поэтому реально - в интересах страны и в сфере действия уголовного закона - приобретают все большее политическое и собственно юридическое значение решения

Конституционного Суда, его правовые позиции, что в данном случае обусловило необходимость в повторном обращении Конституционного Суда к проблеме обратной силы уголовного закона <1>.

<1> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 16 января 2001 г. N 1-О "По делу о проверке конституционности примечания 2 к статье 158 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина Скородумова Дмитрия Анатольевича". Подробнее см.: Жалинский А.Э. О конституционности уголовного законодательства Российской Федерации // Право и политика. 2003. N 6. С. 37 и след.

Общее содержание проблемы обратной силы уголовного закона. В настоящее время его образуют:

- стремление все же в некоторых ситуациях придавать обратную силу уголовному закону, распространяя его на тяжкие преступления против человечности, основных прав и свобод человека;
- понимание состава уголовного права, круга его источников, в частности, отношения к нормативно-правовым актам, восполняющим бланкетность уголовно-правовых норм;
- соотношение правил нового и старого уголовного закона по критерию смягчения наказания или улучшения положения лица, совершившего преступление;
- характер различных последствий, вытекающих из признания обратной силы нового уголовного закона для правоприменителя и законодателя;
- влияние нового уголовного закона на смежное законодательство, и прежде всего уголовно-процессуальное.

Вероятно, это еще не все составляющие проблемы обратной силы уголовного закона, но и они меняют значение проблемы и подход к ней. Именно поэтому высказанные ранее в литературе суждения периодически наталкиваются на необходимость дополнительного обсуждения.

Проверяемые обстоятельства дела. Конституционный Суд РФ, как уже отмечалось, рассмотрел в открытом заседании ряд положений, касающихся приведения судебных решений в соответствие с новым уголовным законом, смягчающим ответственность. Поводом к рассмотрению дела явились жалобы ряда граждан, осужденных за совершение преступлений, ответственность за которые была смягчена Федеральным законом от 8 декабря 2003 г. "О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации". Основанием к рассмотрению дела явилась обнаружившаяся неопределенность в вопросе: соответствуют ли Конституции РФ оспариваемые заявителями ч. 2 ст. 10 УК РФ, ч. 2 ст. 3 Федерального закона от 13 июня 1996 г. N 64-ФЗ "О введении в действие Уголовного кодекса Российской Федерации" (в редакции Федерального закона от 27 декабря 1996 г. N 161-ФЗ), Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. N 162-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации", а также ряд положений ст. ст. 396, 397, 399, 402 - 410, 413 и 415 УПК РФ. Конституционный Суд постановил признать ч. 2 ст. 10 УК РФ не противоречащей Конституции РФ, поскольку содержащаяся в ней норма по своему конституционно-правовому смыслу в системе действующего уголовно-процессуального регулирования предполагает смягчение наказания, назначенного по приговору суда, в связи с изданием уголовного закона, смягчающего ответственность за преступление и имеющего обратную силу в пределах, предусмотренных нормами как Особенной, так и Общей части УК РФ.

Обращает на себя внимание, что Конституционный Суд ввел формулировку "обратной силы в пределах, предусмотренных нормами как Особенной, так и Общей части УК РФ" наряду и на основе понятия "пределов, предусмотренных новым уголовным законом". Как и иные положения постановления, это нуждается в специальном анализе.

Оспариваемая судебная практика. Хотя заявители оспаривали конституционность ряда уголовно-правовых и уголовно-процессуальных норм, по существу они подвергали сомнению сложившуюся судебную практику. Фактически обжаловалось следующее. Суды общей юрисдикции, рассматривая ходатайства заявителей о приведении в соответствие вынесенных приговоров с более мягкими, по их и заявителей мнению, законами, действительно принимали решения либо о переквалификации действий осужденного, либо решения об исключении из приговора указания на отдельные квалифицирующие признаки состава преступления, либо решения об исключении из приговора указания на наличие в действиях осужденного особо опасного или опасного рецидива преступления и соответственно решения об изменении режима исправительного учреждения, либо об исключении из приговора указания о применении наказания в виде конфискации имущества.

Однако независимо от характера вносимых в приговор корректив и процедур, в которых рассматривались соответствующие вопросы, ранее назначенные наказания либо вообще не снижались, либо снижались не ниже верхнего предела самого строгого из наказаний, установленных санкцией соответствующей статьи Особенной части УК РФ, причем такие решения

принимались даже в тех случаях, когда ранее назначенное наказание являлось минимальным или назначалось на основании ст. 64 УК РФ ниже низшего предела.

Суды, принимая такие решения, ссылались на то, что ч. 2 ст. 3 Федерального закона "О введении в действие Уголовного кодекса Российской Федерации" и ч. 2 ст. 10 УК РФ позволяют приводить меры наказания в отношении лиц, осужденных по ранее действовавшему уголовному закону и не отбывших наказание, в соответствии с новым уголовным законом только в тех случаях, когда назначенное судом наказание является более строгим, чем установлено верхним пределом санкции соответствующей статьи УК РФ в ее новой редакции.

Заявители оспаривали конституционность этих норм, полагая, что они не могут применяться иначе и тем самым нарушаются их права, гарантированные ч. 1 ст. 19, ч. 3 ст. 50, ч. 2 ст. 54, ч. 2 ст. 55 и ч. 3 ст. 56 Конституции РФ. Они оспаривали также конституционность ряда положений ст. ст. 396, 397, 399 УПК РФ, регламентирующих порядок разрешения судом вопросов, связанных с исполнением приговора, в частности вопроса об освобождении от наказания или его смягчении вследствие издания уголовного закона, имеющего обратную силу, ст. ст. 402 - 410, устанавливающих порядок и основания обжалования и пересмотра вступивших в законную силу судебных решений в надзорном производстве, ст. ст. 413 и 415, определяющих основания и порядок возобновления производства по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств.

Предмет рассмотрения. Конституционный Суд РФ, опираясь на Конституцию РФ и Федеральный конституционный закон "О Конституционном Суде Российской Федерации", рассмотрел содержание жалоб, поступивших в его адрес, и, руководствуясь рядом аргументов, определил в принятом им постановлении в качестве предмета рассмотрения по данному делу ч. 2 ст. 10 УК РФ, которая по смыслу, придаваемому ей правоприменительной практикой, не допускает снижение по новому Закону наказания ниже верхнего предела, установленного санкцией соответствующей статьи Особенной части УК РФ в редакции этого Закона.

Исходные аргументы и правовые позиции по данному Постановлению. Они имеют, на наш взгляд, двойное значение. Первое определяется ст. 6 Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации", по которой выявленный в Постановлении конституционно-правовой смысл законоположений является общеобязательным, что исключает их любое иное толкование в правоприменительной практике. Второе связано с обогащением уголовно-правовой доктрины, которая в тех или иных пределах влияет на судебную практику, как на нее влияет в иных случаях господствующее мнение в литературе и сложившиеся тенденции судебной практики. Выделим эти аргументы.

1. Конституционный Суд указал на конституционное содержание и значение принципа справедливости, установленное в ст. 6 УК РФ. Чрезвычайно важно, что этот принцип конкретизируется и используется в Постановлении как аргумент обосновываемой правовой позиции путем раскрытия начала соразмерности. Конституционный Суд указал на обязательность обеспечения соразмерности характера и содержания мер уголовного закона, необходимых для защиты конституционно значимых ценностей, и порождаемых ими последствий (в том числе для лица, в отношении которого эти меры применяются), т.е. начало их адекватности вреду, причиненному преступными деяниями. В Постановлении указано, что реализация конституционных принципов в сфере уголовно-правового регулирования предполагает "недопущение избыточного ограничения прав и свобод при применении мер уголовно-правового принуждения". Эти предписания трудно исполнимы ввиду известных особенностей природы уголовного права. Однако обращенные к законодателю и правоприменителю, они обязывают их использовать сквозные нормы российского уголовного права и применять их проверяемым образом при постановлении приговоров в соответствии с конституционными основами демократического правового государства, включая приоритет и непосредственное действие Конституции РФ, разделение властей, государственную защиту прав и свобод человека и гражданина, справедливость и равенство, запрет произвола, требования соразмерности и связанности органов государственной власти и должностных лиц, реализующих уголовно-правовые предписания, в том числе судей, Конституцией РФ и законами ("часть 1 статья 1; статья 2; часть 2 статья 4; статьи 10, 19, 45; часть 3 статья 55 Конституции Российской Федерации").

2. Суд, ссылаясь на ст. 21 Конституции РФ и свои прежние позиции, далее указал, что личность в ее взаимоотношениях с государством выступает не как объект государственной деятельности, а как равноправный субъект, который может защищать свои права всеми не запрещенными законом способами (Постановление Конституционного Суда РФ от 3 мая 1995 г. N 4-П по делу о проверке конституционности статей 220.1 и 220.2 УПК РСФСР).

Выраженное в Постановлении Конституционного Суда РФ это положение по существу дезавуирует еще встречающиеся в литературе и на практике подходы к лицу, признанному виновным в совершении преступления, как простому объекту уголовно-правового воздействия.

3. Суд указал, что предписания ч. 2 ст. 54 Конституции РФ, согласно которым никто не может нести ответственность за деяние, не признававшееся в момент его совершения

правонарушением, и которые тем самым исключают возможность возложения на граждан ответственности за деяния, общественная опасность которых не могла осознаваться ввиду отсутствия в законе соответствующего правового запрета, создают условия для обеспечения начала определенности уголовного закона в его правовом положении.

Конституционный Суд особо выделил положение, согласно которому исходя из общеправовых принципов гуманизма и соразмерности ответственности реальной общественной опасности совершенного деяния Конституция РФ в той же ч. 2 ст. 54 предписывает, что в случае устранения или смягчения новым законом ответственности за совершенное правонарушение применяется новый закон. Эта конституционная норма в сжатом виде содержится в ст. 10 УК РФ "Обратная сила уголовного закона" и является критерием проверки его конституционности.

В Постановлении проводится чрезвычайно важная мысль о том, что смягчение наказания за деяние, которое отбывается лицом как и иные случаи реализации обратной силы уголовного закона, осуществляется на основе нового уголовного закона, причем именно взятого в его контексте, т.е. в его нормативных зависимостях от других правовых норм, и не может поэтому ограничиваться никакими нормами, не имеющими отношения к новому уголовному закону.

Иные правовые позиции, выраженные в Постановлении Конституционного Суда РФ. Суд, в частности, указал, что ст. 54 Конституции РФ, п. 1 ст. 15 Международного пакта о гражданских и политических правах не содержат в себе норм, ограничивающих действие закрепленных в них правил в зависимости от видов правонарушений, категорий лиц, их совершивших, или каких-либо иных обстоятельств.

Конституционный Суд на этой основе конкретизировал положения ст. 10 УК РФ, выделив в дополнение к кругу лиц, о которых говорится в этой статье, также и правовые формы, в которых произошло иным образом улучшение положения названных лиц. Суд указал на необходимость обеспечения реализации материально-правовых предписаний в любой стадии производства по делу.

В Постановлении говорится: "Так же и по буквальному смыслу части 1 ст. 10 УК РФ закон, улучшающий положение лица, совершившего преступление, имеет обратную силу и подлежит применению в конкретном деле также независимо от того, в чем выразилось улучшение положения этого лица - в отмене квалифицирующего признака преступления, уменьшении нижнего и (или) верхнего пределов санкции статьи Особенной части УК, изменении в благоприятную сторону для осужденного правил назначения наказания или в чем-либо ином, а также независимо от стадии производства по уголовному делу, в которой подлежит разрешению вопрос о применении нового закона, смягчающего ответственность за преступление".

Это же положение распространяется Конституционным Судом и на ч. 2 ст. 10 УК РФ.

Конституционный Суд сформулировал правовую позицию, согласно которой смягчение назначенного по приговору суда наказания по новому уголовному закону предполагает применение общих начал наказания, и такое смягчение должно осуществляться в пределах, определяемых всей совокупностью норм УК РФ, содержащихся и в Общей, и в Особенной его частях.

По существу это означает, что ранее установленные фактические обстоятельства дела получают новую оценку уголовно-правового характера. Суд исходит из предписаний нового уголовного закона, которые, повторим, могут требовать и иного применения предписаний статей УК РФ, связанных с этим новым законом.

Следовательно, ограничительное толкование ч. 2 ст. 10 УК РФ как допускающей возможность снижения назначенного осужденному наказания только до верхнего предела санкции соответствующей статьи Особенной части УК РФ не вытекает из буквального выражения и смысла данной нормы, равно как не вытекает и из положений Конституции РФ, предопределяющих ее содержание и значение в системе действующего уголовно-правового регулирования.

При приведении приговора в соответствие с новым уголовным законом, четко указывается в Постановлении Конституционного Суда РФ, независимо от того, в какой процессуальной стадии решается данный вопрос, подлежат применению все установленные УК РФ в редакции этого закона правила, как общие, так и специальные, на основании которых вопрос о наказании разрешается при постановлении приговора, включая правила назначения ниже низшего предела, при наличии смягчающих обстоятельств, при рецидиве преступлений.

Конституционный Суд считает, что тем самым в уголовно-правовых отношениях обеспечивается реализация принципов справедливости (преамбула Конституции РФ, ст. 6 УК РФ) и равенства всех перед законом и судом (ст. 19 Конституции РФ, ст. 4 УК РФ).

Конституционный Суд, и это заслуживает особого рассмотрения, также указал, что государство, обязанное в силу ст. 2 Конституции РФ признавать, соблюдать и защищать права и свободы человека и гражданина, должно обеспечить на практике действие механизма приведения ранее принятых судебных решений в соответствие с новым уголовным законом, имеющим обратную силу, независимо от просьбы со стороны заинтересованных лиц.

Эти положения требуют специального анализа с уголовно-процессуальных позиций, но суть их совершенно ясна. В Постановлении сказано, что "законодатель, принимая закон, устраняющий или смягчающий уголовную ответственность и, следовательно, являющийся актом, который по-новому определяет характер и степень общественной опасности тех или иных преступлений и правовой статус лиц, их совершивших, не может не предусмотреть - исходя из конституционно обусловленной обязательности распространения действия такого рода законов на ранее совершенные деяния - механизм придания ему обратной силы, а правоприменительные органы, в том числе суды, уполномоченные на принятие во исполнение этого закона юрисдикционных решений об освобождении конкретных лиц от уголовной ответственности и наказания или о смягчении ответственности и наказания, оформляющих изменение статуса данных лиц, не вправе уклоняться от его применения".

Выводы. В российской правовой литературе нередко встречается критика той или иной правовой позиции Конституционного Суда РФ, правда, не всегда обоснованная и корректная. Данное Постановление также будет объектом анализа и уяснения в процессе коллективного обсуждения. Однако определенные выводы оно позволяет сделать уже сейчас. Они таковы.

Прежде всего в данном Постановлении юридически и технологически реализованы конституционные начала УК РФ, иногда кажушиеся декларативными, показана возможность конструктивного осуществления этих начал, выявлен конституционно-правовой, а не только уголовно-правовой смысл ст. 10 УК РФ.

Уголовный кодекс РФ основывается на Конституции РФ и общепризнанных принципах и нормах международного права. Критериями его конституционности является именно содержание Конституции РФ, а не опыт иных правовых систем либо соображения ведомственной целесообразности, хотя и то и другое может служить аргументом, разумеется, если этот аргумент не противоречит Конституции РФ. В этом смысле обоснована необходимость обязательного включения аргументации, восходящей к конституционным предписаниям в процесс уголовно-правового дискурса.

Далее, Постановление Суда снимает споры о возможности законодателя полностью или частично отречься от обратной силы уголовного закона в ее нынешнем понимании. Уголовное законодательство России в этой части является действительно рациональным, разумным и справедливым. Законодатель и правоприменитель должны использовать в различных любых ситуациях все средства нового уголовного закона для улучшения положения лица, совершившего преступления. Такой подход обеспечивает как принцип справедливости, так и начало "связи времен", историческую идентичность правовой государственности России.

Наконец, Постановление выявляет наглядно и обосновывает конституционно приоритет нового, т.е. измененного, уголовного закона и указывает на то крайне важное обстоятельство, что изменение одного предписания УК РФ, как правило, влечет иное контекстное понимание ряда других его предписаний. Это важное в теоретическом и методическом плане утверждение полностью соответствует ч. 2 ст. 54 Конституции Российской Федерации, ст. 10 УК РФ, снимая многие споры относительно соотношения старого и нового уголовных законов. Тем самым устраняются ограничения при смягчении наказания. Суд применяет новый закон и решает вопрос о наказании на его основе.

Тогда становится более ясным и вопрос о том, улучшает ли новый закон положение лица. Улучшение положения лица имеет место во всех тех случаях, когда суд получает дополнительно правомочия, необходимые для вынесения более мягкого наказания по верхним либо по нижним его границам.

Раздел 6. ТЕОРИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЯ

В шестом разделе анализируются лишь некоторые традиционные, но до сих пор спорные проблемы теории преступления. Приведенные здесь соображения предполагают, что сложившаяся в литературе теория преступления нуждается в юридизации и инструментализации путем раскрытия богатого смысла релевантных предписаний действующего конституционного и уголовного законодательства.

Российская уголовно-правовая доктрина рассматривает законодательную конструкцию преступления преимущественно с политологических и философских позиций. Собственно юридические предписания, содержащиеся в ст. 14 и других статьях УК РФ, вытеснены в учение о составе преступления, которое не имеет достаточной законодательной основы. Между тем остается неясным соотношение признака запрещенности уголовным законом и состава преступления, поскольку запрещенность может быть выражена только в составе преступления, между составом преступления и виной, поскольку она должна быть отражена в запрещенности, и др.

Общественная опасность в структуре преступления также не насыщена юридическим содержанием и не отражена демонстрационными признаками, кроме неопределенного во многих

случаях описания последствий совершенного деяния. В итоге уголовно-правовая оценка деяния, правоприменительное признание его преступлением на практике часто опираются на признак противоправности в ущерб признаку общественной опасности, что способно деформировать уголовную политику в стране.

В этих и иных ситуациях конструкция и признаки преступления должны быть исследованы с целью уточнения их предназначенности, повышения пригодности и усиления полезности.

Материальная сторона преступления

Постановка проблемы. Законодатель не употребляет понятия "материальная сторона преступления", но достаточно четко разграничивает формальную и материальную стороны в ч. 2 ст. 14 УК РФ. Материальная сторона преступления при этом противопоставляется формальным признакам какого-либо деяния, предусмотренного Уголовным кодексом РФ. В уголовно-правовой литературе с ней чаще всего связывается такой признак преступления, как общественная опасность.

Далее попытаемся обосновать следующие утверждения:

- материальная сторона преступления отражает значимость и в данном случае вредоносность, общую непереносимость обществом деяния, запрещенного уголовным законом, его реальное воздействие как отдельного поведенческого акта и вида поведения на внешний мир, который может раскрываться через отношения, коммуникации, систему благ и пр.;
- общественная опасность действительно наиболее интенсивно отражает материальные признаки преступления, но все же их не исчерпывает;
- материальная сторона включает в себя более широкий круг свойств и признаков деяний, прежде всего те, которые побуждают законодателя к их криминализации, т.е. в определенном смысле социально легитимируют уголовный закон и определяют тяжесть уголовной ответственности (как это и предписано в ч. 2 ст. 2 УК РФ), устанавливают виды наказаний и иные меры уголовно-правового характера за совершение преступлений, а также их индивидуализацию;
- хотя материальная сторона преступления трудно поддается юридическому анализу, поскольку она отражает, в сущности, не могущие быть познанными до конца многочисленные социальные факторы, существуют возможность и необходимость анализировать ее содержание, структуру, отдельные элементы и их признаки.

Практическое значение анализа материальной стороны преступления. Оно связано главным образом с определением круга уголовно-правовых запретов, их легитимацией, уголовно-правовой оценкой деяния, возможно подпадающего под уголовно-правовой запрет, а на этой основе и с определением тяжести уголовной ответственности. Попытаемся кратко раскрыть эти утверждения.

Формально запретить, как известно, можно любой поведенческий акт и любой комплекс поведенческих актов. Формулировка уголовной противоправности - дело преимущественно законодательной техники. Сложнее ответить на вопросы: почему, какие деяния, для чего их нужно запретить, что, какие социальные блага нужно охранять? Если на эти вопросы получены правильные ответы, уголовный закон соответствует общему благу, если нет - он вреден, и очень сильно. Здесь много разных случаев. Нередко законодатель под воздействием общественного мнения, позиций отдельных групп принимает уголовно-правовой запрет, представляя за ним действительно непереносимые, опасные деяния. Но материально, предметно действия, охваченные предписанием уголовного закона, весьма различны. Особенно часто возникает разрыв между намерениями и реальностью при принятии новых уголовно-правовых запретов, когда не вполне ясен характер запрещаемого поведения и законодатель отказывается от указания на его материальные признаки, например в ст. 126 "Похищение человека". С этим связываются обычно деяния, совершаемые организованной преступностью. Но формально им является и обманное перемещение человека для участия в праздновании дня рождения. Необходима поэтому материальная характеристика этого преступления.

Известно, что уголовное законодательство и практика его применения должны работать на реализацию действительных интересов общества. Это закреплено и в ст. 2 УК РФ, которая формулирует, хотя и весьма абстрактно, важнейшие задачи, которые стоят перед Уголовным кодексом. Ведь если основанием уголовной ответственности оказывается деяние относительно безвредное, а действительно опасные не привлекают внимания законодателя, то уголовное право деформируется. Оно превращается в механизм, порождающий социальный вред. Но неясность материальной стороны преступления, непонимание ее природы, значимости может привести к искажению задач уголовного законодательства.

В современном уголовном праве таких примеров очень много. Уголовно-правовая охрана собственности и владения более или менее действенна, лишь когда речь идет о вещах, но не о правах (вещного или обязательственного характера), а материальная сторона мошенничества, например гражданки, продающей поддельное кольцо, только формально сопоставима с обманом акционеров, вкладчиков и т.п.

В связи с этим граждане полагают, что уголовной ответственности подвергаются преимущественно аутсайдеры. Относительно необходимости ряда уголовно-правовых запретов существуют серьезные сомнения. Несмотря на детальные разъяснения Пленума Верховного Суда РФ, законодатель и правоприменительная практика, как правило, не связывают правила дифференциации ответственности с материальными признаками преступления; мера наказания нередко назначается в ориентации на среднюю принятую, безопасную для судьи величину. Социальные условия, факторы преступления, определяющие поведение адресата уголовного закона, нередко игнорируются уголовным законом. Формальные дефиниции и конструкции "забивают" по многим причинам материальное содержание деяния и в меньшей степени материальную характеристику личности субъекта преступления.

Законодательная характеристика материальной стороны преступления. Исходным для выделения и правовой регламентации материальных признаков преступления, на мой взгляд, является данное в ч. 2 ст. 2 УК РФ разграничение опасного для личности, общества и государства деяния и преступления, т.е. согласно ч. 1 ст. 14 УК РФ общественно опасного (и имеющего иные признаки) деяния <1>.

<1> Курс российского уголовного права. Т. 1. Общая часть / Под ред. В.Н. Кудрявцева и А.В. Наумова. М.: Спарк, 2001. С. 146.

Понятие опасного деяния или вообще не рассматривалось в уголовно-правовой литературе, или затрагивается только в редких и притом не систематизирующих учение о преступлении работах. Вместе с тем это понятие отнюдь нельзя считать обмолвкой законодателя.

В ч. 2 ст. 2 УК РФ устанавливается, что УК РФ определяет, какие опасные для личности, общества или государства деяния признаются преступлениями.

Из этого со всей очевидностью следует несколько выводов. Прежде всего опасными являются деяния, еще не получившие уголовно-правовой оценки; еще нужно определить, какие из них будут признаны преступлением. Далее, понятие опасности деяния является по своему содержанию именно материальным, существующим, онтологическим; оно имеет как социальное, экономическое, психологическое содержание, так и указывает на существующие либо потенциальные угрозы деяния для интересов страны - всеобщего блага. Наконец, при включении в правотворческий процесс в качестве объекта опасность деяния должна быть выявлена, проверена, доказана и в случае криминализации деяния претворена как в признак общественной опасности, так и в иные характеристики материальной стороны уголовно-правового запрета. Эта работа, разумеется, так или иначе осуществляется законодателем, но отнюдь не всегда эффективно.

Поэтому понятие "опасность деяния" должно стать частью уголовно-правовых исследований и решаться преимущественно путем анализа материальной основы опасности с использованием неправовой информации по некоторым согласованным для каждой сферы параметрам, и притом доказательно.

Решение о криминализации деяния в этом случае основывается на понимании объекта запрета, а затем преобразуется в правовые конструкции, которые, в свою очередь, отражают его (деяния) противоречие общим и хотя бы относительно сбалансированным социальным интересам, тому, что можно назвать общим благом страны. Такая постановка вопроса отражает социальные реалии и вытекающие из них потребности страны <1>. Уголовный закон получает определенную легитимность, причем такую, которая может быть при всех политических и гносеологических трудностях проверена еще до принятия законодательно решения, связывающего - до известных пределов - научную критику. Здесь частично выясняется проблема соотношения правового характера закона и права, т.е. обеспечения правового характера закона.

<1> Анализ опасности деяния, разумеется, не исчерпывает интеллектуальное содержание уголовного правотворчества. Но он является его неотъемлемой частью. К сожалению, даже в весьма солидных изданиях пишут: "Криминализируемое деяние должно быть общественно опасным" (Курс российского уголовного права. С. 22). Это значимая оговорка. Она оправдывает заданность решения. Криминализируемое, т.е. находящееся в процессе криминализации, деяние должно по ч. 2 ст. 2 УК РФ быть опасным. Признание же его общественно опасным есть результат криминализации, которого может и не быть.

Этим достигаются обоснованные системно более значимые решения, определяющие уголовно-правовой управленческий проект, его границы, цели, издержки, ожидаемые результаты. Решения такого рода в принципе обусловлены природой человека, условиями его существования и иными данными, наличными факторами. И когда меняется перечень уголовно-правовых запретов, то в идеале это означает социальные перемены, а не обязательно произвол законодателя. Такие законодательные решения содержатся в Конституции РФ. По идее, они

должны быть разработаны в экономической и политической науках, содержаться в партийных программах и пр. Именно здесь и должна обосновываться, доказываться опасность деяния.

Соотношение опасности деяния, общественной опасности и материальной стороны преступления. Общий ответ заключается в том, что материальная сторона предметна, а опасность деяния и общественная опасность оценочны. Но при этом они, в свою очередь, отражают ее (материальную сторону) в различных признаках преступления, а затем и состава преступления.

Опасность деяния и общественная опасность преступления, по-видимому, имеют однородную структуру, но различаются по содержанию предметной основы и по степени противоречия общественным интересам. Курение, если взять банальный пример, опасно и ограничено законом, во всяком случае, по признаку места. Но оно все же не общественно опасно и преступлением не является. Законодатель, таким образом, не признал его преступлением.

Материальная сторона преступления, как уже отмечалось, многими авторами сведена к общественной опасности, и это является распространенным взглядом (В.Н. Кудрявцев, Н.Ф. Кузнецова, А.В. Наумов и др.). Но, пожалуй, такая позиция не является правильной. Общественная опасность, подчеркнем еще раз, это оценочный признак преступления. Даже причинение смерти не всегда общественно опасно, но, к сожалению, иногда необходимо и может являться долгом солдата, лица, осуществляющего необходимую оборону. Действия (бездействие), причиняющие смерть, материальны, предметны, и именно они могут быть признаны общественно опасными. Поэтому все-таки необходимо рассматривать отдельно вопрос о материальной стороне вначале опасного деяния, а затем преступления, моделируя или применяя его.

Такой подход распространяется и на противоправность, и на вину как признаки преступления. Дело в том, что обычно противоправность рассматривается как формальная характеристика деяния и противопоставляется общественной опасности. В определенной мере этому способствует и разграничение признаков преступления в его понятии по ч. 2 ст. 14 УК РФ. Вместе с тем здесь нужно учитывать, что и противоправность, и общественная опасность, т.е. формальная и материальная характеристики, суть модели одного и того же деяния. Поэтому противоправность деяния материальна, а материальность деяния формальна, т.е. выражена в определенной форме. Это позволяет шире исследовать материальную сторону или материальное определение преступления (В.Н. Кудрявцев и др.).

Структура материальной стороны преступления. Здесь выделим три составляющие предметной основы деяния как социального факта и соответственно три группы их правовых признаков. Это прежде всего охраняемое благо; затем само посягательство, способ совершения деяния, проявляющийся в насилии, обмане различного характера, непростительном или упречном небрежении обязанностями либо долгом, преступные последствия; наконец, вина как признак преступления.

При анализе диспозиций статей Особенной части УК РФ видно, что законодатель действительно описывает эти элементы так, что они отражают (плохо или хорошо) материальный характер деяния внутри некоторой формы противоправности.

Используемые для этого конструкции хорошо известны и в теории, и, естественно, на практике. Здесь можно выделить собственно признаки и иные конструкции.

Признаки материальной стороны преступления классифицируются по различным критериям. Это признаки Общей и Особенной частей уголовного законодательства и признаки, регламентированные только в Особенной части УК РФ. Далее, они подразделяются на относящиеся к составу деяния и не относящиеся к нему, в частности, используемые при ответственности за деяния и назначении наказания (ст. ст. 60, 61, 63 УК РФ и др.). Наконец, они подразделяются на формализованные по количественным параметрам и по качественным свойствам. Кроме того, одни признаки дают материальную характеристику основного состава деяния; другие - смежных составов, квалифицированного или привилегированного составов деяния <1>. Понимая, что материальные уголовно-правовые признаки не могут достаточно точно выявить волю законодателя применительно к неопределенному множеству поведенческих актов, законодатель использует дополнительные конструкции.

<1> Иногда законодатель отступает от этого, полагая, что основной состав самоочевиден, и это вряд ли способствует единству правоприменительной практики. Например, составы причинения смерти построены жестко и логично. Составы причинения вреда здоровью как будто бы на основной состав деяния не опираются, хотя законодатель такую возможность имеет, ибо наказуемы любые (по меньшей мере - формально) действия, причинившие вред здоровью или даже просто физическую боль.

Наиболее важная конструкция общего характера - это предусмотренная ч. 2 ст. 14 УК РФ оговорка о малозначительности деяния, не представляющего общественной опасности.

На наш взгляд, реальная правовая значимость или действительность этой конструкции определяется практикой. Ее применение весьма сложно ввиду абстрактности понятий

малозначительности и общественной опасности. Однако отказ от данной конструкции был бы преждевременным. Скорее необходимо исследовать ее сильные стороны.

Наряду с этим столь же традиционными и не вызывающими по общему правилу возражений являются и иные, по нашему мнению, спорные признаки. Они отражают, с точки зрения одних авторов, материальную характеристику деяния; других - признаки, формирующие дополнение к пределам уголовной ответственности и легитимирующие право государства путем постановления приговора усиливать наказание по сравнению с обычной практикой. К этим признакам относятся, в частности, признаки множественности преступлений, неоднократность, совокупность и рецидив преступлений и формы соучастия, в первую очередь предусмотренные ст. 35 УК РФ.

Таким образом, можно сделать некоторые выводы. Они состоят в том, что:

- деяние, признанное по действующему УК РФ преступлением, должно было быть материально опасно еще до этого признания, т.е. имело некоторые свойства, позволяющие (но не обязывающие) признавать его преступлением;

- деяние представляет собой такую материально-предметную систему признаков, которые относятся по меньшей мере к охраняемому благу, посягательству и вине и позволяют при правовой оценке деяния (его квалификации) признавать или не признавать данное деяние преступлением; оно является неотъемлемой частью основания уголовной ответственности, выраженного в уголовно-правовом, материальном смысле в обвинении;

- материальная сторона преступления находится в иной плоскости, чем его общественная опасность, хотя в юридико-техническом смысле конструкция общественной опасности является весьма эффективной, и, строго говоря, в ряде ситуаций, может быть, и стоит с некоторыми упрощениями использовать ее вместо понятия "материальное содержание преступления".

Пробелы законодательного описания материальной стороны преступления <1>. Само понятие пробелов в уголовном праве распространяется на случаи, когда в целом правовая регламентация существует, но отсутствуют необходимые в данной ситуации правовые нормы или отдельные правовые предписания относительно объектов правового регулирования, что и было показано выше. Здесь под пробелами понимается либо отсутствие предписаний там, где они исходя из норм, связывающих законодателя, должны быть, либо наличие таких предписаний, которые не выявляют (собственно в законе и при его применении к отдельному деянию) материальную сторону деяния и позволяют считать или не считать его преступлением. Собственно, отсутствие уголовно-правового запрета или указания на признаки деяния, расширяющие данный запрет, не является, как правило, пробелом права.

<1> О пробелах в праве см.: Лазарев В.В. Эффективность правоприменительных актов. Казань: Изд. КГУ, 1975 и другие работы этого автора; Вопленко Н.Н. в кн.: Общая теория государства и права. Академический курс: В 3 т. Т. 2. М.: Зерцало, 2002. С. 469.

Постановка вопроса о пробелах в описании материальной стороны преступления основывается на единстве формы и содержания, формального и материального в преступлении. Она исходит из того, что недостаточная проясненность законодателем материальной стороны является нарушением принципа законности, в особенности начала определенности как проявления этого принципа, и не позволяет реализовать задачи уголовного права, ибо затрагивает его рациональность и справедливость. Это значит, что недопустимо руководствоваться презумпцией общественной опасности в процессе применения уголовного закона.

На наш взгляд, исследование пробелов регламентации материальной стороны преступления следует по меньшей мере начинать с анализа охраняемого блага, переходя к способу посягательства и затем к проявляющимся в деянии субъективным особенностям субъекта деяния и его отношения к социальному (правовому) порядку. Разумеется, все подходы здесь весьма спорны. Но их нужно тематизировать и ввести в уголовно-правовой дискурс.

Некоторые вопросы совершенствования законодательной регламентации материальной стороны деяния. Их рассмотрение целесообразно начать с характеристики охраняемого правового блага, поскольку оно в значительной степени и определяет предметную сторону преступления и ее правовую оценку.

В полном соответствии со ст. 2 УК РФ исходным для определения материальной стороны преступления является правовое благо, которое должен охранять уголовный закон. В Особенной части УК РФ нет ни одного состава, который был бы основанием ответственности просто за действие или бездействие, посягающее на объект, который не охраняется уголовным законом. Но здесь есть ряд трудностей. Наиболее сложной проблемой, недооцениваемой в теории и на практике, является выбор правовых благ, которые ставятся под охрану уголовного закона. Обычно эта проблема понимается как социально-инженерная задача, решаемая людьми, нечто хорошо знающими и правильно оценивающими. Иначе, по-видимому, в системе существующих представлений и процедур уголовного правотворчества поступать невозможно. Но на самом деле представления о правовых благах вообще, о необходимости их защиты в частности формируются

в процессе коммуникаций как позиции участников правового оборота. Эти представления действительно отражают ценность и уязвимость как принадлежащего индивиду, общности, так и закрепляемого за государством блага.

В 1984 г. комментарий к ст. 154 УК РСФСР начинался словами: "Спекуляция, нарушая нормальное функционирование советской торговли и причиняя ущерб материальным интересам граждан, представляет значительную опасность для общества" <1>. Она и была опасна для общества, в котором по тем или иным причинам граждане соглашались с планово-распределительной системой. Затем дефицит - свойство системы - стал невыносимым. Опасность того, что называли спекуляцией, перешло в свою противоположность. Это не доказательство произвола законодателя, а свидетельство перемен в обществе, меняющих содержание представлений о правовом благе. В то же время это еще один довод к необходимости уяснения реальных потребностей, опасностей и достижения социального согласия по горизонтали.

<1> Владимир В.В. Комментарий к ст. 154 // Комментарий к УК РСФСР / Под ред. Ю.Д. Северина. М.: Юридическая литература, 1984. С. 308.

Но и сейчас система охраняемых благ в законе определена крайне абстрактно, и эта норма скорее рассматривается как декларативная, охватывающая "все хорошее".

Поэтому правовая доктрина еще должна юридически разработать конструкцию и параметры охраняемого блага, которые, в общем, обуславливали бы понятие объекта преступного посягательства, но не совпадали с ним. Во многом препятствует этому широкое и практически бездумное использование понятия "общественные отношения", но еще больше - игнорирование необходимости расчета издержек и последствий принимаемых решений.

Возможно, поэтому в уголовно-правовой литературе при комментировании, обсуждении, разъяснении норм Особенной части фактически пренебрегают характеристикой даже объекта посягательства, всерьез относясь, правда, к его предмету. Там, где правовое благо охраняется более или менее полно, как это имеет в отношении жизни и здоровья, на первый взгляд больших трудностей это не вызывает. Но в большинстве случаев правовое благо уголовным законом охраняется мозаично. Это относится, в частности, к праву собственности. Законодатель настолько сам не понимает, что он ставит под охрану, что гл. 21 назвал "Преступления против собственности", а во всех статьях главы в качестве охраняемого блага обозначил чужое имущество. Между тем это со всех позиций не одно и то же.

Какие же блага защищает здесь законодатель? Возможно, это только господство над вещью, т.е. владение в социальном смысле слова; возможно, право использования вещи или правомочия на вещи, переданные другим; быть может, это обязательственные права. Говоря конкретнее, является ли защищаемым правовым благом варьирующаяся в некоторых разумных пределах ликвидность ценных бумаг, вклад в государственных банках, величина доли миноритарного или иного акционера в акционерном капитале? Если поставить эти и иные вопросы, то окажется, что законодатель имитирует уголовно-правовую охрану собственности. Удастся это ему по инерции, по привычке граждан к страданию.

В данном случае следует определить, какие права субъекта применительно к собственности защищает уголовный закон, а какие он должен защищать либо сам, либо частноправовыми средствами. Пока можно утверждать, что охраняется в сфере права собственности право на физическое господство над вещью и крайне неопределенно - право на защиту от заведомо ложной информации.

Еще нагляднее не проявленность и общая неопределенность охраняемого блага видна на примере преступлений против конституционных прав и свобод человека и гражданина. Здесь, в частности, следовало бы определить, что представляет собой равенство прав и свобод человека; какие составляющие этого равенства охраняет уголовный закон. Статья 136 УК РФ в этой части сформулирована так, что кроме насмешек и недоверия к уголовному закону она ничего вызвать не может.

Пожалуй, еще более сложным является определение охраняемого блага по ст. 178 УК РФ "Недопущение, ограничение или устранение конкуренции". Специалисты в области уголовного права далеко не всегда представляют себе, какие противоречивые интересы кроются за сохранением либо усилением монопольного положения и демополизацией. Достаточно напомнить о процессах, связанных с целым рядом крупнейших корпораций, таких, например, как "Майкрософт", "Манесман", "Водафон", чтобы понять, насколько важно вычленивать и описать то благо, которое защищает уголовный закон.

Таким образом, материальная сторона преступления по охраняемому благу и объекту посягательства должна быть определена как некоторая, в каждом случае разная система или совокупность предметно, материально выраженных ценностей, принадлежащих субъектам правового оборота: государству, коллективному образованию, правоспособному или нет, физическому лицу. Можно легко примириться с упорным употреблением бессодержательного

понятия "общественные отношения", если кому-то употреблявшийся еще Н.С. Таганцевым термин "правовое благо" не нравится. Но защищаемое благо должно быть описано в законе, в решениях судов и в правовой доктрине так, чтобы можно было понять, в чем оно состоит, насколько оно ценно, требуя для охраны столь больших издержек, какова его уязвимость, как оно может быть умалено.

Материальные признаки посягательства. Законодатель во многих запретах отразил их достаточно полно. Однако материальную сторону преступления особенно выразительно характеризуют преступные последствия тогда, когда центр тяжести в определении материальной стороны или, если угодно, общественной опасности переносится на количественные показатели - размер и ущерб. В порядке постановки вопроса отметим, что материально-предметное описание этих признаков редко является достаточным. Так, например, размер ущерба, нанесенного деянием, теоретически относится собственно к деянию. Однако трудно отрицать, что он характеризует даже не интенсивность деяния, а именно его последствия, т.е. то, во что оно воплотилось или что оно повлекло.

Другим показателем материальной стороны преступления является способ совершения действия (бездействия). Считается, общественная опасность выше, если осуществляющее действие (бездействие) имеет большую интенсивность; насилие опаснее обмана, а обман опаснее небрежения должом. Это хорошо прослеживается по преступлениям против чужого имущества. Здесь жестко различаются обман, включая тайный характер деяния, насилие и даже в статье 168 УК РФ - уничтожение или повреждение имущества по неосторожности, используется по существу признак небрежения.

Таким образом, на наш взгляд, назревшей задачей является сейчас взвешенная и основанная на некоторых проверяемых аргументах оценка материальной стороны практически всех преступлений, предусмотренных действующим УК РФ.

Это необходимо, наряду с решением других вопросов, для того, чтобы перейти к действительно рациональной уголовной политике, когда уголовно-правовые меры явятся на самом деле соразмерным и справедливым ответом на противоправные негативные и непереносимые обществом изменения во внешней среде, виновно причиненные дееспособным субъектом.

Противоправность в структуре преступления

Постановка проблемы. Анализ проблемы противоправности в структуре преступления определяет возможные границы уголовной ответственности, содержание квалификации преступлений, обеспечивает предсказуемость судебной практики, устраняя уголовно-правовые риски.

Противоправность в полном соответствии с определением преступления в ст. 14 УК РФ и согласно господствующим в уголовно-правовой литературе мнениям рассматривается как один из признаков преступления, характеризующий деяние наряду с общественной опасностью, а также виновностью и наказуемостью ^{<1>}. Проблема противоправности преступления традиционно рассматривается в большей степени как теоретическая, чем практическая, и многие относящиеся к ней вопросы специалисты в области уголовного права анализируют в рамках учений об уголовном законе и составе преступления. Это относится к началу определенности уголовного закона, возможности применения аналогии уголовного закона, бланкетности уголовно-правовой нормы, характеристике признаков состава преступления и пр. Что же касается противоправности как признака или свойства преступления в смысле ст. 14 УК РФ, то в литературе обычно пишут о соотношении противоправности и общественной опасности как формального и материального признака или понятия преступления, источниках противоправности, основательности выделения наказуемости как самостоятельного признака и корректности его включения в признак противоправности. Споры здесь ведутся главным образом о соотношении противоправности и общественной опасности, общей и уголовно-правовой противоправности.

^{<1>} Соответствующие работы широко известны читателю. Сошлемся лишь на Н.Д. Сергеевского. Он писал: "Понятие преступного деяния складывается, таким образом, из двух элементов: противоправности и наказуемости". См.: Русское уголовное право: Пособие к лекциям. Часть общая. Петербург, 1915. С. 46.

Здесь принимается подход к признаку противоправности преступления как к фактической и нормативно-правовой оценке деяния, выраженной в решении законодателя о том, что некоторое строго определенное в границах по содержанию и структуре деяние запрещается уголовным законом с учетом того, что его совершение противоречит прежде всего Конституции РФ, а также и иным законам либо нормативным правовым актам, к ним приравненным. Уголовно-правовой запрет, будучи по-существу оценкой законодателя, опирается на необходимые материальные и формальные предпосылки и представляет собой отвечающее началу определенности описание

запрещенного деяния, хотя предполагающее наличие дополнительных признаков, но не зависящее от признаков общественной опасности и вины. Модель противоправности является юридической конструкцией, которая прежде всего идентифицирует деяние, отграничивая его от всех сходных и не сходных с ним деяний. Она в определенных пределах обеспечивает "технику безопасности" в сфере легитимного государственного принуждения. С этих позиций сейчас оказываются наиболее актуальными и практически значимыми вопросы, рассматривающиеся в литературе:

- в чем состоит оценочно-нормативный характер противоправности преступления; каковы функции признака противоправности, каково содержание противоправности, или, иначе, как и чему в праве должно противоречить запрещенное поведение, т.е. действительно ли она является только уголовно-правовой, а тем самым выражает противоречие деяния запрету в уголовном законе, или общей и, следовательно, выражает противоречие преступления позитивным внеуголовно-правовым нормам; а отсюда - каково место уголовного закона в системе правового регулирования, может или нет он самостоятельно регулировать социальные процессы;

- какой должна быть определенность уголовного закона, юридически легитимирующая его применение;

- адекватно ли доктринальное понимание уголовного правотворчества и правоприменения современным условиям, не чреваты ли эти процессы опасностью отклонения от действительных социальных потребностей и риском произвола.

Обострение или появление этих вопросов объясняется как природой уголовного права, так и возникновением ряда новых обстоятельств, объективных и субъективных. Это:

- влияние Конституции РФ, проявляющееся не только в ее нормативном содержании, но также весьма наглядно и в практике Конституционного Суда РФ, решающего вопросы конституционности уголовно-правовых предписаний, и в практике Верховного Суда РФ;

- фундаментальные изменения позитивного отраслевого законодательства, прежде всего гражданского, налогового, бюджетного, экологического и т.д. при относительной устойчивости уголовно-правовых конструкций, например понятия хищения, необходимой обороны и др., т.е. все сильнее выявляются несовпадения между позитивным законодательством и уголовным правом;

- обострившиеся трудности следственно-судебной практики, приводящие к снижению эффективности уголовного закона, напрасной затрате социальных сил и средств, а иногда и к блокированию общественного развития.

Определенную роль в подходе к пониманию противоправности, возможно, также играет давление правового мышления, основанного на недооценке начала законности в праве, что приводит к злоупотреблению неопределенными понятиями, такими как "коррупция", "организованная преступность" и пр.

Оценочно-нормативный характер противоправности. Представляется несомненным, что именно законодатель путем издания соответствующего закона объявляет деяние противоправным, запрещенным. По своему назначению противоправность, как и институт преступления в целом, есть именно правовое, юридико-техническое средство реализации социальной воли народа, хотя нередко и искаженной. Преступность деяния, как и другие его признаки, в частности противоправность, виновность, не является естественным свойством поведения. Они отражают, оценивают эти свойства так, как это решено законодателем.

Иногда отмечается, что "общественная опасность, виновность и уголовная противоправность - не просто словесные описания, а сами свойства, содержательные подсистемы системы "преступление" <1>. Но эти свойства или признаки так или иначе не возникают без решения законодателя. Само по себе деяние не может считаться преступлением. Оно не может без законодателя стать ни противоправным, ни общественно опасным, ни виновным или наказуемым. Это положение является и очевидным и принципиальным. Если утверждать, что деяние является объективно преступным либо противоправным по своей природе, как тело объективно является твердым, то от этого лишь один шаг к отказу от принципа законности, от необходимости Особой части, к дозволенности произвольного восполнения правоприменителем того, что он считает пробелом уголовного закона. Тогда теряет свое значение принцип - нет преступления без указания о том в законе. Так, купля и продажа или перепродажа имущества с целью наживы сама по себе, без решения законодателя, не является преступлением, но решением законодателя в свое время была признана таковой.

<1> Курс уголовного права. Общая часть. Т. 1. Учение о преступлении / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. М., 1999. С. 145.

Материально-формальный характер противоправности. Признание противоправности решением законодателя отнюдь не означает произвольности и бессодержательности такого решения. Чтобы реализовать задачи уголовного права и в полном соответствии с текстуально выраженным предписанием ч. 2 ст. 2 УК РФ, законодатель признает преступлением опасные для

личности, общества или государства деяния, т.е. деяния, уже получившие предварительную оценку в общественном сознании. Он воплощает, следовательно, в своем решении уже существующие в обществе и одобряемые им оценки деяния как противоречащего, по его мнению, социальному миру, важным условиям существования общества. В этом смысле противоправность материальна. Но это решение приобретает языковую оболочку и вводится как в структуру уголовного права, так и в структуру права в целом, включая процессуальное право, на что в нашей литературе вообще внимания не обращается. Поэтому формировать внешнее выражение противоправности преступления необходимо на основе некоторого согласия общества и по критерию социальной и юридической адаптированности к состоянию и нуждам общества как "конечного" адресата норм уголовного права. Это означает необходимость того, чтобы каждый уголовно-правовой запрет и нормы Общей и Особенной частей уголовного законодательства были сформулированы и социально обоснованы, и как текст - максимально определенно, позволяя обеспечивать восприятие и единообразное профессиональное прочтение уголовно-правовой нормы. Это создает условия для того, чтобы правоприменительная практика была очищена от произвольных решений, фактически меняющих предполагаемый смысл уголовного закона.

В каждом из указанных случаев, таким образом, необходимо сбалансированное использование социальных решений и юридико-технических средств, что предполагает как уважительное отношение к накопленному в данной сфере знанию, так и дальнейшее развитие уголовно-правовой науки.

Функции признака противоправности. Вопрос о функциях признака, т.е. предназначенности и направлениях реализации этого признака, в литературе рассматривался, как правило, в общем виде со ссылкой на необходимость противостоять произволу, разрушению законности и подмене ее классовыми либо общегосударственными интересами.

Но смысл анализа функций противоправности состоит в обеспечении трех групп интересов: а) общества; б) публичной власти, осуществляющей применение уголовного закона, и в) индивида, являющегося адресатом уголовного закона. Это и позволяет осуществлять выбор наиболее рациональных и по возможности справедливых приемов и способов реализации государственного принуждения путем насилия. Такой подход кажется самоочевидным, но все же нуждается в раскрытии и обосновании. Поскольку, как уже бегло упоминалось выше, отдельные правовые системы считают преступления или некоторые преступления институтом общего права, противоправность не может, как это часто делается, рассматриваться как само собой разумеющаяся ценность, неявно относимая к естественному праву, т.е. обязательным условиям уголовно-правового регулирования.

Так, Н.А. Голованова воспроизводит общее мнение, по которому роль статута в системе английского уголовного права по сравнению с общим правом заметно возрастает. Но она указывает, что тяжкие и простые убийства, например, являются преступлениями по общему праву и определения этих преступлений (в чем собственно и реализуется признак противоправности) нельзя встретить ни в одном статуте, однако наказания за них предусмотрены в ряде законодательных актов <1>.

<1> См.: Уголовное право Англии // В сб.: Уголовное право зарубежных государств. М.: Институт международного права и экономики им. А.С. Грибоедова, 2001. С. 11 и след. По-видимому, общее право навеяло идею считать преступлением лишь то, что признано таковым судом при определенных условиях. См.: Пашин С. Понимание преступления // Уголовное право. 2000. N 3. С. 7.

По-видимому, необходимо выделить две группы функций признака противоправности:

- социально-правовые, связанные с конституированием, институционализацией упомянутых интересов, а значит, с реализацией потребности общества в обоснованном, разумном и возможно справедливом насилии;

- юридико-технические, наиболее интенсивно проявляющиеся в процессе как правотворчества, так и правоприменения.

Первая группа функций работает на социальную легитимацию насилия. Соответственно, в эту группу входят:

- уяснение согласия общества установить монополию государства на данный вид принуждения, причем государство здесь понимается как особо управомоченные Конституцией органы; никакие псевдозаботы о государственном благе, эмоции, ссылки на ненависть к преступности не оправдывают подмену государственной монополии собственным произволом, подобно тому как недопустимо посягательство на государственную монополию эмиссии денег;

- соблюдение согласованных интересов путем создания условий участия общества в процессе легитимации государственного насилия, когда процесс принятия и реализации решений, формирующих признак противоправности, разделен между законодательной, исполнительной и судебной властью;

- обеспечение прозрачности, стабильности и предсказуемости судебной практики, т.е. процесса применения государственного принуждения путем доступа к законодательству, связанности законом, требований к закону.

На практике случается так, что некоторые названные функции либо не рассматриваются как важные, либо не выполняются. Прецедентное право вырабатывается внутри судебной системы; представительные органы остаются в стороне. Возможно, находящаяся под жестким социальным контролем высокопрофессиональная система в рамках некоторой традиции действительно самодостаточна. Но в системе континентального права подмена закона прецедентом, несмотря на внешне современный и даже модный характер этой идеи, в принципе недопустима.

Именно поэтому процесс осуществления социально-правовых функций противоправности должен в полной мере отслеживаться в каждой стране, правовой системе, исторической ситуации.

Юридикто-технические функции. Они направлены на реализацию задач уголовного права, но преимущественно в процессе правоприменения. Укажем на них через раскрытие принципа "нет преступления без указания о том в законе". Он раскрывается так: нет преступления без предварительного объявления деяния противоправным в законе:

а) надлежащем, т.е. конституционном и устанавливающим позитивные правила;

б) без указания об этом в уже принятом уголовном законе, относящемся к данному деянию и не ухудшающем положения обвиняемого в результате толкования этого закона, доступного к восприятию и осознанию;

в) без полного описания основания и содержания наступающей ответственности.

Применительно к п. "б" это начало "*nullum crimen sine lege scripta*", "*nullum poena sine lege certa*", "*nullum crimen sine lege strikta*", "*nullum crimen sine lege previa*", "*nullum crimen sine lege poena anteriori*", т.е. нет преступления без закона, уже действующего, писаного, т.е. именно закона определенного, на основе нового, ухудшающего положения обвиняемого, закона. Пункт "в" требует специального рассмотрения, причем в связи с составом деяния, запрещенного под угрозой наказания.

Функции противоправности при этом являются самостоятельными по отношению к функциям иных признаков преступления, разумеется, будучи тесно связанными с ними. Обратимся к чисто практическому примеру. По ст. 37 УК РФ "не является преступлением причинение вреда посягающему лицу при защите охраняемых законом интересов от общественно опасного посягательства". Общественная опасность здесь соотносится с возможностью признания противоправными, но не виновными действий невменяемого, малолетнего или лица, действующего под влиянием извинительной ошибки. Здесь основным является признак противоправности данного вида действий при отсутствии виновности. Ссылка на общественную опасность зато совершенно разумно не дается в ст. 97 "Основания применения принудительных мер медицинского характера", а понятие "особая опасность" в ч. 4 ст. 101 УК РФ имеет совершенно иное значение.

Содержание противоправности. В содержание признака противоправности входит: а) указание на все фактические, т.е. предметно проявляющиеся, признаки деяния, которые так или иначе соотносятся с мерами уголовно-правового воздействия, и б) нормативно-правовая оценка или характеристика этих имеющих предметную, фактическую основу признаков, указание на отсутствующие признаки, которые могли бы изменить правовую оценку фактов и устранить противоречие данного деяния действующему правовому порядку. Проблема состоит в том, что противоправность очень часто неполно описывается в тексте уголовного закона, ее содержание переносится в нормы иных отраслей права. Она не всегда получает необходимую и достаточную нормативную конкретизацию. По единодушному мнению требования к содержанию противоправности легально устанавливались в Общей части уголовного права, в предшествующие периоды статьей 3 УК РСФСР, сейчас статьей 14 УК РФ, где речь идет о виновно совершенном общественно опасном деянии, запрещенном настоящим Кодексом под угрозой наказания, и статьей 8 УК РФ, в которой определяется, что основанием уголовной ответственности является совершение деяния, содержащего все признаки состава преступления, предусмотренного УК РФ, в частности, что чрезвычайно важно, статьей 1 УК РФ, которая, устанавливая состав уголовного законодательства, указывает, что УК РФ основывается на Конституции РФ и общепризнанных принципах и нормах международного права.

При этом следует еще раз подчеркнуть, что противоправность в структуре преступления в соответствии с действующим законом должна пониматься как специфический признак деяния, который содержит в себе запрет и только в совокупности с другими признаками определяет данное деяние как преступление.

Предметное содержание противоправности. Противоправность охватывает только деяние. Угроза наказания может быть включена в этот признак, но имеет иное значение. В противном случае следовало бы признать бессмысленным выделение в ст. 14 УК РФ иных, кроме противоправности, признаков, в частности, общественной опасности. Практически и теоретически признается, что противоправность описывается с помощью конструкции состава преступления

или, точнее, состава деяния. Однако нужно иметь в виду, что состав деяния отражает признаки, установленные уголовным законом. Противоправность своим содержанием определяет, какие именно признаки деяния должны быть уголовным законом установлены с тем, чтобы соответствующий уголовно-правовой запрет был конституционным, а собственно уголовно-правовая оценка была полной. Это означает, что доктринальное понимание состава деяния, запрещенного уголовным законом, определяется пониманием противоправности.

Нормативно-правовое содержание признака противоправности. Можно полагать, что нормативно-правовое содержание охватывает и состояние запрещенности деяния, и оценку полноты и определенности его описания.

Состояние запрещенности как проявление самостоятельного, т.е. имеющего собственный юридический смысл и регулятивный потенциал, признака противоправности по ст. 14 УК РФ означает, что данное деяние, и притом именно деяние как некоторый предметный феномен, еще до его совершения запрещено уголовным законом, а по ст. 1 УК РФ - до запрета уголовным законом Конституцией РФ и некоторыми общепризнанными нормами и принципами международного права <1>.

<1> Это достаточно жестко подчеркивается Г.П. Новоселовым (см.: Учение об объекте преступления. Методологические аспекты. М.: Норма, 2001. С. 108).

Вопрос о запрещенности или признаке противоправности как запрещенности с давних пор смешивается с проблемой объекта преступления и связанных с этим понятий "уголовно-правовое регулирование" и собственно "нарушение". Иногда пишут, что деяние является уголовно-противоправным потому, что оно посягает на правоотношения, охраняемые уголовным правом. Это очень неточно. Отношения оказываются уголовно-правовыми, потому что на них посягает уголовно-противоправное деяние.

На правоотношения, всегда избирательно охраняемые уголовным правом, может посягать и административное правонарушение. Деяние является общепротивоправным, когда оно запрещено, и оказывается "уголовно противоправным", когда оно на конституционной основе запрещено уголовным законом.

Здесь можно несколько отвлечься от собственно содержания противоправности преступления. С рассуждениями о противоправности иногда связывается спор о соотношении охранительной и регулятивной функций уголовного закона и права. В основе такого подхода лежит ряд неточных, абсолютно избыточных и фактически игнорируемых в структуре уголовно-правовой науки и практики рассуждений. Неважно, охраняет уголовное право или регулирует социальный порядок, поскольку всегда можно сказать, что оно охраняет, регулируя, или, регулируя, охраняет. Столь же маловажно, что нарушает преступление - норму или норму в бытии. В данном случае существенно, что поступок, деяние, действие или бездействие позитивно запрещены, и это отражено в законе. Данный факт существует независимо от того, совершилось посягательство или нет. Именно этим определяется предмет и значение противоправности.

Запрещенность или противоправность характеризует деяние, т.е. сознательный и волевой поступок, поведенческий акт, а не в целом преступление. Состояние запрещенности описывает его как юридический факт полно и определенно способом, необходимым для его выделения и последующей оценки.

Нарушаемость объекта также входит в нормативно-правовое содержание противоправности, но она трактуется менее определенно. Оценка нарушаемости, вызываемой деянием, соотносится с общественными отношениями, ценностями, правовыми благами. Они мозаично, прерывисто защищаются правом, механизмом регулирования, впрочем, иногда описание противоправности включает в себя более или менее определенное указание на нарушаемое благо (например, предмет хищения через понятие вещи), но, повторяем, это и необязательная характеристика противоправности, и не единственная ее часть.

Соотношение противоправности с иными признаками преступления. Признак противоправности по тексту закона и в уголовно-правовой доктрине рассматривается как самостоятельный и принципиально равный с иными признаками преступления. В целом постановка о большей или меньшей значимости того или иного признака не представляется необходимой и корректной. Отсутствие любого признака, вне всякого сомнения, означает невозможность объявления деяния преступлением. Так, никто не спорит с тем, что отсутствие субъекта, обладающего уголовной правоспособностью, исключает возможность признания деяния преступлением.

Противоправность, повторяем, является признаком деяния, которое только при наличии иных признаков может стать преступлением. В то же время признак противоправности сохраняет юридическое значение и без признаков виновности, наказуемости, общественной опасности. Уголовное право знает случаи применения мер воздействия, не являющихся наказанием, когда деяние не является виновным и общественно опасным.

Правда, есть и другая сторона дела. Логика уголовного правоприменения настоятельно требует первоочередного обращения к деянию, затем к его противоправности, виновности и общественной опасности и, наконец, к наказуемости. Деяние есть стержень, фактическая основа преступления, обладающая указанными в ст. 14 УК РФ признаками или свойствами. Оно должно быть признано существующим, а затем описано как запрещенное. Лишь после этого приобретает смысл вопрос о виновности и общественной опасности. Например, кто-то может считать в высшей степени предосудительным, что малозначащий на международной арене футболист Б. из команды Я. имеет самый мощный автомобиль "Порше-911 турбо" <1>. Экономически это опаснее, чем не вернуть деньги из-за рубежа, а потом все же инвестировать их в российскую экономику. Но покупка таких вещей не запрещена, она не является преступлением, хотя невозвращение из-за границы средств в иностранной валюте запрещено и является (при определенных условиях) преступлением.

<1> Известия. 2001. 21 июня. Тематическое приложение. С. 14.

Таким образом, законодатель юридически признает возможность совершения деяния, которое является противоправным (и по определению несет в себе угрозу, является общественно опасным или общественно вредным), но не является виновным. Однако невозможно совершить деяние, которое было бы виновным, но не было бы противоправным. Здесь надо учитывать, что именно противоправность содержит в себе то, что именуется общественной опасностью, определяет содержание умысла либо неосторожности, проявившихся в деянии.

Это означает, что возможна противоправность без вины, но невозможна вина без противоправности <1>. Соответственно, не вполне удачна формулировка ст. 5 УК РФ "Принцип вины", связывающая принцип вины только с общественной опасностью деяния, хотя особого практического значения это пока что не имеет. Главное здесь в том, что противоправность может быть сама по себе основанием уголовно-правового воздействия, хотя и не наказания.

<1> В литературе высказан и высказывается противоположный взгляд, базирующийся на отрицании самостоятельного характера признака виновности. Даже если игнорировать чисто догматические соображения, то этот взгляд: а) противоречит действующему закону, хорош он или плох, вводя читателя в заблуждение; б) устраняет саму возможность принятия принудительных мер медицинского характера, ибо их основанием является деяние противоправное, но не виновное (об этом чуть ниже). Это влечет, с более общих позиций, смешение, быть может, невольное, признака противоправности и преступности, что проявилось в УК РФ, когда этим понятием были охвачены различные обстоятельства, исключаящие противоправность и виновность деяния.

Общественная опасность преступления в меняющемся обществе

Постановка проблемы. Проблема общественной опасности очевидным образом связана с проблемой противоправности как признака преступления <1>. В уголовно-правовой литературе не только на постсоветском пространстве, но и в других странах, в частности в ФРГ, проблема общественной опасности исследуется много лет и до сих пор вызывает острые дискуссии. Споры ведутся относительно самой необходимости применять понятие "общественная опасность", соотношения общественной опасности и материальной стороны преступления, функций общественной опасности как признака преступления, свойств деяния и деятеля, в которых может или не может проявляться общественная опасность, например в ее соотношении с малозначительностью деяния <2>. При этом важно подчеркнуть, что возможность разрешения этих споров осложняется происходящими социальными изменениями. Характеристика общественной опасности преступлений меняется при изменении экономической системы общества, политических процессов, происходящих в нем, и, наконец, под влиянием изменений в сфере морали и нравственности. Ниже будет рассмотрена часть поставленных вопросов.

<1> См.: Жалинский А.Э. Противоправность в структуре преступления // Актуальные проблемы уголовного права, криминологии и уголовно-исполнительного права в свете Концепции правовой политики Республики Казахстан. Караганда: МВД РК, Карагандинский юридический институт, 2005. С. 16 - 22.

<2> Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. М.: Проспект, 2004. С. 123 и след.

Программирующее воздействие (функции) признака общественной опасности. Общественная опасность преступления в структуре уголовно-правовой оценки деяния выполняет несколько функций: а) образует собой конституирующий признак преступления, отражающий его

материальную природу; б) демонстрирует и легитимирует обоснованность привлечения к уголовной ответственности; в) выступает в качестве критерия - меры тяжести наказания. Общественная опасность суммой этих функций образует нижнюю границу опасного деяния, которое в соответствии с ч. 2 ст. 2 УК РФ может быть признано преступлением. В итоге на уровне уголовной политики общественная опасность легитимирует действие уголовного закона, ограничивая его действительно необходимыми случаями и позволяя избежать формализма, не имеющего материально-правовых предпосылок.

К сожалению, эти и, возможно, иные функции признака общественной опасности неполно раскрываются в теории уголовного права и, что гораздо важнее, недостаточно реализуются в правоприменительной практике. Практически вопросы об оценке общественной опасности деяния ставятся при разграничении преступлений и административных правонарушений либо при предположении о малозначительности деяния, отождествляемой, как правило, с характером преступных последствий или с интенсивностью деяния, прежде всего выраженной в размере вреда. Между тем многие деяния, особенно содержащие признаки, предусмотренные главами о преступлениях против конституционных прав и свобод человека и гражданина, о преступлениях в сфере экономической деятельности и других в силу их новизны и недостаточной определенности предписаний особенно нуждаются в оценке их общественной опасности.

Иной подход является недостаточным и может исказить правоприменительную практику. Общественная опасность деяния представляет собой обязательный материальный признак преступления, столь же необходимый для признания деяния преступлением, как и признак противоправности. Наличие этого признака должно быть доказано обвинением. Так, ссылки на нарушение процедурных норм, на действия "в нарушение правил", "незаконность получения кредита" или еще чего-либо обосновывают лишь противоправность деяния, но оставляют открытым вопрос о его общественной опасности. Это положение может показаться самоочевидным. Однако на практике, во всяком случае в Российской Федерации, нередки случаи, когда правоприменители не характеризуют общественную опасность признаками закона, а лишь предполагают ее. Тогда общественная опасность только предполагается как следствие признания противоправности того или иного деяния.

Кажется необходимым во избежание уголовно-правовых ошибок более прагматично подходить к признаку общественной опасности, уделяя ему гораздо большее внимание как в сфере правотворчества, так и в процессе уголовно-правовой оценки (квалификации) деяния.

Уголовно-правовая нормативная характеристика общественной опасности. Рассмотрим ее на примере УК РФ.

В Уголовном кодексе общественная опасность упоминается неоднократно. По ст. 6 УК РФ "Принцип справедливости" общественная опасность преступления наряду с обстоятельствами его совершения и личностью виновного выступают в качестве критерия наказания и иных мер уголовно-правового воздействия. По ч. 1 ст. 14 УК РФ "Понятие преступления" она представляет собой такой признак деяния, без которого оно преступлением даже при наличии иных признаков признано быть не может. Это предписание в сущности лишь усиливается ч. 2 данной статьи, по которой не является преступлением действие (бездействие), хотя формально и содержащее признаки какого-либо деяния, предусмотренного Уголовным кодексом, но в силу малозначительности не представляющее общественной опасности. Тем самым отсутствие общественной опасности приравнивается к малозначительности деяния.

Формулировка ч. 2 ст. 14 УК РФ является традиционной для уголовного законодательства на постсоветском пространстве. Тем не менее ее трудно признать удачной. Об этом свидетельствуют многочисленные попытки российского законодателя вначале как-то конкретизировать понятие общественной опасности и тесно связанное с ним понятие малозначительности деяния. Осуществлялось это путем поиска различных формулировок. Так, вначале была принята формулировка "то есть не причинившее вреда и не создавшее угрозы причинения вреда личности, обществу или государству". Затем последовал отказ от этой формулы и возвращение к тексту ч. 2 ст. 7 УК РСФСР "Понятие преступления" в редакции Указа Президиума Верховного Совета РСФСР от 3 декабря 1982 г.

По ст. 15 УК РФ "Категории преступлений" характер и степень общественной опасности являются основанием подразделения преступлений на категории и степени тяжести. Статья 37 УК РФ "Необходимая оборона" разграничивает общественно опасное посягательство и иные посягательства, в том числе преступления. Тем самым еще раз подтверждается самостоятельность признака общественной опасности в связи с деянием. В ч. 3 ст. 60 УК РФ "Общие начала назначения наказания" вновь общественная опасность рассматривается как критерий наказания.

Таким образом, законодатель неоднократно определяет функции, роль, задачи общественной опасности как признака преступления. Однако следует подчеркнуть, что нигде он не раскрывает прямо или косвенно ее содержание и структуру, характер и степень. В сущности, законодатель дает рамочные предписания для установления и оценки общественной опасности

уголовно-наказуемого деяния, но именно происшедшие и происходящие социальные изменения порождают особую значимость правоприменительного усмотрения в данной сфере.

Предписания уголовного закона, подвергаются ли они научной критике или нет, как известно, не просто обязательны для исполнения, но должны толковаться и применяться в соответствии с задачами и принципами УК РФ, с определением в законе оснований уголовной ответственности. Поэтому, подчеркнем еще раз, любой закон и любой правоприменительный акт, в котором то или иное деяние соответственно криминализуется, т.е. объявляется преступлением или признается преступлением в процессе уголовно-правовой оценки деяния, должны оцениваться по содержанию в них нормативно определенного признака общественной опасности. И оцениваться именно на основе действующего закона и в соответствии с ним <1>.

<1> Как видим, такое требование обращено к законодателю и затем к правоприменителю. Поскольку оно обращено к законодателю, то он обязан вначале, руководствуясь ч. 2 ст. 2 УК РФ, установить, что то или иное криминализуемое деяние является опасным, затем в пределах этого и на основе своего усмотрения установить иные признаки преступления и, в частности, признать деяние общественно опасным.

Странная рекомендация дается в "Курсе российского уголовного права" (под ред. В.Н. Кудрявцева и А.В. Наумова. М.: Спарк, 2001. С. 145). Один из авторов пишет: "Общественную опасность (как и противоправность, рассматриваемую ниже) не надо специально обозначать в составе преступления в качестве отдельного признака, а равно самостоятельно устанавливать в процессе расследования и судебного рассмотрения дела. Различные виды преступных деяний потому и включены в Уголовный кодекс, что они обладают общественной опасностью, признанной законодателем. Установив в совершенном деянии все признаки состава преступления, следователь, прокурор и суд удостоверяются в том, что оно общественно опасно. Отрицание общественной опасности деяния, предусмотренного УК, возможно только в одном случае: при малозначительности содеянного (ч. 2 ст. 14)".

О содержании общественной опасности. До рассмотрения этого вопроса выскажем следующие исходные суждения:

- общественная опасность деяния не может быть выявлена только ссылками на противоправность признаков объективной стороны деяния; эти признаки должны быть раскрыты по их материальному содержанию;

- отсутствие общественной опасности не сводится к малозначительности; общественная опасность может отсутствовать как качественная материальная составляющая - признак деяния, одновременно с отсутствием малозначительности; при малозначительности она есть, будучи заложенной законодателем, но ее интенсивность не достигает нужного предела;

- содержание общественной опасности может выходить и, как правило, выходит за пределы состава уголовно наказуемого деяния и должно включаться в обвинение в материальном смысле.

В теории уголовного права развиваются два подхода к пределам общественной опасности, или, иначе говоря, ставится вопрос о выборе субъективно-объективного или объективного подхода. На этой основе решаются и некоторые специальные вопросы содержания общественной опасности. Так, Н.Ф. Кузнецова отрицает возможность включения личности преступника в содержание общественной опасности, но вводит в нее (рассматривая как криминообразующие) признаки специального субъекта, разумно отказываясь от включения в общественную опасность признака распространенности преступлений, а также смягчающих и отягчающих обстоятельств.

На наш взгляд, общественную опасность стоит рассматривать как самостоятельный признак преступления, имеющий собственный состав - состав общественной опасности наряду с составами деяния, противоправности и вины. При этом состав общественной опасности выходит за пределы состава преступления в его принятом понимании как основания уголовной ответственности.

В этом понимании состав общественной опасности пересекается с составами иных признаков преступления, включая в себя оценку отражаемых реально существующих, выполненных субъектом действий (бездействия). В онтологическом плане этот состав описывает фактически совершенный поведенческий акт правовым языком. Но основная роль общественной опасности все же нормативно-оценочная. Тогда в целом по всем признакам состав преступления в современном смысле действительно оказывается формально-материальным, предметно-оценочным и при этом обобщающим, интегральным и именно таким, который по соображениям юридической техники или возможно по традиции рассматривается как единственный и потому обобщающий.

Такой подход не должен пугать. Он не порывает с традициями и означает всего лишь простую мысль: столь важное управленческое решение должно приниматься путем рассмотрения проблемы с разных сторон. Еще раз подчеркнем, что здесь при этом всего лишь возникает ситуация построения нескольких моделей одного и того же явления. Если принять этот подход, то

в составе общественной опасности (а если не принимать, то в признаке общественной опасности) выделяется отражаемое (обозначаемое) и собственно оценка обозначаемого, которым является часть реальности или, точнее говоря, изменений реальности, вызванных деянием субъекта.

Применительно к обозначаемой реальности можно при желании выделять составы общественной опасности в узком и широком смысле слова. Первый отражает только объективную сторону деяния; второй включает и субъективную сторону, т.е. проявления личности в деянии, и личность как предпосылку деяния, и обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание, что прямо вытекает из части 3 ст. 60 УК РФ.

Применительно к обозначающему (или набору средств обозначения), т.е. собственно признакам состава (или признака) общественной опасности, следует выделять для описания систему специфических для общественной опасности признаков качественных и количественных черт (квалификаторов) и измерителей (квантификаторов).

Состав общественной опасности поэтому должен оценочно и в принятых пределах полно отражать факты социальной действительности, уже описанные на языке права. Таким образом, общественная опасность по своему содержанию должна представлять собой такую систему отражающих и оценивающих реальность показателей, которые должны получать общую оценку именно как система, как состав наличия или отсутствия общественной опасности путем взвешивания и сопоставления позиций. Отсутствие необходимых признаков общественной опасности, так же как и в случае отсутствия противоправности, вины, влечет вывод о невозможности признания деяния преступлением.

Об оценке показателей элементов состава общественной опасности правоприменителем. Нередко такая оценка осуществляется просто на основе правосознания того или иного принимающего решение лица, причем чаще всего исходя из презумпции ее соответствия противоправности. Собственно законодатель дает для этого основания, например, разводя по категориям умышленные и неосторожные преступления.

Здесь предполагается, что элементы состава общественной опасности и показатели этих элементов могут быть текстуально выражены либо в уголовном законе, либо в судебной практике, либо в уголовно-правовой доктрине. Все эти показатели поочередно и в целом правоприменитель обязан анализировать по всем источникам, в которых они содержатся.

К числу показателей общественной опасности, выраженных в диспозициях норм, содержащих признаки основных составов преступления, в частности, относятся: обстоятельства убийства матерью новорожденного ребенка (ст. 106 УК РФ); аффект и вызвавшие его обстоятельства (ст. 107 УК РФ); характер тяжкого вреда (ст. 111 УК РФ); далее - насилие или угроза его применения (наряду с иными показателями) по преступлениям против половой неприкосновенности и свободы личности и пр. Показатели большей или меньшей общественной опасности являются квалифицирующими и привилегирующими признаками. В качестве показателей общественной опасности при их связи с деянием (и имея в виду недопустимость двойного учета) выступает и часть конструкций, определяемых как обстоятельства, отягчающие или смягчающие наказание.

Таким образом, показатели общественной опасности могут выступать как законодательная конструкция. Но не существует закрытого перечня таких показателей. Их нужно дополнительно выявлять и анализировать применительно к нарушениям охраняемого блага. Лишь совокупность нормативных и не предусмотренных нормой показателей должна указывать и указывает правоприменителю как на характер, так и на степень общественной опасности.

Общими вопросами, относящимися к показателям общественной опасности, являются:

- критерии признания их таковыми и отбора;
- способы описания и место описания (закон, практика, доктрина);
- распределение по основным, привилегированным и квалифицированным составам;
- отражение в описании показателя степени интенсивности;
- интегральная значимость показателя в структуре общественной опасности, его пригодность к реализации функций общественной опасности.

На этой, возможно, абстрактной основе можно выделить ряд проблемных оценок показателей общественной опасности. Например, оценка охраняемого блага требует решения следующих вопросов:

- действительно ли нарушены те или иные права;
- в чем состояло это нарушение;
- каким образом они могут быть восстановлены или
- в чем состоят нарушения порядка экономической деятельности;
- каковы последствия этого нарушения;
- на каких сторонах экономической деятельности они сказались.

Такого рода вопросы должны ставиться и особенно тщательно исследоваться и на стороне обвинения, и на стороне защиты, особенно когда оценивается деяние в сфере экономической деятельности. Дело в том, что объект посягательства по этим и иным преступлениям очень

неопределенно выражен, если вообще выражен в УК РФ, а комментаторы либо игнорируют его характеристику, либо описывают его иногда просто курьезно. Так, в одном из комментариев объект преступного посягательства (ст. 185 УК РФ "Злоупотребления при эмиссии ценных бумаг") описан как принцип добропорядочности субъектов экономической деятельности. Очевидно, что законодатель вряд ли ставит перед собой задачу защищать чью-либо добропорядочность. И чтобы деяние было признано преступлением, его общественная опасность должна быть выявлена основательно и грамотно. Разумеется, в каждом случае такая задача требует особого анализа.

Общественная опасность как фактор легитимации уголовного правотворчества. Здесь делается попытка показать, что общественная опасность должна вначале устанавливаться как модель или часть модели будущего уголовно-правового запрета. Принимая его, законодатель обязан показать на будущее, что: а) уголовно-правовая норма будет запрещать действительно общественно опасные деяния; б) тяжесть ответственности будет соответствовать содержанию общественной опасности.

В этой связи также вначале выскажем, только применительно к УК РФ, несколько предварительных суждений. Они таковы:

- некоторые показатели общественной опасности, кажущиеся бесспорными, нуждаются в пересмотре; в частности, к таковым относятся повторность, судимость, рецидив, некоторые формы соучастия, величина ущерба и пр., поскольку, на наш взгляд, они не всегда действительно выражают общественную опасность деяния;

- должно быть дано понятие опасного деяния по ч. 2 ст. 2 УК РФ, которое по логике действующего закона отличается от деяния общественно опасного;

- общественная опасность должна быть описана во многих уголовно-правовых запретах более определенно, что требует разработки соответствующих законотворческих приемов;

- вводя уголовно-правовой запрет, законодатель должен решать ряд задач, в частности, описать деяние, установить или выявить его противоправность, определить условия и содержание вины, а также на основе некоторых предпосылок конституировать такую общественную опасность деяния, которая необходима и достаточна для объявления его преступлением.

Законодатель при этом обязан, руководствуясь ч. 2 ст. 2 УК РФ, пройти путь от установления того, что деяние (система деяний - поведение), которое является предметом правотворчества, опасно, до признания его (их) общественно опасными. Таков уголовный закон, и по нему обязателен переход от признака опасности деяния до признака его общественной опасности (при наличии иных признаков). Правоприменитель, вполне понятно, по общему правилу, если он не подвергает сомнению конституционность уголовно-правового запрета, связан решением законодателя. Все, что общественно опасным (при наличии иных признаков) признал или не признал законодатель, связывает правоприменителя. Однако эта связанность аналогична связанности иным содержанием уголовно-правового запрета. Общественная опасность деяния как оцениваемого правоприменителем социального факта в каждом случае еще подлежит установлению, причем как по ее наличию в принципе, так и по характеру и по степени данной общественной опасности в данном случае.

Из этого вытекает, что правоприменительная практика нуждается в такой характеристике законодателем общественной опасности, которая уменьшает существующую неопределенность этого понятия и содержит в себе такие свойства либо параметры, которые позволяют утверждать или отрицать наличие этого признака как применительно к сфере поведения, являющегося предметом криминализации, так применительно к оценке отдельного деяния. При этом особое внимание следует уделять признакам, получающим иное содержание в новых условиях, а именно характеристике общественно опасных последствий преступления, мотивам и целям деяния, в особенности понятию корыстной цели, вряд ли пригодному для характеристики экономических преступлений.

Приемы описания общественной опасности в процессе уголовного правотворчества. На уровне теории, да и в правотворческой практике кажется самоочевидным, что уголовно-правовой запрет должен быть аргументирован раскрытием содержания общественной опасности, причем так, чтобы эта аргументация могла быть подвергнута проверке. Проблема, однако, связана с аргументацией, обоснованием решений такого рода. Ведь правовые запреты могут быть не обязательно уголовно-правовыми. Они могут быть сформулированы не в уголовном законе, а их нарушение может влечь различную ответственность. Это весьма наглядно, в частности, показывает круг запретов, содержащихся в КоАП РФ, которые путем формального описания деяния по существу воспроизводят уголовно-правовые запреты.

Законодатель, повторим еще раз, принимая уголовно-правовые предписания, должен опираться на некоторые реалии их оценки <1>. Он связан Конституцией РФ и действует в ее рамках. Но Конституция не дает позитивной характеристики ни опасности, ни общественной опасности деяния. Поэтому законодатель вначале должен самостоятельно, но на основе конституционной и уголовно-правовой доктрины, используя самую различную фактическую информацию, решать, является ли поведение опасным, а затем и общественно опасным, либо что

оно вообще не опасно, либо опасно, но не общественно опасно. При этом законодатель обязан "заложить" в свое решение представление об общественной опасности и сделать это так, чтобы быть понятым правоприменителем.

<1> Сейчас нередко пишут, что преступление и преступность - понятия, не имеющие естественного референта, релятивные, конвенциональные, что они суть социальные конструкты (см.: Гишинский Я.И. Criminology Today // Криминология: вчера, сегодня, завтра. Труды Санкт-Петербургского криминологического клуба. 2001. N 1 (1). С. 27).

Разумеется, власть в тенденции по общему правилу запрещает то, что ей реально угрожает, как бы сложно ни определялась эта угроза, и руководствуется при этом некоторыми установками, опять-таки порожденными реально. Разумеется, эти запреты меняются, поскольку меняются вызовы, угрозы, обычаи, социальные условия в целом и пр.

С другой стороны, не вполне точно утверждение, что общественная опасность как признак преступления не зависит от воли законодателя. Возможно, не зависит от воли законодателя опасность деяния в смысле ч. 2 ст. 2 УК РФ.

Реализация этого требования весьма сложна. Здесь есть различные пути. Один состоит в том, чтобы раскрыть понятие общественной опасности в законе хотя бы самым общим образом. Второй - в том, чтобы дать хотя бы косвенные указания, раскрывающие его содержание. По первому пути пошел польский законодатель, и его позиция кажется предпочтительной. В § 2 ст. 115 УК Республики Польша указывается, что принимает во внимание суд при оценке степени социальной вредности. Здесь, в частности, предусмотрено: "При оценке общественной вредности деяния суд принимает во внимание вид и характер нарушенного блага, размеры причиненного или возможного вреда, способ и обстоятельства совершения деяния, значимость нарушенных виновным обязанностей, равно как степень вины, мотивацию виновного, вид нарушенных правил предосторожности и степень их нарушения" <1>. Это означает, что законодатель, принимая уголовный закон, должен:

<1> Уголовный кодекс Республики Польша. Минск: Тисей, 1998.

а) рассмотреть, расчленяется ли запрещаемое поведение на отдельные поддающиеся описанию и идентификации деяния;

б) определить, каким должен быть состав деяния, а каким - состав противоправности, ведь в современных условиях особенно наглядно видно, что противоправность не сводится к уголовно-правовому признаку, и ее установление, например по должностным преступлениям, требует специальных усилий;

в) описать состав вины, которая также не сводится к умыслу и неосторожности.

После всего этого законодатель может определить состав общественной опасности, который, будучи оценочным, соотносится со всеми иными составами.

На наш взгляд, в составе общественной опасности (или в содержании признака общественной опасности) следует выделять следующие элементы:

- охраняемое правовое благо и его признаки: социальную ценность, уязвимость и возможность охраны этого блага;

- посягательство как объективную сторону деяния и его признаки: насилие, обман, небрежение обязанностями или долгом;

- нарушение социальных благ и интересов и его признаки: реальную опасность благам, угрозу, вред различного содержания и интенсивности.

Тогда будет в составе общественной опасности выражена и ее общественная природа, которая определяется связью этой опасности с обществом, его сбалансированными (в идеале, разумеется) интересами, потребностями, ценностями, и юридическая составляющая опасности, т.е. степень потенциального или реального нарушения защищаемых уголовным законом правовых благ.

В юридико-техническом плане данный подход обязывает, с одной стороны, исследовать такие различные правовые феномены, как объект уголовно-правовой охраны и объект преступного посягательства, а с другой - построить и исследовать иерархическую характеристику нарушений охраняемых благ: угроза, опасность, вред - с последующим раздроблением и дифференциацией каждого из этих понятий - элементов состава общественной опасности. К сожалению, законодатель часто этого не делает.

Покажем это на примере кражи. Профессор Б.В. Волженкин в полном согласии с действующим законом и господствующим мнением писал, что кража - совершенное с корыстной целью противоправное безвозмездное тайное изъятие и обращение чужого имущества в пользу виновного или других лиц, причинившее ущерб собственнику или иному владельцу этого имущества.

Строго говоря, здесь дан лишь один явный показатель общественной опасности - "тайное" и в известной мере - причинение ущерба. Остальные показатели, в частности "с корыстной целью", "безвозмездное", скорее содержат в себе эмоциональный заряд, указывая на нечто негативное, чем действительно выявляют общественную опасность данного деяния. С корыстной целью, т.е. для получения некоторой выгоды, денег, оплаты, люди работают. Они не обязаны любить свою работу. Безвозмездно можно изъять благотворительную помощь, не имея для этого достаточных оснований и пр. Именно поэтому в свое время и возникли проблемы, связанные с фактической частичной декриминализацией кражи при введении административной ответственности за хищение чужого имущества стоимостью до пяти МРОТ. Законодатель был вынужден указать на общественную опасность такого деяния путем введения признака, его действительно отражающего, а именно "кража, совершенная из одежды, сумки или другой ручной клади, находившейся при потерпевших".

Однако возникает и общая проблема. Состоит она в том, что основные составы деяний часто описаны так, что на их основе крайне сложно построить состав общественной опасности (или выявить его содержание). Осознание этой проблемы, на наш взгляд, открывает новые направления в науке уголовного права и работа над ней весьма полезна для практики. Одной из ее составляющих является исследование общественной опасности отягчающих и смягчающих признаков, что, например, сделано в интересной работе Т.А. Лесниевски-Костаревой <1>.

<1> См.: Лесниевски-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. 2-е изд. М.: Норма, 2000.

Но в целом эта задача должна решаться, по-видимому, несколькими путями: а) за счет расширения круга основных составов деяний; б) на основе поиска показателей общественной опасности, пригодных для всех, некоторых или только единственного уголовно-правового запрета; в) путем повышения определенности понятийного аппарата.

Во всяком случае, показатели общественной опасности должны обязательно соотноситься с основным составом деяния и только на этой основе указывать на изменения степени общественной опасности, которые позволяют сформировать квалифицирующие и привилегированные составы; при этом следует, вероятно, признать, что состав, в котором появляются новые признаки общественной опасности скорее всего является самостоятельным, а не квалифицирующим и не привилегированным.

Например, сейчас может ставиться вопрос о введении показателей общественной опасности в ст. 136 УК РФ, поскольку нарушение равенства может и не быть общественно опасным; ст. 138 УК РФ, ибо не всякое нарушение, например тайны переписки, делает легитимным и справедливым применение уголовной ответственности; ст. 139 УК РФ, как незаконное проникновение соседки в квартиру из любопытства, якобы пришедшей просить соли, также вряд ли повлечет уголовную ответственность, но формально повлечь может; ст. 141 УК РФ, в которой не раскрывается понятие воспрепятствования осуществлению избирательных прав, а значит, дама, задержавшая своего мужа дома, также может быть привлечена к уголовной ответственности.

Выделение новых основных составов могло бы быть полезным для более адекватного описания общественной опасности кражи. Кажется необходимым выделение, например, семейной кражи, возможно, кражи продовольствия.

Некоторые выводы. Прежде всего полагаем, что интегральными, системными показателями общественной опасности являются: а) характер, потенциальная ценность и социальная уязвимость охраняемого правового блага взятого как обобщенное целое, отраженное в единой модели; б) интенсивность посягательства; в) социальная непереносимость преступления.

Характеристика первого показателя не совпадает с обозначением объекта преступного посягательства, как он технически выражен в составе деяния. В данном случае правовое благо должно быть описано как его защищаемые стороны или проявления, учитывая, что охрана правового блага принципиально мозаична. Собственность есть важнейшее правовое благо, однако уголовным законом охраняются лишь отдельные его стороны, в частности, господство владельца над вещью, не сводимое к правомочиям владения (в тесном смысле слова), пользования и распоряжения. Именно охраняемое правовое благо в рамках уголовно-правового запрета преобразуется в объективную сторону и во все иные признаки, а не только в объект, субъект состава преступления.

Потенциальная и реальная уязвимость охраняемого объекта как составляющая общественной опасности отражает ее понимание как опасности, тогда как ценность правового блага характеризует его как благо общественное, значимое для общества. При этом потенциальная уязвимость объекта рассматривается как возможный вред, который может быть причинен правовому благу. Интенсивность посягательства отражает способ деяния и характер вины, проявляющиеся в настойчивости субъекта, представлении о сумме последствий деяния и

пр. Степень социальной непереносимости деяния отражает неприятие его обществом, противостояние субъекта и противопоставление деяния общественным ценностям.

Содержание интегральных признаков общественной опасности должно охватывать все действия (бездействие) и признаки личности, которые, являясь материальным основанием ответственности, учитываются при назначении наказания, а также при освобождении от уголовной ответственности и наказания, т.е. характер и степень состава общественной опасности в широком смысле.

Наконец, в процессах уголовного правотворчества и правоприменения обязательно должны выявляться и фиксироваться на языке уголовного закона признаки, демонстрирующие общественную опасность, т.е. указывающие на ее наличие.

Причинность в структуре уголовной ответственности

Общая характеристика проблематики. Обращение к причинной связи в уголовном праве объясняется тремя основными факторами: потребностями правоприменительной практики, состоянием научной разработки данной проблемы, а также изменениями как уголовно-значимого поведения, так и уголовно-правового регулирования.

Состояние разработанности уголовно-правовой причинности. Оно парадоксально противоречиво, поэтому кажется полезным указать на следующие обстоятельства.

Первое. Литература, посвященная изучению причинной связи в российском, континентальном и англо-американском уголовном праве, настолько объемна, что уже оказалась плохо обозримой <1>. Изложение материала, относящегося к уголовно-правовой причинности, кажется избыточно полемическим, крайне изощренным, зачастую носит эссеистический характер, и это часто заставляет сомневаться в самой возможности его дополнительного анализа и оценки с современных позиций, не говоря уже об использовании практикой. Вместе с тем на разных языках появляются новые работы, явно стремящиеся вырваться из плена сложившейся традиции.

<1> Обзор российской уголовно-правовой литературы по вопросам причинной связи см.: Малинин В.Б. Причинная связь в уголовном праве. СПб.: Юридический центр Пресс, 2000; Малинин В.Б., Парфенов А.Ф. Объективная сторона преступления. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004; Уголовное право России / Под ред. Н.М. Кропачева, В.Б. Волженкина, В.В. Орехова. СПб.: Изд. СПб. ун-та, 2006. Обзор зарубежной литературы см.: Roxin C. Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I. Munchen: Beck, 2006; Bloy and Parry's. Principles of criminal law. 4th ed. London - Sydney, 2000.

Все же положение адресатов уголовно-правового знания почти не меняется. Изначально сформулированные в уголовно-правовой литературе в качестве господствующего мнения представления о предмете исследования и содержании описания уголовно-правовой причинности, несмотря на появление новых интересных работ, остаются неизменными. В целом в уголовно-правовой литературе игнорируются, как минимум частично, происходящие перемены и в преступном поведении, и в технике уголовно-правовых запретов. Этот тезис требует обоснования и будет рассматриваться ниже. Здесь сошлемся на следующее. Игнорируются нормативная основа причинной связи, различия между предметной и оценочной составляющей этой конструкции. Не исследуются вопросы причинения последствий, характеристика которых в уголовном законе является крайне общей (ст. 285 УК РФ и др.).

Второе. Изложение материала в специально посвященных уголовно-правовой причинности работах и аргументация выдвинутых точек зрения, охватывая философские, естественнонаучные и иные вопросы, во многом не основаны на компетенции специалистов в области уголовного права. По ряду направлений специалисты в области уголовного права традиционно ориентируются на утраченную нормативность общественных наук и, в частности, философии. Даже в объемном, количественном выражении философские рассуждения преобладают над уголовно-правовой аргументацией, и в полном противоречии с принципом законности постоянно предпринимаются попытки обоснования преступности деяния аргументами, восходящими не к уголовному закону, а к вышедшим из научного оборота философским или, чаще, псевдофилософским суждениям.

При этом внимание отечественных исследователей нередко фиксируется на теориях, разработанных в XIX в., в ином контексте и на иной основе и к тому же воспроизводимых по чужим либо в лучшем случае давно переведенным работам. Это особенно относится к изложению проблематики каузальности в немецкой уголовно-правовой доктрине, если и не ушедшей вперед, то, во всяком случае, сильно изменившейся. Между тем, если в процесс аргументации вводятся суждения иной уголовно-правовой доктрины, они должны осваиваться либо критиковаться с учетом современной литературы <1>.

<1> В фундаментальной работе К. Роксина разделу, который именуется "Вменение объективного состава деяния", предшествует 6 страниц мелкого текста - библиографии работ о каузальности. Уже с восемнадцатой строчки первой страницы идут ссылки на послевоенную литературу, оканчивающиеся 2005 г. При таком положении обращение только к работам XIX в. некорректно.

Третье. Степень разногласий при рассмотрении уголовно-правовой причинности излишне велика, а способами их преодоления нередко оказываются взаимные обвинения в недооценке или упущении чего-либо, непонимании проблемы и пр. Во многом это объясняется и неустойчивостью судебной практики, тем обстоятельством, что позиции, относящиеся к признанию или отрицанию причинности, провозглашаются, но не аргументируются. Возможно, потому, что их нет в литературе, если не считать постоянного обращения к философии или в лучшем случае - к логике. Но в итоге теряются для адресата литературы и содержащиеся в ней вполне разумные соображения.

Это рискованное суждение, но оно лишь означает, что существует практическая необходимость формирования некоторого господствующего мнения на основе аргументации, более или менее внутренне согласованной на базе исходных положений уголовного права.

Четвертое. Вероятно, недостаточна ориентация теории уголовно-правовой причинности на потребности практики. Между тем в литературе высказываются суждения, противопоставляющие потребности практики фактам и логике <1>.

<1> См.: Малинин В.Б., Парфенов А.Ф. Указ. соч. С. 107.

Изменения уголовно-значимого поведения. Кажется доказанным, что преступность меняется в своем поведенческом выражении и контексте. Это относится к преступлениям против общественной безопасности, преступлениям в сфере экономической деятельности, экологическим преступлениям, протяженным во времени и пространстве, связанным с весьма сложными структурно общественно опасными последствиями, и пр. Общая тенденция состоит в усложнении связей между деянием и его предполагаемыми последствиями, в объективном уменьшении возможностей контроля собственного и чужого поведения.

При массовом выпуске продукции ее общественно опасные последствия отделены от производства во времени и пространстве. Усложняются социальные процессы, иными становятся технологии производства, оказания услуг и управления, вынужденно меняется механизм принятия решений самого различного рода. Все эти изменения являются супранациональными, характерны не только для нашей страны.

Технологические и иные катастрофы повсеместно становятся едва ли не привычными. В 2005 г. падение крыши сооружения, предназначенного для массового пользования, - Аквапарка - произошло в Москве. Этот факт вначале привычно связали с индивидуальными ошибками, типичными для России. Но зимой 2005 - 2006 гг. серия катастроф такого рода произошла в Баварии, Чехии, Польше, Австрии. Тогда выдвинули предположение, что прежде всего публичные здания имеют высокую долю сложных, подверженных риску конструкций <1>. Но и это предположение не позволяет ответить, кто во всем этом виноват, пока не может никто ответить на, возможно, еще более сложный вопрос: как этого избежать?

<1> Die Welt. 2006. 11. Februar.

Изменения в сфере уголовно-правового регулирования. Уголовное право вынуждено отвечать на многочисленные новые вопросы, связанные с процессами порождения общественно опасных последствий. Под влиянием происходящих процессов расширяется круг уголовно-правовых запретов. Усиливается использование составов поставления в опасность. Ответственность все чаще переносится в "предполье" причиняющего вред деяния. Круг связей, подлежащих уголовно-правовой оценке, очевидно расширяется с введением таких конструкций, как преступление "сопряженное" (ч. 2 ст. 105 УК РФ), "повлекшее" (ч. 4 ст. 111 УК РФ), "сопряжено с извлечением дохода" (ст. ст. 171, 172 УК РФ) и других, указывающих на соотношение деяния и последствий. Во многих случаях законодатель связывает формальные составы с достижением фактических результатов и, напротив, превращает материальные составы по существу в формальные, крайне размыто определяя общественно опасные последствия.

Следовательно, вопросы уголовно-правовой причинности необходимо решать в новых условиях, на основе меняющихся уголовно-правовых предписаний и развивающейся уголовно-правовой доктрины. Поскольку это так, целесообразно попробовать подойти к проблематике уголовно-правовой причинности либо с иных позиций, либо несколько иным, чем в господствующем мнении, образом расставив акценты.

Исходные положения анализа уголовно-правовой причинности. Они так или иначе, в той или иной форме обсуждались в уголовно-правовой литературе, подвергаясь критике либо получая определенную поддержку. Здесь подчеркивается не новизна тезисов, а их значение как аргументов для последующих рассуждений.

Признание специфики уголовно-правовой причинности. Она определяется предметно и юридически характером поведения и значением его оценки. Поэтому принимается, что уголовно-правовая причинность представляет собой специфический, сложный социально-правовой феномен, и уголовно-правовая наука, как подчеркивалось некоторыми авторами ранее, должна разработать особое, свое учение об этом феномене, отличное от философского, естественнонаучного, психологического и т.п. учений. Вывод о наличии либо отсутствии причинной связи между действиями (бездействием) субъекта должен обязательно основываться на уголовном законе и уголовно-правовой доктрине и обосновываться их аргументами. Философские взгляды на причинность не могут быть основанием признания лица уголовно ответственным, а их использование чаще всего представляет собой ложный редукционизм, основанный на игнорировании сложности естественных и социальных явлений и преувеличении нормативной значимости философских суждений.

К тому же, что широко известно, отнюдь не все авторы философских работ вообще признают существование причинности в традиционном ее понимании.

Утверждение о необходимости разграничения предметного анализа и уголовно-правовой оценки причинности. Оно означает в дальнейшем, что предметная сторона причинности представляет собой реальный ход событий во внешнем мире и не устанавливается уголовно-правовыми средствами, но лишь оценивается с позиций уголовного закона. Это допущение, по-видимому, рассматривается как несомненное в уголовно-процессуальной литературе, во всяком случае, применительно к различным формам использования специальных знаний. Оно должно быть без абсолютизации принято во внимание в процессе уголовно-правового исследования и квалификации причинности, не абсолютизируясь. Возможно, что действия, которые имеют одинаковое предметное содержание, даже в сходном контексте будут получать внешне одинаковое предметное описание, но различную уголовно-правовую оценку.

Впрочем, следует признать, что, хотя рассматриваемые в уголовно-правовой литературе традиционные теории причинной связи анализируют преимущественно ее предметную сторону, их практическое применение и критический анализ тяготеют к получению именно уголовно-правовой оценки и обоснованию вменения причинной связи виновному лицу.

Признание субъектности, т.е. личностного происхождения, и субъективности причинных связей. Причинность для уголовного права, что также подчеркивается в литературе, значима, только если она рассматривается в структуре уголовной ответственности, и притом только как субъектное деяние, как "энергетическое" воздействие субъекта на внешний мир. Причинность при этом, проявляясь в деянии субъекта, охватывается его виной и отделяется от нее, вероятно, только в алгоритме уголовно-правовой оценки деяния.

Наконец, причинность, что уже подчеркивалось в литературе, являясь уголовно-правовым феноменом, существует как между деянием и последствиями в так называемых материальных составах, так и внутри "беспоследственного" состава деяния.

По техническим причинам при рассмотрении этих тезисов не дается, возможно, необходимый анализ позиций, изложенных в литературе, хотя при их формировании учтены взгляды многих российских и немецких авторов, причем в первую очередь современных, чьи суждения находятся в научном обороте.

Предмет исследования причинности в уголовном праве. Его понимание является условием и предпосылкой признания или отрицания специфики уголовно-правовой причинности и ее связи с процессом квалификации преступлений, т.е. с уголовно-правовой оценкой деяния. Оно требует обращения к некоторым высказанным ранее положениям. Но именно здесь обосновывается необходимость, как минимум, корректировки предмета теории уголовно-правовой причинности.

В советской и постсоветской, российской уголовно-правовой литературе сложился круг вопросов, образующих предмет теории причинной связи. Обычно в него включают философские предпосылки и основания, критику теорий причинности, развитых в литературе XIX в., условия либо критерии признания связи причинной и, значит, установления причинности, относящиеся к объективным процессам. В монографических работах дополнительно рассматривается история вопроса, специфика причинности в связи с институтами Общей части и отдельными уголовно-правовыми запретами и некоторые иные вопросы. В целом можно считать полезным, хотя, возможно, и не во всех случаях необходимым, изложение этих вопросов в литературе.

Однако есть некоторые сомнения в том, что теория причинности в уголовном праве сложилась как собственно уголовно-правовая и практически применимая теория. Она перегружена философскими построениями, не основанными на уголовно-правовых знаниях, и не содержит в себе необходимых идентифицирующих и различающих информационных средств. Иными словами, сейчас кажется необходимым принципиальное усиление основанного на уголовном

законе и уголовно-правовой доктрине проблемно-целевого подхода к уголовно-правовому учению о причинности. Уголовно-правовая теория причинности должна быть, как это ни кажется странным, очищена от посторонней аргументации и построена на различении факта и права, установления предметности данного случая взаимодействия и его правовой оценки. Говоря несколько упрощенно, в предмете теории уголовно-правовой причинности должны быть усилены ее профессиональная, уголовно-правовая, законодательная составляющие и минимизировано использование философских аргументов.

Представляется необходимым включать в предмет:

- уголовно-правовое определение причинной связи, отграничивая его от критериев установления причинной связи, условий ее признания. Этот вопрос будет рассматриваться дальше. Здесь лишь подчеркнем, что высказанные довольно давно В.Н. Кудрявцевым, Т.В. Церетели идеи, так или иначе направленные на юридикацию и криминализацию понятия причинной связи в уголовном праве, должны собственно открывать теорию уголовно-правовой причинности;

- целостный субъективно-объективный процесс развития уголовно-правовой причинности. Причинность по природе вещей порождается субъектом, традиционно описывается признаками объективной стороны преступления, но принятое в современном уголовном праве разграничение объективной и субъективной стороны перешло, как кажется, границы разумного. Удачный прием систематизации мышления приобрел статус едва ли не закономерности. В этом смысле правильно подчеркиваются волимость, мотивированность и направленность причиняющего действия субъекта <1>. Во всяком случае, необходимо выявлять механизм охвата виной процесса причинения, его пригодности к достижению желаемого результата или иному причинению последствий.

<1> См. Кузнецова Н.Ф. В кн.: Курс уголовного права. М.: Зерцало, 1999. Т. 1. С. 237.

В доктрине уголовного права, таким образом, должен исследоваться целостный феномен причинности как минимум на фоне субъективных процессов, и в частности причинные связи между различными элементами преступления, во всяком случае, между различными элементами объективной стороны. Они существуют и имеют уголовно-правовое значение и при совершении так называемых формальных преступлений. Проблема причинности при формальных преступлениях возникает при оценке достаточности действий для признания деяния наличным и нарушающим уголовно-правовой запрет.

Простейший пример. При квалификации деяния следует устанавливать, что часто и делается на основе здравого смысла, достаточность действий для признания их оскорблением, т.е. причинную связь между ними и унижением чести и достоинства другого лица, либо для дискриминации лица, т.е. нарушения его прав, свобод и законных интересов. Это приобрело серьезное значение в сфере межнациональных отношений, когда декларируемая оскорбленность нередко имитируется либо вызывается не действиями обидчика, но третьими лицами или силами. Причинные связи, таким образом, входят в предмет уголовно-правовой доктрины в рамках и только в рамках избранной законодателем конструкции состава преступления, и значит, зависят от особенностей деяния. Здесь должны самостоятельно исследоваться:

- связи между деянием (поступком) и общественно опасными последствиями в виде результата;

- связи между поступком и опасностью, конкретной или абстрактной;

- классификация причинных связей по различным основаниям, например, по характеру вызываемых причинением последствий; здесь должны выделяться причинные связи в зависимости от специальных форм совершения преступлений. Это мысль отнюдь не новая. Такую необходимость правильно отмечали многие авторы. Так, в обширной работе, посвященной причинной связи в уголовном праве, В.Б. Малинин рассматривал проблему причинности при бездействии и причинные связи при соучастии <1>. Наконец, следует особо выделять атипичные причинные связи, конкретизируя их по совместному причинению двумя или более субъектами, прерыванию процесса, дополнению процесса и пр.;

<1> Малинин В.Б. Указ. соч. С. 230.

- характеристика демонстрационных уголовно-правовых признаков причинной связи, т.е. те внешние формы их проявления, которые законодатель либо судебная практика и уголовно-правовая доктрина считают обязательными. Эти признаки описываются иногда в статьях Особенной части, разумеется, не всегда, в частности такими понятиями, как причинение, с указанием на действие, содержащее в себе результат, или на результат, причиненный указанным в законе действием, например заражение, похищение, и другими способами. В иных случаях

необходимо восполнение отсутствующих демонстрационных признаков, которое делается и сейчас, но преимущественно в казуистической технике;

- сопровождающие признаки данного состава преступления, релевантные к предметной и уголовно-правовой сторонам причинной связи, которые могут подтверждать либо нередко исключать возможность оценки хода событий как уголовно-правовой причинности;

- связи между иными элементами состава преступления.

Из сказанного можно сделать некоторые промежуточные выводы методического характера.

Адресат уголовного закона должен знать, что такое причинная связь как составляющая предусмотренной в уголовном законе уголовной ответственности, как предметный ход событий от импульса до результата и как его уголовно-правовая оценка. Практическое исследование причинной связи на основе действующих уголовно-правовых норм должно при этом начинаться с определения круга потенциально причиняющих действий и ответственности за них, продолжаться в отношении процесса развития порождающих действий и в особенности господства субъекта над их развитием и оканчиваться механизмом преобразования действий в результат с учетом анализа субъективных процессов.

Причинность в уголовном праве должна вначале изучаться и оцениваться предметно, что требует использования знаний, не являющихся уголовно-правовыми, и осознаваться как созданное определенным субъектом предполагаемое или реально существующее отношение порождения между поведенческим актом и выделенным изменением во внешнем мире. Предполагается, что поступок субъекта преобразовался в наступившие изменения, что была осуществлена, по выражению профессора У. Киндхойзера, манипулятивная техника, в результате чего волевой и контролируемый поступок воплотился в последствиях. Именно на этом этапе применяются традиционные теории причинности, в особенности часто эквивалентная теория.

Предметное изучение преступности, однако, является лишь основой собственно уголовно-правовой оценки происшедшего взаимодействия, порожденного субъектом. При отсутствии воли и осознания само рассмотрение причинности для уголовно-правовой оценки теряет всякий смысл, разве что оценивается поведение невменяемого.

Таким образом, целостный процесс причинности в теории причинной связи должен рассматриваться и с фактической, и с юридической сторон. При этом контекст предмета исследования, его форму образует именно объективная сторона преступления, включающая в себя субъективные элементы, и именно таким образом причинная связь входит в структуру основания уголовной ответственности.

При формировании предмета теории уголовно-правовой причинности необходимо учитывать, следовательно, несколько обстоятельств, на которые указывается в уголовно-правовой литературе, хотя трудно сказать, насколько эффективно.

Первое. Одно наличие причинной связи в объективной стороне преступления не исчерпывает основание уголовной ответственности, являясь лишь одним, хотя и весьма важным, как, впрочем, и все остальные, признаком состава преступления. Второе. Действия или бездействие, порождающие причинную связь, являются волевыми и осознанными. Но механизм их причиняющего воздействия рассматривается с учетом субъективных элементов, хотя и независимо от оценки форм вины: умысла или неосторожности. Он принципиально существует и для невменяемого лица, хотя, что очень важно, сам по себе не обосновывает возможность вменения причинности данному субъекту. Третье. Уголовно-правовые причинные связи, разумеется, являются лишь частью причинности, действующей во внешнем мире по существующим представлениям. Но их содержание, механизм их развертывания связываются не только с наличием специфического фактора - субъекта преступления, но и с наличием упрека в его адрес, порождающим право суда на назначение наказания. Именно поэтому констатация уголовно-правовой причинности и представляет собой самостоятельную задачу с юридическими, часто тяжелыми последствиями. К ее решению именно поэтому предъявляются особые требования.

Правовые основания уголовно-правовой причинности. Они охватывают собой предписания уголовного закона, т.е. нормативно-правовую регламентацию уголовно-правовой причинности, и позиции судебной практики. Особое место занимают и отдельно рассматриваются доктринальные суждения или теории причинности.

Нормативно-правовая регламентация причинной связи. Обращение к этому вопросу является принципиально важным. Причинная связь, повторяем, в структуре уголовной ответственности - это уголовно-правовая конструкция, и она должна устанавливаться на основе уголовного закона, как и любой иной признак состава преступления.

Законодатель исходит из того, что причинная связь, как бы она не понималась в теории уголовного права, является характеристикой деяния, преимущественно отраженной применительно и к материальным, и к формальным конструкциям состава преступления как признак его объективной стороны. Основанием такого утверждения является понятие преступления, данное в ст. 14 УК РФ. Здесь установлено, что преступлением признается деяние,

имеющее соответствующие признаки. Со всей очевидностью причинная связь - именно по закону - является признаком деяния, отражающим его развитие, его свойство проявляться как те или иные изменения внешнего мира, т.е. процессом и результатом.

Это не вызывает никаких сомнений в уголовно-правовой доктрине. Оно подтверждается, например, предписаниями гл. 6 "Неоконченное преступление" и в особенности ст. 29 "Оконченное и неоконченное преступление", по ч. 1 которой "преступление признается оконченным, если в совершенном лицом деянии содержатся все признаки состава преступления, предусмотренного настоящим Кодексом". Следовательно, по меньшей мере при материальных преступлениях по закону необходимо наступление последствий, причиняемых деянием, и, значит, причинной связи как признака состава преступления.

Из этого вытекают юридические требования к причинной связи как признаку объективной стороны состава преступления и элементу преступления. Она должна быть как элемент деяния связью субъектной, наличной, т.е. поведенчески выраженной и пригодной к достижению результата, последствий, охватываться виной в той или иной форме, а как признак описываться на языке уголовного закона и в соответствии с его предписаниями.

Предписания, регламентирующие причинные связи, содержатся в Общей и Особенной частях УК РФ и требуют идентификации и анализа, включая толкование. Охватывают они прямо или латентно порождающие действия, процесс и результат.

Классическим является легальное определение причинной связи как причинения. Часть 1 ст. 105 УК РФ определяет убийство как причинение смерти другому человеку (умышленное), а ст. 109 устанавливает ответственность за причинение смерти по неосторожности. И здесь в центре стоит именно признак причинения. Это же относится и к причинению вреда здоровью умышленного или неосторожного, а равно к определению побоев и истязания по ст. ст. 116, 117 УК РФ. В каждом из названных и иных случаях законодатель подчеркивает необходимость преобразования процесса в результат.

По существу, признак причинной связи, как отмечалось выше, обозначается и иными понятиями, характеризующими формальные составы. Например, заражение венерической болезнью, ВИЧ-инфекцией явно предполагает наступление определенных последствий - возникновение заболевания. Соответственно, в случае, скажем, контактов с несколькими лицами должна быть установлена индивидуальная, субъектная причинная связь. Круг понятий, охватывающих действие или бездействие в связи с результатом, вообще широк. Он порождает необходимость толкования такого рода понятий с целью выявления сходства и различий между ними. Например, следует понимать, отличается ли в обороте, содержащемся в ч. 2 ст. 124 "Неоказание помощи больному": "...если оно (деяние) повлекло смерть больного либо причинение тяжкого вреда его здоровью", - понятие "повлекло" от термина "причинение"?

Но так или иначе эти содержащиеся в уголовном законе понятия имеют такую же юридическую силу, как и иные понятия, характеризующие преступление, и тем самым они определяют правовую природу признака, обозначаемого в доктрине уголовного права как причинная связь, а значит, нуждаются в уголовно-правовом толковании.

В связи с этим может быть поставлен вопрос о введении в Общую часть уголовного законодательства понятия причинной связи. Это нуждается в тщательном обдумывании. В качестве примера, но, возможно, не аргумента можно сослаться на то, что § 210 (1) Американского примерного Уголовного кодекса содержит определение причинности. В нем установлено: "Деяние есть причина результата, если (а) оно является таким условием результата, без которого он наступить не может; и (б) связь между деянием и результатом соответствует всем дополнительным требованиям к причинности, которые установлены уголовным Кодексом и составом деяния, содержащимся в законе" <1>.

<1> См.: Markus. D. Dubber. Einf hrung in das US-amerikanische Strafrecht. Munchen: Beck, 2005. S. 107.

Позиции судебной практики. Следует сказать, что они привлекают необходимое внимание исследователей. Здесь можно в обоснование такого утверждения сослаться на цитированные выше работы В.Б. Малинина, А.Ф. Парфенова, в которых рассматриваются судебные решения достаточно полно.

В данном случае нет возможности и необходимости давать содержательную характеристику позиций судов по вопросам уголовно-правовой причинности. Однако есть смысл заметить, что позиции судов являются весьма различными и основаны, скорее, на анализе определенного случая и оценке причинности на основе многочисленных факторов, зачастую к ней не относящихся. Собственно в этом нет ничего неожиданного, и, скажем, немецкие авторы также указывают на склонность судов к казуистическому, не системному подходу в этой области <1>.

<1> См.: Roxin C. Op. cit. S. 350.

Доктринальные основания уголовно-правовой причинности. Здесь делается попытка: а) конкретизировать суждения о необходимости разграничения предметного и оценочного подходов к причинности; б) сформулировать некоторые теоретические соображения об их взаимодействии при процессе установления уголовно-правовой причинности.

1. Соотношение предметной (фактической) и оценочной (правовой) составляющих уголовно-правовой причинности. В данном случае конкретизируется, казалось бы, очевидное обстоятельство. Причинность в структуре уголовной ответственности - это одновременно факты, т.е. изменения, происходящие во внешнем мире, и их оценка законодателем и правоприменителем, т.е. рассматривавшиеся выше предписания и решения, принятые в соответствии с ними и на основе фактов. Исходя из развиваемых здесь соображений этот вывод имеет едва ли не решающее значение; он должен преобразовываться в содержание уголовно-правовых оценок и решений, в правоприменительную практику.

Процессы причинности весьма разнообразны. Законодатель устанавливает ответственность за то, что он считает наличным, т.е. за совершенное, оконченное или неоконченное, деяние, являющееся противоправным и общественно опасным, к тому же виновным. Рассмотренные выше понятия "причинение", "повлекшие", "сопряженное" и другие, охватывая собственно деяние и результат, предполагают и физическое совершение субъектом действий (либо его бездействие) и физическое изменение во внешнем мире. В то же время предметный анализ причинных связей является только первым этапом их уголовно-правовой оценки, и имеет смысл при необходимости такой оценки подчиняться правовым требованиям к процессу квалификации преступления. Здесь порой упускается из виду, что, поскольку существует ограничение состава преступления необходимыми и достаточными признаками, причинная связь является признаком обязательным.

Поэтому, как и в любом случае применения уголовного закона для получения правовой оценки содеянного, необходимо прежде всего до начала уголовно-правовой оценки установить фактический состав деяния и, в частности, была ли налицо и какой именно предметная, производящая изменения во внешнем мире причинность. На этом этапе задача не является уголовно-правовой, как не является вопросом уголовного права вывод о способе отжимания двери при краже имущества из склада. Это то, что подлежит оценке уголовным законом, но устанавливается с других позиций, хотя и в его целях. Лишь затем, повторим, открывается возможность и возникает необходимость оценить с позиций уголовного закона, является ли причинность необходимой и достаточной для наступления уголовной ответственности. С некоторой осторожностью можно поэтому утверждать, что традиционные доктринальные теории причинности, излагаемые в уголовно-правовой литературе, либо вообще не являются уголовно-правовыми, либо в содержании их уголовно-правовой составляющей в сущности анализируют не связи явлений, а ответственность субъекта за их порождение и господство над ними, равно как и возможное психическое отношение к ним причинителя. Так, попытки разграничения необходимой и случайной причинной связи имеют смысл только для оценки содержания вины в форме умысла.

Выделение и анализ причинности в структуре уголовной ответственности на двух уровнях - предметном и оценочном - представляются поэтому обязательными. Это подтверждается и практикой судов, решения которых, как уже отмечалось, не всегда достаточно развернуты и аргументированны. В связи с этим и выдвигается двойное - предметное и оценочное - понятие уголовно-правовой причинной связи.

2. Взаимодействие предметного и оценочного подходов. Предметное понятие причинной связи описывает причинную связь как реальное поведение особого рода, а не как некое метафизическое явление. Ею является порожденное субъектом фактическое взаимодействие, при котором деяние (действие или бездействие), вызывая изменения во внешнем мире, преобразуется или может при неоконченном посягательстве преобразоваться в общественно опасные последствия, предусмотренные уголовным законом, определяя собой их предметно выраженный состав. Собственно, гносеологические трудности здесь состоят в таком выделении объекта последующей уголовно-правовой оценки, которое соответствует требованиям уголовного закона. Это означает многое.

Но, во всяком случае, необходимо с позиций оценки возможного развития деяния ограничить его во времени и пространстве, определяя этапы развития. Эта задача усложняется при наличии ряда факторов, каждый из которых мог привести к наступившему результату.

Здесь можно различать связи необходимые и случайные, возможность и действительность как необходимые для последующей уголовно-правовой оценки.

3. Оценочное, уголовно-правовое понятие причинной связи. В свою очередь, оно означает в самом общем виде причинную связь как признак состава преступления, как упречное с точки зрения уголовного закона поведенческое воздействие на внешний мир. Ею является такое фактическое взаимодействие с внешним миром, которое порождено осознанным и волимым, желаемым, противоправным деянием субъекта, происходит под его господством, направленно преобразуется в общественно опасные последствия либо осуществляется как пригодное для

этого. На этом этапе ограничивается понимание причинной связи, поскольку она оценивается с дополнительных позиций.

Следовательно, предметная причинность - это процесс перехода действия (бездействия) в общественно опасные последствия, установление которого требует либо специальных знаний, либо уголовно-процессуальной оценки факта. Уголовно-правовая причинность отражает такое фактическое господство субъекта над процессом развития причинности, которое является упречным в силу уголовно-правового понимания преступления. Совершенно ясно, что собственно признак господства над причинностью программирует ее уголовно-правовую оценку лишь в случае его противоправности. Нужно, кроме того, структурировать характер господства как продолженного во времени, однократно порожденного только деянием или как дополняемого иными действиями.

Проблема состоит в правовом обосновании наличия связи между двумя сторонами явления, подлежащими различной фактической и уголовно-правовой оценке. Пример такого подхода содержится в уголовно-процессуальном законодательстве и вряд ли вызывает какое-либо возражение у специалистов в области уголовного процесса и практиков. Законодатель объявляет для установления причин смерти обязательным производство судебно-медицинской экспертизы. Суд, однако, оценивает экспертизу с уголовно-процессуальных позиций и может не признать вывод эксперта о том, что причиной смерти является то или иное обстоятельство. Очевидно при этом, что к обоснованию существования или отсутствия причинной связи предъявляются в уголовном праве специфические требования. Окончательный вывод суда относится именно к правовой, оценочной стороне причинности, но по общему правилу не к фактической, хотя может относиться и к оценке фактов, что, впрочем, не меняет дела.

Промежуточные выводы. Они в данном случае таковы. В рамках состава преступления существуют, как показано выше, устоявшиеся, хотя и требующие совершенствования правила описания поведенческого акта и его последствий. Совершенно необходимым оказывается при оценке объективной стороны установить некоторые факты и связи между ними, а также описать, индентифицировать, продемонстрировать на языке уголовного права внешние проявления этих связей. Для этого и деяние, и последствия описываются, а затем оцениваются именно как доступные в принципе для непосредственного восприятия и сопоставления факты.

Но установление предметной стороны причинных связей все же требует получения выводов и в этом смысле также является результатом оценки. Так или иначе, если они не вписываются в структуру объективной стороны, которая не существует независимо от субъекта и программируется субъективной стороной деяния, а последствия, как изменения во внешнем мире, существуют реально, значит, эти последствия полностью или частично связаны взаимодействием с иным поведенческим актом, т.е., возможно, с другим субъектом. В этом юридический смысл и необходимость установления предметного содержания взаимодействия. И как раз предметная сторона взаимодействия должна получить правовую оценку согласно требованиям уголовного закона.

Это одна из самых спорных в теории и сложных на практике проблем. Ее решение зависит от конструкции состава преступления. Разумеется, практически она является сложной не в каждом случае результативного преступления. Различные трудности возникают, в частности, когда предметно различаются однородные, гомогенные или, как их еще называют, сингулярные связи, и связи сложные, образованные несколькими рядами сопряженных между собой деяний. Выстрел и смерть человека обычно находятся между собой в очевидной причинной связи. Несколько ножевых ранений в драке, нанесенных разными лицами, тяжкие заболевания при использовании продовольствия, выпущенного с нарушением правил, чернобыльская трагедия вызывают причинные связи, которые очень трудно устанавливаются и оцениваются с позиций состава преступления.

Впрочем, здесь есть еще одна проблема, замечаемая нечасто. Дело в том, что практические ошибки при определении наличия или отсутствия причинной связи устанавливаются трудно и фиксируются процессуально редко. Опубликованные судебные решения крайне редко содержат в себе ссылку на критерии оценки причинной связи как составляющей основания уголовной ответственности. В основном, по-видимому, приходится страдать вследствие этих ошибок обычно субъекту деяния, оцениваемого по уголовному закону.

Основная трудность, таким образом, состоит в обнаружении и последующей правовой оценке фактически воспринимаемых признаков наличия или отсутствия причинной связи между выделенным субъектно, во времени, пространстве и по содержанию поведенческим актом и последствиями, наступившими после его совершения. Это должно гарантировать, что лицо несет ответственность только за те последствия, которые действительно вызваны им, а не наступили случайно, иногда из-за простого невезения.

Переход к этому вопросу предполагает предварительное установление предметного хода событий, образующих причинность. Здесь рассматриваются такие признаки наличия вызванного субъектом хода событий, которые при иных составляющих включаются в основание уголовной ответственности данного субъекта. Иными словами, устанавливается не причинная связь, поскольку вывод о ее предметном существовании сделан, а основания ответственности субъекта за ее порождение и реализацию.

Значение и признаки уголовно-правовой причинности. Уголовно-правовая оценка причинности определяет собой решение ряда вопросов. Среди них наличие либо отсутствие основания уголовной ответственности в соответствии со ст. 8 УК РФ, квалификация покушения и добровольного отказа от преступления по ст. ст. 30, 31 УК РФ, включая возможное признание покушения с негодными средствами, форм и видов соучастия и пр.

Предполагается, что уголовно-правовая причинность признается при наличии двух признаков. Первый - создание действиями (бездействием) субъекта основного или дополнительного риска (возможности) наступления общественно опасных последствий. Второй - наличие господства субъекта над деянием.

Эти признаки - ключевые для признания или отрицания причинности, влекущей уголовную ответственность, и их анализ является содержанием уголовно-правовой оценки причинности, чему будет посвящено последующее изложение.

Но вначале рассмотрим предварительные условия установления указанных признаков. Их два. Первое - это необходимость восхождения к уголовному закону. Второе - это информационное обеспечение определенности и предсказуемости оценок причинных связей. Конкретизируем данные обстоятельства.

Первое. В уголовном праве любая уголовно-правовая конструкция должна так или иначе основываться на уголовном законе, восходить к нему, пусть через опосредующие звенья. Это приходится делать в рамках и на основе уголовно-правовой доктрины. И здесь, как будет показано далее, возникает напряжение между стремлением построить общую теорию, содержащую определенную систему правил, или решить вопрос о причинной связи, исходя из норм уголовного права, но все же казуистически, индивидуально.

Последнее стремление выражено в пессимистических словах известного в российской уголовно-правовой литературе немецкого профессора К. Биндинга о том, что при решении проблем причинной связи лучше забыть все теории причинности.

Это, возможно, слишком сильно сказано. Но в любом случае решение о существовании уголовно-правовой причинной связи, отнюдь не исчерпывая все стороны основания уголовной ответственности, должно все же опираться на уголовный закон. Разумеется, исходя из практических соображений, действительно приходится искать баланс между системным и прецедентным, абстрактным и казуистическим подходами к решению проблемы уголовно-правовой причинности, выявляя дополнительные возможности обоснования решения о наличии или отсутствии причинности в определенном случае. Хуже, когда из одной и той же теории либо системы посылок делаются совершенно разные выводы, т.е. игнорируется собственно аргументация.

Второе. Особенно строгому описанию и доказательственной оценке подлежат наличные и непосредственно воспринимаемые наблюдателем обстоятельства, которые именуются фактическими. Об этом говорилось выше. С позиций здравого смысла и требований уголовно-процессуального закона может и должно быть четко установлено: субъект С. подписал план строительных работ, толкнул в гнев гражданку Д., не обеспечил нормальным питанием экипаж шхуны, впоследствии потерпевшей кораблекрушение. При установлении последствий деяния особенно важны причины, поскольку при их зачастую крайне размытом определении в законе это представляет значительные сложности.

Причинная же связь как действие поступка, распространяющееся на некоторое будущее внешнего мира, в любом ее понимании непосредственному познанию не поддается. Ее предметная констатация, установление носят выводной характер. Тем не менее она все же должна быть продемонстрирована, идентифицирована через демонстрационные признаки уже потому, что адресаты уголовного закона должны иметь хотя бы общее представление об угрозе уголовной ответственности.

Суждения о причинности хотя всегда являются выводными, оценочными, но должны иметь фактическое содержание. Обрушение крыши, выполненной из определенного материала и определенным образом протекавшей в течение определенного времени и испытывавшей воздействие иных факторов, последовало в таком описании в процессе ее эксплуатации. Для уголовного права совершенно безразлично, действовали ли здесь неизвестные объективные, случайные или иные процессы. Основанием ответственности является деяние причинителя в его взаимосвязи с наступившими или ненаступившими при покушении последствиями.

Именно это положение заставляет при анализе проблемы причинной связи подвергать критике распространенные попытки аргументировать решения о наличии причинной связи и,

значит, обвинительные приговоры философскими аргументами либо данными наук, изучающих закономерности внешнего мира. Можно сказать, что это положение представляет собой гносеологические корни преувеличения роли абстракций в понимании уголовно-правовой причинности.

Дело в том, что попытка прямого использования философских суждений, чрезвычайно разнообразных по характеру этой формы общественного сознания, порождает большие, значимые для уголовного права трудности. Они связаны с тем, что понятие и природа причинности в философии продолжает являться предметом дискуссий, ведущихся с разной степенью интенсивности. Философские суждения потеряли ныне по существу навязанное им нормативное значение. Само понятие причин после открытий современной физики либо не употребляется в работах по теории познания, либо просто критикуется и, что, в общем, не столь важно, чаще заменяется понятием каузальности, насколько можно судить более специальным, чем принятое в российской литературе понятие причинности. При этом, если пытаться опираться на характеристику процессов в субатомном мире, как отмечается в литературе, отказываясь от привычных идей детерминизма, уголовное право пришлось бы просто исключить из социального оборота ввиду невозможности субъектной ответственности. Собственно, и более традиционные разногласия по проблемам причинности между Кантом, Юмом, Миллем, Марксом и другими философами вряд ли могут непосредственно влиять на уголовно-правовой анализ. Это познание, осуществляемое на различных уровнях, и были бы ошибочными как редуцирование, так и генерализация философских и уголовно-правовых суждений в попытке их объединения. Поэтому юристам полезно было бы проанализировать историю философского анализа каузальности и попыток переноса мнений философов в уголовно-правовые учения о причинности с учетом современной литературы, а не только пользоваться переводами работ, опубликованных в XIX в. Но это требует большой работы и развитой рефлексии. Сейчас таких работ нет или они неизвестны российскому исследователю.

Так или иначе юристы стоят перед необходимостью, не вмешиваясь в эти споры, развивать профессиональное, основанное на здравом смысле и потребностях правопорядка, фактическое, доказательственное и оценочное, уголовно-правовое понимание связи событий. Можно предположить, что судебная практика как в России, так и иных странах с развитой правовой системой, испытывая потребность в практической разработке проблем уголовно-правовой причинности, все же стоит именно на таких позициях. Суды весьма осторожно относятся к убедительности философских или даже просто общих концепций и скорее подходят к решению проблем причинной связи или каузальности с позиций прецедентного размышления. Естественные науки также отнюдь не являются надежными во всех случаях, и практика показывает, что многие выводы экспертов, прямо направленные на анализ наличия предметной связи, вызывают у суда серьезные сомнения. Одним из способов повышения определенности оценки уголовно-правовой причинности является ее рассмотрение в рамках состава преступления.

Деяние, состав преступления и причинность

Деяние. По господствующему мнению, уголовно-правовая причинность порождается противоправными или грубо аморальными, как пишет Н.Ф. Кузнецова, деяниями <1>. Исходя из этого уголовно-правовая причинность изначально устанавливается в структуре деяния, понимаемого на этом этапе как деяние в смысле ч. 1 ст. 14 УК РФ. Здесь есть несколько обстоятельств, которые в данном случае можно лишь упомянуть. Прежде всего должно быть установлено, что налицо единичное деяние в уголовно-правовом смысле, обладающее внутренними связями и проявляющееся в различных конструкциях (продолжаемое, длящееся преступления и пр.). Это позволяет сделать шаг к выделению единой причинности как объекта оценки.

<1> Кузнецова Н.Ф. Указ. соч. С. 243.

Далее, в рамках деяния оцениваются осознанность и волимость причинности. Здесь есть проблема ограничения осознанности и волимости деяния от содержания форм вины. Она существует, вероятно, во всех или большинстве национальных уголовно-правовых доктрин. Г.А. Есаков, рассматривая проблематику ответственности в английском уголовном праве, связывает ее с деянием, составляющим актus reus <1>. В немецкой литературе вообще придается особое значение признаку направленности деяния, понятие которого в различных теориях характеризуется как каузальное, финалистское, социальное, причем подчеркивается как раз механизм порождения изменений во внешнем мире. Собственно предметная причинность при этом наделяется признаком связи с порождающим ее субъектом и может характеризоваться еще до обращения к вине по степени осознанности, интенсивности волимости и пр. Над этим нужно

еще поразмышлять, но возможность получения существенной информации кажется весьма вероятной.

<1> Есаков Г.А. Проблематика ответственности в английском уголовном праве: волимое и неволимое деяние // Проблемы юридической ответственности. М.: МИЭП, 2006. С. 71.

Состав преступления. Процесс причинности, ее проявление во внешнем мире и преобразование в последствия далее необходимо описывать признаками состава преступления. В этом случае выявляется предметная и юридическая зависимость причинной связи от деяния в целом и, следовательно, от принятой в каждом случае модели деяния, его описания в признаках состава преступления. Такая постановка вопроса, вероятно, не противоречит традициям российского уголовного права. Возможно, она несколько меняет угол анализа, что кажется крайне важным. Например, устанавливается не природа причинной связи, а правовой характер действий (бездействия) по ее порождению, что свойственно уголовному праву. Эта проблематика нуждается в специальном анализе, и здесь будет сделано лишь несколько замечаний.

По меньшей мере нужно всегда иметь в виду, что причинность как элемент основания уголовной ответственности принципиально конкретно проявляется и оценивается внутри фактического и юридического состава уголовно-наказуемого деяния. Прежде всего, как уже отмечалось, она есть результат волевого и осознанного поведения. Содержание воли и осознание обычно раскрываются в характеристике умысла и неосторожности. Поэтому с позиций анализа состава преступления как основания уголовной ответственности следует искать "зоны пересечения" объективной и субъективной сторон.

Кроме того, как уже отмечалось выше, причинные связи должны устанавливаться не только между поведенческим актом как целым и последствиями, но и в иных случаях, в частности внутри состава поведенческого акта. Вот типичный пример, один среди многих. При мошенничестве обман должен находиться в причинной связи с решением о передаче имущества обманутым лицом, т.е. оно должно быть введено в заблуждение, а состояние заблуждения должно находиться в причинной связи с передачей имущества. Если этого нет, то либо вообще нет уголовно наказуемого деяния, либо нет мошенничества, а возможно есть хищение в соучастии <1>. Это значит, что, если у вас просят взаймы, гарантируя возвращение долга получением гонорара, а вы знаете, что получения гонорара не предвидится, долг вам не вернут, но все же из сочувствия деньги даете, нет причинной связи между действиями по введению в заблуждение и имущественным распоряжением, нет и мошенничества.

<1> См. об этом: Учебно-практический комментарий к УК РФ / Под ред. А.Э. Жалинского. 2-е изд. М.: Эксмо, 2006. С. 470 и сл.

Далее. Уголовно-правовая причинность даже в рамках уголовно-правовой оценки как реальная часть деяния, представляя собой нечто существующее, независимо от того, является ли она физической или психической или какой-либо еще, как известно, сама по себе не обосновывает уголовную ответственность, о чем еще будет упоминаться. Поэтому в рамках состава преступления дается ограничительная характеристика уголовно-правовой причинности. При отсутствии определенных признаков состава преступления уголовно-правовая причинность возможна, но недостаточна для привлечения лица к уголовной ответственности.

Наконец, причинная связь сама по себе имеет материальное содержание, но не вполне ясно, отражает ли она степень общественной опасности деяния. Традиционно ее значение определяется ролью обязательного признака объективной стороны преступления. Она либо есть, либо ее нет. Если лицо стремится сделать потенциальную причинную связь наиболее надежной и для этого прибегает, например, к особой жестокости или дополнительным изощренным способам обмана, то оценка такого рода действий выводится за пределы причинной связи. Они оцениваются как способ преступления в рамках поведенческой характеристики объективной стороны преступления либо по субъективной стороне.

Уголовно-правовая оценка причинности, таким образом, является окончательной. Она основывается на фактах, ее объектом являются факты, но содержанием такого вывода являются суждения, выводимые из уголовно-правовых норм и обосновывающие уголовную ответственность.

Уголовно-правовая литература изобилует примерами, подтверждающими этот тезис. Изготовление ножа, которым совершено убийство, является фактом. Этот факт входит в сложившуюся и оцениваемую по закону цепь событий. Но вопрос о том, входит ли он в уголовно-правовую причинную связь как часть основания уголовной ответственности в данном случае лица, изготовившего нож, этим не решается. В основание уголовной ответственности при этом может быть положена только уголовно-правовая оценка, отражающая предметную сторону данной причинной связи.

Для дальнейшего анализа уголовно-правовой причинности обратимся теперь к теориям причинной связи. Смысл такого обращения состоит в поиске надежных, дополнительных или основных, средств и аргументов оценки причинности.

Современное содержание уголовно-правовых теорий причинной связи. В данном контексте их целесообразно рассмотреть преимущественно на примере работ немецких авторов, поскольку отечественная литература понятным образом известна читателю лучше. Это стоит сделать, чтобы, с одной стороны, указать на возможности современной, подчеркнем - именно современной науки уголовного права в части установления причинности, а с другой - обратить внимание на тяготение, все же проявляемое в рамках этих теорий к движению от фактического, предметного к оценочному, уголовно-правовому. Никакого, разумеется, нормативного значения эти теории не имеют и никого ни к чему обязать не могут. Однако они, несомненно, являются исходными для поиска новых подходов к уголовно-правовой причинности.

В российской и иностранной, преимущественно немецкой, литературе выделяется ряд теорий причинности. Среди них необходимо назвать такие, как эквивалентная, или теория условий, а также адекватная, или релевантная, теории. Наиболее подробно анализируется и как будто бы часто применяется эквивалентная теория. Однако поскольку, по господствующему мнению, ни одна из теорий не может охватить всех вариантов связи "поведенческий акт - последствия", то литература и практика реагируют на это двояко. Первое. Разрабатываются дополнительные, можно сказать условно, частные теории, применяемые к особым ситуациям совершения деяния. Второе. Становится господствующим в немецкой литературе развиваемый особенно настойчиво профессором К. Роксиним подход, который именуется объективным вменением.

Эквивалентная теория причинной связи. Эта теория в наибольшей степени основывается на обыденных представлениях о причинности и является, несмотря на все против нее возражения, наиболее приемлемой для судебной практики. В немецкой уголовно-правовой литературе подчеркивается, что уголовно-правовая практика "при решении вопроса, является ли деяние причиной результата, исходит из теории условий, по которой деяние есть причина результата, если деянии не может быть мысленно исключено, без того чтобы отпал и результат" <1>. Складывается впечатление, что это объясняется несколькими обстоятельствами. Прежде всего эквивалентная теория, или теория условий, дает суду наибольший простор для оценки. Она охватывает практически все сколько-нибудь серьезно мыслимые факторы, стоящие в связи с деянием, подлежащим оценке, и позволяет осуществлять их перебор. В сущности, это топос, т.е. проблема, к которой притягиваются все возможные доводы и возможные решения.

<1> См.: Trondle/Fischer. Strafgesetzbuch und Nebengesetze. Munchen: Beck, 2006. S. 71.

К. Роксин так иллюстрирует эквивалентную теорию. Вообразим, что пьяный водитель не справился с управлением и врезался в другой автомобиль. Тогда по эквивалентной теории условиями наступления результата являются: употребление правонарушителем алкоголя, присутствие жертвы столкновения, ибо если бы пострадавший водитель по этой стороне не ехал, то и столкновения бы не было, технические качества автомобиля и целая куча различных обстоятельств, имеющих влияние на ход события (строительство улицы, изобретение мотора и пр.) <1>. До дальнейших рассуждений, однако, стоит обратить внимание, что выделенные профессором К. Роксиним и обычно выделяемые любым студентом обстоятельства на самом деле суду нужны. Причина столкновения здесь никак не ясна. Вполне возможно, что пострадавший водитель нарушил правила безопасности движения - ехал не там, где положено, что мотор автомобиля каким-то образом отказал ввиду неудачной конструкции, а состояние улицы как причина столкновения просто плохо знакомо немецким профессорам, мало путешествующим. Но суд это все должен "перебрать" и оценить.

<1> См.: Roxin C. Op. cit. S. 351.

Так или иначе им же подчеркивается, что эквивалентная теория определяет причину в ее предюридическом, естественнонаучном и философском понимании. Это связано с тем, что эквивалентная теория обобщила целый ряд частных, предшествовавших ей причинных объяснений отдельных случаев. При этом эквивалентная теория объясняет, со ссылкой на Радбруха, причину не как единство всех условий, т.е. полную причину, а рассматривает каждое отдельное условие как причину, что как раз и требуется для обоснования уголовной ответственности.

Эквивалентная теория вызывает, таким образом, ряд серьезных возражений. Однако, возможно, наибольшая трудность связана не столько с исключением излишних условий, сколько с установлением предметной связи в условиях, когда специалисты в той или иной области знания спорят между собой и к единому выводу о предметности связи и ее механизме прийти не могут. К.

Роксин правильно подчеркивает, что "научные мнения большинства о полезности, безвредности или вредности медикаментов, тех или иных видов продовольствия или иного вещества меняются часто, уголовно-правовые основывать на них нельзя" <1>. Собственно, здесь возникает уголовно-процессуальная проблема оценки значения экспертизы. В уголовно-правовом смысле важно подчеркнуть два обстоятельства. Эквивалентная теория обращена к предметности причинной связи. Она должна опираться на достоверно установленные фактические данные о механизме этой связи. Таким образом, эквивалентная теория остается в уголовно-правовом обиходе, но не рассматривается как достаточная.

<1> Roxin C. Op. cit. C. 356.

Теория адекватной причинности. В немецкой уголовно-правовой литературе ее основателем считают фрайбургского врача и логика Иоганесса фон Криса. В самом общем и сформулированном судьей, скорее всего для судей, понимании адекватной теории "деяние причиняет только такие результаты, с наступлением которых можно считаться по наиболее распространенному жизненному опыту, с точки зрения... выносящего приговор судьи" <1>. Несколько иначе это у Роксина. Он считает: "По этому учению в уголовно-правовом смысле причиняющим является только такое поведение, которому присуща общая тенденция к возникновению результата, в то время как условия, которые лишь случайно его вызывают, иррелевантны в уголовно-правовом смысле" <2>. Интересно отметить, что, по мнению немецких специалистов, эта теория с соответствующими поправками и дополнениями переживает определенный ренессанс. Объясняется это в немецкой литературе тем, что в ней впервые заложены идеи так называемого объективного вменения, в основе которого лежит идея разграничения предметной и уголовно-правовой оценок.

<1> Trondle/Fischer. Op. cit. S. 72.

<2> Roxin C. Op. cit. S. 368.

Хорошо известно, что эта теория подвергается еще большей критике, чем эквивалентная теория. Однако в ней заложено, несомненно, позитивное начало. Она содержит в себе возражения против простого повышения ответственности за более тяжкие последствия преступления, вызываемые случайно. Трудно сказать, многие ли специалисты будут считать это начало позитивным. Но так или иначе рассмотрим часто применяемый состав преступления. Статья 285 УК РФ "Злоупотребление должностными полномочиями" устанавливает ответственность за использование должностным лицом своих служебных полномочий вопреки интересам службы, "если это деяние... повлекло существенное нарушение прав и интересов граждан". Ответственность здесь усиливается в двух случаях: при наличии специальных признаков субъекта преступления либо при причинении тяжких последствий. Первый случай к данной теории не имеет никакого отношения. Во втором - законодатель не устанавливает каких-либо дополнительных условий для наступления последствий. К примеру, должностное лицо выдало незаконное разрешение на открытие продовольственного магазина, а гражданин, закупивший в этом магазине испорченные продукты для свадьбы, их выбросил. Второй вариант: гражданин съел эти продукты и умер. С бытовой точки зрения должностному лицу не повезло. В уголовно-правовом понимании необходимо установить, являются ли действия должностного лица причиняющими смерть человека, или с позиций адекватной теории они случайны.

Теория законных условий. Ее автором считается К. Энгиш, чьи работы неоднократно издавались на русском языке. Сформулированный им принцип каузальности выглядит так: "Деяние... является причиняющим конкретный результат, ограниченный в соответствии с определенным составом преступления, если из этого деяния будут выводимы следующие друг за другом во времени изменения внешнего мира, которые с этим деянием и друг другом были связаны последовательно и закономерно и проявились в такой составной части конкретного фактического состава, которая является результатом по уголовному закону" <1>. Со ссылкой на Энгиша, но в собственной редакции, смысл адекватной теории лучше передает К. Роксин. Он пишет: "Сегодня можно исходить из того, что, то или иное условие адекватно (т.е. соразмерно результату), если возможность наступления результата повышается не несущественным образом, если в целом не является невероятным, что данное деяние влечет за собой данный результат" <2>.

<1> Энгиш К. Казуальность как признак состава преступления. Лейпциг: Кориат, 1931. С. 21.

<2> Roxin C. Op. cit. S. 367.

Критика этой теории, в частности, состоит в том, что неизвестно, с какой и чьей точки зрения все это нужно рассматривать - до деяния, после деяния, с позиций субъекта, третьих лиц,

общенаучных знаний? Все эти подходы могут быть применены, но нормативной основы они не имеют. Но и эта теория рассматривается некоторыми исследователями не как каузальная, а как теория объективного вменения.

Теория объективного вменения результата. Создание этой теории, как уже отмечалось, связано преимущественно с именем профессора К. Роксина. Он, правда, ссылается на ряд предшественников, способствовавших возникновению этой теории. Ее сторонниками является и ряд других криминалистов Германии. В самой общей формулировке она означает, что объективно вменим причиненный поведением человека результат только тогда, когда это поведение создало осуждаемую правом опасность для поврежденного правового блага, и именно эта опасность воплотилась в результате, предусмотренном составом деяния. Объективная невозможность наступления результата исключает его вменение <1>.

<1> См. Trondle/Fischer. Op. cit. S. 73.

Эта теория, таким образом, рассматривается как теория, решающая собственно правовые вопросы, хотя и на фактической основе, и она обращена в основном к оценке риска, созданного субъектом деяния. Она также заслуживает внимания, поскольку рассматривается как некоторое движение вперед и в определенном смысле новое слово в уголовном праве, хотя, по мнению ряда авторов, включая собственно судью Федерального Верховного Суда Томаса Фишера, она эксплицитно судами не признана. Следует отметить, что, и как все, что претендует быть новым словом, эта теория вызвала и резкую критику в немецкой литературе. Она, в частности выражена в статье достаточно авторитетного немецкого криминалиста Эрика Хильгендорфа "Для чего нам нужно "объективное вменение"? Скептические раздумья на примере уголовной ответственности за продукты". Здесь автором рассматриваются понятие "Produkt-haftung", которое отхватывает случаи ответственности производителя за вред, причиненный потребителям <1>.

<1> Festschrift für Ulrich Weber. München: Beck 2004 S. 33ff; Lampe E.-J. Kausalität und ihre strafrechtliche Funktionen // Gedächtnisschrift für Armin Kaufman. München: Beck, 1989. S. 189ff.

Название или обозначение этой теории заслуживает некоторого разъяснения ввиду несовместимости с известным в отечественной литературе совершенно правильным отрицанием возможности наступления ответственности без вины. Здесь речь идет о другом положении, и принцип вины никак при этом не затрагивается. Авторы и сторонники этой теории считают, что причинность является объективной связью, которая сама по себе должна существовать в плоскости объективной стороны. Это как будто бы у российского читателя не должно вызывать возражения, поскольку как бы не понимать причинную связь, она все равно и не случайно рассматривается в объективной стороне, являясь по меньшей мере в этом смысле объективной. Здесь нужно учитывать, что причинная связь в предметном и юридическом смысле может существовать и без вины, например при необходимой обороне от действий невменяемого лица. Эти действия невиновны, но по объективной стороне они являются причиняющими вред, поскольку нападавшему лицу это удалось. Понятие "вменение" означает то же самое, что оно означает в российской уголовно-правовой литературе, т.е. поставление в вину, но вина у нас рассматривается преимущественно как субъективный признак и надежнее - поставление в ситуацию уголовной ответственности. Хотя и в русском языке правильно применяется выражение "это ему поставили в вину", имея в виду ответственность.

Смысл и значение теории "объективного вменения". Они оцениваются по-разному, но позиции специалистов нередко определяются и не идущими к делу соображениями. Целесообразно подчеркнуть несколько обстоятельств. Первое. В немецкой юридической литературе эта теория в основном излагается кратко, и затем авторы сосредоточиваются на решении отдельных спорных вопросов. Так что и здесь проблема бьет систему, но, пожалуй, именно потому, что найти систему пока не удастся. Второе. Эта теория предоставляет определенные возможности для более надежного анализа отдельных ситуаций, нуждающихся в правовой оценке. Третье. Она инициирует исследования механизма "пуска причинности", и прежде всего механизма субъектного повышения риска действия или бездействия.

Таким образом, понятие причинной связи, как показывает опубликованная практика ее установления и анализ теорий, освещенных в уголовно-правовой литературе, преимущественно российской и немецкой, является в значительной степени неопределенным. Оно требует в ряде ситуаций решения вопроса применительно к отдельному случаю. Вместе с тем общими усилиями накоплен практически важный материал, который может быть охвачен и в известном смысле преобразован в комплексной теории уголовно-правовой причинности. Она предполагает разграничение предметной и уголовно-правовой причинности, отсылает к проблематике уголовно-процессуального доказывания, освобождая от него уголовно-правовые оценки, и завершается процессом вменения причинности отдельному субъекту уголовного права. Такой подход

направлен на то, чтобы разграничить обычно пересекающиеся при решении проблем причинности вопросы реального существования тех или иных причин, их доказывания, признания ответственности лица за их наступление.

Итоговое понимание уголовно-правовой причинности. Оно включает в себя структурирование причинности, попытку разработки и ее установления и вменения.

Структура. Уголовно-правовой причиной является такое противоправное или, во всяком случае, иным образом запрещенное действие или бездействие субъекта уголовно-правовых отношений, в том числе и недееспособного, описанное в составе преступления, т.е. являющееся элементом преступления, которым создана реальная опасность, риск или возможность создания общественно опасных, т.е. запрещенных уголовным законом последствий.

Уголовно-правовой причинной связью является связь между уголовно-правовой причиной и ее последствиями, проявляющаяся во внешнем мире как процесс преобразования действия или бездействия в последствия, могущий либо развиваться беспрепятственно, либо испытывать внешние воздействия, либо прерываться или преобразовываться. Каждый признак уголовно-правовой причины и причинности должен быть наличным и соответственно должен быть доказан, а лишь затем вменен, т.е. оценен как элемент основания уголовной ответственности, которым в российском уголовном праве по ст. 8 УК РФ является совершение деяния, содержащего все признаки предусмотренного УК РФ состава преступления. Последствия действия уголовно-правовой причины многообразны. Здесь ограничимся указанием на те изменения во внешнем мире или состоянии психики человека, в которые преобразуется энергия причины.

Методика установления уголовно-правовой причинности. Рассматриваемая ниже методика является попыткой сделать выводы из предшествующего изложения и выдвигается преимущественно как основа для дальнейшего исследования. Она обращена к уголовно-правовой оценке причинности и предполагает, что предметная причинность так или иначе установлена или рассматривается как установленная.

Эта методика состоит в последовательной трехшаговой оценке уголовно-правовой причинности как одного из элементов основания уголовной ответственности на базе предписаний уголовного закона и доктринальных суждений. Первый шаг - фактическое описание причины, предметной причинной связи и ее последствий. Второй - перевод ее в уголовно-правовую форму. Третий - решение о возможности ее вменения субъекту деяния.

Пример разграничения шагов методики. Субъект К. стрелял в тире. Его толкнули, и он произвел выстрел, которым был ранен Т. Предметная причинная связь между выстрелом К. и ранением Т. гипотетически налицо. Она должна быть описана в признаках состава преступления как действия в уголовно-правовом смысле, т.е. волевые и контролируемые, правомерные или противоправные, а К. - как вменяемое или невменяемое лицо. Наконец, решение. Если действия К. им не контролировались, то вменять ему причинную связь как элемент основания уголовной ответственности нельзя. Еще один пример. Рухнула крыша. Установлены пробелы в оформлении документации. Использован менее надежный материал для покрытия крыши. Нет сведений о процессе эксплуатации, в частности о соблюдении правил уборки, профилактического ремонта и пр. Анализ причинной связи осуществляется путем доказывания ее предметности.

В уголовно-правовой доктрине в настоящее время, по всей видимости, не найдены общепризнанные, причем опирающиеся непосредственно на уголовный закон критерии и демонстрационные признаки проявления уголовно-правовой причинной связи, распознавания и оценки индивидуальных причинных связей, пригодные для различных типовых и практически возможных ситуаций. Вместе с тем общие уголовно-правовые предписания и выдвинутые в доктрине суждения, возможно, позволяют вначале выделить наиболее надежные в правовом смысле данные о механизме причинности, а затем на этой основе выявить гарантийные критерии его оценки.

Предметное описание причинной связи. В нуждах уголовного права причинная связь должна быть выделена из иных возможных связей воздействия. Если какая-либо связь воздействия установлена, но не признается причинной связью, то она и не может входить в структуру объективной стороны состава преступления. Например, моббинг, т.е. систематические и целенаправленные преследования по месту работы коллег или подчиненных, может быть связан с самоубийством, но не во всех случаях будет признан его причиной.

Причинной, без добавления уголовно-правовой, традиционно и без особого обоснования признается связь, порожденная действием или бездействием субъекта и состоящая в позитивной или негативной передаче вовне энергии, которая либо вызвала, либо способна на основе имеющегося опыта вызвать фиксируемые изменения во внешнем мире. Предметное описание причинной связи должно быть пригодным для перевода в уголовно-правовую форму и последующего получения уголовно-правовой ее оценки.

Однако в данном случае предполагается, что приведенное только что или иные приводимые в уголовно-правовой литературе определения причинности далеко не всегда дают такую возможность. Они, как правило, основываются лишь на традиции либо на актуальном социальном

опыте, сложившемся в рамках культуры данного общества. Естественные современные науки, по распространенному и достаточно авторитетному мнению, понятие причинности, во всяком случае, пригодное для применения в юриспруденции, не выработали. Специалисты в области естественных, например, наук определяют наличие тех или иных связей в рамках своих профессиональных познаний, но также опираясь преимущественно на сложившиеся представления, лишь чаще получающие экспериментальное подтверждение.

Следовательно, уголовное право также должно и для получения предметного описания развивать, конкретизировать имеющийся социальный опыт, но основываться при этом на своих исходных положениях и задачах. Это утверждение вызывает возражения, ибо оно оторвано от реальности. Одно дело указать на причины поведения с криминологических позиций, когда это важно для статистически обосновываемого прогноза. Совсем другое значение имеет вывод, что действия Х. привели к обрушению крыши. Он должен быть, что крайне важно, пригодным для того, чтобы быть вписанным в структуру основания уголовной ответственности.

Предметная характеристика возможной причинной связи вполне может и в конечном счете вынуждена основываться на представлениях опытного характера. Можно считать, что попаданием пули в человека причиняется смерть, приказом начальника вызывается определенное поведение, курение и потребление наркотиков влечет существенный вред для здоровья человека. Все это в рамках уголовного права лишь гипотезы или версии, подлежащие проверке. Обязательным и вполне естественным компонентом проверки является предметная конкретизация проверяемой причинной связи.

Распространяется она на действие (бездействие), характеристику воздействующей энергии и последствия, в которых энергия реализуется. При этом под воздействующей энергией по существующим представлениям понимаются сумма фактических информационных сигналов, совершение или несвершение физических усилий, пригодных для наступления физических, психических и собственно поведенческих изменений во внешнем мире. Это значит, что причинная связь рассматривается предметно как связь порождающей воздействующую энергию поступка с определенным физическим актом или состоянием. Отсюда - необходимость установления: а) субъекта, совершившего или не совершившего действия, порождающие возможно воздействующую энергию; б) характер энергии, интенсивность и продолжительность ее действия; в) изменения во внешнем мире. Это требование не является чисто теоретическим. Применительно, например, к субъекту обычное течение причинной связи нарушает принятие решений коллективом, распределение функций, роль в механизме деяния и пр.

В этой процедуре устанавливается также характер действия (бездействия), связанного с порождением воздействующей энергии, их управляемость и направленность, наличие ряда воздействующих связей, их кумуляция, перерывы одной или нескольких из них. Центральным и вызывающим наибольшие трудности является, разумеется, момент превращения энергии во внешние изменения, в последствия преступления. В сущности, все усилия уголовного права и сама потребность в уголовно-правовом подходе определяются наличием трудностей такого рода и необходимостью их преодолеть.

При этом в принципе нужно считаться с возможностью того, что не удастся обнаружить признаки, предметно демонстрирующие превращение воздействующей энергии в изменения либо ввиду недостаточности специальных знаний, либо ввиду слишком неопределенного описания общественно опасных последствий. Первый случай, например, возможен при совершении деяний, связанных с эксплуатацией сложных сооружений, когда непознаваема цепь событий. Второй - с использованием таких конструкций, как "тяжкие последствия" и пр.

Причинная связь, следовательно, может быть предметом последующей оценки только как индивидуальная, реализуемая в общественно опасных последствиях, ограниченная во времени и пространстве. Соответственно, возможно не только установление нескольких причинных связей, но и выделение нескольких самостоятельных этапов осуществления причинной связи в случае ее предметной неоднородности.

Описание причинной связи в структуре объективной стороны преступления. Предметное описание связей между поведенческим актом и последствиями должно быть переведено в уголовно-правовое описание, включаемое в объективную сторону преступления, в структуре которой находится причинная связь. Причинная связь, как уже отмечалось, в уголовно-правовой традиции, господствующей в российском уголовном праве, есть признак объективной стороны преступления, т.е. некоторая оценка существующей предметности в данном случае. Решение о наличии причинной связи поэтому должно быть именно введено в структуру оценки объективной стороны и тем самым, в частности, отделено от описания форм вины.

В признаках объективной стороны должно быть прежде всего описано действие как причина. Здесь есть или иногда возникает проблема оценки противоправности данного действия. Следует полагать, что в принципе предметной причиной может быть любое действие, но при описании его в структуре преступления должна быть установлена противоправность данного действия.

Например, по ст. 286 УК РФ это только действия, явно выходящие за пределы полномочий, и, следовательно, любые правомерные действия источником причиняющего воздействия быть не могут и не могут рассматриваться в рамках причинной связи. Это относится и к причинению смерти. Э.Ф. Побегайло правильно предлагает писать о неправомерном причинении смерти, ибо за причинение смерти во время войны дают ордена, опровергая тем самым заодно и выводы о достаточности уголовно-правовой противоправности. Последнее замечание, впрочем, относится к другой теме.

Необходимость перевода предметной характеристики в систему признаков конкретного состава преступления распространяется и на последствия преступления. Необходимо отметить, что описание последствий на грани потери какой-либо определенности крайне опасно и по существу превращает состав преступления из результативного в состав беспоследственного деяния, а нередко вообще лишает его свойств уголовно-правового института и переводит в способ маскировки произвола.

Но тем не менее очевидно, что причинение смерти описывается определенным образом, впрочем, вызывая споры о правильности описания. Что же касается подделки подписей избирателей, повлекшей существенное нарушение прав и законных интересов граждан, то тут трудности перевода этого признака в конкретизированную правовую форму вообще вряд ли возможны, особенно после формирования разумной позиции судебной практики, по которой такое нарушение должно влиять на результаты голосования.

Принятие уголовно-правового решения о наличии причинной связи. Это по понятным основаниям наиболее сложная проблема, и ее разработку следует весьма активно продолжать. Такое решение должно соответствовать общим требованиям о легитимности уголовно-правовых решений, т.е. основываться на законе. Здесь необходимо обращаться к рассмотренным ранее позициям, выраженным в теориях причинной связи и объективного вменения, во всяком случае, в части общезначимых утверждений и рекомендаций. Для удобства в структуре принятия уголовно-правового решения выделим предпосылки принятия такого решения, разграничив их на уголовно-процессуальные оценки и уголовно-правовые основания, и основной вопрос, а именно вменение причинной связи или отказ в этом.

Уголовно-процессуальные оценки преимущественно относятся к предметной стороне причинности. Основания же уголовно-правового решения состоят в правовой оценке каждого действия (бездействия), т.е. каждого элемента деяния по критериям их противоправности и общественной опасности, с учетом задач уголовного права и соответственно связанных с ними целей наказания. Это значит, что вывод о наличии причинной связи между действием (бездействием), т.е. поведенческим актом и последствиями, должен соответствовать требованиям к признакам преступления, как они регламентированы ст. 14 УК РФ.

Вменение причинной связи. Оно, повторим, основано на некоторых исходных для проверки причинной связи положениях. Ими являются: установление противоправности поведенческого акта и последствий, о чем собственно уже не раз говорилось; оценка и признание взаимодействия между поступком и последствиями в качестве объекта дальнейшего рассмотрения, включая вывод о возникновении изменений во внешнем мире.

Собственно анализ возможности вменения начинается с определения особенностей проверяемой причинной связи и выявления уголовно-правовых требований к ней. Можно полагать, что такие требования различаются в зависимости от вида причинных связей.

Известно, что на практике так или иначе возникает вопрос о содержании таких видов причинности, как введение в заблуждение, вовлечение в совершение преступления и пр. Этот вопрос возникает и в весьма сложных ситуациях, например игры на бирже, и в ситуациях, традиционно весьма распространенных. В частности, лицо может нести уголовную ответственность по ст. 185 УК РФ за внесение в проект эмиссии ценных бумаг заведомо недостоверной информации, если эти действия причинили какому-нибудь гражданину крупный ущерб. Но до возникновения ущерба гражданин должен что-то сделать: продать бумаги или купить бумаги, во всяком случае, это наиболее распространенные ситуации. Возникает вопрос о причинной связи. Бумаги куплены из-за информации или лицо и так их купило бы. Ответ на этот вопрос стоит очень много денег и иногда стоит свободы.

В связи с этим целесообразно классифицировать уголовно-правовые причинные связи по характеру деяния и субъекту его совершения, прежде всего, в соответствии с конструкциями составов преступления.

В первом случае - выделив как подвиды: а) традиционно признаваемые причинными связи поступка и результата или связи создания конкретной либо абстрактной опасности, нуждающиеся в доказывании как порождение одного признака другим признаком, например убийство; б) связи между противоправными действиями, предшествующими преступлению, и осуществлением деяния, например отмыwanie денег; в) внутренние связи состояния, включая завершенность действия (бездействия), например получение взятки; г) связи между элементами состава, включая

понуждение к действию или вовлечение в действие, например вовлечение лица, понуждение государства, организация массовых беспорядков и пр.

Во втором - разграничив принципиальную возможность создания причинности рядом лиц и рядом поступков и принципиальную возможность создания причинности только одним лицом, а именно субъектом действия (бездействия).

Иными словами, необходимо определить, какие требования уголовный закон предъявляет к данной причинной связи, например, как отмечал В.Н. Кудрявцев, некоторые последствия могут вообще быть причинены только действиями, указанными в законе. На этой основе дается правовая оценка действий субъекта как реализующих требования уголовного закона к причинной связи, проверяемой в данном случае.

С учетом характера проверяемых связей можно выделить ряд объективных критериев их вменения субъекту.

Их первая группа относится к характеру пусковых действий, т.е. волевому и контролируруемому созданию субъектом неразрешенного дополнительного риска или дополнительной опасности наступления последствий, относящихся к составу уголовно-наказуемого деяния. При этом должны рассматриваться невозможность исключения риска без включения посторонних воздействий, противоправность риска, пригодность повышенного риска к реализации в происшедших изменениях, направленность действий и их материальная оценка по масштабам существующего правопорядка.

Вторая группа - это такие критерии, как управляемость цепи событий, т.е. осуществления причинной связи, пригодной для внесения изменений во внешний мир, наличие контроля субъекта за ходом действий или развитием цепи причинности и пр.

Смысл использования этих критериев, в сущности, состоит в создании возможности традиционного уголовно-правового анализа изменений реальной действительности привычными приемами уголовно-правового моделирования. Однако повторим, что вся проблема уголовно-правовой причинности нуждается в дальнейшем исследовании. Пока нет подхода, который соответствовал бы всем требованиям, вытекающим из природы уголовного закона и потребностей практики.

Уголовная ответственность и уголовное обвинение

Постановка проблемы. Существует ряд причин, по которым вновь следует обратиться к такой, казалось бы, разработанной проблеме, как уголовная ответственность. К ним относится прежде всего то, что именуют кризисом уголовного права, когда огромное количество обвинительных приговоров, поглощая социальные ресурсы и негативно влияя на нравственное, социальное и физическое здоровье общества, в сущности, не приводит к укреплению порядка. Но, кроме того, сейчас крайне важно уяснить требования, которые предъявлены к уголовному праву фактом принятия нового УПК РФ, а на этой основе попытаться критически рассмотреть некоторые доктринальные характеристики уголовной ответственности, ее оснований (основания) и материально-правового обвинения.

О содержании и структуре уголовной ответственности. Воспользуемся классификацией позиций о понятии уголовной ответственности, данной А.В. Наумовым. Он выделяет три основные позиции: обязанность лица, совершившего преступление отвечать за него; фактическая реализация обязанности, т.е. в конечном счете санкции уголовно-правовой нормы; позитивная ответственность, о которой далее не будет сказано ни слова <1>.

<1> См.: Наумов А.В. Российское уголовное право. Курс лекций в 3 т. Т. 1. Общая часть. 4-е изд. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 404 и след.

Дальнейший анализ понятия уголовной ответственности в литературе связан с философским обоснованием ответственности, ее моделированием как уголовно-правовых отношений, в особенности определением начала и конца этих правоотношений. Рассмотрение этих весьма интересных соображений могло бы занять слишком много места, и оно здесь не проводится.

Без особых обоснований принимается, что уголовная ответственность: а) представляет собой юридическую конструкцию, смысл, цели и сфера применения которой законодателем не установлены с достаточной определенностью (во всяком случае, реальные различия между ответственностью и наказанием по характеру претерпевания неясны; они проявляются только в виде процессуального порядка и последствий освобождения от уголовной ответственности и наказания); б) охватывает как институт обязанность нести последствия совершенного преступления, т.е. состояние ответственности деятеля; право публичной власти, имеющей соответствующую компетенцию, в конечном счете суда, объявлять деяние преступлением, а его субъекта обязанным отвечать за последствия своего деяния, при условиях и в мере, предварительно установленных уголовным и уголовно-процессуальным законами; определение

меры ответственности и ее реализацию судом и соответственно претерпевания осужденным; в) подлежит обоснованию и процессуальному отражению на всех стадиях своего существования или применительно ко всем элементам, т.е. в процессе привлечения лица к уголовной ответственности и претерпевания (исполнения) уголовной ответственности.

Из этого вытекает несколько следствий: уголовная ответственность охватывает все меры уголовно-правового воздействия, известные уголовному закону; является правовым последствием совершения уголовно запрещенного деяния при наличии многих предпосылок и условий, как материальных, так и процессуальных.

Об основаниях уголовной ответственности. Конструкция оснований уголовной ответственности по ст. 8 УК РФ, в сущности, повторяет в малоудачной формулировке принцип законности, сформулированный в ст. 3 УК РФ, где речь идет о преступности деяния, его наказуемости и иных последствиях, определяемых по УК РФ.

Вместе с тем предписания ст. 8 УК РФ в структуре Общей и Особенной частей УК РФ порождают ряд негативных последствий, если представить себе, что они как-то учитываются правоприменительной практикой. Здесь надо указать на следующее: а) ограничение текста статьи указанием только на признаки состава преступления уже неверно догматически, ибо здесь следовало бы добавить "при отсутствии обстоятельств, исключающих преступность деяния"; б) главное, однако, уголовная ответственность как конструкция, обозначение действия уголовного права выражается в мерах уголовно-правового характера, а их назначение по ст. 8 УК РФ опирается, основывается только на совершении деяния, содержащего пусть даже все признаки состава преступления; тогда как ст. 60 УК РФ и следующие статьи образуют принципиально более широкий алгоритм определения связи между деянием и его последствиями.

Основание уголовной ответственности и уголовно-правовое обвинение. Понятие обвинения применительно к применению уголовного закона, происходящему в рамках уголовного судопроизводства, содержится в п. 22 ст. 5 УПК РФ. Раскрытие этого понятия и анализ его правового значения будут даны ниже; они, собственно, и образуют основное содержание данного материала. Понятие уголовной ответственности широко используется в различных статьях УК РФ, но раскрывается в уголовно-правовой доктрине, которая в принципе стремится делать это в соответствии с буквой и духом действующего закона.

В своем основном проявлении, т.е. как наказание, уголовная ответственность есть, по ст. 43 УК РФ, мера государственного принуждения, назначаемая по приговору суда. В сущности, это распространяется на все проявления уголовной ответственности, если не утверждать, что меры процессуального принуждения составляют ее содержание.

В то же время УК РФ различает, как это прямо выражено в разделе IV гл. 11 "Освобождение от уголовной ответственности", уже наступившую ответственность (упречность), которая остается, и ответственность как претерпевание, от которой лицо освобождается.

Смешение этих стадий или элементов ответственности практически вызывает ряд осложнений. Основное из них - фактическое и юридическое "неравноправие" нормативно-правовых оснований упречности (права на привлечение к ответственности) и возможной ответственности как претерпевания. Такая оценка объясняется следующим.

Основания уголовной ответственности должны быть сформулированы и введены в уголовный процесс и как любой аргумент должны предшествовать решению.

Известно, что между тем ни в УК РФ, ни в УПК РФ не формулируется обязанность суда устанавливать уголовную ответственность. В УК РФ говорится о назначении по приговору суда меры государственного принуждения. В ст. 29 "Полномочия суда" УПК РФ указывается, что только суд правомочен признать лицо виновным и назначить ему наказание; к принудительным мерам медицинского и воспитательного характера применяется понятие "применить". Это связано с принципом состязательности и декларируемой ролью суда. Для российского уголовного процесса в целом, как известно, характерна связанность суда по содержанию обвинения решениями, принимаемыми в досудебных стадиях.

Следовательно, возможность признания лица виновным и соответственно назначения (применения) мер уголовной ответственности должна быть подготовлена до суда и представлена суду стороной обвинения. В уголовном процессе это реализуется путем уголовного преследования. Его ядро как раз составляет обвинение лица в совершении преступления. Без этого суд не может постановить ни обвинительный, ни даже, строго говоря, оправдательный приговор.

Именно здесь и возникает первая группа вопросов, причем сугубо практическая: каким должно быть содержание обвинения в материальном смысле, что должно в него входить? Достаточно ли для формулирования обвинения того, что рассматривается как "основание уголовной ответственности"?

На этой основе правоприменитель вынужден решать: а что обосновывает приговор суда, хватит ли для этого признаков состава? Именно этот вопрос, скорее всего, побуждал и ранее к более широкому понятию вины. По ст. 8 УК РФ им, т.е. основанием ответственности, является

"совершение деяния, содержащего все признаки состава преступления, предусмотренного настоящим Кодексом". Вокруг основания уголовной ответственности, как известно, велась острая полемика, а самому этому сюжету придавалось нравственное, юридическое и принципиальное политическое значение, от чего, разумеется, суть дела не менялась.

Общий смысл полемики состоит в определении значения понятия "основание уголовной ответственности", а от решения этого вопроса зависит и определение его содержания, т.е. того, что именно является основанием. Впрочем, можно полагать, что в правовом плане основание уголовной ответственности согласно ст. 8 УК РФ есть указание лишь на возможность привлечения к уголовной ответственности, т.е. на упречность, ввиду существования для этого необходимой предпосылки - совершения преступления, а именно деяния, содержащего все (а не некоторые) признаки состава преступления.

Но такого понимания уголовной ответственности для ее реализации недостаточно в силу действующих норм УК и УПК РФ. По действующему уголовному закону в существующих уголовно-процессуальных рамках сторона обвинения не может ограничиться только установлением всех признаков состава преступления, а суд не может в соответствии со ст. 60 УК РФ "Общие начала назначения наказания" действительно наказание назначить.

Такое положение традиционно для советского и российского уголовного законодательства; оно никогда не было иным. Но в силу неясных причин, возможно инерции, в теории постоянно противопоставлялись выводы суда о квалификации деяния, признании его преступным, его же выводам о справедливом наказании. Более того, до сих пор пытаются опровергнуть широкое понимание вины, высказанное в советской литературе профессором Б.С. Утевским, ссылкой на то, что в таком случае якобы смешиваются понятия "основание ответственности" и "индивидуализация ответственности". Это возражение совершенно неосновательно. Можно соглашаться с профессором Б.С. Утевским или нет, но он рассуждал именно об основаниях, т.е. о том, что лежит в основе решения, позволяет его принять; следовательно, основания в данном случае - это факты, реалии. Индивидуализация наказания есть процесс принятия решения, которому должно быть предпослано основание.

Во избежание не мнимой, а действительной путаницы в уголовном праве и уголовном процессе следует, как и в любой отрасли права, четко различать уровень сущего (онтологический), т.е. деяние, и реально существующую ситуацию, обстоятельства совершения деяния, личность деятеля, включая его психическую деятельность, поскольку она может быть значима для уголовного закона; уровень должного (нормативно-правовой), т.е. описание в законе реальности и реакции на нее, которые выделяют то, что имеет уголовно-правовое значение, и определяют это значение, т.е. по формулировке ст. 9 УК РФ "Действие уголовного закона во времени" (на наш взгляд, более удачной, чем "центральная" формулировка, предусмотренная ч. 2 ст. 2 УК РФ) определяют преступность и наказуемость деяния и уровень познания (гносеологический), т.е. предписанные или подразумевающиеся правила при принятии решения на основе полученной в уголовно-процессуальном порядке информации о сущем и ее выражении в понятиях должного.

Это значит, что: а) основанием (неважно, одним или несколькими) уголовной ответственности по УК и УПК РФ, а отнюдь не по теоретическим соображениям, являются факты, получившие уголовно-правовую, нормативную оценку, т.е. выраженные нормативно и смоделированные для обоснования решения об уголовной ответственности (вне решений суда нет уголовной ответственности), как любое другое правоприменительное решение; б) все структурные элементы содержания решения об уголовной ответственности или другого правоприменительного решения должны базироваться на фактах, т.е. иметь свое основание. Исходя из этого можно полагать, что основание необходимо только для установления возможности применения уголовной ответственности в ее связи с отдельным уголовно-правовым запретом, но не для наполнения ответственности реальным содержанием, т.е. для определения содержания обязанности претерпевания; в) нормативно-определенные факты должны быть наделены соответствующим правовым значением и представлены суду либо, в отдельных случаях, иному субъекту уголовно-правового решения, например, об освобождении от уголовной ответственности в той же форме, что и совершение деяния, содержащего все признаки состава преступления.

Это порождает необходимость в материально-правовой конструкции, охватывающей такого рода факты по критерию их релевантности к определению возможности возложения уголовной ответственности и к ее содержанию. Иными словами, либо в УК РФ нужно ввести формулировку, однопорядковую с содержащейся в ст. 8 УК РФ, но более корректную, либо убрать такие формулировки из УК РФ, передав их определение уголовно-правовой теории, либо иметь и законодательную, и доктринальную формулировки. Первый вариант нужно осуществить путем дополнения ст. 8 УК РФ, например положением "и иные признаки, определяющие характер уголовно-правового воздействия на лицо, совершившее преступление, либо освобождение от уголовной ответственности и наказания". Но пока в УК РФ подобные изменения не вносятся, а ст. 8 не дорабатывается, шансы на такие изменения невелики.

На наш взгляд, необходимо доктринальное решение. Оно связано с обращением к понятию уголовно-правового упрека или в современной терминологии к упомянутому выше понятию "обвинение в материальном смысле" или "уголовно-правовое обвинение", а на этой базе - к понятию основания уголовно-правового обвинения.

При этом предполагается определенное и в принципе крайне полезное сближение уголовно-правовых и уголовно-процессуальных институтов. Обвинение в материальном смысле позволяет суду ответить при постановлении приговора на вопросы, предусмотренные п. п. 1 - 9 ч. 1 ст. 299 УПК РФ. Эти вопросы соотносятся с основанием уголовной ответственности в смысле ст. 8 УК РФ, но сформулированы шире, выходят за пределы этой статьи, в частности когда речь идет о том, подлежит ли подсудимый наказанию за совершенное им преступление, имеются ли смягчающие или отягчающие обстоятельства.

Основание выбора (возложения) уголовной ответственности. В отличие от конструкции основания уголовной ответственности УК РФ указанной конструкции не дает. Однако, как известно, в УК РФ регламентированы общие начала назначения наказания (ст. 60 УК РФ); обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание; основания назначения наказания в особых ситуациях.

Здесь меняется подход законодателя: менее определенно регламентируются основания правоприменительных решений и более - правила их принятия. Основаниями являются:

- деяние, являющееся преступлением, причем вводится ситуация совокупности, что лишь частично относится к основанию;
- обстоятельства состава.

Принятие нового УПК РФ, тенденции практики применения уголовного закона, приводящие к очевидной утрате его дифференцирующих возможностей, и ряд других причин побуждают уяснить:

- что с точки зрения действующего УК РФ является основанием принятия уголовно-правовых решений;
- какова связь между уголовно-правовыми и уголовно-процессуальными предписаниями;
- как лучше выявлять материальную сторону уголовно-правовых норм.

В связи с этим необходимо различать: а) основания ответственности; б) решения, которые ими обусловлены; в) процедуры реализации оснований в рамках уголовного преследования. Ключевыми понятиями в соответствии с традициями являются уголовная ответственность, привлечение к ней, возложение ее и обвинение, процессуальные решения, прежде всего приговор.
