

Научное издание

**СМЫСЛ И НАЗНАЧЕНИЕ НАКАЗАНИЯ
В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ:
СОЦИАЛЬНО-ФИЛОСОФСКИЙ АСПЕКТ**

Монография

**СМЫСЛ И НАЗНАЧЕНИЕ НАКАЗАНИЯ
В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ:
СОЦИАЛЬНО-ФИЛОСОФСКИЙ АСПЕКТ**

Монография

Отпечатано: ООО «Полиграфия», 390000, Рязанская область,
г. Рязань, ул. Горького, д. 102Б
Тел.: 27-46-91
E-mail: polygraf62@mail.ru
Тираж: 300 экз.

Рязань 2015

ББК 60.027

В26

Рецензенты:

М.И. Кошелев, доктор философских наук, профессор (Рязанский филиал Московского университета имени С.Ю. Витте);

К.А. Сыч, доктор юридических наук, профессор (Академия ФСИН России).

Везломцев В.Е.

В26 Смысл и назначение наказания в современном мире: социально-философский аспект: монография. – Рязань: Академия ФСИН России, 2015. – 116 с.

ISBN 978-5-905051-16-6

СОДЕРЖАНИЕ

Введение	3
Глава 1. Ретрибутивизм как моральная теория оправдания наказания	
§ 1. Общая характеристика оправдания феномена наказания с позиций ретрибутивизма	6
§ 2. Ретрибутивизм в отечественной философской мысли	16
Глава 2. Консеквенциализм как утилитарная теория оправдания наказания	
§ 1. Общая характеристика оправдания феномена наказания с позиций консеквенциализма	24
§ 2. Консеквенциализм в отечественной философской мысли	31
Глава 3. Нормативистские теории и практика применения наказания в современной России	
§ 1. Социально-философское и нормативистское теоретизирование о пенологической политике и пенитенциарной практике	44
§ 2. Ретрибутивизм и консеквенциализм в отечественной практике применения наказания (XX–XXI вв.)	89
Заключение	112
Сведения об авторах	114

ISBN 978-5-905051-16-6



9 785905 051166

ББК 60.027

© Везломцев В.Е., 2015

© Академия ФСИН России, 2015

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ

Везломцев Виктор Евгеньевич – старший преподаватель кафедры философии и истории Академии ФСИН России, кандидат философских наук. Сфера научной и практической деятельности – философия наказания, социально-философский анализ коррупции.

ВВЕДЕНИЕ

Динамика общественных процессов – одна из самых сложных и часто ставящих теоретика в тупик сторон общественного развития. XX век не раз демонстрировал такие повороты в общественном бытии и общественном сознании, что теоретическая мысль не поспевала за многочисленными превращениями и обескураживающе головоломными кульбитами в ходе истории, так что сменяющие друг друга теоретические картины социального развития постоянно давали пищу скептицизму по поводу возможности отыскать хоть какую-нибудь логику в этих процессах.

Однако наблюдения над некоторыми повторяющимися и закрепившимися чертами социальной динамики убеждали, что такая логика существует и действует. И, пожалуй, ярче всего наличие особого рода логичности и явной законосообразности обнаруживается в той многомерной области социальной действительности, которая связывает воедино сферы права, этики, культуры, морали и политики. То, что создает и поддерживает единство этой сферы, может быть определено сравнительно легко – это область нормативной деятельности, подчиненной норме поступка, действия, сообразованного с социальной нормой.

Неотъемлемая часть социокультурной нормы – санкция за отступление от нормы, а наиболее значимые отступления влекут за собой наказания – крайние формы реакции общества на отступление от норм. С некоторых пор вопрос о наказании за отступление от правовых норм вышел за узкие рамки пенологии (учения об исполнении наказания) и даже за пределы криминологии: он приобрел общесоциальное значение. Так, заново актуализировалась во все времена окутанная пеленой споров и дискуссий сфера общественной жизни, связанная с вечной проблемой социального бытия – проблемой наказания за преступное поведение. Наглядным свидетельством особо острой актуальности этой проблемы стало важное событие всей (в особенности западной) интеллектуальной истории второй половины прошлого века – общественный резонанс на появление книги М. Фуко¹ «Надзирать и наказывать»

Универсальность наказания в отношении государственной власти и общества – вот что в итоге выявилось в ходе этих споров, быстро перекинувшихся со страниц академических изданий на полосы газет и в телевизионные дебаты. Большого свидетельства тому, до какой степени частная академическая полемика задевает общественный нерв, невозможно и придумать: до сознания больших масс людей, наконец, дошло, что проблема наказания в обществе – проблема, касающаяся всех. По поводу природы, пределов и характера осуществления наказания выработали свое мнение все сколько-нибудь социально активные индивиды – не только специалисты в области тех или иных наук, но и, как принято говорить, представители самых широких слоев демократической общественности. И

¹ Фуко М. Надзирать и наказывать. М., 1999.

это значит, что налицо именно социально-философская проблема, постановка которой требует снятия (а иногда и взламывания) междисциплинарных перегородок и выхода на оперативный простор социальной философии, чья методология избавляет от возни с частными проблемами, если не решены общие. Именно социальному философу предстоит сказать решающие слова в обоснование всех тех «социальных практик», которые отольются рано или поздно в четкие формы законодательных актов и социально значимых решений.

Радикальная, наиболее острая и вместе с тем разносторонняя постановка проблемы наказания имеет именно социально-философский характер, поскольку связывает в один тугой узел проблемы реального социального бытия с проблемами этики. Возникают такие вопросы: что дает право на наказание, и какое, оправдание можно найти для столь жестокой насильственной практики, которая включает в себя даже такие крайние формы, как лишение свободы, отъем имущества, средств существования, наконец, самой жизни? На первый взгляд ответы на такие вопросы дать легко. В самом деле, все эти аморальные в частной жизни деяния становятся не только допустимыми, но и необходимыми, когда они осуществляются от имени государства, поскольку в этом случае непосредственно реализуется общественный интерес. Но дело принимает далеко не столь очевидный оборот, когда проблема переходит в плоскость социально-философской рефлексии, включающей в себя постановку вопросов о критериях общественного интереса, иными словами, когда возникает острая нужда в ответе на «наивный» вопрос о том, как отличить частный интерес от общественного. Легко понять, что общество, пережившее две мировые войны, не раз на протяжении XX века оказывавшееся на грани реального самоуничтожения, выстрадало право на постановку и специфическое решение таких вопросов. И это определяет не только актуальность рассматриваемой темы, специфически социально-философский характер ее формулировки, но и строгие ограничения, налагаемые этой формулировкой.

Предлагаемая монография не решает весь круг вопросов, связанный с феноменом наказания, а, напротив, ограничивается лишь общим аспектом рассмотрения природы наказания, не избегая, впрочем, когда это представляется возможным, подчеркивания сугубо практического смысла, который имеет решение этих только по видимости абстрактных проблем человеческого социального бытия. С данным подходом и связана та особенность монографии, которая состоит в обращении к пристальному рассмотрению, казалось бы, частных проблем пенитенциарной практики и собственно криминологической теории, тогда как в действительности ни одна из этих проблем не может быть рассмотрена без прямого обращения к социальной философии. Так, методология социальной философии как науки требует в качестве первого шага вскрытия эссенциального противоречия в категориальном корпусе знаний, относящихся к решению

Уголовно-правовой контроль над преступностью также ограничен. Уголовное наказание в XX в. переживало глубочайший кризис. Человеческое общество связывает свое развитие с дальнейшим сужением и гуманизацией уголовной ответственности. Тем не менее, уголовно-правовой контроль над преступностью остается самым зримым и мобильным. Общество не может отказаться от него. С дальнейшим ростом и «совершенствованием» преступности уголовно-правовой контроль должен будет углубляться и дифференцироваться, действуя в единой связке с криминологическим контролем.

Практическая реализация уголовно-правового и криминологического контроля невозможна без ограничения человеческих прав и свобод, но ограничения узаконенного. Общество вынуждено будет идти на новые ограничения в целях более эффективного контроля над преступностью и своего собственного выживания, в целях подтягивания правового противодействия к растущей и мимикрирующей преступности. В наше время, когда права и свободы человека становятся общепризнанной и непреходящей ценностью, когда их расширение является единственной реальной тенденцией, очень трудно представить добровольное ограничение этих прав в целях сужения возможностей преступности. Но это тоже реальная тенденция, и она последовательно реализуется в законодательстве многих стран.

Будущее человечества – свободное демократическое общество, но с надежным дифференцированным жестким социально-правовым контролем над реальными и возможными криминальными процессами. Только на этом пути можно будет удерживать преступность и другие девиации на социально терпимом уровне. Самоограничиться заставит страх перед диктатурой растущей и наглежащей преступности.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В настоящее время невозможно построение общей философской и пенологической теории наказания. Существует две основные теории, очень по-разному представляющих себе смысл практики уголовного наказания. И та и другая теория базируются на фундаментальных (но, возможно, несовместимых) ретрибутивистских и консеквенциалистских принципах обоснования уголовного наказания. Руководствуясь данными концептами на практике, общество стремится к достижению взаимоисключающих целей: преступника одновременно стремятся унизить и исправить, покарать, причинить страдания и сделать полноценным гражданином общества. Также существует множество их комбинаций, но, тем не менее, продолжается поиск модели, которая могла бы объединить два подхода и не только способствовать эффективности уголовного наказания, но и уделять должное внимание вине и возмездии.

В настоящее время страна медленно и противоречиво эволюционирует к правовым цивилизованным и твердым устоям. Огромная роль в этой эволюции принадлежит социально-правовому (гражданско-правовому, экономическому, финансовому, бюджетному, валютному, налоговому, таможенному, пограничному, миграционному, экологическому, санитарному, технологическому и т. д.) контролю. Социально-правовой контроль предполагает организацию жизни и деятельности людей на основе законов, принятых демократическим путем, исполнение которых является прозрачным.

Общий вывод из анализа тенденций мер уголовного наказания в России за период ее суверенного развития неоднозначен. С одной стороны, идет противоречивый процесс демократизации системы уголовной юстиции и гуманизации уголовной ответственности, расширения альтернативных лишения свободы мер уголовного наказания, снижения их тяжести. И все это работает, нравится нам это или не нравится, на ослабление уголовно-правового контроля над преступностью и, к сожалению, на увеличение ее реальной безнаказанности и самодетерминации. С другой стороны, преступность интенсивно растет, в большей мере тяжкая и особо тяжкая, и никто определенно не знает, что с ней делать. Решение задачи эффективной борьбы с преступностью подталкивает общество к качественным изменениям социально-правовых и политических характеристик. В этих условиях авторитаризм, обещающий беспощадную борьбу с правонарушителями, может быть воспринят значительной частью общества как избавление от криминального кошмара. Эффективность и гуманность вновь сталкиваются лбами. За их противостоянием кроются более глубокие причины. Дилемма «относительно низкая преступность в авторитарных режимах и относительно высокая преступность в демократических системах» коррелирует с дилеммой «равенство и свобода».

обозначенных проблем. Воплощение такого исходного противоречия состоит во взаимоотношении столь разнящихся подходов к решению проблем наказания, какими в XXI в. являются ретрибутивизм и консеквенциализм. Именно так контекстуально оформляется, по нашему мнению, общий круг социально-философских проблем наказания. Этим, естественно, определяется и круг источников, привлекаемых для анализа проблемы наказания в социальной теории. В монографии обращается особое внимание на остроту социально-философской проблематики наказания в условиях современной России.

Глава 1. РЕТРИБУТИВИЗМ КАК МОРАЛЬНАЯ ТЕОРИЯ ОПРАВДАНИЯ НАКАЗАНИЯ.

§ 1. Общая характеристика оправдания феномена наказания с позиций ретрибутивизма

Многие из ранних профессиональных специалистов наказания были экспертами по выполнению пытки и казни. Всем известные законы Хаммурапи (приблизительно 1700 до н. э., часто цитируемый как всемирный первый юридический кодекс) не отводил большую роль судьям, но действительно определял существенную роль для тех, чьей работой было привести наказание в исполнение. В кодексе Хаммурапи была сделана попытка предписать «сочувствующее» наказание, или правосудие в форме «око за око, зуб за зуб». Такой подход к наказанию основан на понятии талиона (закон возмездия, или «эквивалентности» между преступлением и его наказанием).

Большинство ученых утверждают, что идеальной эквивалентности между преступлением и его наказанием быть не может и лучшее, что может быть достигнуто, – это «пропорциональность»¹. Если мы рассматриваем виновность каждого обидчика в дополнение к оцениваемой серьезности их нарушения, это называют возмездием. Если мы будем последовательны до конца и проследим, чтобы все обидчики, которые совершают то же самое преступление с той же самой степенью виновности, получили точно то же самое наказание, это называют акцией возмездия. Если мы смотрим на наказание как естественную часть общественного строя и наказание выступает как удовлетворение нравственных чувств общества, это называют должным воздаянием. Если обидчик, соглашается с уместностью наказания или, по крайней мере, признает свою вину или раскаивается, это называют ретрибутивизмом, или поддержкой человеческого достоинства через взаимное принятие вины и соответствующего наказания. Все они (эквивалентность, пропорциональность, последовательность, должное воздаяние и ретрибутивизм) являются принципами в теории возмездия². Именно поэтому некоторые специалисты в области философии наказания негодуют, когда кто-то путает возмездие с местью. «Мсть – кое-что полностью отличное от возмездия; это даже термин не из философии наказания. В крайнем случае, это может являться очень сырой формой возмездия»³.

Один из наиболее популярных принципов в теории возмездия – восстановление правосудия, или идея, что наказание заслужено правонарушителем просто потому, что он совершил преступление и тем

Будущее человечества – свободное демократическое общество, но с надежным дифференцированным жестким социально-правовым контролем над реальными и возможными криминальными процессами. Только на этом пути можно будет удерживать преступность и другие девиации на социально терпимом уровне. Самоограничиться заставит страх перед диктатурой растущей и наглежащей преступности.

И хотя страх всегда был сильнейшим мотиватором всего живого, для человека он представляется унижительным. Человек, подверженный страху, испокон веков считался трусом. Но мы говорим не об иррациональном страхе индивида за свою жизнь, а об осознанном страхе человеческой цивилизации за свое существование. Очень часто мы слышим: «Красота спасет мир». Нет сомнения в том, что красота созидательна и вносит существенный вклад в спасение мира. Но его спасет все-таки не красота, а страх перед самоуничтожением. Страх перед коммунизмом интенсивно цивилизовал капитализм как социальную систему. Развязывание третьей мировой войны сдерживает не отсутствие амбиций и стремление к господству над другими, не красота, а тот же страх перед ядерным самоуничтожением, средства которого не случайно называют оружием сдерживания. Аналогичные суждения можно привести по поводу усиливающейся экологической или иной глобальной опасности.

Национальная и транснациональная преступность вышла на мировой уровень угроз цивилизованному человеческому существованию. Именно поэтому тот же страх вынуждает человеческое общество к серьезному контролю, самоконтролю и самоограничению в целях более эффективного сдерживания преступности. Хотелось бы пояснить: автор не призывает к тотализации контроля, а лишь констатирует реальные тенденции. Если кто-то может предложить более либеральные пути сдерживания преступности, они с благодарностью будут восприняты человеческим сообществом. Но пока их не видно.

Скорее всего, выход демократического и прагматического общества из криминального капкана заключается в следующем: растущая и меняющаяся преступность предопределяет расширение и углубление криминологического и уголовно-правового контроля над ней с параллельной разработкой четких законодательных гарантий по соблюдению фундаментальных прав человека. Если же общество не найдет в себе сил и средств решения комплексной проблемы ювелирной гармонизации сложных двуединых задач свободы и необходимости, свободы и безопасности, развития глобализационных процессов в мире и эффективного социально-правового контроля транснациональной преступности, которая паразитирует на глобализации, при строжайшем соблюдении фундаментальных прав человека в каждой стране и в мире в целом, то из страшного капкана ему не выбраться.

¹ Walker N. Why Punish? NY, 1991. P. 18.

² Ibid. P. 19.

³ Ibid. P. 20.

прошлому. Парадокс состоит в том, что эти же силы, требуя от правительства обуздать преступность, абсолютно не знают (или не хотят знать), как это сделать, кроме тривиального «надо лучше ловить преступников». Более того, многие демократы при нахождении у власти в центре и регионах не подтвердили свою способность в практической реализации этого принципа. Оказавшись в оппозиции к власти, они охотнее защищают права заключенных, чем их жертв. Видимо, потому, что права первых (если они нарушаются) попираются властями, а права вторых — частными преступниками.

Речь идет не о выборочном соблюдении прав достойных и недостойных граждан, а о реалистичном, взвешенном подходе к борьбе с преступностью и соблюдению прав человека всюду, где бы и кем бы они ни нарушались — высокими чиновниками или примитивными преступниками. Проблема соблюдения прав человека властями исключительна. Она всегда останется актуальной и в тоталитарных, и в демократических странах. Но наиболее опасным и наиболее массовым нарушением этих прав в современном мире, особенно после падения многих социалистических режимов, становится диктатура преступности.

Уголовное наказание в XX в. переживало глубочайший кризис. Человеческое общество связывает свое развитие с дальнейшим сужением и гуманизацией уголовной ответственности. Тем не менее, уголовно-правовой контроль преступности остается самым зримым и мобильным. Общество не может отказаться от него. С дальнейшим ростом и «совершенствованием» преступности уголовно-правовой контроль должен будет углубляться, и дифференцироваться, действуя в единой связке с криминологическим контролем.

Практическая реализация уголовно-правового и криминологического контроля невозможна без ограничения человеческих прав и свобод, но ограничения узаконенного. Общество вынуждено будет идти на новые ограничения в целях более эффективного контроля над преступностью и своего собственного выживания, в целях подтягивания правового противодействия к растущей и мимикрирующей преступности. В наше время, когда права и свободы человека становятся общепризнанной и непреходящей ценностью, когда их расширение является единственной реальной тенденцией, очень трудно представить добровольное ограничение этих прав в целях сужения возможностей преступности. Но это тоже реальная тенденция, и она последовательно реализуется в законодательстве многих стран. Досмотр в аэропортах, особенно на международных линиях, по сути своей, является тотальным обыском всех пассажиров, но мы его терпим в целях собственной безопасности. К этому же относятся сплошная дактилоскопия, всеобщее декларирование доходов и расходов, всеобщий регистр населения с налоговым, медицинским, уголовным и иными блоками и другие установления.

самым изъявил волю к возможности быть наказанным¹. Другими словами, наказание не должно преследовать никакой другой цели, кроме восстановления справедливости. Более того, сторонники справедливого воздаяния должны воздерживаться от таких понятий, как месть или мстительность. Некоторые авторы считают, что справедливое воздаяние могло бы также использоваться, чтобы достигнуть цели сдерживания, — так утверждают авторы, которые применяют утилитаризм к понятию справедливого воздаяния².

Таким образом, наказание с точки зрения ретрибутивизма оправдано как возмездие преступнику за его преступление. Тот, кто совершает преступление, заслуживает, чтобы с ним обращались соответственно. Ретрибутивизм — карательное оправдание наказания. Необходимо осветить определенные особенности, которые характеризуют карательные теории вообще. Понятия заслуженного возмездия и правосудия занимают центральное место в большинстве карательных теорий: в соответствии с требованиями правосудия правонарушители имеют право страдать. Таким образом, наказание оправдано на том основании, что оно дает правонарушителям то, чего они заслуживают.

Есть несколько вариантов ретрибутивизма. В связи с этим необходимо рассмотреть центральную теорию. Одним из главных теоретиков ретрибутивизма является Иммануил Кант³. Кант призывает к «принципу равенства» при определении наказания. Если человек совершил преступление, то он причинил страдание другому и поэтому совершил волеизъявление о том, что готов страдать подобным образом. Кант это называет принципом возмездия. В «Метафизике нравов» он пишет: «Каков, однако, способ и какова степень наказания, которые общественная справедливость делает для себя принципом и мерилom? Единственный принцип — это принцип равенства (в положении стрелки на весах справедливости), согласно которому суд склоняется в пользу одной стороны не более, чем в пользу другой. Итак, то зло, которое ты причиняешь кому-нибудь другому в народе, не заслужившему его, ты причиняешь и самому себе. Оскорбляешь ты другого — значит, ты оскорбляешь себя; крадешь у него — значит, обкрадываешь самого себя; бьешь его — значит, сам себя бьешь; убиваешь его — значит, убиваешь самого себя. Лишь право возмездия (*ius talionis*), если только понимать его как осуществляющееся в рамках правосудия (а не в твоём частном суждении), может точно определить качество и меру наказания; все прочие права неопределенны и не могут из-за вмешательства других соображений заключать в себе соответствие с приговором чистой и строгой справедливости»⁴. Далее Кант подробно раскрывает суть своего принципа справедливости: «Что, однако, значит:

¹ Packer H. *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford, 1968. P. 51.

² Haag E. van den *Punishing Criminals: Concerning a Very Old and Painful Question*. N.Y., 1975. P. 32.

³ Sprigge T.L.S. *A Utilitarian Reply to Dr. McCloskey* // In *Philosophical Perspectives on Punishment* / Ed. Ezorsky G. Albany, 1972. P. 68.

⁴ Кант И. *Основы метафизики нравственности*. М., 1999. С. 713.

«Если ты крадешь у него, ты обкрадываешь самого себя?» Тот, кто что-то украл, делает ненадежной собственностью всех остальных; следовательно, он отнимает у себя (согласно праву возмездия) надежность всякой возможной собственности; он ничего не приобрел и ничего не может приобрести, но жить хочет, а это теперь возможно, только если его будут кормить другие. Но так как государство не будет этого делать даром, то он должен предоставить в его распоряжение свои силы для работ, какие оно найдет нужными и таким образом он попадает в положение раба. – Если же он убил, то он должен умереть... Жизнь, как бы тягостна она ни была, неоднородна со смертью; стало быть, нет и иного равенства между преступлением и возмездием, как равенство, достигаемое смертной казнью преступника, приводимой в исполнение по приговору суда, но свободной от всяких жестокостей, которые человечество в лице пострадавшего могло бы превратить в устрашение. – Даже если бы гражданское общество распустило себя по общему согласию всех его членов (например, если бы какой-нибудь населяющий остров народ решил бы разойтись по всему свету), все равно последний находящийся в тюрьме убийца должен был бы быть до этого казнен, чтобы каждый получил то, чего заслуживают его действия, и чтобы вина за кровавое злодеяние не пристала к народу, который не настоял на таком наказании; ведь на народ в этом случае можно было бы смотреть как на соучастника этого публичного нарушения справедливости»¹. И Кант завершает свою мысль: «Итак, сколько есть преступников, совершивших убийство, или приказавших его совершить, или содействовавших ему, столько же должно умереть; этого требует справедливость как идея судебной власти согласно всеобщим, а priori обоснованным законам»². Уже в высказываниях Канта мы находим критику утилитаризма: «наказание лишь потому должно налагаться на преступника, что он совершил преступление; ведь с человеком никогда нельзя обращаться лишь как со средством достижения цели другого»³.

Таким образом, видно отношение Канта к исправлению – попытка сделать людей такими, какими мы считаем, они должны быть. Мы имеем право воздать им должное за их порочность, но мы не имеем права манипулировать их личностями⁴. Кант утверждает: «Он должен быть признан подлежащим наказанию до того, как возникнет мысль о том, что из этого наказания можно извлечь пользу для него самого или для его сограждан. Карающий закон есть категорический императив, и горе тому, кто в изворотах учения о счастье пытается найти нечто такое, что по соображениям обещанной законом выгоды избавило бы его от кары или хотя бы от какой-то части ее согласно девизу фарисеев: «Пусть лучше умрет один, чем погибнет весь народ»; ведь если исчезнет справедливость, жизнь людей на земле уже не будет иметь никакой ценности. Итак, как же следует

¹ Кант И. Указ. соч. С. 714.

² Там же. С. 716.

³ Там же. С. 712.

⁴ См.: Муссеев С. В. Философия права: Курс лекций. Новосибирск, 2003. С. 167.

самозащиты; от некриминализованной преступности властей против своего народа никаких правовых мер защиты и самозащиты не существует, кроме бесспорного подчинения и служения режиму.

Общезвестно, что демократическое общество не может полноценно развиваться в условиях массовой ужесточающейся, организующейся, интеллектуализирующей, вооружающейся и неуклонно растущей преступности. Политическая и экономическая свобода не может существовать с петлей преступности на шее. Диктатура преступности при либеральной борьбе с ней становится не менее опасной, чем диктатура тоталитаризма. Более того, в своем крайнем проявлении диктатура преступности, как правило, «беременна» той же диктатурой тоталитаризма. Уголовники, стремящиеся к контролю над обществом (регионом, территорией, сферой деятельности) или пришедшие к власти, не знают иных способов достижения цели и самосохранения, кроме диктата насилия. По мнению Питирима Сорокина, кризисное состояние общества, в том числе криминальное, очень часто приводит к «тоталитарной конверсии, и чем сложнее критический момент, тем глубже тоталитарная трансформация»¹.

Вместе с тем, для тысяч и миллионов не искушенных в политике людей, которых преступники убивают, калечат, насилюют, грабят, терроризируют, обворовывают, обманывают, одурачивают и держат в постоянном страхе, может стать безразличным тот факт, от какой диктатуры, криминальной или политической, они страдают, тем более что к политической диктатуре народы нашей страны, например, привычны. И их трудно будет упрекнуть в том, если они захотят защититься от преступности с помощью авторитарного режима. Можно стопроцентно прогнозировать, что они ошибутся, но это уже другой вопрос.

Такая ситуация (и перспектива) актуальна и для других посткоммунистических стран, образованных на территории бывшего СССР, Центральной и Восточной Европы, где нет традиционного демократически установленного правового, но жесткого и разветвленного контроля над преступностью. Силы, считающие себя демократическими, придя к власти в этих странах под лозунгами политической, экономической и личной свободы, очень чувствительны к вопросам наведения порядка. Они боятся упрека в скатывании к тотальному контролю и не всегда осознают все возможные, в том числе политические, последствия растущей преступности, чем, несомненно, пользуются радикальные партии.

В России, например, где все, в том числе демократы, ругают власти за слабую борьбу с преступностью, где страх перед преступностью является одним из мотивов повседневного поведения, любая более или менее заметная активность Президента РФ, Правительства РФ или правоохранительных органов, направленная на усиление контроля за противоправным поведением, воспринимается общественностью как шаги возврата к

¹ Сорокин П. Человек. Цивилизация. Общество. М., 1992. С. 16.

социализме (коммунизме), свобода — в демократическом капитализме. Что предпочтительнее? В начале XX в. Россия выбрала равенство, Западная Европа — свободу. Что получилось, общеизвестно. Согласно древнему воззрению, равенство представляет опасность для свободы¹. Но свобода более криминогенна, чем равенство. В то же время удержание последнего в объективно противоречивом мире стоит не меньших, а больших жертв. Где выход? Именно в связи с этим человеческое сообщество оказалось в криминальном капкане, освободиться из которого без критического пересмотра устоявшихся стратегий, видимо, не удастся.

Тоталитаризм различных мастей (коммунистический, фашистский, националистический, религиозно-фундаменталистский и т. д.) чрезвычайной жестокостью и насилием может укротить традиционную уголовную преступность, но он криминален по своей внутренней природе и методам управления обществом. В общей сложности криминальность в тоталитарных странах является высокой и складывается из двух неравных частей — относительно низкой более или менее контролируемой уголовной преступности и широко распространенных обвинений в «политических» преступлениях против режима, которые по сути своей являются преступностью властей против своего народа. Последняя составляющая преступности представляет основную опасность. И хотя тоталитаризм, особенно фашистский и коммунистический, дискредитирован, он остается во многих странах в классическом или усеченном варианте. Удерживая традиционную преступность в узде, он не избавляет общество от массовой виктимизации.

Демократия, являющаяся одним из направлений политического и гуманистического развития человеческого общества в текущем столетии, отвергает дискреционные злоупотребления (преступления) властей против своего народа и нарушения его неотъемлемых прав, но она все менее удовлетворительно справляется с интенсивно растущей, действующей без правил и признающей только деньги и грубую силу преступностью. Демократическая власть, борясь с преступностью, действует в рамках демократически принятых законов, но это не избавляет ее от коррупции и других должностных злоупотреблений, хотя они менее опасны, чем репрессии тоталитарного режима. Особенно беспомощным в борьбе с преступностью на современном этапе представляется российский либерализм (как он видится некоторым правым теоретикам), отвергающий эффективный социально-правовой контроль, а также идеи национального сильного правового государства и патриотизма.

В итоге уровни и тенденции преступности (криминализованной и некриминализованной) в демократических странах и тоталитарных государствах почти сопоставимы. Разница заключается в возможностях защиты: от традиционной уголовной преступности хорошо или плохо защищает государство, допустимы и иные правовые способы защиты и

расценивать следующее предложение: «Сохранить жизнь осужденному на смерть преступнику, если он даст согласие подвергнуть себя опасным опытам (причем все это закончится для него благополучно), с тем чтобы врачи могли таким образом получить новые полезные для общества научные сведения»? Суд с презрением отклонил бы подобное предложение медицинской коллегии, ибо справедливость перестанет быть таковой, если она продает себя за какую-то цену»¹.

Интересно рассуждение Канта о смертной казни. Причем начинает он его опять с критики утилитаризма: «А вот маркиз Беккариа из участливой сентиментальности напыщенной гуманности... выдвинул против этого утверждение о неправомерности любой смертной казни на том основании, что такое наказание не могло содержаться в первоначальном, гражданском договоре; ибо тогда каждый в составе народа должен был бы согласиться на лишение своей жизни, в случае если он убьет другого (из состава народа); но такое согласие невозможно, так как никто не может распоряжаться своей жизнью. Все это — софистика и крючкотворство. Человек подвергается наказанию не потому, что он захотел его, а потому, что он захотел совершить наказуемый поступок; какое же это наказание, если с ним случается то, чего он сам хотел, да и вообще невозможно хотеть быть наказанным. Сказать: я хочу быть наказанным, когда кого-нибудь убью, означает не что иное, как: я вместе со всеми прочими подчиняюсь законам, которые естественным образом становятся карающими, если в составе народа имеются преступники. Совершенно невозможно, чтобы я, который как участвующий в законодательстве сам определяет карающий закон, оказался тем самым лицом, которое в качестве подданного подвергается наказанию по этому закону; ведь будучи таковым, то есть преступником, я никак не могу иметь голос в законодательстве (законодатель священен). Следовательно, если я составляю закон против самого себя как преступника, то именно чистый разум во мне, устанавливающий правовые законы (*homo noumenon*), подчиняет меня карающему закону как лицу (*homo phaenomenon*) вместе со всеми остальными членами гражданского союза. Иными словами, не народ (каждый индивид в нем), а суд (общественная справедливость), стало быть, не преступник, а кто-то другой присуждает к смертной казни, и в общественном договоре вовсе содержится обещание разрешать себя наказывать и таким образом распоряжаться собой и своей жизнью. В самом деле, если бы в основании правомочия наказывать лежало обещание злодея, что он захочет подвергнуться наказанию, и, таким образом, сам преступник стал бы своим собственным судьей. Главная ошибка этого софизма состоит в следующем: собственное решение преступника (на которое необходимо считать способным его разум), а именно, решение воли лишить самого себя жизни и, таким образом, приведение в исполнение и вынесение приговора представляют себе объединенными в одном лице»².

¹ См.: Даль, Роберт А. Введение в экономическую демократию. М., 1991. С. 17.

¹ Кант И. Указ. соч. С. 713.

² Там же. С. 717.

Но каким бы моралистом ни был Кант, он допускает исключение смертной казни как наказания за убийство: «Между тем существуют два заслуживающих смертной казни преступления, относительно которых остается сомнительным, правомочно ли законодательство назначить за них смертную казнь. К обоим этим преступлениям побуждает чувство мести. Одно из них – это преступление, побуждаемое честью пола, другое – воинской честью, и притом подлинной честью, возлагаемой как долг на каждый из этих двух разрядов людей. Первое из них – это убийство матерью своего ребенка (*infanticidium maternale*); второе – убийство товарища по оружию (*commilitonicidium*), дуэль. Так как законодательство не может снять позор рождения внебрачного ребенка, равно как и не может смыть пятно, падающее из-за подозрения в трусости на младшего военачальника, который не противопоставляет пренебрежительному обращению свою силу, стоящую выше страха смерти, то кажется, что люди в этих случаях находятся в естественном состоянии, и, хотя умерщвление (*homicidium*), которое не должно было бы здесь называться убийством (*homicidium dolocum*), в обоих этих случаях безусловно наказуемо, все же высшая власть не может карать его смертью. Появившийся на свет внебрачный ребенок родился вне закона, стало быть, и вне охраны его. Он как бы вкрался в общество (подобно запрещенному товару), так что общество может игнорировать его существование (ибо по справедливости он не должен был бы существовать таким образом), стало быть, и его уничтожение, а позор матери, когда узнают о ее внебрачных родах, не может быть снят никаким указом. Назначенного младшим начальником воина, которому нанесено оскорбление, общественное мнение его сотоварищей также заставляет искать удовлетворения и, как в естественном состоянии, наказать обидчика не через закон по суду, а посредством дуэли, в которой он сам подвергает свою жизнь опасности, дабы доказать свое мужество воина, а на этом мужестве в значительной мере зиждется честь его сословия, даже если дуэль приводит к умерщвлению противника, которое в таком поединке, происходящем публично с согласия обеих сторон, хотя и без охоты, не может, собственно говоря, быть названо убийством (*homicidium dolocum*). Что же в обоих этих случаях (относящихся к уголовному правосудию) находится в соответствии с правом? Здесь карательная справедливость попадает в весьма затруднительное положение: либо она должна объявить понятие чести (которое отнюдь не пустой звук) по закону недействительным и таким образом вынести смертный приговор, либо же она должна снять с преступления подобающую ему кару (смерть), то есть либо оказаться жестокой, либо снисходительной»¹. Распутывается этот узел так: категорический императив карательной справедливости (противозаконное умерщвление другого должно караться смертью) остается, но само законодательство (а стало быть, и гражданское устройство), до тех пор, пока оно остается варварским и неразвитым, виновато в том, что мотивы чести у

¹ Кант И. Указ. соч. С. 718.

работы как вид уголовного наказания существуют более 70 лет. По УК РСФСР, например, они отбывались по месту работы осужденного либо в иных местах, но в районе жительства осужденного. В структуре наказаний они составляли 25–30 %.

Какими соображениями руководствовался законодатель, фактически исключая этот вид наказания, ответить трудно. Ясно одно: научных оснований для такого решения никаких нет.

Интенсивный рост преступности в совокупности с безнаказанностью преступников стал важным фактором социально-психологической жизни общества. Он порождает у населения чувство страха и тревоги за свою жизнь и благополучие, а также недоверие к органам власти и правоохраны. Потерпевшие и свидетели не обращаются в органы внутренних дел, так как не надеются на результативное расследование. Поколеблено доверие к прокуратуре и суду. Страх перед преступностью и безысходность положения становятся повседневностью, снижая порог терпимости к ужесточающимся злодеяниям.

Полученные данные свидетельствуют о приближении реальной преступности в России к национальному порогу качественного и количественного насыщения, за которым терпимость народа может оказаться в положении переполненной чаши, что приведет к острой политической проблеме, а то и катастрофе.

Решение задачи эффективной борьбы с преступностью подталкивает общество к качественным изменениям социально-правовых и политических характеристик. В этих условиях авторитаризм, обещающий беспощадную борьбу с правонарушителями, может быть воспринят значительной частью общества как избавление от криминального кошмара. Примером удачно послужит общественное мнение в США после террористических актов 2001 г. Серьезное ущемление прав граждан в связи с беспрецедентным усилением контроля со стороны властей было воспринято ими как необходимость. На президентских выборах 2004 г., несмотря на обоснованную критику действий избираемого на второй срок президента Дж. Буша, большинство населения проголосовало за него. С открытой уголовной преступностью авторитаризм временно как-то справиться может, но его собственные криминальные злоупотребления будут опаснее контролируемой уголовщины. Доминирующей криминологической тенденцией на ближайшие годы остаются продолжающийся рост преступности в мире, повышение ее тяжести и общественной опасности с одновременным отставанием социально-правового контроля от растущей мобильной и мимикрирующей криминализации общественных отношений. Эффективность и гуманность вновь сталкиваются лбами. За их противостоянием кроются более глубокие причины. Дилемма «относительно низкая преступность в авторитарных режимах и относительно высокая преступность в демократических системах» коррелирует с дилеммой «равенство и свобода». Равенство более полно реализуемо в тоталитарном

разумных законах, принятых демократическим путем, он оказывает заметное противодействие разгулу преступности¹.

Общий вывод из анализа тенденций мер уголовного наказания в России за период ее суверенного развития неоднозначен. С одной стороны, идет противоречивый процесс демократизации системы уголовной юстиции и гуманизации уголовной ответственности, расширения альтернативных лишения свободы мер уголовного наказания, снижения их тяжести. И все это работает, нравится нам это или не нравится, на ослабление уголовно-правового контроля над преступностью и, к сожалению, на увеличение ее реальной безнаказанности и самодетерминации. С другой стороны, преступность интенсивно растет, в большей мере тяжкая и особо тяжкая, и никто определенно не знает, что с ней делать. В связи с этим и в советское время, и особенно в современный период под влиянием зарубежных критиков, иных идеологических и политических обстоятельств, а также в связи с перегруженностью системы уголовной юстиции, переполненностью мест заключения идет непрерывная «перетряска» системы и видов уголовных наказаний.

В основе этих перетрясок, как видим, лежат не научные основания совершенствования исправления виновных, не общая и частная превенция преступлений, не повышение реальной эффективности борьбы с преступностью, а политические, идеологические, экономические, организационные и даже коррупционные соображения, а иногда – просто игра в видимость якобы принимаемых мер борьбы с преступностью. Самые частые изменения и дополнения УК в последние 50 лет были связаны именно с разделами наказания и освобождения от уголовной ответственности и наказания. Что-то усилят, что-то ослабят, что-то сократят, что-то увеличат. Все это дает основания сказать: «Меры приняты». Вследствие этого удельный вес осужденных по видам наказания «скачет». В настоящее время в связи с подобными изысканиями реально никакой системы как «целостного множества видов наказаний» практически нет. В УК РФ хотя и значатся 12 видов наказания, но реально применяются только два: лишение свободы на определенный срок (30 – 35 %) и условное осуждение к лишению свободы (до 57 %), которое к видам наказания, строго говоря, не относится, а является одной из форм назначения лишения свободы и некоторых других видов наказания.

На все остальные виды наказания (в основном штраф и исправительные работы) приходится всего 10–12 %. Исправительные работы, например, давний, гуманный и действенный вид наказания за совершение преступлений небольшой и средней тяжести. Но по новому УК РФ они могут применяться только к осужденным, не имеющим основного места работы, и отбываются в местах, определяемых органом местного самоуправления. А таких мест практически нет. При этом исправительные

¹ См.: Предупреждение организованной и коррупционной преступности средствами различных отраслей права. Сборник материалов конференций. Под ред. В.В. Лунеева. М., 2002. С. 15-30.

людей (субъективно) не желают совпадать с распоряжениями (власти), (объективно) соответствующими их целям, так что общественная, исходящая от государства справедливость становится несправедливостью с точки зрения справедливости, исходящей от народа¹.

Таким образом, для Канта оправдание наказания получено из принципа возмездия, которое основано на принципе равенства. Понятия «заслуженное возмездие» и «правосудие» играют центральную роль в теории Канта, и он исключает возможность оправдания наказания невиновных.

Гертруд Эзорский утверждает, что мы должны проверить утверждение Канта и другие моменты карательной теории, попробовав вообразить мир, в котором наказание преступников происходит без цели достижения какого-либо эффекта². В этом мире наказание никого не удержит и не реабилитирует. Кроме того, жертвы не получают никакого удовлетворения от наказания тех, кто причинил им вред. В этом мире правонарушители все еще подвергаются наказанию. К тому же люди, которые живут в этом мире, будут нравственно обязаны наказывать правонарушителей. Если бы они были не в состоянии наказать правонарушителей, то они были бы не в состоянии соблюдать требования правосудия. Но весьма нечестно считать, что эти люди нравственно обязаны наказывать, потому, что этим не достигается никаких положительных эффектов. Вот почему теория Канта проблематична³. Но, как мы видим из приведенных высказываний немецкого философа, он считает, что если правосудие и справедливость погибнут, то человеческая жизнь больше не будет иметь никакой ценности в мире. Так, даже жители этого воображаемого мира обязаны гарантировать, что каждый может понять справедливость своих дел. Если они не соответствуют этому обязательству, то они будут не в состоянии соблюдать диктат правосудия и их жизни будут иметь меньшую ценность.

Вернемся к вариантам ретрибутивизма. Многие философы не сходятся во мнении по поводу того, какие теории наказания с уверенностью можно отнести к ретрибутивистским. Так, Энтони Дафф и Дэвид Гарланд называют их нон-консеквенциалистскими, так как считают, что ярлык «ретрибутивизм» применялся к настолько различным теориям, что в его релевантности можно усомниться⁴. Они же делят нон-консеквенциализм на позитивный и негативный, а С.В. Моисеев эти же варианты ретрибутивизма называет сильным и слабым соответственно. Ретрибутивист настаивает на том, что поступки могут быть благими или дурными в силу их естественного характера, вне зависимости от порождаемых ими последствий. Этот подход в наиболее яркой форме проявляется в ретрибутивистском тезисе, гласящем, что виновный, и только виновный, заслуживает наказания и что наказание может быть оправдано только и только в том случае, если оно подвергает виновного страданию, которого тот заслуживает. Энтони Дафф и Дэвид

¹ Кант И. Указ. соч. С. 719.

² Ezorsky G. The Ethics of Punishment. L., 1972. P. 11.

³ Ibid. P. 12.

⁴ Duff A., Garland D. A Reader on Punishment. L., 1994. P. 38.

Гарланд проводят грань между негативным ретрибутивизмом, который полагает, что наказанию следует подвергать только виновных и только пропорционально тяжести их вины (из чего не следует, что такие наказания должны быть применены), и позитивным ретрибутивизмом, полагающим, что виновных следует наказывать всегда, причем суровость кары должна в полной мере соответствовать тяжести содеянного. Позитивный ретрибутивизм полностью оправдывает институт наказания; негативный ретрибутивизм не готов отстаивать аналогичную точку зрения, но может действовать как «побочный ограничитель» консеквенциалистской версии благих целей наказания¹.

Основным камнем преткновения всякого ретрибутивиста, негативного или позитивного, является объяснение идеи заслуженного возмездия. Также в последнее время получили широкую известность публикации американского философа Расса Шафера-Ландау, в которых он подвергает ретрибутивизм резкой критике. Он утверждает, что ретрибутивизм не в состоянии сформулировать целостную теорию наказания. Такая теория должна включать в себя:

- общее обоснование уголовного наказания (Почему именно оно является правильной реакцией общества на преступления, а не, допустим, возмещение ущерба, ссылка или психотерапия для преступников?);
- обоснование строгости наказаний;
- решение проблемы ответственности (какие именно виды поведения должны караться уголовным законодательством?)².

По мнению этого автора, ретрибутивизм не способен дать удовлетворительного ответа ни на один из этих вопросов.

Шафер-Ландау начинает с проблемы ответственности. Ретрибутивисты утверждают, что уголовная ответственность следует за нарушением моральных норм. Однако даже самые строгие из них не утверждают, что любая аморальность должна караться уголовным наказанием. Возникает вопрос: почему так наказываются только некоторые преступления против нравственности? Чтобы ответить на него, ретрибутивисты должны опираться на общее обоснование уголовного наказания (обоснование того, для чего вообще мы должны иметь уголовное право).

Два вида преступлений против морали назывались в качестве оснований для применения уголовного наказания: нанесение некоторых видов ущерба и получение преимуществ нечестным путем. Например, Дж. Хэмптон обосновывает уголовное наказание необходимостью нейтрализовать унижение достоинства людей. Хотя она прямо не обсуждает проблему рамок ответственности, из ее теории вытекает, что уголовное наказание должно применяться, когда преступление унижает достоинство

девиантного поведения с целью их элиминирования или сокращения, минимизации.

Контроль над преступностью в таком понимании представляет собой один из видов социального контроля. Он включает в себя уголовную политику государства, криминализацию деяний в уголовном законодательстве, учет преступности, расследование и рассмотрение деяний системой уголовного правосудия, назначение уголовного наказания осужденным, организацию исполнения уголовных наказаний, ресоциализацию преступников, элиминацию причин и условий, способствующих совершению преступлений.

Социально-правовой контроль преступности включает в себя и огромное влияние гражданского общества в его разных проявлениях и формах.

Таким образом, социально-правовой контроль предполагает организацию жизни и деятельности людей на основе законов, принятых демократическим путем, исполнение которых является прозрачным.

Значимая роль социально-правового контроля в удержании преступности на возможном социально терпимом уровне подтверждается реалиями жизни. Общеизвестно, что преступность причинно связана с экономическими, политическими, социальными, демографическими, географическими, организационными, социально-психологическими, индивидуально-психологическими и иными явлениями и процессами. На уровне статистического и социологического анализа мы обнаруживаем между этими детерминантами и преступностью положительные или отрицательные, сильные или слабые корреляционные связи. Но все эти детерминанты в цивилизованном обществе регулируются правом, поэтому не случайно одна из самых устойчивых и сильных отрицательных корреляций (чем выше контроль, тем ниже преступность) наблюдается между уровнем социально-правового контроля за противоправным поведением и состоянием преступности.

Итак, мировые и отечественные исследования преступности показывают, что она относительно жестко и отрицательно коррелирует с различными формами социально-правового контроля: судебным, прокурорским, конституционным, административным, налоговым, финансовым, бюджетным, валютным, таможенным, пограничным, миграционным, санитарным, экологическим, гражданским, общественным и пр. Но контроль нельзя рассматривать как панацею от всех криминальных бед. Его возможности увеличиваются, если он органично встраивается в более широкую систему правовых, организационных, социальных и экономических мер. При серьезном доминировании контроль может превратиться в свою противоположность, стать криминогенным и коррупциогенным, сковывать правомерную инициативу граждан, субъектов рынка и т. д. Но там, где он комплексно построен на научно обоснованных и

¹Duff A., Garland D. Op. cit. P. 45.

²Цит. по Моисееву С.В. Указ. соч. С. 175.

уличного), почти мгновенно актуализируется рефрен: в России наступают тоталитаризм, фашизм, сталинские репрессии и т. д.

Ныне страна медленно и противоречиво эволюционирует к правовым цивилизованным и твердым устоям. Огромная роль в этой эволюции принадлежит социально-правовому (гражданско-правовому, экономическому, финансовому, бюджетному, валютному, налоговому, таможенному, пограничному, миграционному, экологическому, санитарному, технологическому и т. д.) контролю. И там, где цивилистические составляющие социально-правового контроля не срабатывают, должен подключаться административный и уголовно-правовой контроль, причем, не только для социально незащищенных слоев населения, а для всех граждан России, как это делается в цивилизованных странах.

Зрелые аналитики хорошо осознают, что тоталитаризм в своей классической форме был почти невозможен даже при Н.С. Хрущеве. А на современном этапе развития страны и мира это вообще неосуществимо. Пугая тоталитаризмом в связи с предпринимаемыми мерами по укреплению государства, соответствующие круги не принимают (или не желают принимать) во внимание того, что никакой демократии, никакого цивилизованного рынка, никакого соблюдения свободы и прав человека невозможно достигнуть в условиях правового беспредела и безнаказанности. Да и тотальный контроль не состоит только из репрессий. Как уже говорилось, он включает в себя ряд составляющих: экономическую, правовую, организационную, идеологическую, социально-психологическую, оперативную и только потом репрессивную.

Все эти составляющие в той или иной мере входят и в демократический социально-правовой контроль преступности в США, Германии, Японии и других стран, которые мы привыкли называть демократическими и цивилизованными. Разница заключается только в том, что эти составляющие контроля реализуются не на основе безграничных дискреционных полномочий должностных лиц, а в строгих рамках действующего законодательства и судебных решений. И внутренняя «начинка» этих составляющих также определена законом. Свобода по-европейски – это свобода жить по законам и другим нормативным актам, что и составляет ядро современного социального контроля.

Я.И. Гилинский, рассматривая различные определения социального контроля в мировой и отечественной литературе, дает широкое и узкое его понятия. По сути своей между этими понятиями нет существенных различий¹, поэтому приведем лишь узкое понятие. Под социальным контролем в узком смысле он понимает совокупность средств и методов воздействия общества на нежелательные (включая преступность) формы

¹ См.: Гилинский Я.И. Криминология. Теория, история, эмпирическая база, социальный контроль. СПб., 2002. С. 296–317.

жертвы. Поскольку некоторые преступления не имеют жертв, а некоторые никого не унижают, подкласс преступлений, подлежащий уголовным наказаниям, выделяется достаточно четко¹.

Другие ретрибутивисты, например Дж. Мёрфи, М. Дэвис, обосновывают наказание, используя идею «нейтрализации нечестных преимуществ». Поскольку некоторые аморальные поступки не дают таких преимуществ совершающему их, мы опять можем выделить подкласс уголовных преступлений².

Теория Дж. Хэмптон не может решить проблему ответственности, поскольку многие преступления, традиционно (и обоснованно) карающиеся уголовным кодексом (уклонение от налогов, вождение в нетрезвом виде или преступный сговор), никого не унижают. Вместе с тем унижение ребенка родителями, хотя и отвратительно само по себе, вряд ли должно караться уголовными мерами.

Как показывает Шафер-Ландау, другие попытки ретрибутивистов выделить те виды ущерба, которые должны караться именно уголовным законодательством, тоже неудачны. Что касается теорий, которые рассматривают уголовное наказание как нейтрализацию нечестных преимуществ, полученных преступником, то они также сталкиваются с проблемой. Нечестное преимущество состоит в большей свободе действий преступника, получаемой им за счет законопослушных граждан. Однако такой подход уже предполагает наличие законов, уголовного кодекса, а не помогает их составить. Он ничего не говорит нам о том, каково должно быть содержание этих законов, и оставляет первоначальный вопрос без ответа. Уголовный кодекс наказывать должен не все, но некоторые аморальные действия. Где провести границу – это как раз вопрос о пределах уголовной ответственности.

Согласно Шаферу-Ландау, ретрибутивизм не работает и как общая теория обоснования наказания. Чтобы создать такую теорию, ретрибутивисты должны показать, зачем вообще нам нужно уголовное право и почему оно должно быть построено на принципе воздаяния преступникам того, что они заслуживают³.

Люди, ценящие свободу превыше всего, будут всегда стремиться к тому, чтобы ограничить власть государства. Поскольку уголовные наказания ограничивают свободу больше, чем постановления о компенсациях, налагаемые гражданским правом, нам нужны особые аргументы, убеждающие в необходимости системы уголовных наказаний. Представим себе общество, в котором есть одно только частное право. Спрашивается, как можно убедить его жителей принять уголовное законодательство?

Ретрибутивист должен сказать им примерно следующее: «Мы должны, прежде всего, думать о том, чтобы преступники получили по заслугам, а это

¹ См.: Моисеев С. В. Указ. соч. С. 175.

² См.: Там же. С. 176.

³ См.: Там же. С. 176.

может потребовать того, чтобы они не отделялись выплатой компенсаций, а пострадали больше. Да, это будет для нас не бесплатно. Поскольку уголовные санкции обычно более суровы, чем гражданские, мы должны будем позаботиться о правильном соблюдении всех процедур. Нам потребуется больше судов и полиции. Придется построить тюрьмы. Неизбежные ошибки правосудия повлекут за собой тяжелые и некомпенсируемые последствия. Но мы должны пойти на это»¹.

Вопрос заключается в том, должны ли мы пойти на это исключительно ради того, чтобы преступники получили по заслугам? Если ответ будет «нет», значит, ретрибутивизм не может быть основанием для теории наказания.

Таким образом, ретрибутивизм не может быть единственным основанием для системы уголовных наказаний. Вряд ли также воздаяние и сдерживание могут быть двумя параллельными его целями. Эти разные принципы, скорее всего, приведут к конфликту представлений об ответственности и должных наказаниях, и в результате мы получим противоречивое законодательство. А если так, то ретрибутивизм не может быть общим основанием для системы наказаний.

Р. Шафер-Ландау отмечает, что многие отказавшиеся от ретрибутивистских концепций ответственности и обоснования наказаний, тем не менее, полагают, что мы должны опираться на принципы ретрибутивизма, определяя то, как именно должны наказываться преступники². Он не считает такое решение верным и пытается его оспорить, критикуя конкретные предложения ретрибутивистов по поводу определения должных наказаний. Первым объектом его критики является древнейший принцип ретрибутивизма – *lex talionis*. Принцип этот имеет одно огромное достоинство: он дает четкий ответ на вопрос о том, какого наказания заслуживает преступник. Однако есть четыре хорошо известные проблемы, связанные с этим принципом.

Во-первых, он требует от государства совершать «отвратительные» действия в ответ на «мерзкие» преступления. Хотим ли мы содержать «государственного насильника»? Во-вторых, он не объясняет, как наказывать некоторые преступления, например похищение детей, в случае, когда сам преступник бездетен. В-третьих, за одно и то же преступление, совершенное случайно, по халатности или намеренно, наказание будет одно и то же. В-четвертых, некоторые преступления будут караться слишком мягко (неудавшиеся преступления, преступления без жертв, уклонение от налогов), то есть те преступления, где нет ущерба либо он малозначим для каждого отдельного гражданина³.

Вследствие этого предпринимались попытки модифицировать принцип талиона. Например, предлагалось делать с преступниками не абсолютно то

¹ См.: *Моисеев С.В.* Указ. соч. С. 177.

² См.: Там же. С. 178.

³ См.: Там же. С. 179.

проблема занятости с развитием новых технологий в условиях глобализации с каждым годом будет становиться все острее.

Во-вторых, тюрьма была, есть и будет, как бы ее ни гуманизировали и ни прихорашивали (в тюрьмах некоторых европейских стран уровень жизни на порядок выше, чем у многих свободных жителей Африки или Латинской Америки), высокоэффективным университетом для профессионализации и организованности преступников. Это видно по неуклонно растущему рецидиву. Тупик очевиден.

Оптимизировать рост заключенных можно лишь последовательной просчитанной рациональной уголовной и пенитенциарной политикой путем применения и расширения, альтернативных лишению свободы видов уголовного наказания в отношении социально не потерянных субъектов, совершивших нетяжкие преступления. На это указывает положительный опыт развитых демократических стран¹.

Общий вывод об изменениях числа заключенных в СССР и России один: в постсталинский период и особенно во время союзной перестройки и российских реформ проходит медленный, непоследовательный, противоречивый процесс приближения системы уголовных наказаний, практики их назначения и исполнения в нашей стране к некоторым общепризнанным стандартам и мировым тенденциям. Он позитивен в том плане, что позволяет использовать в контроле преступности мировой гуманистический опыт.

Таким образом, критическая оценка тотального надзора в нашем обществе времен сталинизма и всего советского периода не должна вести к огульному отрицанию социально-правового контроля преступности, действующего на основе законов, принятых демократическим путем, в целях удержания ее на социально терпимом уровне. Но именно такой перекося мы часто наблюдаем в России, где в ельцинское десятилетие провальных реформ любые предложения об усилении социально-правового контроля преступности и правонарушаемости, воспринимались прежде всего, определенными кругами как возвращение к тоталитарному или авторитарному режиму. Так они воспринимаются до сих пор, и именно это является одной из причин ослабления социально-правового контроля преступности в России и его отставания от ее опасных качественно-количественных изменений.

Парадоксально, но факт: многие политики, правозащитники, общественность непрестанно говорят о нашем воровском, коррумпированном и криминальном государстве, упрекают власти в бездействии и требуют от них принятия соответствующих мер. Но, как только в стране предпринимается попытка взять под реальный социально-правовой контроль ту или иную форму криминала (кроме примитивного

¹ *Morris N., Tonri M.* Between Prison and Probation. Intermediat Punishments in a Rational Sentencing System. Oxford. N.Y., 1990.

тыс. учтенных преступлений (которые интенсивно росли) сократилось более чем в 3 раза.

При объективной оценке положения с заключенными в России следует учитывать ряд обстоятельств. Во-первых, то, что данный коэффициент призрачности в США произведен от 24 млн. учтенных преступлений (имеется в виду только 12 видов, о которых США сообщают в ООН, хотя общий уровень известной полиции преступности всех видов еще выше). Тогда как российский коэффициент призрачности произведен от 3 млн. учтенных деяний. Это означает, что отечественная «репрессивность» по меньшей мере, в 8 раз выше. Во-вторых, если сопоставить наше число заключенных на 100 тыс. населения с аналогичными показателями западноевропейских стран, где этот коэффициент в 6–9 раз, а по сравнению с Японией – в 13 раз ниже российского, то наш оптимизм убавляется. В-третьих, латентная преступность, которая никак не учитывается и не наказывается, в нашей стране намного выше, чем в западноевропейских странах.

Отмена смертной казни является стратегической линией гуманизации уголовного наказания. Частичный, а потом и полный отказ от приведения смертной казни в исполнение по мере созревания объективных криминологических условий, затем ее полная отмена в России являются реалистическими шагами практической реализации данной стратегии, но только в условиях снижения террористической и опасной насильственной преступности, когда у народа будет достаточно оснований принять этот отказ.

Позитивный процесс – гуманизация уголовного наказания – значительной частью преступников пока расценивается как ослабление социально-правового контроля за растущей преступностью со всеми вытекающими из этого криминогенными последствиями. Современные преступники (может быть, за исключением случайных, ситуационных и бытовых), жестоко попирая общечеловеческие нормы поведения, понимают и принимают лишь грубую силу и неотвратимость серьезного наказания. Если это так, то рассматриваемый процесс требует более глубокого изучения в целях критического осмысления криминальных тенденций и коррекции национальной и мировой уголовной политики в рамках ювелирного соотношения гуманности и безопасности, гуманности и эффективности.

В последние годы качественно-количественные изменения преступности однозначно свидетельствуют о том, что наглюющая и растущая преступность требует более жесткого, системного и неотвратимого социально-правового контроля. Но, как показывает история применения лишения свободы, социально-правовой контроль преступности, будучи очень значимым направлением борьбы с ней, не является панацеей.

Во-первых, тюрьма и другие места лишения свободы, очень дороги для экономики страны, если заключенные своим трудом не компенсируют эти расходы. А работы не хватает даже для законопослушных граждан, причем

же самое, что они сделали с жертвой, а заставить их перенести столько же страданий, сколько они причинили жертве. Это, однако, не решает третью и четвертую проблемы принципа и создает пятую: как измерить количество страданий жертвы и сделать так, чтобы преступник страдал столько же.

В связи с проблемами принципа талиона большинство ретрибутивистов стали обосновывать строгость наказания, исходя не из страданий жертвы, а из несправедливого распределения преимуществ и тягот, которое создают преступники своими действиями. Было предложено несколько вариантов объяснений того, в чем заключаются несправедливые преимущества, получаемые преступниками: от свободы реализации преступных импульсов до материальных благ, психологической удовлетворенности и большей свободы. Но в любом случае нет объяснения, почему должна быть корреляция между величиной несправедливого преимущества, полученного преступником, и масштабом его преступления. А такая корреляция должна быть, если предполагается наказывать убийцу более строго, чем мелкого воришку.

Ретрибутивизм, согласно Шаферу-Ландау, встречается также с неразрешимыми проблемами при попытке определить, какого именно наказания заслуживают преступники. Ретрибутивисты полагают, что наказание должно, во-первых, быть, пропорционально преступлению (количественное соответствие) и, во-вторых, соответствовать ему (качественное соответствие).

Пропорциональность обеспечивается тем, что за более тяжкие преступления назначаются более суровые наказания. Но как определить, какие именно? Мы можем построить шкалу преступлений разной тяжести, от самого незначительного до самого крупного, и шкалу наказаний, от самых легких, до самых суровых. Но само по себе это нам не скажет, какими должны быть конкретные наказания за конкретные преступления.

Проблема заключается в следующем: говорить о том, кто чего заслуживает, можно только в контексте ясных правил. Если у нас есть четкие правила, когда ставить «5» за контрольную работу, совершенно понятно, кто заслуживает этой оценки. Но в сфере нравственности нет правил, которые увязывали бы тяжесть преступления с определенным уровнем страданий преступника или определенной продолжительностью лишения свободы.

Лишение свободы очень сильно отличается от хищений, краж, угона автомобилей. Невозможно, даже приблизительно определить, является ли назначенный срок заключения оптимальным, или слишком большим, или слишком маленьким. Должен ли угон автомобиля караться шестьюдесятью днями тюрьмы, или одним годом, или тремя годами? В рамках ретрибутивизма нет возможности ответить на этот вопрос¹.

Таким образом, согласно Шаферу-Ландау, ретрибутивизм не выдерживает критики ни в одном аспекте и не может быть удовлетворительной теорией уголовного наказания.

¹ См.: Мусеев С.В. Указ соч. С. 180.

В общем виде всю критику ретрибутивизма можно свести к тому, что адепты этой теории не способны дать сколько-нибудь четкую трактовку оправдательной увязки между преступлением и наказанием.

Существующий среди современных ретрибутивистов консенсус можно сформулировать так: основной целью системы наказаний должна стать гарантия того, что преступники получают справедливое возмездие и что им причиняют страдание посредством справедливого наказания, пропорционального серьезности совершенных ими преступлений. В 1970-е–1980-е годы в США справедливое возмездие стало главным лозунгом движения за вынесение приговоров с конкретным сроком тюремного заключения – движения, которое вынудило пенитенциарные власти во многих штатах и на федеральном уровне отменить законы о «вилке» срока тюремного заключения в пользу новых правил вынесения приговоров, ставящих целью ограничить субъективный фактор в решениях судебных органов и обеспечить большую объективность и точность в практике определения сроков тюремного заключения.

В недавнее время эти новые правила вынесения приговоров вызвали ожесточенные споры и резкую критику, в частности, со стороны судей, заявивших, что введение директивных нормативов по практике вынесения приговоров нанесло им моральный ущерб, лишив их прерогативы выносить справедливые приговоры в конкретных случаях. Несмотря на все эти трудности, многие аналитики все же рассматривают директивные нормативы по вынесению приговоров и фиксированные сроки заключения как более предпочтительные, чем все еще применяемая в Великобритании и других странах система, в общем-то, неконтролируемого произвола судей. Суворость приговора суда должна быть прямо увязана с серьезностью правонарушения¹.

§2. Ретрибутивизм в отечественной философской мысли

Данная теория наказания нашла свое отражение в трудах отечественных философов и правоведов. Такие основоположники философско-правовой мысли, как С. Будзинский и Н. Таганцев, предложили свою классификацию ретрибутивистских теорий.

С. Будзинский в «Началах уголовного права» говорит о наказании: «Вникая в уголовное право, в самом начале мы встречаем вопросы: на каком основании общество располагает драгоценнейшими земными благами человека, его жизнью, здоровьем, свободой и честью? С какой целью исполняет оно карательную власть? Почему общество наказывает известные поступки, другие же оставляет ненаказанными? Какое начало руководит наложением наказаний, разных по существу и величине в различных случаях? ... Теории о наказании – разнообразны, но все они согласны в том, что карательная власть имеет правовое основание и что она не есть

когда проект закона готовится келейно. Следует учитывать и то, что Государственная Дума завалена несовершенновыми законопроектами. В 2003 г., например, депутаты обсуждали 642 закона, из них 451 отвергли, то есть 70 %. Кроме некачественных законопроектов, слишком много законодательных инициатив явно лоббистских (в интересах конкретных хозяйствующих субъектов) или явно пиаровских (в интересах «раскрутки» конкретных депутатов).

В Государственной Думе четвертого созыва, например, из 450 депутатов около 35 имеют высшее юридическое образование. Среди них лишь единицы являются профессионалами в области криминологии, уголовного права и других отраслей права, на основе которых осуществляется борьба с преступностью. Учитывая огромное количество обсуждаемых законопроектов и занятость депутатов, без существенного изменения законотворческих условий рассчитывать на высокое качество принимаемых законов не приходится. Все зависит от нескольких депутатов-специалистов, которые в деталях могут знать обсуждаемые проекты, от их лоббистских, иных личных или партийных интересов.

Вывод очевиден. Уголовное и иное законодательство, на основе которого осуществляется борьба с преступностью, в силу своей вторичности, консервативности, политизированности и неадекватности реальной общественно опасной деятельности (отраженной и не отраженной в УК РФ) не способно оказывать решающее влияние на отставание социально-правового контроля за криминалом и обуславливает это отставание.

Интенсивная криминализация в обществе (и не только в нашем) требует критического переосмысления методов противодействия преступности путем гармонизации эффективности и гуманности, свободы и безопасности, свободы и необходимости, наказания преступников и предупреждения преступной деятельности. И это не частные решения, а перспективная стратегия развития правовых основ деятельности системы уголовной юстиции на ближайшее будущее.

Но, гуманизация должна быть эффективной, подготовленной и осмысленной, а не огульной, как у нас. После 90-х годов при росте преступности в большинстве стран шел интенсивный процесс снижения числа заключенных на 100 тыс. преступлений, рост преступности не сопровождался соразмерным ростом числа заключенных. Одновременно снижалось число заключенных на 100 тыс. населения. Оба эти процесса свидетельствовали о гуманизации уголовной ответственности, выражающейся в уменьшении доли лишения свободы в структуре уголовных наказаний и замене ее альтернативными видами наказания. Аналогичные процессы происходили и в странах, образованных на территории бывшего СССР, в том числе в России. Число заключенных на 100 тыс. населения в России и других странах (бывших союзных республиках) сократилось незначительно, а вот число заключенных на 100

¹ Duff A., Garland D. Op. cit. P. 47.

быть сосредоточены важные причины и условия, способствующие совершению преступлений. В последнее время очень много говорят о криминогенности и коррупциогенности действующего законодательства разных отраслей права. Вспомним нормативные акты о приватизации, об акционировании, о несостоятельности (банкротстве). Процедура последнего, например, служит эффективным инструментом заказных банкротств и криминального беспредела с захватом собственности с помощью суда. Число заказных банкротств, бум которых пришелся на 1998–1999 гг., исчисляется тысячами. И они не прекратились, хотя всеми признана особая криминогенность этого закона. Множество криминогенных обстоятельств несет в себе действующее конституционное, избирательное, административное, гражданское, финансовое, бюджетное, налоговое, валютное, банковское, таможенное, внешнеторговое и другое законодательство. Этому способствует разъединенность отраслей права и других юридических дисциплин, когда специалисты той или иной отрасли права решают только свои узко профессиональные вопросы.

Непрерывное изменение и дополнение уголовного законодательства в соответствии с наличествующей криминологической обстановкой, казалось бы, правильный путь. Но «оперативное» законодательство в криминологической сфере не менее вредно, чем консервативное и обобщенное. Во-первых, оно все равно является ответом на уже сделанные шаги преступности. Во-вторых, в силу недостаточного обобщения оно, как правило, казуистично и ограничено. В-третьих, часто меняющееся уголовное законодательство, не имеющее в традиционном человеческом сознании и поведении необходимой опоры, малоэффективно и малоавторитетно. Примером может служить УК РСФСР 1960 г.

Многие виды преступлений были исключены из УК РСФСР как изжившие себя, а многие виды деяний в связи с их массовым распространением или по политическим соображениям были введены. Всего же в него было внесено более 700 изменений и дополнений.

Новый УК РФ стал действовать с 1997 г. За годы его действия федеральными законами в него внесено около 600 изменений и дополнений, в том числе очень существенных. Кроме того, были приняты отдельные законы о борьбе с терроризмом, с экстремистской деятельностью, с легализацией преступно нажитых средств и многие другие. Процесс этот не прекращается. В Госдуме в работе традиционно находится до 20–30 законопроектов об изменении УК РФ. За мощным потоком вносимых изменений в уголовное законодательство не успевают следить даже профессионалы. А ведь изменения адресованы всему населению¹.

Положение усугубляется тем, что законопроекты не всегда могут быть поправлены в процессе непосредственного обсуждения в Государственной Думе, что и подтверждается принятием в спешке и без серьезного профессионального обсуждения многих ущербных законов, особенно тогда,

проявление физического насилия, а истекает из законной необходимости. К убеждению об этой законной необходимости карательной власти и наказания в обществе можно прийти разными путями. Отсюда разнообразие этих теорий. Такое разнообразие мы видим в Германии, Франции и Италии. Мы видим оное везде и всегда, когда дело идет о решении важнейших философских задач. Может быть, это свидетельствует о слабости человеческого ума и вместе с тем о том, что спорные философские вопросы привлекательны для мыслителей¹.

Еще один известный русский правовед рассуждал о моральном праве государства наказывать и форме такого наказания: «Деяние, чтобы быть преступным, в смысле уголовно наказуемого, должно быть воспрещено законом под страхом наказания, причем этот страх не есть что-либо отвлеченное, не есть фантом, только пугающий того, кто посягает на нормы права, а реально им ощущаемое последствие такого посягательства есть действительное наказание как проявление того особого юридического отношения, которое возникает между карательной властью и слушателем велений авторитетной воли законодателя.

Приступая к изложению учения о наказании, я остановлюсь, прежде всего, на выяснении объема, оснований, цели и содержания – одним словом, сущности карательной деятельности государства, затем представлю обзор и оценку ныне употребляемых карательных мер и, в особенности, карательной системы нашего права, и, наконец, изложу основные начала, определяющие условия, а отчасти и порядок применения наказания к преступлению.

Преступное деяние влечет за собою ответственность его виновника. Но, кто же тот властный, полномочный подвергнуть преступника лишениям или страданиям? Есть ли это только фактическое отношение властного к подчиненному, или ему присущ правовой характер? На чем основывается право карать нарушителей? Когда можно пользоваться этим правом? Чего желают достигнуть, наказывая? Таковы основные вопросы, на которые наталкивается каждый, изучающий наказуемость преступлений, как в ее истории, так и в современном праве.

Много труда, знания и таланта потрачено на решение этих проблем: одна теория сменяла другую, колебля и иногда с яростью разрушая построения предшественников, отрицая их выводы и основы, их практическую годность, их методы и приемы с тем, чтобы в свою очередь претерпеть ту же участь. Стоит вспомнить блестящую теорию Фейербаха с его глубоким анализом психологических элементов преступления – эту реформаторскую попытку начала прошлого столетия, вызвавшую отчаянные протесты, даже прямую брань защитников старых воззрений, обреченных, по-видимому, на безвозвратную гибель»².

¹ См.: Лунев В.В. Субъективное вменение. М., 2000. С. 35.

¹ Будзинский С. Начала уголовного права. Варшава, 1870. С. 385.

² Таганцев Н.С. Русское уголовное право: Лекции. Общая часть, 1994. Т. 1. С. 470.

Все теории о наказании С. Будзинский сводит к трем основным группам: абсолютные, относительные и смешанные теории¹.

Абсолютным считается то, что основано на существовании предмета; относительным – то, что основано на отношении предмета к другому, поэтому название абсолютных, или безусловных, дано теориям, которые выводят наказание из самого существа противозаконного деяния как его логическое последствие. Относительными же названы те теории, которые необходимость наказания выводят из его полезности, то есть из целей, непосредственно вне наказания лежащих, например, из цели устрашения, исправления. Смешанные теории образовались из соединения абсолютной с одной или несколькими относительными теориями. Уголовные теории находятся в тесной связи с новейшими теориями о государстве и обществе. Теории абсолютные, то есть теории возмездия, или справедливости, имеют точкою отправления следующее воззрение на государство. Государство вытекает из нравственной необходимости человеческой природы: природа принуждает человека жить в обществе. Государство не существует единственно для внешних целей общества: оно само себе цель. Согласно такому понятию о государстве, карательная власть государства и наказание основаны на нравственной необходимости: наказание само себе цель. Таким образом, абсолютные теории находят верховное начало уголовного права во внутренней разумной необходимости. Эти теории, по мере того, считают ли они подлежащим наказанию всякий грех и всякую безнравственность или только одно нарушение закона, разделяются на теории нравственного и юридического возмездия. Эти последние, суть или материальные или идеальные, смотря по тому, видят ли они возмездие в причинении такого же или подобного содеянному преступником зла, то есть, основываются ли они на материальном или аналогическом возмездии.

Относительные теории образовались под влиянием теории общественного договора. Во второй половине XVIII столетия господствовало убеждение, что общество возникло вследствие договора и для пользы неделимых, и как созданное их произволом оно, существует настолько, насколько соответствует их интересу. Теории относительные считают наказание средством к достижению пользы общества, единиц вообще или же одного только преступника; оттого они и названы теориями пользы, или утилитарными. Они признают необходимость наказания, насколько оным может быть достигнута эта польза, состоящая в устрашении, предупреждении или исправлении. Осуществлением этих непосредственных целей достигается цель посредственная и главная – сохранение законного порядка в обществе. Устрашение, предупреждение и исправление могут быть понимаемы разнообразно, поэтому теории относительные столь разнообразны. Таким образом, эти теории оправдывают наказание его последствиями².

¹ См.: Будзинский С. Указ соч. С. 381.

² Там же. С. 382.

за совершение преступлений небольшой и средней тяжести, а также в упрощении судопроизводства по этим делам и в других изменениях, способных обеспечить более или менее полную реализацию ответственности виновных лиц. И такие проекты иногда готовятся. Но они разрабатываются без какого-либо научно-практического изучения и прогноза общественно опасных реалий, без широкого обсуждения научно-практической общественностью, без проведения независимых криминологических и правовых экспертиз, а при необходимости и экспериментов.

Подготовка законопроектов рабочими группами нередко осуществляется на основе сомнительных «новоидеологических» представлений инициаторов и заинтересованных лоббистов, вне связи с реальной криминологической обстановкой и с недопущением в эти группы инакомыслящих. Так, в Администрации Президента РФ были подготовлены серьезные поправки в УК РФ¹, которые под предлогом гуманизации уголовной ответственности (что действительно является необходимостью) вносили новеллы иного порядка. В условиях безнаказанного расхищения бюджетных средств, государственной и частной собственности, массовой продажности должностных лиц из УК РФ был исключен традиционный, гуманный и эффективный вид уголовного наказания — конфискация имущества, который имеется в уголовных кодексах США, европейских и других стран, а также во всех международных конвенциях (о борьбе с терроризмом, организованной преступностью, коррупцией, наркотрафиком, отмыванием «грязных денег» и т. д.), подписанных и ратифицированных Россией.

Это означает, что нувориши (ради которых исключалась конфискация имущества) в случае необходимости готовы получить соответствующее уголовное наказание, но только бы никто не мог коснуться их несправедливо нажитой собственности. Важнейший принцип современного капитализма «неприкосновенность собственности» в этом законе доведен до абсурда. В новеллах УК РФ есть и другие преграды, ухудшающие борьбу с преступностью.

Эффективность социально-правового контроля преступности зависит также от адекватного законодательства по другим отраслям права: конституционного, административного, гражданского и т. д.² Известно, что уголовно-правовая борьба с преступностью давно переживает кризис. Уголовное право не справляется со своей задачей. И не только потому, что оно недостаточно совершенно для решения непрерывно усложняющихся проблем, но и в связи со своими ограниченными возможностями непосредственного воздействия на преступность и ее причины.

В других отраслях права, на которые возложена задача оптимального правового регулирования различных сфер общественных отношений, могут

¹ См.: О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. / Российская газета. 16 декабря 2003 г.

² Предупреждение организованной и коррупционной преступности средствами различных отраслей права: Сб. материалов междунар. науч.-практ. конф. М., ИГП РАН, 2–3 ноября, 2000 г.

даже сильнее влияния Запада. Достаточно напомнить, с каким сопротивлением, хотя и под большим давлением Запада, принимался закон о борьбе с легализацией преступно нажитых средств. Запад до сих пор не может добиться от России внятного законодательства о борьбе с коррупцией, других важных правовых решений. Причины очевидны: предлагаемые законы могут быть направлены против влиятельной части правящей политической и экономической элиты, которая, хотя и продолжает жить по понятиям, но объективно оценивает свои действия с точки зрения принципов уголовного права. Однако эти же люди очень оперативно проталкивают законы, которые им пригодны и не затрагивают их интересов.

Среди политических деятелей и законодателей бытует наивное представление: если какое-то нежелательное явление криминализировать (внести в УК), то с ним будет покончено. На этой основе рождается поток сомнительных законопроектов. В связи с этим на снижение социально-правового контроля преступности оказывает влияние стихийный и непрерывный процесс криминализации все новых видов общественно опасного и нежелательного поведения, которое система уголовной юстиции при существующем уровне ее кадрового, финансового, технического и иного обеспечения и при зарегулированном уголовном процессе объективно «переварить» не может. Она выживает за счет противоправной выборочной регистрации деяний, неполного выявления виновных лиц и еще более неполного доведения их до суда.

Обратимся к криминологическим реалиям. В стране фактически совершается около 12–15 млн. преступлений в год. Регистрируется около 3 млн. преступлений. Выявляется виновных лиц чуть более 1 млн., а осуждается к реальным мерам наказания вдвое меньше. Но и с такой серьезной и непропорционально «усеченной» преступностью наша система уголовной юстиции не справляется. Если бы правоохранительные органы регистрировали или расследовали хотя бы половину реально совершаемых преступлений, то они при нашем правовом режиме рухнули бы под «тяжестью» 7–8 млн. и более преступлений. Сейчас же положение таково: латентная преступность составляет около 75 – 80 %, и ежегодно примерно 7 млн. человек, реально потерпевших от преступлений, не получают никакой правовой помощи. Это свидетельствует о фактическом отсутствии элементарной оптимизации уголовного законодательства, деятельности системы уголовной юстиции, уголовной ответственности и уголовного наказания за совершение различных категорий преступлений, а также об отсутствии соответствующей гармонизации уголовно-правовой, административно-правовой и гражданско-правовой ответственности¹.

В этих условиях УК РФ нуждается в научно обоснованной декриминализации соответствующих деяний, гуманизации ответственности

Различие абсолютных теорий менее осязательно, чем различие относительных. Относительных теорий может быть столько, сколько разнообразных отношений наказания к обществу и преступнику; между тем как все абсолютные теории признают внутреннюю необходимость наказания, но эту необходимость они оправдывают различным образом, поэтому не без основания сказано, что есть только одна абсолютная теория, различным образом изложенная: ибо одно только может быть абсолютно. Теории абсолютные дают отвлеченное понятие наказания и по внешним причинам связывают его с общественной властью; между тем как теории относительные обращают непосредственно внимание на цели государства. Теории абсолютные уклонились от жизни: ни одно государство не прибегало к наказанию в виде возмездия. Во все времена с уголовной деятельностью государства, равно как и со всякой другой его деятельностью, соединимы были известные цели, поэтому относительные теории имели, гораздо большее влияние на жизнь и законодательство, тем более что они были провозглашаемы специалистами и подробно развиты в сочинениях об уголовном праве, между тем как абсолютные теории были излагаемы философами только в общих очерках.

Как только стали появляться философские исследования, некоторые ученые пытались разрешить основные вопросы посредством соединения разнородных теорий. Задача этих попыток состояла в том, чтоб сохранить то, что в разных системах истинно, и избежать того, что в них односторонне. Так образовались смешанные теории посредством сопоставления отдельных теорий или органического их слияния. Смешанных теорий два главных вида: теории, образовавшиеся из соединения абсолютной с одной или более относительными, и теории, заключающие в себе две или более относительных¹. Н.С. Таганцев в «Курсе уголовного права» разделяет теории наказания по этому же основанию, но называет их по-другому: теории возмездия, теории переходные и смешанные, теории полезности².

С. Будзинский и Н. Таганцев выделяют несколько видов абсолютных теорий.

Теории юридического возмездия. Первое место в этой группе принадлежит так называемой теории нравственного возмездия Канта. Мы не будем на ней останавливаться, так как эта теория была нами подробно рассмотрена выше.

Теория диалектического возмездия. Н.С. Таганцев считает, что всесторонне охватывает содержание наказания гегелевская школа, или так называемая теория диалектического возмездия³. Наказание, учит она, не есть что-либо только целесообразное, а потому случайное; оно есть логический и, следовательно, необходимый процесс развития идеи. В силу этого наказание имеет в виду не чувственный момент страдания, требующий по принципу

¹ См.: Лунев В. В. Преступность XX века: мировые, региональные и российские тенденции. М., 2005. С. 543.

¹ См.: Будзинский С. Указ. соч. С. 382.

² См.: Таганцев Н.С. Указ. соч. С. 470.

³ См.: Там же. С. 472.

равномерности отплаты, а самую сущность преступления и его ничтожность, определяющую необходимость ее обнаружения, уничтожения, поэтому и свою теорию Гегель называет не теорией возмездия, а теорией восстановления. Но, как же происходит этот процесс восстановления?

Для этого нужно припомнить учение Гегеля о преступлении. Неправда, как отрицание воли абсолютной, проходит три ступени: неправду бессознательную или гражданскую, где противоположение существует только фактически, так как каждый из спорящих думает, что право на его стороне; обман, где совершающий таковой хотя и идет против требований права, но, прикрываясь маскою подчинения, так что пострадавший и не подозревает, что его право нарушено; и, наконец, неправда уголовная, когда виновный прямо и открыто восстает против права, отрицая его державность и тем нарушая его и объективно и субъективно в своей собственной воле.

Но сама абсолютная воля, воплощающаяся в законе как понятие трансцендентальное, недостижимая, а потому и посягательства на нее несоизмеримы. Положительное бытие имеет нарушение только в воле самого преступника, который отрицает самого себя, свою разумную сущность, поэтому уничтожение этой преступной воли и будет отрицанием отрицания права, то есть преступления, а следовательно, восстановлением права. Наказание есть обнаружение ничтожества преступления, заявление о его мнимом бытии. Но так как это отрицательное состояние преступной воли имеет качественный и количественный объем, то те же условия, должны заключаться и в наказании, причем это равенство не определяется по материальным свойствам деяния, оно представляется не специфическим равенством, а равноценностью, то есть соответствием меры наказания мере испорченности воли; затем, так как преступление есть одно из явлений, входящих в сферу внешнего бытия, то и от наказания, в его практическом применении, невозможно требовать безусловной равномерности с виною, да притом, замечает Гегель, философии принадлежит только установление общего основного принципа, а не проведение этого принципа в подробностях¹.

Это последнее положение дает, считает Н.С. Таганцев, ключ к оценке всей гегелевской теории: всякая попытка ее прямого применения к отдельным преступлениям представляется неосуществимой.

С. Будзинский критически относится к теории наказания Гегеля: «Эта искусственно и неясно построенная теория выводит понятие о наказании посредством логического процесса, отнимая у него возвышенное нравственное основание. Необходимость наказания основывает Гегель на ничтожестве преступления, следовательно, на необходимости уничтожения его и на соглашении на то преступника. Уничтожить то, что уже явилось, невозможно. Что же касается согласия преступника, оно совершенно фиктивно. Граница уголовной и гражданской неправды ошибочно обозначена Гегелем. Согласно его воззрению, следовало бы все умышленные

криминальных деяний. Все эти процессы повышали криминогенность жизни и деятельности в стране. Рост и безнаказанность преступности самодетерминировали ее дальнейший рост. В предперестроечные годы и в годы перестройки все эти противоречивые криминогенные процессы на фоне серьезного экономического, организационного и политического дисбаланса еще более усилились. Но власти это уже мало волновало.

Контроль над преступностью переживал самый настоящий кризис. Первые попытки реального выхода из него начались в 1995–1996 гг.

В 2003 г. при дальнейшей криминализации общества и интенсивном разрастании численности персонала системы уголовной юстиции (особенно судов) удельный вес выявленных преступников оказался самым низким — 44,8 % от уровня учтенной преступности, а удельный вес осужденных преступников составил всего 28,1 % от уровня той же учтенной преступности. Если же сопоставить число выявленных и осужденных преступников с реальным уровнем преступности в стране, то в России в настоящее время системой уголовной юстиции выявляется не более одного из 10–12, а осуждается примерно один из 16 – 20 реальных преступников. Таким образом, даже при существенно гуманизованном уголовном законодательстве последних лет уголовная ответственность становится еще более выборочной. Общепреventивная роль уголовного закона, уголовной ответственности и уголовного наказания в условиях «героизации» преступников не только на телеэкране, но и в жизни практически сводится на нет.

Кризис поразил систему законотворчества и законодательства, на основе которого осуществляется борьба с преступностью. Он еще больше усугубил давний кризис всей системы уголовной юстиции. Беспомощность и законодательства, и его применения стала особо очевидной в связи с террористическими актами 2002–2004 гг.

С принятием нового УК РФ тенденции в судимости сохранились. Ножницы между преступностью и судимостью, между тяжестью совершаемых преступлений и тяжестью применяемых за их совершение уголовных наказаний продолжали увеличиваться.

Современные методы эмпирических и прогностических исследований могут помочь минимизировать подобные тенденции. Если у нас действительно формируется демократическое, прагматическое общество с рыночной экономикой, то оно нуждается не в новоидеологической и логико-правовой апологии, а в систематическом изучении фактических реалий, которые складываются на основе действующих норм права в целях их постоянного совершенствования.

Российское законодательство, на основе которого осуществляется борьба с преступностью, традиционно плетется за непостоянной, ситуационной политикой, существенно зависящей от настроения «патрона», интересов влиятельных лоббистов (олигархов) и преступных сообществ, не считающейся с правом и интересами народа. Эта «детерминанта» бывает

¹ См.: Таганцев Н.С. Указ. соч. С. 475.

Именно эти плачевные результаты стихийной пенитенциарной политики подтолкнули власти в 1992 г. принять Закон о внесении изменений и дополнений в исправительный, уголовный и процессуальный кодексы¹, направленных на повышение эффективности исполнения уголовного наказания, соблюдение прав человека и постепенное приведение законодательства России в соответствие с общепризнанными международными нормами, касающимися условий содержания заключенных². Реализация этого Закона требует огромных вложений, создания новых ИТК и других мест лишения свободы, переосмысления всей пенитенциарной и уголовной политики. Ожидать решения этих вопросов в ближайшем будущем утопично. Однако само стремление к таким изменениям является тенденцией хотя и запоздалой, но необходимой и позитивной.

Излом криминологических тенденций на стыке сталинского и постсталинского времени вроде бы свидетельствует о существенных изменениях в природе социального контроля в СССР. Однако такой вывод, на наш взгляд, ошибочен. Советский режим за все время существования был по своей сути репрессивно-авторитарным. Но под давлением внешних и внутренних исторических процессов характер авторитаризма тактически менялся. Он приспосабливался к международному мнению, маскировался, латентизировался и как-то смягчался. От методов циничной, открытой, кровавой и массовой расправы над непослушными в 30-е годы он переходил к более тайным, изолированным, менее массовым, но изуверским методам «психушек» для тех же непослушных, методам их негласного «выдавливания» из политической, общественной и даже трудовой жизни, что было равносильно той же смерти, только гражданской. Процесс этот протекал непоследовательно. Таким же путем заполнялись образовавшиеся в тотальном контроле пробелы, часто только декларативно, отдельными демократическими или псевдодемократическими вкраплениями. Тем не менее, репрессивность контроля объективно уменьшалась. Снижалась и его эффективность.

В период горбачевской перестройки этот процесс приобрел более интенсивный, «неплановый» характер. Он все больше выходил из-под привычного контроля властей. История не знала закономерностей перехода от тоталитарного режима к демократическому правовому государству.

В последние 20 лет существования СССР развивался процесс демократизации деятельности системы уголовной юстиции (что, естественно, следует оценить позитивно), но он одновременно сопровождался интенсивным ростом преступности, не столько регистрируемой (она регулировалась), сколько реальной, снижением социально-правового контроля за криминалом и как следствие последнего – ростом латентности

¹ См.: Российская газета. 1992. 21 июля.

² См.: Минимальные стандартные правила обращения с заключенными и Основные правила обращения с заключенными // Сборник стандартов и норм ООН в области предупреждения преступности и уголовного правосудия. ООН, Нью-Йорк, 1992. С. 103-144.

правонарушения, составляющие гражданские проступки, отнести к области уголовных преступлений. Разрешение вопроса о качестве и количестве наказания Гегель совершенно исключает из сферы философии¹.

Теория божественного возмездия. Третий тип абсолютных теорий представляет собой теория искупления вины перед Богом, в ее простейшей форме относящаяся к числу наиболее древнейших. Сущность ее, как замечает А.Ф. Кистяковский, сводится к следующим положениям: «Преступление есть оскорбление божества: оно возбуждает гнев его не только против преступника, но и против всего народа, среди которого он живет; для умиловления божества и смягчения его гнева необходима кара преступника; эта кара должна состоять в пролитии крови, мучениях и телесных страданиях; кровь, мучения и истязания очищают, омывают, искупают вину и умиловляют божество. Этой теорией объясняется практиковавшееся у всех народов в ранний период их жизни принесение в жертву преступников как натуральное очищение, а позднее – принесение в жертву животных как очищение символическое². Мы встречаемся с этой теорией у многих средневековых писателей, у отцов церкви.

Из сущности правосудия вытекают объем карательной деятельности и мера наказания. Преступление есть посягательство на господство права и государственную власть – представителей царства Божия на земле, а под защитой правового порядка находятся полноправные лица, неприкосновенность собственности, семья, государство и церковь. Преступление есть нарушение десяти заповедей, которые должны быть ненарушимы; но при этом преступлением считается только такое правонарушение, при котором виновный восстает против господства права, высказывает полное презрение к верховному порядку, в отличие от простого неповиновения и неправды гражданской.

Чем более непокорства обнаруживает преступник против права, тем сильнее должно быть и наказание, а так как в преступлении заключаются две стороны – внешняя и внутренняя, то и наказуемость определяется по двум основаниям: по значению нарушенных отношений и по интенсивности преступной воли, следовательно, по роду преступления и способу его совершения. Так, например, смертоубийство, как уничтожение образа Божия, является самым тяжким преступлением и требует полного уничтожения преступника – смертной казни. С убийством наравне стоят преступления политические, направленные против существования государства как божеского учреждения³.

Н.С. Таганцев в целом критически относится к этой теории: «мне кажется, нетрудно убедиться: во-первых, что изложение подробностей не вяжется с основной мыслью, что Шталь из области безусловного беспрестанно переходит в область утилитарную и, во-вторых, что его

¹ См.: Будзинский С. Указ. соч. С. 385.

² См.: Таганцев Н.С. Указ. соч. С. 481.

³ См.: Там же. С. 485.

основная мысль, сама по себе взятая, одинаково несостоятельна и с юридической, и с богословской точки зрения. Наказание есть отмщение за нарушенные заповеди Бога, а потому искупление вины преступника; но доказал ли Шталь, что такое представление вяжется с христианской идеей о благодати Божией, с представлением о Христе, с креста учившем прощать врагов своих; доказал ли Шталь, что тюрьмы, плети или виселицы действительно являются искуплением пред лицом Всевышнего? Какой законодатель решится утверждать, что, назначая какую-либо ответственность за то или другое преступление, он осуществлял волю Всевышнего, какой судья осмелится думать, что, определяя меру наказания за известное преступление, он уразумел и оценил всю глубину религиозного падения преступника?»¹.

С. Будзинский также критикует данную теорию: «Эта теория представляет много сближения с прежними теориями божьего возмездия и с теорией Гегеля... Можно ли, следовательно, справедливость, имеющую такое шаткое измерение наказания, называть внешней божьей справедливостью на земле?»².

Таким образом, исходным положением, которое присуще абсолютным теориям в целом, является индетерминистский взгляд на институт преступления. Преступление рассматривается представителями этого научного направления как результат свободной и злой воли человека, который свободно выбирает себе поведение между добром и злом. В силу этого лицо, совершившее преступление, морально ответственно и виновно, поэтому наказание является возмездием преступнику равным злом за зло, причиненное совершенным им преступлением. Возмездие преступнику должно являться для него, по мнению теоретиков-классиков, искуплением совершенного им преступления.

Идея возмездного правосудия имела различные формы: сначала форму религиозного воздаяния (грех и искупление), позднее – нравственного воздаяния (нравственная вина и нравственная ответственность, основанная на признаках свободной воли) и, наконец, форму правового воздаяния (в духе гегелевского правового уравнивания преступления наказанием)³.

В юридической литературе дореволюционной России идеи абсолютных теорий наказания не получили признания. И сам Н.С. Таганцев критически оценивал концепции наказания И. Канта и Г.В.Ф. Гегеля, называя их наказаниями ради наказания, которые лишены всякого практического значения⁴.

«В основу каждой абсолютной теории, – писал профессор С.П. Мокринский, – заложено начало начал, с которым человечество призвано согласовываться и отменить которое не властно»⁵.

¹ См.: Таганцев Н.С. Указ. соч. С. 486.

² Будзинский С. Указ. соч. С. 387.

³ См.: Трайнин А. Н. Уголовное право. Общая часть. М., 1929. С. 8.

⁴ См.: Таганцев Н. С. Указ. соч. С. 487.

⁵ Мокринский С. П. Наказание, его цели и предназначение. М., 1902. С. 10

СССР принять более 20 указов (в некоторые годы принималось по 2 – 3 указа), вносящих изменения и дополнения в разделы уголовного законодательства о наказании, назначении наказания и освобождении от наказания. Некоторые нормы пересматривались по нескольку раз. Большинство новелл принималось для того, чтобы как-то справиться с растущим валом осужденных к лишению свободы без строительства новых ИТК и учредить иные формы отбывания наказания, удерживающие осужденных в изоляции, но не требующие капитальных вложений.

В 1970 г. был издан Указ Президиума Верховного Совета СССР «Об условном осуждении к лишению свободы с обязательным привлечением к труду». Он помогал решать две задачи: государство, с одной стороны, вроде бы не отступало от применения строгого наказания к преступникам – лишения свободы, а с другой – получало дешевую рабочую силу в трудных климатических и производственных условиях (лесоповал в северных районах, вредное химическое производство, урановые рудники и т. д.). В дополнение к этому акту, ежегодно начиная с 1971 г. издавались закрытые и открытые указы об условном освобождении заключенных и направлении их на стройки народного хозяйства.

После принятия указа прямого действия о введении условного осуждения к лишению свободы с обязательным привлечением к труду к 1976 г. было направлено на принудительный труд 726,6 тыс. осужденных. Этого, однако, оказалось недостаточно. В 1977 г. условное осуждение к лишению свободы с обязательным привлечением осужденного к труду и условное освобождение заключенного с теми же последствиями наряду с другими серьезными изменениями норм о наказании и освобождении от него вносятся в основы уголовного законодательства и уголовные кодексы, для того чтобы суды в индивидуальном порядке решали эти вопросы и отпала необходимость издания ежегодных указов. Но это не решило проблему перенаселенности ИТК. Тогда с 1978 г. стали издаваться ежегодные акты амнистий. За 10 лет (1971–1981 гг.) путем освобождения от наказания и амнистий было освобождено из ИТК около 1,5 млн. человек.

В 1982 – 1985 гг. продолжался экспериментальный поиск новых видов уголовного наказания, альтернативных лишению свободы. Однако резкое снижение раскрываемости преступлений и судимости решило проблему переполнения мест лишения свободы. Начиная с 1988 г. тюремных койко-мест стало больше, чем заключенных.

В условиях переполнения мест лишения свободы ухудшались результативность ресоциализации, обеспечения заключенных работой, элементарными бытовыми удобствами, соблюдение прав человека. ИТК, тюрьмы, следственные изоляторы превратились в настоящие университеты преступности. Увеличивался рецидив, росло число преступлений в местах лишения свободы, в них стали возникать массовые беспорядки, захват заложников, террористические акты.

всеохватывающим и всеобъемлющим, то есть тотальным. Деление его на отдельные составляющие условно. Не случайно многие их черты трудно причислить к какой-то одной составляющей.

С позиций охраняемого режима сталинский тотальный контроль можно рассматривать как гениальное изобретение, вобравшее в себя все «лучшее» из прежних авторитарных диктаторских режимов. С криминологической точки зрения такой контроль можно признать «эффективным» и криминальным одновременно. Он подтвердил давно известную мысль: наиболее эффективно бороться с преступностью можно лишь ее же методами. Удерживая на относительно низком уровне уголовную преступность простых смертных, тотальный контроль за поведением и деятельностью людей не «искоренял» ее, а «переплавлял» в преступность властей против своего народа. В силу этого общая результирующая преступности в тоталитарных режимах (коммунистических, фашистских, религиозно-фундаменталистских и др.) объективно вряд ли может быть ниже преступности в демократических странах.

Второй вывод: жесткий многоаспектный социальный контроль над преступностью – печальная необходимость нашего времени. Позитивно криминологически значимым он может быть лишь тогда, когда его удастся построить на демократической и строго правовой основе. Он также может иметь многие составляющие: и экономическую, и правовую, и организационную, и идеологическую, и социально-психологическую, и, несомненно, репрессивную, но в основе этих составляющих должны лежать не абстрактные интересы государства, которые в своем конкретном воплощении являются интересами власть имущих, а законные интересы личности и прав человека.

Необходимо отметить, что в СССР доминирующим видом уголовного наказания (до 60 % и более) было лишение свободы. Содержать преступников в тюрьмах и исправительно-трудовых учреждениях различных типов было дорого даже тогда, когда заключенные занимались изнурительным принудительным трудом, находились в трудных климатических и производственных условиях, плохо приспособленных для жизни бараках с низким уровнем жизнеобеспечения. Новые места лишения свободы практически не строились, а преодоление их перенаселенности, прежде всего, решалось путем уплотнения, ежегодных закрытых и открытых освобождений (амнистий) заключенных и направления их на лесоразработки и химические предприятия; путем внесения многочисленных изменений в разделы уголовных кодексов о наказании, принятия других организационных мер, рождаемых в ГУЛАГе (ГУМЗе, ГУИДе, ГУИНе) МВД СССР. В 1961 г., например, в стране насчитывалось 1 205 ИТК с лимитом мест на 644 049 заключенных, а в 1991 г. колоний осталось 1 053 (как правило, тех же самых), но уже с лимитом мест на 1 136 540 человек, то есть вдвое большим.

Начиная с 1970 г. перенаселенность ИТК и других мест лишения свободы стала хронической. Она вынудила Президиум Верховного Совета

Абсолютные теории представляют собой философскую разработку императивов, требований от наказания соблюдения абсолютных принципов идеально-нравственного, эстетического, религиозного, логического характера. Нельзя во имя безусловного требовать чего-либо от государственной политики, сферы, где все условно и зиждется на компромиссе разноречивых социальных интересов¹.

С полным основанием можно сказать, что русские дореволюционные правоведы в большинстве своем стояли на позициях утилитарных теорий наказания.

Анализируя изложенное, можно сделать вывод: в определенные исторические эпохи ретрибутивизм востребован и актуален. У него есть огромное достоинство: он дает четкий ответ на вопрос о том, какого наказания заслуживает преступник. Однако есть хорошо известные проблемы, связанные с этим принципом: количественное и качественное соответствие наказания преступлению; одинаково будут наказываться преступления, совершенные умышленно и по неосторожности, и т. д. Таким образом, ретрибутивизм не в состоянии сформулировать целостную теорию наказания. Вряд ли также воздаяние и сдерживание могут быть двумя параллельными его целями. Эти разные принципы, скорее всего, приведут к конфликту представлений об ответственности и должных наказаниях, и в результате мы получим противоречивое законодательство. А если так, то ретрибутивизм не может быть общим основанием для системы наказаний.

¹ См.: Мокринский С. П. Указ. соч. С. 11

Глава 2. КОНСЕКВЕНЦИАЛИЗМ КАК УТИЛИТАРНАЯ ТЕОРИЯ ОПРАВДАНИЯ НАКАЗАНИЯ.

§ 1. Общая характеристика оправдания феномена наказания с позиций консеквенциализма

Наказание предполагает преднамеренное причинение страдания нарушителю. Так как наказание причиняет боль или лишения, подобные тем, которые преступник причиняет своей жертве, то необходимо серьезное обоснование для таких действий со стороны государства. В то время как почти все философы соглашались, что наказание, по крайней мере, иногда допустимо, они предлагают различные подходы к тому, как институт наказания должен быть оправдан. Утилитаристы (прагматики), или, как их еще называют, консеквенциалисты, пытаются оправдать наказание, только если оно имеет своим следствием хорошие результаты, которые перевешивают плохие. Ретрибутивисты считают, что наказание оправдано как возмездие преступнику за его злодеяние. Тот, кто совершил преступление, заслуживает того, чтобы с ним обращались плохо. Это вопрос справедливости: если кто-то наносит вред другим людям, справедливость требует, чтобы ему также нанесли вред. «Компромиссные» теоретики пытаются объединить сильные стороны этих теорий оправдания наказания.

Утилитаризм – моральная теория, которая считает, что справедливость определяется балансом хороших последствий и плохих. Согласно утилитаризму наш долг – делать то, что увеличивает количество счастья в этом мире. Джереми Бентам считал, что наказание оправдано, только если оно имеет своим следствием хорошие результаты, которые перевешивают плохие¹. Джон Стюарт Милль идентифицировал хорошее для общества как счастье, зло как несчастье и считал, что необходимо поступать так, чтобы общество в целом было счастливо². Определяя, допустимо ли наказание, прагматики пытаются предположить вероятные последствия выполнения наказания. Поступок (практика) может считаться положительным, если он (она) имеет благие последствия (по крайней мере, не хуже, чем последствия любой из наличествующих альтернатив), и отрицательным, если последствия имеют негативный характер (если последствия хуже, чем последствия любой из наличествующих альтернатив). Исходя из этого, чтобы оправдать систему наказания, мы должны не только показать то благо, которое она обеспечивает (или то зло, которое она предотвращает), но и доказать, что никакая возможная альтернатива не позволит достичь такого же или большего блага ценой меньших издержек. Большинство утилитаристов считают практику положительной или отрицательной в зависимости от того, насколько данная

¹ Bentham J. The Principles of Morals and Legislation. N.Y., 1948. P. 12.

² Mill, John Stuart. Utilitarianism. Indianapolis, 1979. P. 56.

психологические механизмы (общественное мнение, межличностное общение, психологическое влияние, заражение, внушение, подражание, конформизм и страх) формировали сонмы идейных и платных стукачей, доносчиков и приспособленцев, которые бдительно следили за любыми отклонениями в поведении и деятельности ближайшего окружения. Доносы стимулировались широкой уголовно-правовой ответственностью за недонесение о готовящихся или совершенных преступлениях. Доносчики считались героями (например, Павлик Морозов).

Такое отношение к доносчикам, способствующим репрессивным органам в СССР расправляться с невинными по политическим мотивам, оправдано. Но подобное отношение сохраняется и в наше время, когда преступность берет за горло и народ, и власть. Конечно, доносительство, скажем мягче — сотрудничество граждан с системой уголовной юстиции, остро стоит во многих странах мира, в том числе демократических. Общеизвестно, что ни одна полиция не может справиться с растущей преступностью, особенно с терроризмом, без помощи населения. В связи с этим она вынуждена искать различные формы привлечения граждан к участию в борьбе с преступностью в виде конкретной помощи путем оплаты услуг, освобождения от ответственности, сделки преступника с правосудием и т. д. Во многих странах считается разумным и нравственным сообщить в полицию о готовящемся или совершенном преступлении. Это рассматривается как одна из форм заботы граждан о действенном правовом режиме в своей стране, в своем городе, на своей улице. Подобное поведение широко распространено в США. Там персонами года становятся информаторы. В Великобритании даже обсуждался проект закона об информаторах.

Оперативная составляющая включала в себя тайную и явную, государственную и общественную слежку за всеми, особенно за теми людьми, которые по каким-то признакам выбивались из общей послушной колонны строителей коммунизма. Даже в последний год существования СССР, когда тотальный контроль, осуждаемый мировой и отечественной общественностью, сокращал сферу своей деятельности и практически сам разрушался, спецслужбы вели тайное наблюдение и подслушивание за высшими должностными лицами страны, в том числе за Президентом СССР. Одной из действенных форм открытой слежки была строгая система прописки, введенная Постановлением ЦИК и СНК СССР от 27 декабря 1932 г. «Об установлении единой паспортной системы по Союзу ССР и обязательной прописки паспортов».

Репрессивная составляющая интегрировала и венчала тотальный контроль в целом. Она была последней, но не единственной «инстанцией», удерживающей народ и каждого человека в страхе перед нарушением партийно-государственных предписаний.

Краткий анализ основных составляющих контроля за поведением и деятельностью людей показывает, что такой контроль действительно был

гг., в которых на первом месте стояли именно эти интересы. Такие же приоритеты были в деятельности всех правоохранительных органов, в число которых в те годы включались и суды. Все они при борьбе с преступностью в «интересах государства» применяли любые методы, в том числе преступные, попирали честь, достоинство, права человека, причиняли вред здоровью, лишали жизни. Эта установка во властных и правоохранительных структурах пока не преодолена.

Организационная составляющая вытекала из всеохватного и жесткого централизма власти. Руководящим принципом всех советских структур был принцип демократического централизма, который практически представлял собой сочетание фасадного демократизма с жесткой централизацией власти, подчинением меньшинства большинству, нижестоящих органов вышестоящим, полувоенной дисциплиной исполнения решений. В абсолютном большинстве ведомств, предприятий и учреждений действовал принцип единоначалия с широкими дискреционными полномочиями руководителей. Аналогичные принципы действовали в союзной и республиканской федерации и автономии. Вся организационно-управленческая деятельность была конфиденциальной, а ее документация находилась под грифами «Совершенно секретно», «Секретно» или «Для служебного пользования». За разглашение этих сведений существовала уголовная и административная ответственность. На защите порядка подчиненности и конфиденциальности стояли КГБ, МВД, прокуратура, суд, народный и партийный контроль, действия, которых подкреплялись партийными, профсоюзными, комсомольскими, пионерскими и иными общественными организациями, прессой, радио, телевидением.

Идеологическая составляющая выполняла главную функцию духовного подавления инакомыслия. «Единственным держателем истины» была КПСС. Единомыслие обеспечивалось лишением граждан необходимой информации, которая позволяла бы им иметь собственный взгляд на жизнь; действием строжайшего режима секретности, охватывающей все сферы жизни и деятельности, реальные сведения о которых могли натолкнуть людей на размышления; существованием партийно-государственной монополии на печать, радио, телевидение, которые выражали официальную точку зрения; организацией всеобъемлющей цензуры любого печатно или устно обнародованного слова. Нежелательные сведения автоматически относились к государственной, военной или служебной тайне, разглашение которой наказывалось в уголовном, административном, дисциплинарном или партийном порядке. Для выявления фактов разглашения нежелательных сведений и инакомыслия существовали разветвленный тайный сыск и огромный репрессивный аппарат.

Социально-психологическая составляющая обеспечивала доминирование пропартийного общественного мнения. Экономические, организационные, идеологические и правовые аспекты тотального контроля за деятельностью и поведением людей через многочисленные социально-

практика упрочняет или разрушает максимальное счастье наибольшей массы людей.

Философия утилитаризма создавалась в том виде, в котором мы ее понимаем сейчас, в основном, когда в умах мыслителей зародилась идея общественного договора. Эта идея состоит в том, что люди делегировали часть своих прав государству по обоюдному согласию и что через это согласие государство взаимно ответственно перед ними (защита их жизни, собственности, и благосостояния). Большую роль в формировании философии утилитаризма играли Монтескье (1689–1755), Вольтер (1694–1778), Руссо (1712–1778), Беккария (1738–1794), и Бентам (1748–1832). Большинство людей признают тот факт, что многие формы правления построены по линиям социального контракта и утилитарных принципов. Например, представление, что по какой-либо причине могут быть ущемлены многие гражданские свободы, чтобы гарантировать, что государство сможет защитить нас, – социальный принцип контракта. С точки зрения утилитарной перспективы, наказание существует, чтобы гарантировать продолжительное спокойное существование общества и удержать людей от совершения преступлений. Тюрьмы и исправительные центры особенно интересны прагматикам, потому что тюрьмы должны быть наименее дорогостоящим способом достигнуть «боли с целью». Например, большинство прагматиков выступают против смертной казни, потому что это является дорогостоящим способом, тратой человеческого капитала и имеет отрицательный эффект «обратной реакции». Корень в слове «утилитаризм» – «полезность», что означает «полезный». Если что-то полезно сейчас, то это называют актом утилитаризма. Если какое-либо действие, предполагается, принесет пользу в отдаленном будущем (создаст прецедент, чтобы ему следовать в дальнейшем), то это называют правилом утилитаризма. Сдерживание аналогично подразделяют на индивидуальное, или определенное, сдерживание (частная превенция) и социальное, или общее, сдерживание (общая превенция).

Индивидуальное сдерживание часто принимает форму главного принципа, названного «выведением из строя». По этой идее страх перед наказанием или изоляцией (тюрьма) должен лишить возможности человека совершить другое преступление. Индивидуальное сдерживание призывает, чтобы обитатели исправительных учреждений были хорошо охраняемы, и за ними велось пристальное наблюдение. Другие факторы также важны для сдерживания: тип средства воздействия на осужденных, размер срока отбывания наказания в виде лишения свободы, меры исправления и демографического соединения тюремного населения. Кроме того, после отбывания наказания бывший осужденный не захочет больше совершать преступление, так как он точно знает, что его ждет за это.

Общее сдерживание состоит в том, что наказание сдерживает потенциальных преступников, если они знают, что наказание неотвратимо. Конечно, это сдерживание не всегда эффективно, преступления все равно

будут, но их станет меньше, когда преступники увидят, что преступления наказываются. Человек наказан так не потому, что он заслуживает этого, но чтобы у других не возникло желание совершить, то же самое, или подобное преступление. Поскольку преступления приводят к несчастью их жертв, предотвращая преступления (благодаря тому, что они наказываются), мы предотвращаем и несчастья, при этом мы явно предотвращаем больше несчастья, чем вызываем. Так что в целом мы получаем больше счастья, наказывая преступников, чем, если бы не наказывали. Значит, наказание оправдано.

Вот некоторые основные принципы сдерживания с точки зрения консеквенциализма:

- наказание должно использоваться, чтобы обезопасить общество любой ценой;
- заключенных нужно рассматривать как средство до конца их нахождения в исправительных учреждениях;
- служащие правосудия должны быть гипербдительными в обнаружении преступления;
- публика должна знать об уголовной санкции;
- угроза наказания может работать так же как фактическое наказание¹.

И наконец, если правильно применять наказание, то оно может иметь эффект исправления преступников, и тогда он возможно повторно не совершит преступление.

Результатом этих идей явилось то, что стали говорить не о наказании, а об исправлении. В течение XX в. утилитаристская теория наказания в англо-американском мире являлась господствующей (эту теорию также называют консеквенциалистской, то есть ориентированной на результат). Тюремь в соответствии с идеей исправления должны быть перепланированы в реабилитационные центры со штатом психологов, библиотеками, образовательными программами. И на Западе, и в России в полном соответствии с духом утилитаризма вместо слова тюрьма часто употребляется термин «исправительное учреждение» (англ. «correctional facility»).

Возможно, самое общее возражение на утилитарное оправдание наказания состоит в том, что его сторонники ратуют за наказание людей в ситуациях, в которых наказание явно было бы нравственно неправильным. Х. Клоски приводит следующий пример: предположим, что прагматик посещал область, в которой была расовая борьба, и что во время его посещения негр изнасиловал белую женщину. В результате этого стали повсеместно происходить групповые избиения и даже убийства негров, причем при попустительстве полиции. Предположим также, что наш убежденный утилитарист находился рядом с местом изнасилования, но

¹ Walker N. Op. cit. P. 21.

репрессии могли сдерживать преступность, если они сами являются ее важнейшими показателями? Таким образом, необходимо проанализировать существенные различия между политическими репрессиями и уголовной преступностью.

Если некоторые тенденции к снижению преступности действительно были бы причинно связаны с преимуществами социализма, то его дальнейшее развитие закономерно вело бы к последовательному сокращению преступности. Однако этого не произошло. В хрущевский период не только «шел» процесс укрепления социализма, но и «выстраивалась» его высшая стадия — коммунизм, а преступность не только не сокращалась, но и интенсивно росла. Причина стала очевидной: ослабление тотального контроля за поведением и деятельностью людей. Брежневский режим осознал это и пытался вернуть сталинский контроль в несколько либерализованном виде. Однако желаемого эффекта не было. Видимо, криминологически «эффективным» тотальный контроль мог быть лишь в беспощадно насильственном варианте, а к нему вернуть советский народ было уже невозможно. Стихийный дрейф ослабления тотального контроля с некоторыми серьезными рецидивами (например, в годы правления Андропова или в период ГКЧП) проходил до самого развала СССР и продолжается в России и других странах, образованных на его территории.

Попытки как-то использовать сталинский опыт для наведения порядка определенными силами предпринимаются до сих пор. В условиях нынешнего правового беспредела у некоторой части пожилых людей под известным рефреном «тогда был порядок» возникает даже ностальгия по тотальному контролю. Его нельзя упрощать и сводить только к репрессивной составляющей. Кроме нее, он включал в себя экономическую, правовую, организационную, идеологическую, социально-психологическую и оперативную.

Экономическая составляющая — это полная зависимость человека от единственного работодателя — государства, а на практике — от партгосхозноменклатуры. В его (ее) исключительной собственности находились земля, ее недра, воды, леса, основные средства производства (в промышленности, строительстве, сельском хозяйстве), средства транспорта и связи, банки, имущество торговых и иных предприятий, то есть все средства человеческого существования. Желающий выжить в этой стране абсолютно зависел от партгосхозноменклатуры и вынужден был к ней приспособливаться. При любой попытке вырваться из этой зависимости человек оставался без средств к существованию, а то и без свободы.

Правовая составляющая главным образом заключалась в примате прав государства над правами личности. Не было ни одной сферы деятельности, где бы права личности хоть как-то учитывались на фоне прав государства. Везде и всюду право стояло на защите государственно-партийных интересов. Характерным примером могут служить уголовные кодексы 1922, 1926, 1960

Для того чтобы наиболее ярко и рационально продемонстрировать суть данных теорий на отечественной правовой почве, необходимо обратиться к советскому периоду (как проявлению ретрибутивизма), проанализировать современное состояние уголовного права и пенологии (как проявление консеквенциализма) и сделать выводы на перспективу, чтобы понять какая, из данных теорий будет превалировать в ближайшем будущем и почему.

В начале нашего анализа необходимо отметить, что статистические сведения об общем уровне зарегистрированной преступности в СССР и его динамике за предыдущие годы требуют глубокого качественного анализа и весьма критической оценки. Ясно одно, что показатели преступности, будучи исторически конкретными, коррелируемыми с динамикой политических, социально-экономических процессов, с изменениями уголовной политики, уголовного законодательства и следственно-судебной практики, с объективными и субъективными возможностями правоохранительных органов, очень неполно отражают реальную криминологическую обстановку. Однако при всей своей неполноте, относительности и даже искаженности годовые уровни учтенной преступности (судимости), взятые за много лет, неполно отражая криминологическую реальность, более или менее адекватно передают ее основные тенденции и закономерности. Если это так, данные о динамике преступности и судимости в СССР представляют собой реальный статистический факт. А это значит, что было бы большим упрощением полагать, что относительно невысокий уровень регистрируемой уголовной преступности в СССР (при ее интенсивном росте в последнюю четверть века) по сравнению с данными 20-х годов или других стран связан только с ущербным идеологизированным уголовным учетом.

Рассматриваемые статистические факты нельзя объяснить преимуществами социализма, как это делалось в недалеком прошлом. Хотя нельзя отрицать, что определенное улучшение условий жизни в 30-е годы и особенно в послевоенные годы могло позитивно сказаться на уровне противоправного поведения. Но основные причины относительно умеренного уровня преступности в СССР и его снижения в определенные исторические периоды были связаны не столько с чрезмерно идеологизированными «преимуществами социализма», сколько с тотальным государственным и общественным, открытым и тайным контролем за поведением и деятельностью людей, со страхом перед репрессивным режимом.

Попытка автора включить в объяснение причин относительно низкого уровня уголовной преступности и даже ее сокращения в СССР и других социалистических странах тотальный контроль за поведением и деятельностью людей¹ у некоторых может вызвать сомнение², поэтому взгляды в этот контроль глубже. Резонен вопрос: как же массовые

¹ См.: Лунев В.В. Преступность в СССР: основные тенденции и закономерности // Советское гос-во и право. №8. 1991.

² Криминология: Учебник / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой, Г.М. Миньковского. М., 1995.

преступника не видел. Но он знает, что его показания против любого чернокожего подозреваемого детерминирует осуждение последнего. Если он знает, что быстрый арест прекратит бунты и массовые беспорядки, как консеквенциалист, он должен лжесвидетельствовать, чтобы вызвать наказание невинного человека¹. Прагматик должен совершить акт, который, вероятно, повлек бы за собой больше счастья, чем несчастья, и в данной ситуации, исходя из этого требования, он должен лжесвидетельствовать против невинного человека. Но наказывать невинного нравственно недопустимо. В силу этого можно сделать вывод, что утилитарное оправдание наказания несправедливо. Стандартный утилитарный ответ на этот аргумент требует, чтобы мы рассмотрели этот пример более скрупулезно. Как только мы сделаем это, нам станет ясно, что прагматик не станет лжесвидетельствовать.

Т. Сприг в ответ на аргумент Х. Клоски заявляет, что сталкивающийся с решением, представленным в примере, идеальный утилитарист сместил бы центр тяжести оценки последствий на более определенный факт. В данной ситуации это оценка того, что осуждение невинного чернокожего парня причинит большое страдание для него самого и его семьи. И это было бы правильным с точки зрения консеквенциализма, так как мы должны исходить из наиболее возможных проверенных фактов. Здравомыслящий прагматик не будет рассчитывать на то, что поимка насильника прекратит беспорядки, поскольку он не может быть уверен в причине последних. Так как подтвержденные факты более надежны, чем догадки, счастье, наиболее вероятно, максимизируется при принятии морального решения, когда люди придадут больше значения этим фактам. Вследствие этого, начиная с хорошо подтвержденных данных, которые говорят нам о том, что, по крайней мере, несколько человек (невинный человек и его семья) были бы сделаны несчастными лжесвидетельством, прагматик придаст больше значения этому факту и откажется лжесвидетельствовать². Этому аргументу, в свою очередь, можно тоже возразить. В данном случае мы избежали осуждения невинного, потому что перевес хорошего был на его стороне. Гипотетически, с точки зрения консеквенциалистов, он мог бы быть наказан. Но все мы понимаем, что невинный человек не насилует женщину, значит, он не имеет права быть наказанным за это преступление.

Есть еще один яркий пример для иллюстрации критики утилитаризма. Так как утилитаризм исключительно заинтересован в балансе счастья по отношению к несчастью, произведенному действием, то, пытаясь определить наказание, которое нужно для наложения на преступника, необходимо взвесить несчастье, которое было бы вызвано наказанием. Чем больше несчастье, вызванное обидчиком, тем больше количество наказания, которое может быть причинено для этого нарушителя³.

¹ McCloskey H.J. A Non-Utilitarian Approach to Punishment. // In Philosophical Perspectives on Punishment / Ed. Ezorsky G. Albany, 1972. P. 127.

² Sprigge T.L.S. Op. cit. P. 72.

³ Ten C.L. Crime, Guilt and Punishment. Oxford, 1987. P. 143.

Критики утверждают, что прагматики могли бы требовать серьезного наказания за относительно несерьезные проступки. Представьте общество, в котором много мелких воришек и их никак не могут поймать. В этом обществе есть много воровства, общая сумма несчастья, вызванного им, является большой. Вообразите, что один вор пойман и власти решают, как строго наказать его. Если бы эти власти были прагматиками, то они наказали бы его максимально серьезно, например 10 лет лишения свободы, если бы это было единственным способом удержать существенное число мелких воров. Но конечно, для одного вора, который был неудачен или достаточно низкой квалификации, чтобы быть пойманным, такое наказание несправедливо. Прагматики иногда требуют жестоких наказаний за относительно незначительные нарушения¹. Поскольку утилитаризм сосредоточивается исключительно на балансе счастья по отношению к несчастью, которое произведено различными действиями, то правосудие будет зависеть от различных последствий, которые покажутся более значимыми. Вот почему вокруг данной теории оправдания наказания идут оживленные споры.

Возражения против консеквенциализма могут систематизироваться следующим образом.

1. Консеквенциализм является нравственно наступательным. Самый общий тип возражения на эту теорию состоит в строительстве некоторого эксперимента мысли (как мы видели выше), в котором консеквенциализм имеет нравственно недопустимые последствия. Например, утилитаристы подразумевают, что при определенных условиях Вы должны убить невинного человека, чтобы спасти несколько других, или люди должны быть наказаны за преступление, которых они не совершали, органы для трансплантации должны быть взяты от здоровых людей против их желания и т. д. Это морально недопустимо.

2. Консеквенциализм также требует, чтобы наши действия были направлены для достижения лучшего результата. Например, вместо того чтобы идти в кино, человек должен использовать деньги, для спасения жизни голодающих людей в какой-нибудь бедной стране. Исходя из этого, все его действия нравственно неправильно. Поскольку согласно консеквенциализму все, кроме лучшего, нравственно неправильно. Но этого быть не может в принципе. Это кажется абсурдным.

3. Консеквенциализм неполон. При рассмотрении одной и той же ситуации должны сравниваться уровни благосостояния. Консеквенциализм не дает определенные ответы на все вопросы относительно справедливости действий. К сожалению, доминирующее мнение среди специалистов, что проблема межсубъективных сравнений еще не решена.

4. Консеквенциализм не обоснован. Вы имеете подтверждение данной теории, если это – существенный компонент в лучшем объяснении некоторых довольно бесспорных фактов. Но консеквенциализм, кажется, не может объяснить

анализ подрывает нормативное теоретизирование о надлежащих целях и задачах наказания, демонстрируя бессилие и бессмысленность такого теоретизирования, и какова истинная роль философских дискуссий о пенитенциарной политике. Социологам могут поставить в вину их якобы поспешный вывод о том, что исправительные учреждения как пенитенциарный институт не добились никаких успехов, и в качестве возражения задать вопрос: а что вообще можно считать успехом института, который, как правило, имеет дело с правонарушителями с богатым криминальным опытом. Но нет ничего удивительного в том, что исправительные учреждения оказываются неспособными положительно воздействовать на большинство заключенных или предотвратить совершение ими новых преступлений; нам также не следует игнорировать то, насколько успешно исправительные тюрьмы «справляются» со своей функцией причинения правонарушителям физической боли и нравственных страданий. Все это позволяет делать вывод, что исправительные учреждения весьма эффективно служат целям грубого ретрибутивизма, причиняя страдания достаточно изощренные, чтобы удовлетворить общественную и политическую жажду мести, которая не умирает даже в самых цивилизованных пенитенциарных системах. Более того, в отличие от высшей меры наказания – смертной казни, скрытность тюремного быта служит гарантией того, что практика причинения страданий и боли за тюремной решеткой в достаточной мере «оздоровлена» и незаметна, чтобы вызвать к себе вполне терпимое отношение общества, с лицемерным притворством осуждающего насилия.

Подобного рода философско-социологический анализ бросает серьезный вызов нормативному пенологическому теоретизированию. Он напоминает нам, что наказание является общественным институтом, который возможно понять только в философско-социальном контексте, который придает этому институту его практический смысл и определяет его социальные последствия. И хотя такой анализ ясно показывает, что нормативная теория не единственный фактор влияния на наши институты наказания, он вместе с тем демонстрирует, что наш дискурс и вырабатываемые в нем концепции способны каким-то образом повлиять на пенитенциарную практику. И урок тут заключается не в том, что нормативные теории и аргументы являются бесплодными, но, скорее, что нам необходимо выходить со своей аргументацией и концепциями уголовного судопроизводства на более широкую арену, апеллируя к общественным институтам, которые, в конечном счете, и обуславливают применяемую обществом технологию наказания.

§ 2. Ретрибутивизм и консеквенциализм в отечественной практике применения наказания (XX-XXI вв.)

Чтобы теоретизирование не было оторвано от практики, необходима экстраполяция ретрибутивистских и консеквенциалистских воззрений на отечественную уголовно-правовую и пенитенциарную системы.

¹ Ten C.L. Op. cit. P. 143.

которую они могут представлять для общественного порядка), символическую функцию (наложение позорного клейма преступника, что в дальнейшем заставляет свободных граждан дистанцироваться от бывших заключенных), отвлекающую функцию (фокусирование общественных тревог на преступности и конкретных уличных преступниках, что отвлекает общественное внимание от незаконного или социально-вредного поведения власть имущих) и, наконец, ее практическую функцию (власть имеет повод заверять население, что для обуздания преступности «что-то предпринимается», хотя официальные лица прекрасно отдают себе отчет в неэффективности тюремного заключения как меры наказания).

Самый подробный и авторитетный социальный анализ современной пенологии, по нашему мнению, дал Мишель Фуко. Он доказывал, что возникновение тюремного заключения как типичной карательной санкции в современном обществе может быть объяснено местом тюрьмы в более широкой системе дисциплинарных институтов и практик, предназначенных для управления индивидами в самых разных ситуациях и с самыми различными целями. Тщательное изучение Фуко властных отношений в условиях тюремного быта, равно как и его анализ использования психофизиологических данных о конкретном правонарушителе для усиления власти над ним уже в стенах тюрьмы, дают нам парадигму для понимания тюрьмы (и пенологического контроля) как частного проявления характерного современного стиля манипулирования поведением индивида как саморегулирующегося субъекта. Именно поэтому мы и должны рассматривать тюрьму в одном ряду со школой, больницей, психиатрической лечебницей, фабрикой и казармой как институт, в котором проведены четкие границы между отдельными телами и свободным пространством, что позволяет осуществлять за каждым постоянный надзор, а применение дисциплинарных методик имеет целью создание покорного и дисциплинированного индивида-производителя. Фуко полагает, что тюрьма не способна решить свои специфические пенитенциарные задачи, ибо очень мало свидетельств тому, что железная дисциплина и безупречный порядок даже в образцовом пенитенциарном учреждении оказывают сколько-нибудь заметное воздействие на поведение заключенных после их освобождения. Но, доказывает философ, даже неэффективная, с пенитенциарной точки зрения, тюрьма имеет свое предназначение (например, создание четких границ между уважаемыми членами общества и презренными бедняками или концентрация преступных элементов в находящемся под строгим надзором «криминальном сообществе», состоящем главным образом из бывших заключенных), а дисциплинарные принципы, на которых основана тюрьма, настолько глубоко укоренились в наших социальных институтах и культуре, что очень трудно представить себе сколько-нибудь серьезную альтернативу тюрьме.

Подобный социологический анализ должен, разумеется, ответить на ряд критических вопросов. Мы должны спросить, в какой мере латентные функции, выявленные в рамках этого анализа, могут рассматриваться как истинные детерминанты пенитенциарной практики в России, насколько серьезно этот

все факты вообще. Консеквенциализм может использоваться для объяснения его собственных последствий в том смысле, что определенные специфические действия правильны и неправильны. Но такие последствия могут едва быть расценены, как бесспорные факты, и это был бы очень спорный вопрос, является ли консеквенциализм лучшим вариантом объяснения их¹.

Ларс Бергстон считает, что консеквенциализм более неудовлетворителен как моральная теория, нежели приемлем.

В 1950–1960-е годы пенологический дискурс носил преимущественно, хотя и не исключительно, консеквенциалистский характер. На протяжении XX столетия возникновение новых профессиональных сообществ, таких как социальные работники, психологи и криминологи, постепенно изменило и характер уголовного права, и идеологию наказания, разделяемую его практиками. Эти сообщества в меньшей степени ссылались на традиционные правовые и моралистические абсолюты и были в большей степени сторонниками идеи выстраивания пенологической практики на базе научного анализа причин преступного поведения и воздействия профилактики преступности на конкретные формы и методы уголовного наказания. Те же самые программы и концепции, которые легли в основу проекта «государства всеобщего благоденствия», преследовали цель сделать пенитенциарную систему инструментом социальной инженерии, с помощью которой можно было бы упредить совершение преступлений. Наказание могло предотвратить совершение преступления с помощью сдерживания потенциальных преступников или лишения свободы осужденных преступников. Причем, как надеялись адепты этой системы, можно было бы добиться даже больших позитивных результатов благодаря морально-психологическому исправлению и социальной реабилитации преступников. Ретрибутивистские идеи по-прежнему оказывали влияние на практику вынесения судебных приговоров, и негативный ретрибутивистский принцип, гласящий, что только виновных следует подвергать наказанию, все еще пользовался широкой популярностью. А вот позитивный ретрибутивизм, отвергался, как устаревший и реакционный: согласно господствующему консенсусу пенитенциарная политика имела своей целью перевоспитание и образование преступников, и основные споры велись вокруг тезисов о том, какие методы в наилучшей мере способствуют реализации этих реформаторских амбиций. Кое-кто из теоретиков доказывал, что наказание не является действенным инструментом для достижения подобных целей: вместо того чтобы наказывать преступников, нам-де следует обращаться с ними максимально гуманным образом – и это будет куда эффективнее!²

Одна из самых поразительных перемен, наблюдавшихся в последние двадцать лет в мире, – это та решительность, с которой происходил отказ от консеквенциалистских идей и возврат к ретрибутивистской идеологии. Тезис

¹ Ten C.L. Op. cit. P. 145.

² Duff R. Garland D. Op. cit. P. 35.

о «заслуженном возмездии» вновь обрел популярность и стал главным обоснованием наказания (равным образом и для тюремной администрации тюрем, и для чиновников системы пробации), а самые прогрессивные философы занялись переформулированием ретрибутивистских и иных неконсеквенциалистских теорий.

Этот сдвиг является философским аналогом институциональных и идеологических перемен, которые оказывали воздействие на систему наказаний с конца 1960-х годов. Бесспорный крах многих реабилитационных программ, серьезная озабоченность тем, что подобные программы чреватны административным произволом и злоупотреблениями, а также весьма неприятный для прогрессивных политических сил факт, что существенный рост уровня преступности во многих юрисдикциях совпал с появлением реформистских систем наказания, развеяли оптимизм сторонников реформирования пенитенциарной системы. К середине 1970-х идеал реабилитационной практики подвергся серьезной критике, как и пенитенциарный консеквенциализм в целом. Пессимистическое убеждение, что с результатами реабилитационной практики ничего нельзя поделать, стало едва ли не столь же популярным, как реформистский оптимизм в предшествующие десятилетия.

Этот коренной сдвиг стал частью более широкой реакции на консеквенциалистский менталитет и своеобразную сциентистскую социальную инженерию, которая частенько шла с ним рука об руку. То была критическая переоценка укоренившихся к той поре институтов «государства всеобщего благоденствия», которые в 1970-х годах стали восприниматься некоторыми учеными не как необходимый способ решения серьезных социальных проблем, а как канал всевластия бюрократии, которая сама и была источником социальных проблем и притеснения.

Одним из проявлений произошедшего сдвига в моральной философии стало то, что теоретики начали обращать такое же внимание на права преступников, как и на права потерпевших. Распространению этого нового подхода способствовал рост движения за права заключенных как в США, так и во всем мире, которое подвергалось критике «реабилитационный метод», в частности, практику вынесения приговоров с нефиксированным сроком тюремного заключения и явно произвольного и предвзятого отношения к осужденным, проявлявшегося в решениях об условно-досрочном освобождении. Вместо прогрессивистской теории, полагавшей преступника социальным неудачником, нуждающимся в исправлении, возникла новая концепция, сторонники которой исходили из приоритета гражданских прав обвиняемого и необходимости защиты прав заключенных и осужденных от всепроникающего государства и произвола, облеченных властью чиновников исправительных учреждений. Эти возражения касались в первую очередь «реабилитирующей» пенитенциарной практики, которая в своих наихудших проявлениях под прикрытием принципа индивидуального подхода к конкретному заключенному оборачивалась вопиющей несправедливостью и

Исследования в области социологии и истории наказания, хотя они и не всегда непосредственно сфокусированы на нормативных проблемах, вроде только что упомянутых, могут пробудить интерес к вопросу легитимности современных пенитенциарных институтов и обоснованности современной пенитенциарной практики. Исследования такого рода служат нам напоминанием, что суровость наказания может существенно варьироваться и часто является результирующей политических пристрастий и политических векторов, которые имеют малое касательство к собственно системе наказания. Это обстоятельство, в свою очередь, делает весьма проблематичным попытку ввести фиксированные меры наказания, которые якобы будут гарантировать правонарушителям «воздаяние по заслугам». Если, допустим, в рамках одной юрисдикции пятилетний срок тюремного заключения считается заслуженным и пропорциональным наказанием за конкретное правонарушение, в то время как в соседней юрисдикции таковым будет считаться год тюремного заключения, то, как же мы можем рассчитывать создать рациональную систему справедливого наказания, которая не будет зеркальным отражением сбоев нашей конкретной системы?

Анализ воздействия внешних сил и интересов на пенитенциарную практику фактически является «хлебом» социологии наказания. Существует, например, интересная литература о латентных функциях наказания, в которой освещаются способы, благодаря которым пенитенциарная практика может быть поставлена на службу целям, весьма отличным от официально декларируемых. Самый известный пример подобной трактовки наказания – это утверждение Дюркгейма, что ритуал наказания служит для утверждения основных верований общества и для упрочения чувства солидарности законопослушных граждан. Такая трактовка может рассматриваться как социологическая аналогия теорий наказания, которые мы обсуждали выше. Другая латентная функция, которую некоторые исследователи приписывают наказанию, связана с необходимостью «держать стадо в загоне». По утверждению Дж. Ирвина, современная американская тюрьма не имеет никакого отношения к официально заявленным пенитенциарным задачам, скорее, это средство контроля за «подклассом» бедняков, безработных и потенциально асоциальных элементов. Т. Матисен предлагает аналогичную трактовку функционирования европейских тюрем. Официальное обоснование задач тюрьмы как инструмента наказания (сдерживания, перевоспитания, изоляции, возмездия) не может, по его мнению, объяснить широкое применение тюремного заключения как уголовной санкции¹. Неправда ли напоминает нашу отечественную пенитенциарную систему. Нам, скорее, следует обратить внимание на скрытые социальные функции тюрьмы: на ее очистительную функцию (изъятие из социального обращения непродуктивных и подрывных элементов общества), откачивающую функцию (путем физической изоляции заключенных снижается угроза,

¹ Duff A., Garland D. Op. cit. P. 36.

формальной системы правосудия, а сравнительно недавнее возрождение институтов третейских судов, реституции и компенсации в рамках пенитенциарной системы напоминает нам, что система уголовного судопроизводства – только одна из многих возможных стратегий борьбы с преступлением. Прежде чем мы попытаемся сформулировать истинные цели наказания, нам придется задать более фундаментальный вопрос о структуре общества: о том, какой социальный порядок мы защищаем, какой смысл мы вкладываем в понятие «антиобщественное поведение», какой должна быть реакция общества на антиобщественное поведение – формальной и карательной или неформальной и/или не карательной.

Нам также необходимо исследовать понятия, связанные с индивидуальным правонарушением, которые лежат в основе всего нормативного теоретизирования. Уголовное право исходит из презумпции, что любого индивида можно считать «свободным» и «ответственным», пока психическое расстройство или иное смягчающее обстоятельство не переводит его в разряд несвободного. Но нам следует прислушаться к социологическому аргументу, гласящему, что свобода, именно та самая свобода, которая напрямую связана с возможностью привлечь индивида к уголовной ответственности, является опосредованным социальным благом, а не естественным свойством всех психически здоровых индивидов. И как прочие социальные блага, свобода распределяется в обществе неравномерно: стоящие на самом вершине социальной иерархии имеют более широкий потенциал выбора и тем самым больше свободы и больше возможностей для подлинно свободного волеизъявления, чем те, кто стоит на нижних ступеньках социальной лестницы. Преступление, как правило, не есть плод абсолютно ничем не ограниченного выбора свободного гражданина, но итог социально обусловленного выбора, осуществленного индивидом внутри своей социальной ниши. Так что законопослушание (или, во всяком случае, готовность признать, что закон надо уважать) может оказаться куда более трудным выбором для тех, кто страдает от нищеты и иных видов социального неблагополучия.

Затем нам следует спросить: как все это связано с практическим функционированием нашей отечественной пенитенциарной системы? Должна ли социальная обездоленность рассматриваться на стадии вынесения приговора как смягчающее обстоятельство? Но тут нас подстерегает одна опасность: социальное неблагополучие можно трактовать как фактор усугубления «социальной опасности» правонарушителя, что, в свою очередь, приведет к ужесточению тюремного наказания. Если мы пойдем дальше и заявим, что, вместо того чтобы наказывать индивидов, чьи преступления отражают (хотя бы отчасти) неполноту их свободы и ограниченность жизненного выбора, не стоит ли нам искать возможностей для улучшения социальных условий их существования, расширения спектра их возможностей и снижения уровня социального и экономического неравенства?

бесчеловечностью; впрочем, идеология реабилитирующего наказания в лучшем случае рассматривала преступника как объекта манипуляции извне, а не как морального ответственного субъекта¹.

Волна критики консеквенциалистского подхода, не способного уважать моральный статус преступника, прокатилась в 1970–1980-е годы в связи с возникновением новых пенилогических программ, например, проекта «выборочного лишения свободы», который предлагал изолировать от общества на длительные сроки «особо опасных» или «закоренелых» преступников и в то же время поощрял вынесение куда более мягких приговоров за аналогичные преступления, совершенные неумышленно и «неопасными» правонарушителями. Но самая острая проблема, порождаемая подобной практикой, заключается в том, что из-за неточности применяемой нами диагностики степени опасности правонарушителя для общества в том или ином конкретном случае суровому тюремному заключению могут подвергнуться слишком много «лжепозитивов», то есть лиц, ошибочно отнесенных к категории рецидивистов или опасных преступников. Такие люди оказываются в тюрьме не за совершенные преступления, а за то, что они могли бы их совершить, окажись на свободе. Но если мы готовы признать индивида морально ответственным субъектом, то мы по необходимости должны признать за ними право выбора пути законопослушания и подвергать их насилию со стороны государства, только если и тогда, когда они делают свой выбор в пользу неподчинения закону.

Что касается пенитенциарных методов сдерживания, то их сторонники, похоже, рассматривают преступников и потенциальных преступников как рациональных и ответственных субъектов ровно настолько, насколько стратегия сдерживания допускает, что индивид способен действовать с разумной осмотрительностью, то есть осознает неотвратимость наказания как побудительный фактор своего законопослушания и законопослушного поведения. И если бы мы могли быть уверены в том, что наказание является эффективным средством сдерживания, то можно было бы предъявить консеквенциалистские аргументы, оправдывающие применение наказания как действенный инструмент борьбы с преступностью. Но в данном случае можно было бы возразить, что, применяя наказание как дубинку в назидание другим, мы недопустимым образом используем преступника как «всего лишь средство» для достижения такой цели и тем самым нарушаем Кантов моральный императив, гласящий, что к индивиду следует относиться как «к цели», но никогда не как к «всего лишь средству»².

§ 2. Консеквенциализм в отечественной философской мысли

Анализируя понимание данной теории отечественной наукой и практикой необходимо, по нашему мнению, обратиться к трудам

¹ Duff A., Garland D. Op. cit. P. 36.

² Ibid. P. 35.

С. Будзинского и Н.С. Таганцева, отечественных мыслителей, которые одними из первых дали подробную классификацию теорий наказания.

Теории относительные. Преступное деяние, как событие, вредящее общественной жизни, причиняет этот вред теми разнообразными последствиями, которые оно оставляет. Устранение этой вредоносности преступления, устранение прямое или косвенное его последствий и составляет, по воззрению этой группы, единственную и исключительную цель карательной деятельности государства, служит ее теоретическим и практическим оправданием. Но сколь вред, причиняемый преступлением, может быть разнообразен, столь же разнообразны могут быть и цели, к которым стремится карательная деятельность государства: в этом заключается основание разнообразия утилитарных теорий, причем большинство представителей этой группы соединяют в самых разнообразных сочетаниях по несколько таких целей, составляя, таким образом, как бы особую категорию соединенных теорий¹.

Теория устрашения. Наиболее старой теорией устрашения является теория устрашения наказанием лиц, готовящихся совершить преступление. Конечная цель карательного закона, по воззрению этого учения, заключается в том, чтобы осуществлением наказания произвести впечатление, способное удержать преступника от дальнейших посягательств на общественное спокойствие и других от подражания его примеру. Между тем пример, созданный преступлением, хотя и может иногда воздерживать других от задуманного преступления, указывая им всю гнусность порока и злодеяния, но чаще всего он увлекает склонных к этому на ту же дорогу, указывая возможность, легкость, а иногда и способы учинения подобных посягательств. Потому-то государство и должно суровостью казней уничтожить пагубное влияние примера, оно должно наказывать, как говорило наше Уложение 1649 года: «чтобы иным не повадно было так делать», «чтобы иные, смотря на то, казнили и от того злого дела унялись»².

При этом наказание должно не только быть по возможности жестоко, чтобы внушать спасительный страх, но и поражать своим внешним видом, самым обрядом его исполнения. Оттого необходимой принадлежностью этой системы является, по крайней мере, у ее наиболее последовательных сторонников, квалифицированная смертная казнь, исполняемая по возможности при большом стечении народа, публичные телесные наказания, при которых брызги крови и крики наказываемых надолго бы сохранились в памяти зрителей, различные орачительные наказания и т. д.

Наказываемый и его преступление являются не основанием, а только поводом для благотворного воздействия на массы, к подсудимому нет милости и сострадания. Даже, строго говоря, для применения наказания нет особенной нужды, чтобы вина наказываемого была доказана, так как примерность наказания не зависит от этого условия.

История покончила с этой примитивной формой теории устрашения.

¹ См.: Таганцев Н.С. Указ. соч. С. 487.

² См.: Там же. С. 488.

обратившись к своего рода тактическому теоретизированию, которое задается вопросом, что вообще означает «заслуженное возмездие» на практике для конкретных институтов.

Есть и еще одно основание полагать, что философский дискурс о наказании может выиграть от непосредственного обращения к педологическим и социологическим свидетельствам. Речь идет об эмпирической надежности суждений и гипотез нормативной теории. Существует немало важных «данностей» в философии наказания суждения, объективно существующие, но не артикулированные, и допущения, просто принимаемые на веру как данность, которые требуется подвергнуть деконструкции и пристальному анализу. Некоторые из таких «данностей» имеют фундаментальный характер, поэтому, если мы подвергнем их сомнению, это может вызвать радикальную критику всего комплекса наших представлений о преступлении и преступниках.

Например, нормативистские теории наказания часто исходят из предположения, что «преступление» наказуемо. Тогда важнейшей задачей будет выработка адекватной оправдывающей теории наказания (о чем мы говорили выше) и установление приемлемых форм наказания. Но, как указывают аболиционисты, прежде следует прояснить ряд вопросов, касающихся как понятия «преступление», так и обоснованности нашей привычки откликаться на социальные уродства и коллизии, призывая на помощь уголовное законодательство и его пенитенциарный арсенал.

И, разумеется, мы не должны принимать на веру довод, что государство обладает естественной и адекватной властью осуществлять наказание и что ему может быть вверено право регулировать поведение граждан и наказывать нарушителей социальной дисциплины. В связи с этим сомнительны уже сами властные полномочия государства формулировать уголовное законодательство. С одной стороны государство заявляет себя как легитимное воплощение фундаментальных ценностей общества, как если бы эти ценности разделялись всеми без исключения членами этого общества (как если бы и впрямь существовало общество, сплоченное приверженностью этим ценностям), но эта претензия на нормативный властный авторитет сама по себе сомнительна в обществах, где отсутствует консенсус по фундаментальным ценностям или где значительные слои населения настолько далеки от мейнстрима общественной жизни, что трудно ждать от них законопослушания. С другой стороны, государство лишь относительно недавно заявило о своей монополии в области контроля над преступностью и антиобщественным поведением. Вплоть до XIX века многие виды поведения, которые становятся объектом внимания со стороны уголовного правосудия, находились в ведении частных и негосударственных субъектов власти – Церкви, профессиональных гильдий, землевладельца, семьи, работодателя. «Криминальное» поведение до сих пор часто становится предметом разбирательства вне

деле являются потенциальными рецидивистами, которые, останься они на свободе, будут совершать все новые и новые преступления, если вместо них на улице не появится новое пополнение и если их криминальная активность после выхода на свободу не компенсирует преступления, предотвращенные их тюремным заключением.

Сторонники той точки зрения, что наказание в первую очередь должно быть «заслуженным возмездием», равно как и применением пропорциональной кары по справедливости и в недискриминационном порядке, должны помнить о многочисленных способах дискриминации на стадии вынесения приговора и в тех случаях, когда правосудие попирается уже в процессе исполнения наказания. «Вынесение приговора» является лишь элементом длительного процесса, который начинается в тот момент, когда правоохранительные органы или органы прокуратуры решают, каким образом поступить с данным правонарушителем, и который продолжается уже после формальной стадии вынесения приговора в судебном порядке, например, при направлении осужденного в то или иное исправительное учреждение или при вынесении решения о досрочном освобождении. Многие ключевые решения в этом процессе принимаются в менее открытом режиме, чем оглашение судьей формального приговора. Но если мы привержены принципу «заслуженного возмездия», то нам требуются способы контроля за тем, что эти решения выносятся в духе правосудия и что они не носят дискриминационного характера и не базируются исключительно, лишь на административной целесообразности.

Наконец, даже простейшая ретрибутивистская цель сделать виновного преступника объектом сурового обращения может быть реализована только при определенных эмпирических условиях: в частности, при корреляции между пенитенциарным режимом и обычными стандартами жизни преступника. Как отмечает М. Херст, некоторые преступники совсем не испытывают страданий, которое наказание должно бы им причинить, потому что их нормальная жизнь несильно отличается от тюремной или потому что они настолько состоятельны, что, какой штраф на них ни наложи, эта кара не возьмет на них никакого действия¹. Кроме того, в отношении многих правонарушителей, чье финансовое положение уже находится на наименее приемлемом уровне, совершенно бессмысленно применять денежный штраф, который в иных случаях может считаться вполне приемлемой и справедливой формой наказания. Ведь даже если таких правонарушителей приговаривать к штрафу, многие из них все равно окажутся в тюрьме (независимо от возможности выплаты штрафа частями и на предварительный анализ их финансовой состоятельности) за уклонение от уплаты штрафов. Таким образом они в итоге будут подвергнуты наказанию, которое при первоначальном рассмотрении их дела суд счел для них слишком суровым.

Под влиянием теории «заслуженного возмездия» как теоретикам, так и практикам необходимо сосредоточить внимание на этих проблемах,

¹ Duff A., Garland D. Op. cit. P. 36.

Как замечает профессор А.Ф. Кистяковский: «В средние века устрашение было действительным устрашением. По городам на площадях возвышались прочно построенные виселицы, на которых постоянно висело несколько десятков казненных. По временам воздвигались костры, после которых оставался в иных местах лес обгорелых столбов как памятник казней; здесь был выставлен колесованный, там шел ряд кольев с воткнутыми на них головами, в другом месте были прибиты различные члены казненных. Если казнили далеко от места совершения преступления, то части казненных посылались для выставки в том месте. Большие дороги представляли иногда ту же картину. В обществе всегда можно было встретить людей то заклеянных, то без ушей, то без носа, то без руки или ноги, которые отняты были в виде наказания. Чем тяжелее было преступление, чем жесточе хотели наказать, тем торжественнее совершали казнь, с процессиями, народ собирался звоном колоколов. Если нужно было дать особенный урок народу, спрашивали мнение специалистов или спрашивали у судов, какие самые примерные, то есть самые жестокие казни им известны и у них употребляются. Словом, теория устрашения проводилась самым последовательным и энергичным образом; думали отвратить народ от преступления путем, так сказать, наглядного обучения»¹. Смягчение нравов, отмена квалифицированной смертной казни, пыток, осрамительных и тяжелых телесных наказаний, публичного исполнения смертной казни, улучшение условий тюремного содержания устранили возможность говорить об устрашении внешним видом казней. Устрашительность наказания должна заключаться не во впечатлении казней, а в сознании неизбежности наказания. Всякий соблазн к преступлению исчезнет, как скоро укоренится мнение, что за всяким преступлением неминуемо должно следовать осуждение и наказание².

С. Будзинский основателем данной теории считает Фейербаха: «Мысль устрашения посредством угрозы наказанием, хотя доселе почти общепризнаваемую, развил последовательно Фейербах, так что его можно назвать основателем этой теории. Цель государства – сохранить законный порядок. Всякое нарушение закона противно цели государства. Государство имеет право и обязанность предупреждать преступления. С той целью оно должно употреблять физическое принуждение, предшествующее (например, посредством обуздания физических сил лица, устремляющегося нарушить закон) или последующее (принудить к вознаграждению причиненного вреда). Но физическое принуждение не всегда в состоянии предотвратить правонарушения, например, если они касаются прав невознаграждаемых (жизнь, здоровье). В связи с этим необходимо еще принуждение другого рода, которое предупреждало бы преступления, во всяком случае, без предположения сведения о действительно угрожающем данным преступлении. Таково психологическое принуждение, состоящее в поселении

¹ Кистяковский А. Ф. Исследование о смертной казни. СПб., 1896. С. 36.

² См.: Таганцев Н. Указ. соч. С. 490.

в каждом убеждения, что совершение им преступления неминуемо поведет к наказанию, то есть к злу большему, чем неприятность, вызванная неудовлетворением влечению к преступлению: ибо источник всякого преступления есть чувственность, то есть желание доставить себе удовольствие, какое виновник надеется осуществить посредством преступления¹.

С. Будзинский считает, что теория Фейербаха, или так называемая теория психологического принуждения, основана на ошибочном представлении о человеческой природе. Если б угроза наказанием могла удерживать от преступлений, то никто не совершал бы их. Страсть, вовлекающая в преступление, не рассуждает. По большей части преступник питает надежду на безнаказанность, то есть что деяние его не будет обнаружено. Притом трудно полагать, чтобы каждый с такою точностью знал закон, чтобы в данном случае мог определить, будет ли угрожающее ему наказание чувствительнее, нежели лишение себя приятности, ожидаемой от совершения. Так как по этой теории преимущественно дело идет об обуздании чувственных похотей, то она непоследовательна, если обращает внимание на объективные основания наказуемости. Наконец, эта теория ведет к строгости в наказаниях: согласно ей, тем вернее психологическое принуждение, чем более строги наказания².

Теория предупреждения. Теория устрашения во всех ее оттенках имеет в виду объективные последствия наказания, влияние наказания на других, а потому ей и дают обыкновенно название теории общего предупреждения (Generalprevention). Теории, ставившие на первый план субъективные последствия наказания, влияние его на самого преступника, получили название теорий частного предупреждения (Specialprevention).

Теория частного предупреждения основывает цель наказания на предупреждении будущих правонарушений со стороны преступника и согласно этому определяет меру наказания. С. Будзинский основателем превентивной теории называет Грольмана³.

Грольман считает, что целью наказания является уничтожение посредством принуждения в преступнике состояния общеполноценности, обнаруженного учиненным им деянием, причем это принудительное предупреждение зла может быть достигнуто или путем угрозы, заставляющей преступника отказаться от преступных пожеланий, или уничтожением для преступника физической возможности делать зло; таково, например, применение смертной казни, пожизненного заключения или изгнания. В этом отношении Грольман был как бы предтечей нынешней антропологической школы, с той только разницей, что вся его доктрина была основана на априористическом положении – *semel malus, semper talis* («Единойжды зло, всегда таково (лат.)»)⁴. Но по этой теории остается

¹ См.: Будзинский С. Указ. соч. С. 385.

² См.: Там же. С. 386.

³ См.: Там же. С. 387.

⁴ См.: Там же. С. 387.

более частном качественном уровне (например, учитывать снижение общего числа криминальных рецидивов или уменьшение числа серьезных правонарушений на фоне криминальных рецидивов или даже сопутствующие благоприятные сдвиги в поведении и образе жизни осужденного правонарушителя), то станет ясно, что при определенных условиях и в отношении определенных типов правонарушителей этих куда более скромных целей можно достигнуть. Правда, тут многое зависит от качества межличностных отношений, которые довольно трудно реконструировать в рамках сравнительного анализа. Эти проблемы имеют как нормативный, так и эмпирический характер¹. Сам вопрос должен формулироваться иначе: не только «какие меры являются эффективными» для, скажем, снижения числа криминальных рецидивов в России, но и что мы вообще можем считать «эффективным». Должна ли пенитенциарная система ставить во главу угла только цель снижения числа повторных преступлений или еще и иные разновидности исправления поведения и условий жизни правонарушителей. Должны ли мы фокусировать внимание на отдельных правонарушителях и адресных попытках изменить их поведение? Или же основное внимание следует уделять социальным и экономическим условиям, которые являются питательной почвой для преступности и на которые теоретики и практики пенитенциарных систем очень редко обращают внимание.

Изучение сдерживания показало, что это на первый взгляд достаточно простое понятие в действительности имеет довольно сложную и с трудом поддающуюся дефиниции природу и что сдерживающие факторы вообще чрезвычайно не просто установить, поскольку они включают в себя и контраргументы типа «а стали бы эти индивиды вести себя иначе в случае, если бы существовали угрозы наказания, отличные от нынешних?»

Вместе с тем, как и в случае с реабилитацией, сдерживание не зиждется на принципе «все или ничего». Это, скорее, переменная, которая может служить индикатором поведения только в определенной степени, только в определенных ситуациях и только в отношении определенных типов индивидов. Сомнения по поводу эффективности или издержек стратегии сдерживания или реабилитации подвигли ряд аналитиков встать на защиту лишения свободы как единственной меры борьбы с серьезными преступлениями. Один из привлекательных аспектов такого подхода заключается в том, что он вроде бы гарантирует очевидную и безусловную эффективность. Преступники, попавшие в тюрьму, исчезают с улиц от греха подальше, и такой благотворный результат в деле снижения борьбы с преступностью и защиты общества перевешивает любые страдания заключенного и все издержки, связанные с неуклонным ростом тюремного населения и увеличением сроков заключения для преступников в России. Но даже и эту, вероятно, четкую задачу не так-то легко выполнить на практике. Тюремное заключение имеет смысл как мера сдерживания преступности только в случаях, если правонарушители, посаженные под замок, на самом

¹ Duff A., Garland D. Op. cit. P. 36.

Если целью наказания является, например, лишение правонарушителей незаслуженного преимущества, которое они приобретают, нарушая закон, мы должны тогда спросить, насколько приемлемо утверждение, что преступники в наших обществах действительно получают это самое незаслуженное преимущество. Если же целью наказания является четко выраженное возмездие, которого правонарушитель заслуживает за свое злодеяние, то тогда мы должны спросить, а так ли уж часто правонарушители в нашем обществе заслуживают такого возмездия и насколько справедливо это возмездие применяется к тем, кто его заслуживает, и впрямь ли существующие пенитенциарные институты являются эффективным средством выражения этого возмездия.

Также совершенно очевидно, что консеквенциалистский подход к наказанию должен подпитываться адекватным социологическим знанием. Настаивая, что пенитенциарные меры должны применяться для достижения позитивных результатов, таких как сдерживание, исправление преступника или лишение его свободы, сторонники этого подхода исходят из предположения, что существуют или могут быть выработаны такие меры, с помощью которых можно достичь пресловутых позитивных результатов.

Эмпирические исследования показали, насколько важно выработать ясное понимание конечной цели и четкие эмпирические показатели, с помощью которых можно измерить достигнутые успехи. Многие поколения исследователей, занимавшихся анализом «реабилитационной» эффективности пенитенциарных мер и сдерживающего эффекта различных стратегий и методов наказания, так и не сформулировали ясных выводов о том, какие стратегии и меры «работают», а какие нет, главным образом по причине того, что слишком много привходящих факторов включено в сложный процесс рефлексии, благодаря которому различные преступники решают покончить со своим криминальным прошлым. Когда самые первые обзоры научных исследований начали появляться в печати в 1970-е годы, первоначальная реакция на представленные данные свелась к безнадежному возгласу: «Ничего не помогает!» Тогда же раздавались призывы отказаться от амбициозных программ пенитенциарных реформ в пользу традиционных методов наказания и лишения свободы. В дальнейшем, однако, аналитики пришли к выводу, что как реабилитационный, так и сдерживающий эффект наказания были чересчур концептуализированы и переоценены и что для анализа сложных и деликатных социальных процессов необходимы куда более изощренные концепции.

Иными словами если под реабилитацией понимать своеобразный вид трансформации характера и темперамента, когда правонарушители превращаются в законопослушных граждан благодаря применению некоторой универсальной неиндивидуализированной пенитенциарной методики, тогда показатель криминального рецидива сигнализирует, что реабилитация остается невыполнимой задачей. Но, если подходить к этому вопросу с иным мерилем а именно измерять реабилитационный эффект на

нерешенным вопросом о том, почему государство для применения наказания к виновному должно дожидаться учинения им преступного деяния, так как преступность, то есть склонность к преступлению, противозаконное настроение, может быть, несомненно, удостоверена и иными доказательствами¹.

Что касается теории общего предупреждения, то Н.С. Таганцев об этом ничего не говорит, а С. Будзинский называет родоначальником данной теории Бентама и приводит его идеи для характеристики общей превенции. По Бентаму наказание есть принудительная мера для предупреждения преступления со стороны виновного или других лиц. Цель наказания состоит в предупреждении повторения преступления и в удовлетворении, насколько это, возможно, того, кому учинено зло².

Правила о мере наказания вытекают из его цели, то есть из общего и особенного предупреждения:

1) наказание должно быть определяемо в такой мере, чтоб сильно удерживать стремления к правонарушениям, поэтому зло, причиняемое наказанием, должно иметь перевес над ожидаемой от преступления пользой;

2) то, чего недостает наказанию, должно быть пополняемо соответственным его увеличением;

3) чем вреднее преступление, тем строже должно быть наказание;

4) не все преступники должны подвергаться одинаковому наказанию за одно и то же преступление. Надо принимать во внимание впечатлительность преступника или обстоятельства, которыми она вызывается (темперамент, состояние здоровья, представление о чести и пр.).

С. Будзинский считает, что теория Бентама есть отчасти соединение систем Фейербаха и Грольмана, так как она требует общего и частного предупреждения. Однако, по его мнению, теория Бентама наиболее близка к теории Фейербаха³.

Теория исправления. Более распространенной является другая теория той же группы – теория исправления. Конечно, нельзя утверждать, считает Н.С. Таганцев, что вся теория исправления ложна в своей основе потому, что, по взгляду защитников этой доктрины, государство не должно рассчитывать на нравственное перерождение преступника путем моральных внушений, психических упражнений и т. п., ибо такое перерождение было бы утопией, желательным, но недостижимым результатом, а оно должно стремиться приучить преступника обуздывать свои страсти, должно стараться посредством постоянного труда и порядка развить в нем такие привычки, которые делали бы его не хуже других; предохранить его от будущих преступлений, дав ему возможность зарабатывать средства существования, а все это возможно и по отношению к вполне сформированным твердым характерам. Но, тем не менее, нельзя не сказать, что цель исправления,

¹ См.: Будзинский С. Указ. соч. С. 388.

² См.: Там же. С. 389.

³ См.: Там же. С. 389.

поставленная как исключительно оправдывающее начало карательной деятельности государства, представляется, несомненно, не только односторонней, но и во многих отношениях беспочвенной. Эта теория бессильна оправдать рациональность наказания преступников, оказавшихся неисправимыми, многократных рецидивистов и тому подобное. Наконец, устраняя возможность определения точной меры ответственности не только законодателем, но и судьей, она создает возможность страшного произвола тюремной администрации¹.

С. Будзинский также уверен в несостоятельности данной теории: «Теория исправления не разрешает ни одной из задач, которые должны быть разрешаемы каждой уголовной теорией... На чем основать несомненность наступившего уже исправления?»².

Теория заглаживания вреда. Из более старых теоретических построений этой группы особого внимания заслуживает так называемая теория искупления, или заглаживания вреда, основная мысль которой заключается в том, что наказанием должен быть заглажен тот идеальный вред, который преступление причинило. Важнейшим представителем этого учения является Велькер. Государство, наказывая, утверждает он Велькер, должно стремиться достигнуть разумной цели в настоящем или будущем; это разумное свойство наказания определяется свойствами преступления. Когда скоро человек, находящийся в состоянии вменяемости, под влиянием чувственных побуждений совершает сознательное посягательство на правовые отношения, причиняет вред правовому порядку, то его первой правовой обязанностью, условием дальнейшего его существования в обществе является заглаживание причиненного им вреда; это заглаживание вреда и восстановление поправного права могут быть произведены им добровольно, или он будет принужден к тому государственной властью. Вред, который причиняет преступник, может быть материальный или идеальный: материальный вред заглаживается в порядке гражданского правосудия; заглаживание идеального вреда дает содержание карательной деятельности государства.

Заглаживание вреда составляет цель карательной деятельности, которая распадается на 7 частных целей: 1) моральное и 2) юридическое исправление преступника; 3) восстановление уважения и доверия к нему сограждан; 4) восстановление правомерной воли у других лиц, в особенности их морального и юридического уважения к праву; 5) восстановление чести и достоинства пострадавшего; 6) восстановление правомерной воли у пострадавшего и 7) очищение государства от совершенно испорченных граждан. Все эти цели имеют общее правовое основание – уничтожение причиненного преступником вреда, и в этом отношении их осуществление представляется не простым осуществлением полезности, а проявлением начала справедливости; преступник не является простым средством для

¹ См.: Таганцев Н.С. Указ. соч. С. 492.

² См.: Будзинский С. Указ. соч. С. 390.

данность и занимает свою нишу внутри их, так что эта наука отнюдь не задается целью занимать откровенно радикальную позицию по вопросам об альтернативных путях реакции на преступление или применения наказания¹.

Социология наказания, напротив, в куда меньшей степени привязана к существующим институтам и более склонна поднимать базовые вопросы о способах организации и отправлении властных полномочий государства в сфере наказания правонарушителей. Ее главной заботой является не обеспечение максимально эффективного функционирования пенитенциарных институтов, а, скорее, наоборот, исследование взаимосвязей между наказанием и обществом, попытка понять, как функционирует социальный институт наказания, и выявить его роль в общественной жизни в целом. Метод сравнительного анализа применяется для поиска ответа на вопрос, почему различные юрисдикции отличаются, друг от друга в способе применения разных мер наказания, например, в выборе сроков тюремного заключения, или в использовании денежных штрафов, или в непрекращающемся кое-где применении смертной казни. Тонкое сочетание компаративистских и исторических методов используется при анализе корреляций между пенитенциарными атрибутами (например, сроком тюремного заключения) и иными социальными факторами, такими как уровень безработицы, переменные демографические индексы, уровень преступности или сдвиги в политическом сознании и общественном мнении. Существует также давняя традиция социологических исследований внутренней жизни тюрем и прочих «тотальных институтов», прослеживающих характерную динамику и взаимоотношения замкнутого мира, который заключенные и их тюремщики создают за решеткой проволокой. В более общем плане социологи также изучают взаимоотношения между нормативными теориями наказания и социальным, политическим и экономическим контекстом, в котором они возникают.

Подобные исследования часто проникнуты критическим пафосом, который питается не столько ярко выраженной моральной аргументацией, сколько тревожными фактами, которые они выявляют. Далеко не все эти исследования имеют касательство к философии наказания, но некоторые из них так или иначе с ней связаны, так что нормативная философия должна принимать во внимание пенологические и социологические исследования, когда теоретики намерены успешно обосновывать свою аргументацию и примерять ее к реальности. Отчасти тут речь должна идти о выработке более четкого понимания исторической обусловленности, как пенитенциарной практики, так и нормативных пенологических теорий.

Но даже если мы принимаем какую-то нормативную теорию наказания, нам необходимо обратиться к социологическим исследованиям, если мы намерены применить эту теорию к реальной жизни. Это справедливо даже в отношении нон-консеквенциалистских теорий, которые не строят свое оправдание наказания исходя из его, наказания, благотворных результатов.

¹ Duff A., Garland D. Op. cit. P. 51.

такого рода санкциям (как в США, так и в Великобритании) вспыхнул отчасти благодаря стремительно растущим затратам на содержание постоянно увеличивающегося числа заключенных, а отчасти благодаря все более растущему пониманию того, что тюрьма – контрпродуктивная мера, которая способствует скорее росту, нежели пресечению криминальных тенденций. А это одни из самых актуальных вопросов и российской пенитенциарной системы.

Нам необходима принципиальная дискуссия не только о роли промежуточных санкций, но и в более общем плане о приемлемых видах наказания. Какие именно виды наказания должны быть в распоряжении судебных органов? Это проблема, к которой крайне редко обращается философия наказания. Но тем не менее нам следует задаться вопросом, можем ли мы найти некие принципиальные основания либо для применения конкретного спектра наказаний, либо для принятия решений относительно того, какие именно виды наказания приемлемы для того или иного вида правонарушения. Однако как только мы начнем ставить подобные вопросы, нам следует внимательнее отнестись к сложным взаимосвязям между конкретными видами наказания и тугим клубком социальных, политических и экономических факторов, иными словами, мы должны принимать в расчет социальные детерминанты пенологической практики.

До сих пор нас интересовали текущие дискуссии в философии наказания и взаимоотношения между этими философскими дискуссиями и конкретной практикой пенитенциарных институтов и взглядами пропагандистов той или иной пенологической политики. Мы выдвинули предположение, что эффективное теоретизирование о наказании требует более тесного взаимодействия между умозрительной нормативной теорией и конкретной повседневной практикой принятия решений. Теперь обратимся к одному из способов должествующего взаимодействия философии наказания, пенологии и социологии наказания.

Пенология – это практически ориентированная отрасль социальной науки, которая возникла в начале XIX века, развивалась параллельно с эволюцией тюремной системы и прочих недавно возникших институтов современного уголовного судопроизводства. Ее основной заботой всегда был надзор за деятельностью пенитенциарных институтов, исследование и оценка их деятельности и выработка путей более эффективного достижения целей и выполнения задач этих институтов. Впоследствии, в XX веке, эта наука расширила свой кругозор, выйдя далеко за пределы тюремных стен (заявшись изучением probation, практики наложения штрафов, обвинения и судопроизводства и т. п.) и начав создавать себе базу в стенах университетов, равно как и в государственных учреждениях, и, в конце концов, став неотъемлемым разделом новой научной дисциплины – криминологии. В наше время пенологические исследования покрывают весь спектр пенитенциарной практики и администрирования, вплоть до мельчайших деталей. Но в целом пенология принимает существующие институты как

достижения каких-либо посторонних выгод, а жертвою своей собственной вины; через наказание он примиряется с требованиями справедливости.

Другую попытку такого же построения дает Вехтер. Из существа права, считает он, как необходимого условия, упорядочивающего внешние отношения людей в общегитии, вытекает, что противоположение праву – неправо – должно быть устраняемо и уничтожаемо¹.

Теории общественной опасности Янка и Листа. Еще больший интерес для Н. Таганцева и С. Будзинского представляют теории того же направления, между которыми в особенности выделяются теории представителей этого направления: австрийского – Янка, и немецкого – Листа. Для установления понятия о карательном праве, считает Янка, нужно иметь в виду общее понятие о праве и его элементах, а таковыми являются: 1) правовая воля (Rechtswille), то есть авторитетная воля общества как правопроизводящий фактор, источник права; 2) правовое положение как выражение правовой воли, причем совокупность этих положений образует правовой порядок; 3) правовой интерес как содержание права, дающее ему жизнь; эти интересы черпаются из самой жизни, но, раз принятые под защиту права, они образуют правовые интересы и блага; 4) правозащита, правовое принуждение, обеспечивающее и правовые положения, и правовые интересы; всякое право есть вынуждающее право. Разновидностью права является и право карательное; оно есть защита интересов и благ, наказание есть правоохранительное средство. Правовая охрана по существу своему может быть двойка: она может заключаться или в принятии мер против нарушимости правомерного состояния, или в принятии мер, направленных к устранению возникшего нарушения или же к восстановлению нарушенного правомерного состояния; но для карательной деятельности самый последний вид защиты ни в каком случае недоступен, так как для восстановления правомерного состояния наказание просто непригодно, а первый – предотвращение – недоступен, поскольку он относится к предупреждению конкретных нарушений, так как наказание применяется уже после того, как правоохраненный интерес нарушен или сделано на него покушение; наказание выполняет свою задачу, оберегая право от дальнейших на него посягательств.

Общая цель наказания есть, следовательно, охрана юридических интересов путем удержания от будущих преступлений, что может быть достигнуто или посредством внешнего принуждения (физическое удержание, лишение преступника физической возможности вредить), или путем психического воздействия, путем одоления преступных наклонностей, и притом путем воздействия на всех, а в особенности на предрасположенных к преступлению. В этом и заключается главное содержание наказания: наказание должно быть ощущаемо как страдание и должно быть страданием или воздействием на самого преступника исполнением наказания, устрашая

¹ См.: Таганцев Н.С. Указ. соч. С. 492.

его или соответственным порядком осуществления искореня или исправляя в нем преступные наклонности. К этому всегда должно стремиться государство; но, во всяком случае, специальное предупреждение есть второстепенная задача наказания¹.

Лист хотя и называет свою теорию теорией истинного юридического возмездия, но строит ее исключительно на основании принципа целесообразности. Главное значение имеет исполнение наказания, так как карательным принуждением достигается охрана правового порядка. Исправление, устрашение, обезвреживание преступника в видах охраны правового порядка составляют непосредственные результаты наказания; к этим результатам присоединяются другие, дополнительные, или, как их называет Лист, рефлексивные, например, воздействие на других, удовлетворение потерпевшего². Непосредственными результатами наказания определяется и его мера: то наказание справедливо, которое необходимо, чтобы устрашением, исправлением и обезвреживанием обеспечить господство правового порядка. Мера наказания определяется его целью. Трех остальным целям наказания – исправлению, устрашению и обезвреживанию, считает Лист, соответствуют и три класса преступников, так как не надо забывать, что наказание направляется против преступника, а не против преступного понятия. Первую группу составляют преступники неисправимые, повторные, преступники привычки – по отношению к ним общество должно защищать себя при помощи обезвреживающего наказания посредством пожизненного или бессрочного наказания; вторую группу составляют преступники, требующие исправления, преступники, впавшие в преступление по склонности прирожденной или приобретенной, но для которых преступление не сделалось еще второю природою, – для них должно быть назначено исправляющее лишение свободы, и притом не краткосрочное, не менее одного года; и, наконец, третью группу составляют случайные преступники, по отношению к коим повторение учиненного представляется маловероятным; по отношению к ним необходимо энергическое указание на ненарушимость закона, а потому и наказание для них должно быть устрашительно и примерно³.

Н. Таганцев и С. Будзинский также рассматривают «переходные» и «смешанные» теории⁴.

Теории Фейербаха и Бауэра. К группе теорий первого рода Н.С. Таганцев относит прежде всего, теорию выдающегося немецкого мыслителя Ансельма Фейербаха, вызвавшую и ожесточенные нападки, и горячие восхваления. Правда, его теорию психического принуждения причисляют обыкновенно к группе теорий утилитарных; но, как утверждает Н.С. Таганцев, такая постановка не точна.

¹ См.: Таганцев Н.С. Указ. соч. С. 493.

² См.: Там же. С. 494.

³ См.: Там же. С. 495.

⁴ См.: Там же. С. 498.

возможных последствиях для него/нее того или иного конкретного приговора.

Один из ключевых выводов, которые все эти суждения заставляют сделать, заключается в следующем: существует гигантская пропасть между нормативным теоретизированием о наказании, которым, как правило, озабочены философы, и конкретными решениями, которые приходится принимать законодателям в области пенологической политики и «практикам» – судьям и тюремным администраторам. Тут уж никакую общую теорию наказания не применишь, и теоретикам, стремящимся оказать воздействие на пенологическую политику, достаточно было бы обратиться к своим нормативным принципам и показать, как бы их можно было применить на практике в конкретных случаях, вместо того чтобы отдавать кому-то на откуп задачу практического применения этих теорий. Пускай теоретики лишены навыков и опыта, необходимых для выработки конкретизированной политической программы, но они способны понять, что эффективная философия, как и эффективное правительство, требует сочетания широты взглядов с пристальным вниманием к практическим деталям.

Но можем ли мы надеяться (или стремиться) построить такую пенитенциарную систему, которая была бы структурирована только на базе одной стройной нормативной теории наказания? Не лучше ли нам признать, что наказание неизбежно является ареной столкновения противоречивых принципов и конфликтов между принципами и более прагматическими соображениями? Например, А. фон Хирш полагает, что принцип пропорциональности должен стать основополагающим базисом при вынесении приговора: законодатели, влиятельные политики и судьи должны стремиться к созданию такой системы, когда суровость вынесенного правонарушителю приговора будет гарантированно пропорциональна серьезности совершенного преступления, когда наказание могло бы служить выражением приемлемой степени порицания и возмездия. Критики этой точки зрения возражают в том смысле, что, во-первых, мы не можем на практике надеяться добиться надлежащей пропорциональности между преступлением и наказанием; во-вторых, существуют иные принципы, например, достаточность наказания, которые могут вступить в противоречие с требованиями пропорциональности; и в-третьих, чрезмерный акцент на строгую пропорциональность блокирует эффективное применение широкого спектра «промежуточных санкций», получающих все большую популярность у творцов пенологической политики в США и Англии¹.

В ходе введущихся споров в области отечественной пенологической политики, не сделать ли основной упор на роли «промежуточных санкций» (к ним относятся, например, интенсивная пробация, или надзор, крупные штрафы, общественные работы, представляющие собой переходную стадию между тюремным заключением и традиционной пробацией)? Интерес к

¹ Duff A., Garland D. Op. cit. P. 50.

столь сложного института чиновники, ответственные за принятие решений, будут то и дело сталкиваться с нормативными конфликтами, которые невозможно разрешить обычным путем или упредить заранее?

Есть, разумеется, теоретики, которые утверждают, что наказание как таковое, следует отменить совсем. Но вместе с тем правы и те многочисленные их критики, которые утверждают, что сторонники подобной точки зрения стоят на недостаточно радикальной позиции в отношении института наказания. Ибо они молча подразумевают, что некое адекватное оправдание и обоснование государственного наказания должно быть и его следует найти, вместо того чтобы подвергать сомнению обоснованность существования подобного института в принципе. Наиболее серьезной задачей философии в этом смысле является, возможно, не попытка «оправдания» системы наказания, а стремление создать условия для постоянного нормативного контроля и критики мощного карательного аппарата государства путем формулирования ценностей, на основе которых и можно было бы судить об эффективности этого аппарата, и переосмысления его понятийной базы. Ведь в настоящее время существует различие между философией наказания и моральным практически ориентированным пенологическим дискурсом. Последний более озабочен практическими целями пенологической практики, нежели попыткой артикулировать общую нормативную теорию наказания, в частности, целями вынесения приговоров, когда пенологи и чиновники пенитенциарной системы вступают в неприкрыто нормативный дискурс, и именно этот жанр имеет тенденцию превалировать.

Существуют, разумеется, тесные взаимосвязи между обоими этими видами дискурса. Цели, которые пенологическая теория традиционно выдвигала как приемлемые и надлежащие, к которым надо стремиться в практике вынесения приговоров, включают в себя возмездие, сдерживание, перевоспитание, порицание, лишение свободы или «социальную защиту» – цели, которые артикулируются и дебатированы в рамках философии наказания. И поскольку адепты ретрибутивистской философии наказания находят ее обоснование в ретроспективном плане, фокусируя внимание на совершенном преступлении, постольку стремление к возмездию или порицанию путем вынесения судебного приговора подпитывает «правонарушительский» подход, при котором в расчет принимается только характер и серьезность совершенного правонарушения, за что правонарушитель и должен понести наказание. Аналогичным образом, поскольку консеквенциалистские теории наказания уделяют внимание последствиям наказания, постольку и достижение таких целей, как применяемые к конкретному индивиду меры сдерживания, перевоспитания и лишения свободы, служит базой для совершенно иного, ориентированного на правонарушителя подхода при обосновании и выборе судебного приговора, что требует наличия большей информации о самом правонарушителе и

Правонарушение противоречит цели государственной жизни, а потому государственная власть имеет и право, и обязанность устранить возможность подобных нарушений. Такое устранение не может быть достигнуто одними нравственными влияниями – религией, воспитанием, оно нуждается в принуждении.

Принуждение может быть, прежде всего, чисто физическое: во-первых, в виде принуждения предупредительного, препятствования окончанию нарушения, притом или при помощи прямого физического удержания преступника, противодействия его физическим силам, или при помощи получения от него известного материального обеспечения в интересах угрожаемого, во-вторых, в виде принуждения последующего, когда вынуждается у нарушителя возврат вещи или уплата вознаграждения.

Но обе эти формы охраны, очевидно, недостаточны, так как первая имеет в виду только такие нарушения, которые известны государству заранее, а вторая имеет в виду посягательства на вознаграждаемые, материальные блага.

Гражданское наказание есть страдание, которым угрожает государство в законе и которое осуществляется в силу того же закона. Основание этой угрозы заключается в необходимости поддержать общую свободу всех посредством уничтожения чувственных потребностей, влекущих за собой правонарушения. Цель карательной деятельности является прямым выводом из ее оснований, поэтому цель угрозы – уstrasить всех, могущих сделаться правонарушителями; цель исполнения наказания – придание угрозе реального характера.

Из юридических оснований наказания, то есть из необходимости устранить опасность для правового порядка, вытекает и определение меры ответственности, стоящее в непосредственной зависимости от размеров опасности. Эта же величина зависит: 1) от значения права, которому угрожает преступник; 2) объема и количества прав, нарушенных преступлением; 3) степени вероятности исполнения преступления; 4) продолжительности действия мотива, лежащего в основании опасности.

Сама же опасность деяния определяется или по проявлению его во внешнем мире – объективный масштаб, или по свойствам воли субъекта – субъективный масштаб.

Но, Н.С. Таганцев замечает, что эта теория является не только односторонней, но и неверной. Угрозой злом не исчерпывается вся охранительная деятельность государства; устрашение нельзя признать единственным мотивом, удерживающим преступную волю¹.

Целесообразной, по теории Фейербаха, является угроза закона, но не сама карательная деятельность, поэтому Н.С. Таганцев и относит его учение к теориям переходным.

Не устраняет эти упреки и поправка, сделанная в этой теории ближайшим последователем Фейербаха – Бауэром. Не одни чувственные

¹ См.: Таганцев Н.С. Указ. соч. С. 498.

побуждения, утверждает он, являются поводом к преступлению: источник его может заключаться также в слабости нравственного чувства, в недостатке способности вдумываться, в неверном представлении об опасности и преступности деяния и т. д. Все эти условия должно иметь в виду государство, противодействуя преступлению угрозой закона и как устрашая, так и остерегая и предостерегая преступника. Такое предостережение не только необходимо, но и правомерно, поскольку без этого немислимо существование гражданского общества¹.

Но в результате и у Бауэра оправдание наказания лежит лишь в факте предшествующей угрозы, а потому также неразрешенным является сам вопрос о существовании наказания.

Теории Абега, Кестлина и Бернера. Другую группу составляют попытки воссоединения обоих направлений. Прежде всего, сюда относятся немецкие криминалисты гегелевской школы, пытавшиеся смягчить суровые выводы учителя началами полезности.

Так, Аберг приходит к идее примирения обоих принципов историческим путем. Первоначальная форма наказания в виде мести являет в себе зачатки принципа возмездия, отплаты за совершенное; но на второй ступени развития наказания общественного уже на первый план выдвигается интерес общественный, наказание является средством достижения других целей, карательная деятельность становится утилитарной. Мало-помалу государство достигает третьей высшей ступени, где снова принципом кары становится справедливость, то есть разумно-нравственная отплата. Преступление, как неправда, не может в силу этого своего свойства продолжать существовать как неправда – она должна быть уничтожена. Справедливость, которой исключительно служит наказание, создает и нормы, определяющие условия, род и меру наказания. Только само деяние, насколько оно имеет бытие и основание в воле лица, его виновность, служит основанием наказуемости, – в установлении этого принципа и состоит прогресс карательного права. Но при этом не должны быть забыты и утилитарные требования, выдвинутые во вторую эпоху истории наказания. Насколько они соединимы с принципом справедливости, настолько они являются необходимыми моментами, входящими в идею наказания и в его внешнее проявление; только будучи простыми моментами, они никоим образом не могут иметь значение принципов, оснований, начал; они никогда не могут претендовать ни в науке, ни в законодательстве на самостоятельное значение, на руководящую роль. Они должны быть приняты во внимание только, как необходимые моменты².

Другим представителем соединительного направления является, по мнению Таганцева талантливый из гегелианцев-криминалистов – Кестлин. Право, говорит он, есть та форма нравственности, которая обнимает внешнюю жизнь человечества, его общественное единение, неправда же

¹ См.: Таганцев Н.С. Указ. соч. С. 499.

² См.: Там же. С. 499.

считает Ролз, может быть выражено только в утилитаристских понятиях как нечто, служащее интересам общества.

Никто, по мнению Дж. Ролза, не будет утверждать, что цель системы наказания – причинять страдания, соответствующие степени преступления. Что касается конкретного преступления, то, напротив, приговор данному конкретному преступнику может быть обоснован только в категориях его вины, того факта, что он нарушил правила.

Не следует обосновывать конкретное наказание «с точки зрения будущего», то есть в консеквенциалистских понятиях. Законодатель, принимая кодекс, смотрит в будущее. Судья же, применяя его, смотрит в прошлое. Таким образом, и утилитаристы, и ретрибутивисты (по Ролзу) в чем-то правы, и их точки зрения могут быть объединены¹.

Таким образом, можно резюмировать: в рамках современной теории наказания продолжается борьба двух противостоящих друг другу лагерей, очень по-разному представляющих себе смысл практики уголовного наказания. И та и другая теория базируется на фундаментальных (но, возможно, несовместимых) ретрибутивистских и консеквенциалистских принципах обоснования уголовного наказания. И та и другая имеет очень влиятельных сторонников. Тем не менее, продолжается поиск модели, которая могла бы объединить два подхода к созданию единой теории и способствовать не только эффективности уголовного наказания, но и уделять должное внимание вине и возмездию. Но разве так уж логично предположить, что вообще может быть найдено некое унитарное оправдание? Разве не логичнее, напротив, принять аргумент Г.Л. Харта о том, что «всякая морально допустимая трактовка» наказания «должна представить его как компромисс между очевидными и частично противоречивыми принципами»? Согласно «смешанной» теории Харта, «основную оправданную цель» системы наказания следует понимать в консеквенциалистских терминах борьбы с преступностью, но если мы хотим достичь этой цели, нам следует смириться с «побочным ограничителем» правосудия, которое запрещает наказание невиновных или непропорционально жестокое наказание преступников. Эти ретрибутивистские ограничители должны работать при вынесении судебных решений по конкретным делам, даже если они грозят снизить способность системы добиваться общих консеквенциалистских целей. Но в связи с любой «смешанной» теорией встает вопрос о том, является ли такая «микстура» достаточно стойкой для постоянного применения, или же, это всего лишь лоскутное одеяло, сшитое из компромиссов и произвольных решений. Можем ли мы ранжировать различные ценности таким образом, чтобы какие-то из них всегда имели приоритет, например, настаивая, что идеалы правосудия всегда должны превалировать над целесообразностью профилактики преступления? Или же мы должны признать, что в рамках

¹ См.: Муссеев С. В. Указ. соч. С. 172.

основе, но стремящиеся достичь примирения с ретрибутивизмом, были выдвинуты в 50-е годы Дж. Ролзом и Г. Хартом¹.

Рассмотрим более подробно эти теории.

Согласно Харту, мы должны искать ответы сразу на несколько вопросов: что оправдывает общую практику наказания, к кому может быть применено наказание?² Отказ отделить эти вопросы друг от друга и полагать, что на них можно было бы ответить, обращаясь к различным принципам, препятствовал многим предыдущим теоретикам создать приемлемую теорию наказания. Харт заявляет, что первый вопрос (что оправдывает общую практику наказания?) – вопрос «общей цели оправдания» и на него нужно отвечать с позиций консеквенциализма. Второй вопрос (к кому может быть применено наказание?) является вопросом «распределения», и на него необходимо отвечать с позиций ретрибутивизма. Так, общая практика наказания, должна быть оправдана исходя из социальных последствий наказания, а главное социальное последствие – это сокращение преступлений. Но мы не можем наказывать лишь ради наказания. Наказание должно налагаться только за преступление³. Теория Харта пытается избежать того, что, возможно, является тупиком для строительства приемлемой теории наказания. Главная мысль в теории наказания прагматика в том, что практика наказания должна вести к сокращению преступности в интересах всего общества и государства. Но карательные проблемы играют также немаловажную роль: диапазон применяемых санкций, которыми могут оперировать заинтересованные в сокращении преступления, должен быть ограничен карательным принципом, позволяющим наказание обидчика только за проступок. Харт действительно признает, что в определенных случаях принцип, заявляющий, что мы можем наказывать обидчика за нарушение (принцип «возмездия в распределении»), может быть, отвергнут в соответствии с утилитарными проблемами. Но, когда в исключительных случаях мы допускаем наказание невиновного, «мы должны сделать так со смыслом принесения в жертву важного принципа»⁴.

Дж. Ролз, как и Г. Харт, утверждают, что проблема обоснования наказания состоит в ответе не на один вопрос, но на несколько разных вопросов, и это дает возможность для компромисса.

Дж. Ролз начинает с того, что проводит разграничение между системой правил, или институтов (таких как игра, парламент или институт наказания), и конкретными действиями в рамках данной системы правил (например, ход в игре, постановление парламента, решение суда).

Обоснование системы правил, утверждает Дж. Ролз, есть не что иное, как обоснование одного их конкретного проявления. Когда мы говорим о системе наказаний, мы определяем цель, для которой она создавалась. Это,

¹ См.: Муссеев С. В. Указ. соч. С. 170.

² Hart H.L.A. Prolegomenon to the Principles of Punishment // In Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law. N.Y., 1968. P. 3.

³ Ibid. P. 9.

⁴ Ibid. P.12.

является отпадением единичной воли от общей в сфере внешнего бытия; но на всех ступенях неправда есть нечто ничтожное в себе, так как право, по самому своему понятию, является безусловной сущностью всех внешних отношений людей; таким образом, неправда есть нечто мнимое, самоуничтожающееся, требующее отрицания. Это отрицание, уничтожение неправды и составляет наказание. До этого пункта Кестлин вполне верен началам гегелевской школы. Но затем он переходит к такому построению: в карательной деятельности государства необходимо различать, во-первых, руководящий принцип карательной деятельности, из которого выводится и сам масштаб ответственности; а во-вторых - цель наказания. Принцип наказания заключается с объективной стороны в восстановлении права, с субъективной - в искуплении вины. Справедливость требует, чтобы неправда, ничтожное само по себе, и признавалось таковым, чтобы принуждение было уничтожено принуждением; но одна реституция, материальное вознаграждение, представляется по существу уголовной неправды недостаточной, противодействие должно быть направлено на волю, в которой лежит корень преступления, и притом в том же объеме, в каком оно проявилось в преступлении. Таким образом, эта деятельность будет восстановлением по масштабу внутренней ценности; с преступником поступят по тому закону, который он себе создал. Наказание, являясь злом по форме, составляет, по существу своему, благо, так как показывает преступнику ничтожество неразумной его воли и направляется к восстановлению господства разума.

Но принцип восстановления права, прибавляет Кестлин, не исключает возможности достижения наказанием каких-либо полезных целей как для преступника, так и для общества в целом. Отрицание целесообразности наказания составляет существенную ошибку абсолютных воззрений. Если преступление таково, что колеблет общественную безопасность, то наказание должно ограждать общество; если в преступлении проявляется действительная испорченность виновного, то и наказание должно быть исправительным. Когда эти предположения действительно существуют, то они и должны служить руководящим началом при выборе наказания, хотя и остающегося в границах объективного возмездия, и государство не должно употреблять никаких карательных мер, которые были бы несовместны с требованиями полезности¹.

Наконец, с наиболее механическим признаком смешения, а не объединения, по Таганцеву, является третья теория гегелевской школы – теория Бернера. Наказание, считает он, есть акт справедливости, так как им уничтожается неправда и восстанавливается право.

Возмездие не материальный талион, а воздаяние по заслуге, которое соотносится не только с фактом, но и с проявившейся в нем волей, не только с вредом, нанесенным частному лицу, но и с потрясением всего правового порядка. Найти подобную меру – дело опыта, так как при этом должно быть

¹ См.: Таганцев Н.С. Указ. соч. С. 500.

принято во внимание состояние общества, народные нравы, убеждения и т. д.

Непосредственным результатом возмездия является удовлетворение, в нем и заключается цель наказания; она достигается, когда взыскание соответствует характеру и свойствам преступления. Но эта цель не может считаться единственной, рядом с нею должны быть допущены и другие, поскольку они не нарушают принципа справедливости, так как проведение их в этих пределах и составляет задачу государства; они должны влиять не только на способ выполнения наказания, но и на меру ответственности, которая определяется соображениями справедливости и полезности. Возмездие, как выражение справедливости, устанавливает пределы, максимум и минимум, в которых делается выбор наказания по началам исправления и устрашения. Удовлетворяющее, исправляющее и устрашающее возмездие дает защиту государству и праву, восстановление и вознаграждение идеального вреда, обеспечение и предупреждение, в силу чего не теряется ни одна из целей относительных теорий¹.

Итак, во всех этих попытках объединение абсолютного и относительного принципов выражается в том, что, ставя основным принципом правосудия справедливое воздаяние, считая наказание моментом преступления, сторонники его прибавляют, что к этой основной идее, благодаря историческим условиям развития карательной деятельности, присоединяются как дополнительные моменты требования полезности (Абегг) или что эти требования заключаются в самой идее возмездия, в принципе равноценности, соприсущи этой идее (Кестлин), или что идея воздаяния есть идея, устанавливающая пределы наказания, выбор между которыми зависит от соображений утилитарных (Бернер). Но во всех этих взглядах идея полезности не только является неравноправною с принципом возмездия, но и рассматривается как нечто терпимое, допустимое лишь в силу недостатков организации человеческих обществ.

Теории Росси, Госа и Орголана. Следующую группу эклектических теорий составляют так называемые теории справедливости, родоначальником которых является Пеллегрини Росси.

Сущность наказания, считает Росси, заключается в причинении человеку известной степени страдания за совершенное им деяние. Но как можем мы оправдать такой факт? Справедливо ли воздавать злом за добро? Никто этого не утверждает. Справедливо ли причинять зло взамен безразличного или незначительного деяния? Тоже нет. Остается воздаяние злом за зло. Если это делается сознательно и соразмерно, то оно абсолютно справедливо. Совесть и разум неоспоримо убеждают нас в этом. Спросите человека невинного, спросите совесть преступника – ответы их будут одинаковы: он сделал зло и за это страдает, несет наказание – это справедливо. Но мы всегда должны помнить, что наказание может быть правом только в том случае, когда оно налагается на виновника несправедливого деяния; в этом его сущность; как скоро мы хоть на минуту

практику наказания на базе одной-единственной ценности или набора непротиворечивых ценностей. История вражды между лагерями консеквенциалистов и ретрибутивистов, каждый из которых предлагал вполне стройные и логичные, но радикально несовместимые нормативные обоснования наказания. Понятно, что две противоположные позиции в вопросе обоснования уголовного наказания (ретрибутивизм и консеквенциализм) не так просто примирить между собой. Тем не менее, в последние десятилетия делались многочисленные попытки модифицировать эти теории так, чтобы они дополняли друг друга.

В современной литературе предлагаются три варианта компромиссной теории. Она может быть либо ретрибутивистской в своей основе, но делающей уступки требованиям общественного блага, либо по сути консеквенциалистской, но делающей уступки тем или иным ретрибутивистским принципам и, наконец, радикально новой в своей основе, то есть охватывающей и ретрибутивизм и консеквенциализм в равной мере.

Первый вариант компромиссной теории основывается на разграничении сильной версии ретрибутивизма, которая утверждает право и обязанность государства наказывать, и его слабой версии, которая настаивает на обязанности, а обосновывает только право (и утрату преступником права не быть наказанным). Государство, по мнению сторонников слабой версии, использует право карать, только когда оно подкреплено неретрибутивистскими соображениями, то есть государство применяет гибкий подход к наказанию и вынесению приговора, допуская, что консеквенциалистские соображения могут оказаться сильнее изначальной обязанности налагать наказание.

Сильная версия ретрибутивизма явным образом представлена в теории Канта о священном долге государства, наказывать последнего преступника (этой теории также придерживался и Гегель). Слабую версию защищали некоторые современные ретрибутивисты: Росс, Армстронг и Мандл.

Утверждение о том, что слабая версия ретрибутивизма больше соответствует реальной судебной практике, имеет под собой некоторые основания, так как условные наказания, помилование преступников, досрочное освобождение являются характерными чертами современных судебных систем. Право наказывать используется не всегда. Вместе с тем наказание за совершение некоторых преступлений является обязательным

Проблема состоит в том, на каких принципах вынесение наказания основано. Гибкость и смягчение наказаний могут быть следствием принципа «заслуженности» и принимать во внимание степень ответственности. В этом случае компромиссная теория не является уступкой консеквенциализму. Если же несение наказаний будет основываться, прежде всего, на консеквенциалистских соображениях, то теорию наказания трудно назвать ретрибутивистской – от ретрибутивизма в ней практически ничего не остается. Наиболее влиятельные теории, консеквенциалистские в своей

¹ См.: Таганцев Н.С. Указ. соч. С. 500.

юристов и философов XX в. о наказании. Но, как мы видим и он, в своих рассуждениях о наказании, не выходит за рамки этих двух концепций.

Переходя к анализу нормативистского теоретизирования о пенологической политике и пенитенциарной практике необходимо начать с того, что можно выделить консеквенциалистские доводы в пользу как самого факта необходимости формального возмездия за преступное поведение, так и собственно наказания как выражения возмездия, предусматривающего, в частности, суровое обращение с преступником. Возмездие может быть эффективным способом изменения будущего поведения какого-то преступника, а суровое обращение может повысить эффективность возмездия как инструмента сдерживания. Другие, впрочем, полагают, что возмездие следовало бы понимать (и надо понимать, когда мы хотим видеть в преступнике ответственного за свои поступки субъекта) как естественную адекватную реакцию на злодеяние и что наказание как возмездие может иметь оправдание с *non-conсеквенциалистской* точки зрения. Что касается сурового обращения, то некоторые ретрибутивисты доказывают, что оно даже необходимо, когда скоро мы должны подвергнуть преступника некоему виду возмездия, которого он заслуживает. Третьи предлагают некий смешанный вариант: наказание оправдывается ими главным образом в ретрибутивистском смысле как адекватное возмездие, а вот суровое обращение, по их мнению, применяется исключительно для реализации возмездия по консеквенциалистским соображениям – в качестве дополнительного сдерживающего фактора, используемого вместо сугубо морального убеждения, и, следовательно, для повышения действенности правосудия как инструмента профилактики преступности.

Другие (назовем их так) коммуникативные теории наказания представляют наказание как воспитательный или реформирующий процесс, имеющий целью путем сурового обращения с преступником, предусмотренного методикой наказания, вынудить преступника к раскаянию и перевоспитанию и, таким образом, к воссоединению с обществом. Подобная трактовка отличается от тех, в которых наказание предстает как инструмент «заслуженного возмездия». Они предписывают наказанию дополнительные цели, которые не достигаются самим фактом наказания, но зависят от того, как воспринимается наказание преступником, поскольку возможность морального покаяния и перевоспитания зиждется на осмыслении преступником наказания и его эмоциональной реакции на это наказание. И поэтому они ставят своей целью, не столько воздать преступнику по заслугам или должным образом выразить порицание, сколько вступить с ним в моральный диалог, установить с ним гуманитарный контакт¹.

Все разговоры об «оправдании» наказания могут внушить мысль, будто нам необходима некая унитарная теория – такая, которая обоснует

¹ Duff A., Garland D. Op. cit. P. 39.

оставим без внимания соотношение преступления с наказанием – право исчезает и его место занимает акт насилия, самообороны.

Принцип воздаяния не может быть исключительным принципом карательной деятельности государства только потому, что государственное правосудие ограничено, частью в силу ограниченности земных судей, лишаящей их возможности распознать степень безнравственности и приискать необходимые средства отплаты, частью в силу условий существования гражданского общества. Вследствие этого, оставаясь в пределах справедливости, правосудие определяется началом полезности, или, другими словами, полезность служит границей справедливости. Таким образом, человеческое правосудие проявляет смешанный характер: оно состоит частью из предписаний морали, частью – из соображения полезности. Таким образом, в основе наказания лежит идея правды и справедливости, но осуществление ее определяется пользой¹.

Н.С. Таганцев дает подробную классификацию теорий наказания, но сам в итоге высказывает свою точку зрения: «Идея «наказание ради наказания» не находит себе оправдания ни теоретического, ни практического; зло, причиняемое преступнику, лишения, коим его подвергает государство, затраты народного достояния, которые делает государство на устройство дорогостоящих тюрем, на организацию работ, ссылки, на все отправления уголовного правосудия, могут быть оправданы только той действительной или предполагаемой пользой, которую государство ожидает от наказания. Целесообразность, служащая оправданием всех правовых институтов, должна быть необходимым элементом и карательного права»². На основании изложенного можно сделать вывод, что Н. Таганцев и С. Будзинский являются сторонниками утилитарных теорий, но, принимая во внимание их определенные слабые стороны, «понятно, что и при определении сущности и цели наказания нельзя смотреть на человека как на жертву, приносимую на алтарь правосудия, как на объект для экспериментов охраны общественного порядка, объект опытов, оказывающихся нередко совершенно неудачными»³.

Таким образом, второй основной теорией, оправдывающей наказание, является консеквенциализм, который исходит из принципа «цель оправдывает средства». Эта теория имеет своих сторонников и противников, свои сильные и слабые стороны, востребована на отдельных этапах развития общества, на других неприемлема, поэтому данная теория также не может быть унитарной теорией наказания, в полной мере удовлетворяющей философов, пенитенциарных теоретиков и практиков.

В последние столетия предпринимались и предпринимаются попытки создать унитарную теорию наказания, которая устраивала бы всех, но так как поиски продолжаются, то можно сказать, что это еще никому не удалось.

¹ См.: Таганцев Н.С. Указ. соч. С. 501.

² См.: Там же. С. 497.

³ См.: Там же. С. 497.

ГЛАВА 3. НОРМАТИВИСТСКИЕ ТЕОРИИ И ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ НАКАЗАНИЯ В СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ.

§ 1. Социально-философское и нормативистское теоретизирование, о пенологической политике и пенитенциарной практике

Пенология и пенитенциарная практика никогда не оставались узким делом юристов. Проблема наказания всегда будоражила общество, и особенно ярко это было заметно в XX веке. Поэтому ведущие социологи и философы не могли не откликнуться на потребность осмысления наказания.

П. Сорокин следующим образом понимает суть наказания: «одно из простейших определений наказания будет гласить: наказание есть акт или совокупность актов, вызванных преступлением и представляющих реакцию на акты, квалифицируемые как акты преступные»¹. И дальше продолжает рассуждать, что всякое наказание представляет какой-нибудь акт – физический или психический, безразлично – это само собой очевидно. Но не менее очевидно, что не всякий акт может быть карательным актом, а только акт, обладающий специфическим признаком. Каков же тот логический момент, который простой акт делает карой? – Таким логическим моментом является именно то обстоятельство, что кто-нибудь совершает этот акт как реакцию на поступки, кажущиеся ему преступными. Именно в том, что определенный акт индивида вызван преступлением, именно в этом обстоятельстве лежит логическое условие бытия кар. Все другие указывавшиеся признаки кар не могут быть отнесены к числу конституирующих признаков. Например, общераспространенное утверждение, что всякая кара состоит в наложении на преступника страданий и лишений, – само по себе неприемлемо. Неприемлемо потому, что не все страдательные акты – акты карательные. Можно причинить человеку страдание, но оно может и не быть карой. Например, причинить «страдание, любя», ради пользы любимого человека; врач часто при операциях причиняет страдание, – но едва ли кто будет его акты называть карой; точно так же, взимание податей с бедных часто причиняет им страдание, но едва ли эти акты они осознают как акты карательные; исполнение ряда «прав» часто неразрывно связано со страданием для «обязанного», но он не квалифицирует акты правомочной стороны как акты карательные. Наконец, кто-нибудь может случайно, по неведению толкнуть, ранить и искалечить другого, т. е. причинить ряд лишений и страданий, – но едва ли кто назовет акты первого карой.

Но страдание, лишение и вообще зло, не являясь условиями, конституирующими наказание, все же, весьма тесно связаны с ними в том смысле, что карательный акт почти всегда есть акт, причиняющий

¹Сорокин П. А. Преступление и кара, подвиг и награда. Социологический этюд об основных формах общественного поведения и морали. М. 2006. С. 168.

представлено в наиболее ясном, «идеальном» виде. Фактически в демократических странах тюрьма также занимает центральное место, как и в тоталитарных обществах, и не она служит правосудию, а правосудие служит ей. «...Тюрьма – не дочь законов, кодексов или судебного аппарата; ...она не подчиняется суду и не является послушным или негодным инструментом исполнения судебных приговоров или достижения желанных для суда результатов; ...как раз суд занимает внешнее и подчиненное положение по отношению к тюрьме»¹.

Д. Гарланд, суммируя основной тезис финальной части книги М.Фуко, пишет, что в контексте современного общества процесс наказания не отличается существенно от обучения или лечения и имеет тенденцию представляться просто расширением этих, менее принудительных, процессов. Это порождает два важных результата. Во-первых, современные «наказания по закону» начинают рассматриваться как все более легитимные и менее нуждающиеся в оправдании, чем более ранние формы наказания, которые выглядели как ущерб или принуждение. Во-вторых, законные ограничения, которые раньше окружали власть наказывать преступника – связывая ее со специфическими преступлениями, ограничением ее длительности, гарантиями прав осужденных – постепенно сходят на нет. Право наказания становится гибридной системой комбинации принципов законности с принципами нормализации. Юрисдикция пенологического права, таким образом, расширяется, и санкции применяются не только за «нарушение закона», но и «за отклонение от норм»². К этому можно добавить, что Фуко одним из первых поставил вопрос о фактическом отказе от одного из самых фундаментальных принципов уголовного права – презумпции невиновности. Дело в том, что континентум «наказание – коррекция» стремится к усилению превентивных мер. Что означает профилактика преступлений в реальности? С одной стороны – это создание окружающей среды, в которой сложнее совершить преступление, с другой – выявление и коррекция поведения «потенциальных преступников». Где граница между помощью подростку «из неблагополучной семьи» и обращением с ним как с потенциальным преступником? Границы между преступным и не преступным поведением начинают размываться.

Из выше изложенного можно сделать вывод, что наказание в Европе до начала XIX в. Фуко рассматривает через ретрибутивизм. Но с начала XIX в., картина меняется и тюрьма, первоначально рассматривавшаяся как место изоляции преступника от общества, стала дополнительно рассматриваться как дисциплинарный институт, основной задачей которого было исправление личности преступника, при помощи различных средств. Таким образом, наказание становится утилитарным. Труды Фуко подводят итог спорам

¹Фуко М. Указ. Соч. С. 440.

²Garland D. Op. cit. P. 151.

«избыточного населения» и контролирует «опасный класс». В особенностях уголовного законодательства марксистские теоретики видят явно выраженные классовые интересы доминирующих слоев общества¹.

Фуко утверждает далее, что существование класса делинквентов, может быть использовано для обуздания других видов незаконных (или нежелательных властям) действий различными способами. Во-первых, полицейские методы (создание сети агентов, аресты и т.д.) и постоянный надзор могут быть использованы для политических целей.

Вторым важным моментом является то, что хищническая природа делинквентности (которая направлена в действительности против малоимущего класса) делает делинквентов объектом ненависти со стороны рабочего класса, которые начинают требовать, чтобы был установлен «закон и порядок».

Наконец, понимание, что преступление часто ведет к тюремному заключению и включению в класс преступников, значительно снижает желание нарушать закон среди уже законопослушных граждан. Вокруг преступного класса формируется целая мифология о его опасности, коварстве, крайней жестокости, что приводит к его дальнейшей изоляции от законопослушных граждан.

Ко всему прочему, тюрьма полезна тем, что вокруг нее образовалось несколько групп достаточно высокооплачиваемых экспертов, для которых исчезновение тюрьмы будет катастрофой. К этой группе Фуко относит криминологов, психиатров, психологов и социальных работников.

С этих позиций тюрьма не так хорошо контролирует преступность, как контролирует рабочий класс, создавая (а, не предотвращая) делинквентность. Это и является основной для продолжающего успешного существования тюрьмы. Конечно, это совершенно иное, чем то, что открыто, провозглашают доминирующие группы общества.

Фуко настаивает, что эти функции тюрьмы были распознаны, и затем сформировалась сознательная стратегия, основанная на их использовании.

Тюрьма сохраняется именно благодаря своей несостоятельности в борьбе с преступностью, а не по каким-то иным причинам, – заключает Фуко.

По мере усиления степени девиантности поведения, усиливается наказание. Но принцип надзора, дисциплины и коррекции остается единым. Степени градации девиации установлены, специализированы, и компетентные власти (обладающие знанием и правом принуждения) классифицируют, дифференцируют, иерархизируют и наказывают – от простой коррекции отклонения от нормы до наказания преступления. Фуко стремится продемонстрировать сходство западного общества с обществами, где господствуют тоталитарные режимы. Он показывает, что все западное общество пронизано надзором и дисциплиной, и тюрьма – только один из дисциплинарных институтов, в котором отношения «власть – знание – тело»

¹ Chambliss W. Toward a Political Economy of Crime // Theory and Society. №2 Summer, 1975. P. 149.

преступнику страдание и лишение (зло)¹. Сорокин считает, что «на вопросы: почему за преступлением следует наказание, ... почему наказание принимает всегда отрицательную по адресу преступника реакцию, ... – мы отвечаем, что это вопросы праздные, ибо такова причинная связь, ибо так это должно быть в силу того, что это так»².

Итак, для того чтобы преступление по адресу кого-нибудь вызвало со стороны ли адресата или со стороны других карательную реакцию, необходимо: а) сходство квалификации акта той и другой стороной в качестве преступления. Если этой «однородной оценки» нет, – не будет и реакционных эффектов. А так как эта однородная оценка зависит, в конце концов, от одинакового понимания должных, запрещенных актов – то необходимо единство морального сознания; б) кроме этого психического единства, необходимо еще и сходство самих форм объективации психических переживаний³.

Кроме того, уверен Сорокин, если производить «очную ставку» актов преступных и карательных, то здесь обнаружится или полное тождество, или полная эквивалентность. Доказательством служит закон талиона, некогда имевший повсеместное распространение. Он указывает на полную тождественность акта преступного и карательного.

Согласно ему: преступления – наказания, вырвать око – вырвать око, вырвать зуб – вырвать зуб, сломать ногу – сломать ногу и т. д.

Но и в тех карах, которые не являются талионом в таком чистом виде, соотношение наказания и преступления, перестав быть тождеством, превращается в эквивалентность, что видно из изречения «воздай злом за зло», лежавшего в основе почти всех карательных систем.

Помимо этого, тождественность материальной природы каждой пары видна из того, что на протяжении истории акты преступления и наказания, приблизительно одинаковы.

Убийство считалось за преступление, убийство же было и наказанием. Разбой и грабеж были преступлением, конфискация и отдача на поток и разграбление (что является актом разбоя и грабежа по отношению к преступнику) были и наказанием. Различные акты насилия были в рубрике преступлений, такая же строка имеется и в рубрике наказаний. Оскорбление чести считалось преступлением, лишение чести выступает как вид наказания. Истязание во многих случаях составляет преступление, истязания же фигурируют и в качестве наказаний. Точно так же всякое преступление есть наказание того, против кого направлено преступление, и, наоборот, всякое наказание по своему материальному характеру есть преступление по отношению к преступнику.

¹ Сорокин П. А. Преступление и кара, подвиг и награда. Социологический этюд об основных формах общественного поведения и морали. М. 2006. С. 170.

² Там же. С. 176.

³ Там же. С. 179.

«В чем же в таком случае их различие!»¹ – задает вопрос Сорокин. И сам дает на него ответ: «Оно заключается не в материальном характере актов, а исключительно в том, что преступление есть причина, а наказание – следствие. С внешней точки зрения здесь нет больше никакого различия. Поэтому, анализируя извне цепь преступлений и наказаний, в каждом данном случае мы можем рассматривать как преступление лишь акты, вызывавшие наказание»².

Таким образом, социолог с мировым именем П. Сорокин, рассуждает о наказании в рамках ретрибутивистского подхода. Во-первых, это заметно во внешнем проявлении – он использует термин «кара», а не наказание; во-вторых, по сути, наказание у него является эквивалентным преступлению, а их разница заключается только в том, что преступление – причина, а наказание – следствие.

Теперь взглянем на проблему наказания через призму учения Э.Дюркгейма. Его место в общей социологии известно, и даже не будем касаться его. Ни одно исследование соотношения морали, религии и права не может обойтись без обращения к Э.Дюркгейму, и тем более проблема наказания.

Основу своей социальной теории Э. Дюркгейм заложил в работах «О разделении труда в обществе» (1893 г.) и «Правила социологического метода» (1895 г.). Эти две работы открыли новую эпоху в мировой социальной мысли и социологии. В них Дюркгейм ввел основные понятия своей социологической теории, которые потом повлияли на его более поздние исследования наказания, самоубийства, религии, образования, морали и других социальных феноменов.

При рассмотрении проблемы наказания у Дюркгейма необходимо начать с такого социального явления, как солидарность, которая делится на два типа – органическую и механическую.

Механическая солидарность представляет собой социальное явление, возникающее в таких типах общества, где все его члены очень похожи друг на друга. Наиболее близкими к идеальному типу общества с механической солидарностью являются небольшие общества с примитивной экономикой и минимальным разделением труда, которое разрушает механическую солидарность. Именно благодаря механической солидарности возникает такой феномен, как преступление и последующее наказание. Дюркгейм пишет: «Не следует говорить, что действие возмущает общее сознание, потому что оно преступно, но что оно преступно, потому что возмущает общее сознание»³. Разделение труда в обществах с преобладающей механической солидарностью – минимальное, с небольшим набором социальных ролей и невысокой специализацией членов общества.

¹ Сорокин П. А. Преступление и кара, подвиг и награда. Социологический этюд об основных формах общественного поведения и морали. М. 2006. С. 206.

² Там же. С. 206.

³ Дюркгейм Э. О разделении общественного труда. М, 1991. С. 82.

заклоченных и т.д. Фуко пишет, что эта несостоятельность начала демонстрироваться критиками тюрьмы еще в 20-е гг. XIX в., но, тюрьма, провалившись в пенологическом смысле, начала играть большую политическую роль.

Фуко, описав всю несостоятельность тюрьмы, ее неэффективность в борьбе с преступностью, задается кардинальным вопросом: почему, несмотря на уже очевидную неэффективность, тюрьма продолжает существовать?

Фуко называет два главных основания существования тюрьмы в наши дни. Первое состоит в том, что тюрьма глубоко укоренена в современном обществе. Фуко имеет в виду дисциплинарный характер общества в целом, его практики поддержания дисциплины и порядка в разных институтах, очень похожих на тюремные (казармы для военных, психиатрические лечебницы, школы-интернаты и другие институты). В целом тюрьма является как бы метафорой современного общества, с его тщательным распорядком дня, сложными правилами поведения, необходимостью контролировать свое тело.

Второе основание состоит в том, что тюрьма выполняет в обществе некоторые очень важные функции. Фуко, полагает, что эти функции состоят как раз в несостоятельности тюрьмы. Он задает вопрос: кому выгоден рецидивизм, делинквентность, возникновение криминальной среды? Рассмотрев политическую ситуацию во Франции в 1840 – 1850 гг., Фуко приходит к выводу, что тюрьма очень выгодна для поддержания политического доминирования тем, что отделяет преступление от политики, разделяет рабочий класс, ослабляя его (противопоставляя законопослушных пролетариев преступникам).

Фуко затем утверждает, что для системы доминирования, которая зависит от уважения к закону и собственности, необходимо гарантировать, что установки на нарушение закона и нелегальность не станут широко распространенными или популярными. Так же очень важно, чтобы они не стали связанными с политическими проблемами. Поэтому создание класса делинквентов имеет свои положительные стороны. Делинквенты не представляют собой политически опасной группы: в основном они совершают преступления против собственности граждан. Но они крайне редко покушаются на собственность власть имущего класса: она хорошо охраняется, и такие случаи очень тщательно расследуются. Поэтому жертвой являются представители бедных классов, среди которых и орудуют делинквенты. Это создает в низших слоях общества потребность в защите со стороны полиции, поэтому создаются благоприятные условия инфильтрации низшего класса полицией и полицейскими агентами. Созданием хорошо очерченного класса преступников-рецидивистов, тюрьма гарантирует, что рецидивисты хорошо известны властям, их легче контролировать и держать под надзором полиции. Здесь заметно отличие концепции Фуко от марксистской теории делинквентности, которая более прямолинейно утверждает, что капиталистическое общество так решает проблему

благодаря этому тюремные власти получили значительную автономию и полномочия для успешного выполнения своих задач. Это вызвало к жизни новую версию деспотизма и предвзятости (преступники, получившие одинаковые сроки тюремного наказания за одно и то же преступление, могли иметь различную «внутри тюремную карьеру» и оказаться на свободе в разное время), которая подвергалась критике в старой системе наказания.

Новые функции тюрьмы позволили повседневно наблюдать за преступником, описывать его, оценивать и на основе полученной информации – переделывать. Эта информация (об индивидуальном поведении каждого преступника в тюрьме) прежде не была доступна для экспертов. Теперь на ее основе появилась новая научная дисциплина – криминология. Фуко делает несколько очень интересных утверждений по этому поводу. С точки зрения закона, преступники ничем не отличаются от всех остальных граждан, кроме того, что они совершили преступление. С точки зрения тюремных инспекторов, они очень отличаются от нормальных людей.

Так тюрьма создала новый тип человека – «делинквента», который обладал персональными характеристиками, отличными от «нормального» человека. «В момент, отмечающий исчезновение заклеянного, расчлененного, сожженного, аннигилированного тела пытаемого преступника, появилось тело заключенного, дублированное индивидуальностью «делинквента», маленькой душой преступника, которую создал сам аппарат наказания как точку применения власти наказывать и как объект того, что до сих пор называется пенитенциарной наукой»¹.

Итак, мы подошли к очень важному пункту социологии наказания Фуко: тюрьма не открыла существование делинквентов, она их создала! По Фуко, тюрьма производила делинквентов двумя способами. Один – это создание реальных условий для рецидивизма и появления рецидивной преступности. Это практическое или фактическое порождение делинквентов тюрьмой. Второй – это создание делинквентов как категории знания, создание особой эпистемологии делинквентности, благодаря введению понятия «преступного индивида». Тюрьма позволила создать такую абстракцию, «абстрагировав» индивида от общества, сделав его непрерывно видимым и поэтому удобным объектом изучения, классификации, диагностики и манипулирования. Так возникает систематическое знание о «делинквентах», которое потом дает возможность этих делинквентов отыскивать, диагностировать и т.д. Таким образом, криминология была создана благодаря власти над телами заключенных, на основе режима «власть – знание», а не на непререкаемой истине.

Фуко считает, что несостоятельность тюрем выразилась в том, что они не снизили уровня преступности, начали порождать рецидивистов, создали в своих недрах криминальное сообщество, привели к краху многие семьи

¹ Фуко М. Указ. соч. С. 372.

В целом, механическая солидарность прямо пропорциональна гомогенности общества и обратно пропорциональна его гетерогенности.

Концепция органической солидарности введена Дюркгеймом для описания характера социальных институтов в обществе с развитым разделением труда, с очень высоким уровнем профессиональной специализации. Так же по Дюркгейму, динамическая плотность населения растет прямо пропорционально степени разделения труда. Индивиды становятся все более отличными друг от друга. Их мировоззрение, вкусы, интеллектуальное развитие, способы проведения досуга начинают все более и более отличаться с ростом органической солидарности.

С ростом органической солидарности растет индифферентность индивидов ко многим событиям, происходящим в обществе. Дюркгейм полагал, что существует историческая закономерность эволюции общества от преобладания механической солидарности к преобладанию органической солидарности. Фактически рост органической солидарности, с точки зрения Э.Дюркгейма, почти совпадает с экономическим ростом общества, поскольку последний характеризуется все более растущим разделением труда.

В раннем периоде своего творчества Э.Дюркгейм жестко связывает преступление и наказание с механической и органической солидарностью. В более поздние периоды своего творчества он пытается по-иному объяснить феномен наказания. Основным измерителем социальной солидарности у Э.Дюркгейма выступает право.

Сначала рассмотрим раннюю концепцию эволюции права у Э.Дюркгейма. В своей ранней работе «О разделении общественного труда» Дюркгейм пытается найти способы исследования важнейшего для его социологии феномена – социальной солидарности. Поскольку солидарность – это «явление чисто моральное», то нужно найти достаточно «осязаемые» переменные, являющиеся индикаторами интенсивности и типов солидарности. В качестве такого индикатора Дюркгейм видит институт права.

Для классификации форм права Дюркгейм вводит два предельно абстрактных понятия: «репрессивное право» и «реститутивное право». Понятие «репрессивное право» включает в себя все уголовное право, а «реститутивное право» включает в себя гражданское право, процессуальное право, коммерческое право, административное конституционное, соответственно. Дюркгейм связывает репрессивное право с наказанием, а реститутивное – с регулирующими, «примирительными» санкциями.

Дюркгейм считал, что право, доминирующее при механической солидарности, почти всегда несет репрессивный характер. Репрессивные санкции – это жесткий (и часто жестокий) ответ на нарушение ценностей, инкорпорированных в коллективное сознание.

Основным фактором, поддерживающим репрессивное право, является гомогенность общества. Если мы поставим мысленный эксперимент, представив себе полностью однородное общество, то в нем может

существовать, по Дюркгейму, только репрессивное право, поскольку нарушение ценностей коллективного сознания вызовет единодушный сильный ответ. Дюркгейм связывает репрессивное право с моральным чувством гнева и негодования по поводу преступления среди большинства населения.

Дюркгейм часто ссылается на жестокие законы примитивных обществ: закон талиона в Моисеевом «Пятикнижии» у древних евреев, знаменитое «око за око, зуб за зуб»; ссылается на египетские, древнеиндийские и другие законы. Репрессивное право связано с религией, поскольку в экономически неразвитых обществах религия является основным «конденсатом» коллективных представлений. Дюркгейм полагал, что репрессивное право не ставит своей целью предотвратить преступления, его цель – выражение коллективного негодования по поводу преступления. И наказание выглядит как кара. То есть в обществе с механической солидарностью и преобладанием репрессивного права наказание ретрибутивно. По мере ослабления гомогенности общества все большее место в нем занимает реститутивное право, и следовательно консеквенциализм.

Реститутивное право начинает играть все большую и большую роль по мере роста органической солидарности. Поскольку единодушные по отношению ко всем преступлениям сменяется равнодушием к значительной части из них, у общества возникает задача регулировать отношения между членами общества, восстанавливая социальное единство. Дюркгейм, сравнивая оба вида права, писал: «Репрессивное право соответствует тому, что составляет сердце и центр коллективного сознания, чисто моральные правила составляют уже менее центральную часть его; наконец, реститутивное право берет начало в периферийных областях и простирается далеко за ними»¹.

Дюркгейм, изучая различные типы обществ, понял, что его концепция прогресса общества от механической к органической солидарности со сменой репрессивного права реститутивным не соответствует фактам, полученным при изучении некоторых типов обществ. Поэтому в более позднем периоде он ввел концепцию эволюции наказания, не носящую одностороннего линейного характера. Он сформулировал первый закон эволюции наказания как «принцип количественного изменения» распространенности, жестокости и интенсивности уголовного наказания; второй – как «принцип качественного изменения» наказания, где он проследил изменения характера наказания от телесного наказания до тюремного заключения.

Начнем с принципа количественного изменения. Дюркгейм в своей работе о законах эволюции наказания не отказывается от первоначальной концепции, что наказание смягчается по мере эволюции общества от экономически слаборазвитого к развитому. Но он добавляет новую независимую переменную – степень централизации власти и особенно ее

заключения как основной формы наказания заключается в том, что он концентрирует свое внимание на внутренней технологии осуществления власти в тюрьме и на политическом значении тюрьмы. В центре он помещает проблему дисциплины.

Фуко утверждает, что эпоха Просвещения, открыв демократию, ввела также и дисциплину. Фуко полагает, что только введение дисциплины во все сферы жизни сделало возможным появление демократии. Без охвата всего общества системой дисциплины, которая принудила массы к упорядоченному, дисциплинированному существованию, «свобода» никогда не могла бы появиться. Без дисциплины невозможно было бы добровольное выполнение контрактных обязательств, на которых базируется капиталистический мир. Фуко считает, что дисциплина является неким «контрправом», и хотя она действует в рамках закона, она ослабляет рамки закона, увеличивая неравенство между социальными группами, давая государству излишнюю власть над гражданами (которая не предусмотрена законом). В «дисциплинарном обществе» индивиды подчиняются больше, чем должны по закону, выполняют обязанности, которые закон не предусматривает для них. Это связано с тем, что дисциплина действует на уровне социальной «микрофизики», и индивиды часто просто не замечают, как она ослабляет их независимость, создает все большую асимметрию власти в обществе.

Снова обратимся к проблеме тюрьмы, но уже с использованием несколько иной перспективы. Достаточно очевидно, что Фуко рассматривает тюрьму как один из аспектов гораздо более широкого и важного явления – развития и генерализации дисциплины. Особенностью современной технологии является изучение преступника, его особенностей, возможности исправления; постоянно стремление создать и воплотить в реальность все более совершенные техники адаптации преступника к нормальной жизни (особенно после отбытия срока). Отсюда вовлечение большого числа экспертов разного рода (криминологов, психиатров, психологов, социальных работников) в изучение, оценку и коррекцию преступника. Фактически, в развитых странах проблема дисциплины и нормализации преступников стала центральной при рассмотрении уголовных дел.

Фуко объяснить быстроту и повсеместное введение тюрьмы тем, что в дисциплинарном обществе тюрьма становилась естественным институтом для борьбы с преступностью. Фуко утверждает, что тюрьма, первоначально рассматривавшаяся как место изоляции преступника от общества, быстро стала дополнительно рассматриваться как дисциплинарный институт, основной задачей которого было реформирование личности преступника путем одиночества, дисциплины, усердного труда под надзором экспертов, которые решали, достаточно ли данный индивид перевоспитался. Отсюда такая эластичность срока заключения в современных западных странах – уже после отбывания 1/3 срока может подниматься вопрос о досрочном освобождении «исправившегося» преступника. Фуко иронично замечает, что

¹ Дюркгейм Э. О разделении общественного труда. М., 1991. С.110.

В этот же исторический момент происходит серьезное изменение характера преступности. Появляется довольно значительная группа профессиональных преступников, основной мишенью которых оказывается частная собственность. Стремительно растет число представителей среднего класса, людей, обладающих частной собственностью и беспокоящихся за ее сохранность. В рамках этого социального слоя появляется установка на уважение к закону и нетерпимость к его нарушению.

Рост числа преступлений в середине – конце XVIII в. оказался также серьезной социальной проблемой. Все эти проблемы вызвали острую потребность в суде, который применял бы ко всем гражданам одинаковые для всех требования (при «старом режиме» многое зависело от того, к какому сословию принадлежал подсудимый), чтобы наказание не было ни слишком жестоким, ни слишком мягким. Правосудие должно было свершаться везде, достигая «мельчайшей частицы социального тела»¹.

Задача была двойственной: с одной стороны, было необходимо сдерживать растущую преступность низших классов, с другой – ограничить самовластие суверена. Эта двойственная задача легла в основу *реформации судопроизводства в Европе в начале XIX в.*

Несмотря на все реформаторские идеи, в XIX в. наказание становится все более единообразным – все преступники стали получать качественно одинаковое наказание – тюрьму, которая характеризуется оторванностью от внешнего мира, изоляцией, монотонным внутренним распорядком. Фуко замечает, что до реформы тюремное заключение применялось только в качестве меры пресечения возможности сбежать или подействовать на суд. Преступник в тюрьме ждал суда. После судебного приговора его не содержали в тюрьме.

Фуко очень тонко подметил фундаментальное противоречие в рационализации наказания. С одной стороны, реформаторы стремились к формализации закона, к провозглашению принципа равенства всех перед законом. С другой, тщательно разрабатывалась индивидуализация наказания, которая вытекала из принципа «истинности» наказания. В каждом конкретном случае рекомендовалось учитывать личность преступника, обстоятельства, приведшие к совершению преступления. За одно и то же преступление могло быть назначено разное наказание. Фуко замечает по этому поводу: «Эта индивидуализация ляжет тяжелым грузом на всю историю современного уголовного права...»². Мы видим, что в это время, по мнению Фуко, происходит переход от ретрибутивизма к консеквенциализму.

Почему, несмотря на все требования реформаторов к индивидуализации наказания и их теоретические построения, тюрьма стала основным способом реформирования преступников. Как могла такое случиться? Да еще так быстро и повсеместно! Основное отличие Фуко от своих предшественников в исследовании установления тюремного

¹ Фуко М. Указ. соч. С. 116.

² Там же. С. 144.

концентрации в одних руках. Дюркгейм начинает утверждать, что наказание является результатом действия двух независимых переменных – степени экономического развития общества и централизации власти. В качестве идеальных типов можно представить себе четыре возможных типа обществ:

1. Слаборазвитое с сильно централизованной властью;
2. Слаборазвитое с незначительной централизацией власти;
3. Развитое с сильной централизацией власти;
4. Развитое со слабой централизацией власти.

Соответственно, наиболее «наказывающим» будет первый тип общества (и соответственно наказание будет ретрибутивным); наименее «наказывающим» – четвертый (и соответственно ближе всего к консеквенциализму).

С точки зрения Дюркгейма, максимальная централизация возникает, когда власть сосредоточивается в руках одного правителя – монарха, диктатора или тирана. В этом случае репрессивные меры становятся основным орудием поддержания власти.

Принцип качественного изменения выглядит проще: вместо непосредственного причинения тяжелых физических страданий наказание перешло к «простому» содержанию преступника в тюрьме.

Дюркгейм рассматривает эволюцию содержания под стражей как постепенное изменение самого характера тюрем. Он пишет, что в законах Ману есть только одно упоминание о тюрьмах, при этом тюрьмы выглядят как заведения совершенно иного рода, чем сейчас – скорее как разновидность «позорного столба». У древних евреев в Пятикнижии нет упоминания о тюрьмах. Такое упоминание появляется только в более поздней книге Иеремии, но там тюрьма является средством содержания до суда. Фактически, тюрьма как специальное пенитенциарное заведение развилась только в христианских странах. Он пишет, что христианская церковь с самого начала имела обычай помещать определенных преступников в монастыри, где они должны были пребывать некоторый срок под наблюдением. Затем церковь, выступая против смертной казни, заменила эти санкции пожизненным одиночным заключением, когда замуравывалась сама дверь в камеру, что означало необратимость наказания¹. После это стало практикой и мирского суда. Дюркгейм замечает, что срок содержания в тюрьме был не определен до XVIII в., когда стали приговаривать к фиксированному сроку тюремного заключения.

И, наконец, тюремное заключение стало, по словам Дюркгейма, «необходимой и естественной заменой для всех других видов наказания, которые постепенно стали сходить на нет»². Во многом эта мысль Дюркгейма подтверждается эволюцией пенитенциарной системы в развитых странах. Большая часть европейских стран отказалась от смертной казни,

¹ Durkheim E. The Evolution of Punishment // Durkheim and the Law. N.Y., 1983. P.115.

² Ibid. P. 120.

заменой которой стало пожизненное тюремное заключение. До сих пор не найдено альтернативы тюремному заключению для борьбы с преступностью.

При рассмотрении наказания как социального феномена, начнем с проблемы, которая обращает на себя пристальное внимание многих исследователей. Как видно из всего предыдущего текста, Дюркгейм полагал, что нарушение моральных правил общества является серьезным «повреждением» коллективных представлений о незыблемости и неприкосновенности области «сакрального». Уголовное право как раз базируется на этих, глубоко укорененных в коллективном сознании сакральных ценностях. Вторжение в эту область, нарушение священного порядка и моральных правил приводит к сильной эмоциональной реакции. В «Разделении труда» он пишет о том, что преступление «шокирует здоровое сознание», и это приводит к реакции гнева и негодования.

Дюркгейм утверждает, что каждый такой поступок вызывает эмоциональную реакцию более или менее агрессивную, которая обращается против преступника. Преступника стараются не только наказать физически, но и опозорить¹. Дюркгейм пишет: «Страсть, составляющая душу наказания, останавливается только тогда, когда она истощена; воздаяние за преступление – это основная мотивация, которая держит на себе желание наказать»². Желая подкрепить фактами свое утверждение, Дюркгейм обращается к практике наказания в различных обществах, показывая, как страсть к отмщению проявляет себя в этой практике. Менее развитые общества показывают это совершенно незавуалированно. Он пишет, что они стремятся «наказать во имя наказания самого по себе», более того, «без какой-либо попытки найти для себя выгоду в страдании, которое они причиняют»³. В таких обществах процесс наказания не останавливается до тех пор, пока все страсти не будут израсходованы. Преступника продолжают «наказывать» даже после его смерти, подвергая уже мертвое тело глумлению.

Иногда и этого мало – наказанию подвергают родственников преступника, его скот и его недвижимую собственность. Так все длится, пока весь «горючий материал» страсти наказать не обращается в пепел.

В современном обществе такие страсти не лежат на поверхности. Дело в том, что официальный психологический дискурс – это коррекция, предотвращение роста преступности, обеспечение безопасности граждан. Дюркгейм считает, что, несмотря на это, сущность наказания не изменилась. Дюркгейм отмечает, что явным признаком желания отомстить преступнику является принцип соответствия наказания преступлению: за более тяжелые преступления преступник получает больший срок с более суровым режимом. Что это как не проявление страсти и гневного желания отплатить, а так же ретрибутивизма в наказании?

¹ Дюркгейм Э. О разделении общественного труда. М., 1991. С. 89.

² Там же. С. 86.

³ Там же. С. 86.

только поверхностный слой событий. В основе произошедших изменений лежат отношения «власть – знание – тело».

«Дисциплина и наказание» начинается с части, посвященной смыслу физического наказания и пыток, применявшихся при «старом режиме».

Прежде всего, по Фуко, пытка использовалась для выявления истины и приведения обвиняемого к покаянию. Судебная пытка допускалась только в тех случаях, когда вина обвиняемого была достаточно очевидной. В этом смысле церемония публичного наказания становится актом раскрытия истины для публики, истины, которая до этого была тайной; пытка на эшафоте была явленным всем актом воздаяния за преступление и в то же время актом истины.

Тело приговоренного становилось как бы пергаментом, на котором писались знаки власти (нанесение клейма, отрезание ушей, носа и т.д.).

Кроме того, французский исследователь видит дополнительные культурно-экономические основания для применения крайне жестоких пыток. Фуко пишет: «Несомненно, существование публичных казней было связано еще с чем-то совершенно иным, нежели собственно внутренняя организация»¹. Он признает правоту марксистских теоретиков Руше и Кирчхеймера, что на это повлияла система производства, в которой человеческое тело не имело ни полезности, ни коммерческой ценности, которая придавалась ему экономикой индивидуалистического типа. Но Фуко полагает, что еще большее значение имела установка по отношению к смерти. Установка, которую можно обнаружить не только в ценностях христианства, но и в демографической ситуации: опустошения, производимые болезнями и голодом, периодические эпидемии, чудовищная детская смертность – все это сделало смерть знакомой, и породило ритуалы, направленные на то, чтобы принять смерть и дать смысл ее перманентной агрессии².

Объяснение радикального изменения наказания в XVIII в. М.Фуко начинает с описания беспорядков, возникавших во многих случаях при публичных наказаниях.

Фуко полагает, что представители государственной власти начали опасаться эффектов ситуаций, когда ритуал наказания становился демонстрацией нелояльности толпы.

Затем Фуко обращает внимание на критиков такого жестко криминального правосудия, которые издавали многочисленные памфлеты, трактаты, писали петиции о смягчении наказания. Это движение широко распространилось в предреволюционной Франции. Фуко связывает это движение, прежде всего, с растущим чувством индивидуализма и ясным осознанием своих интересов, что требовало срочного изменения существующей политической ситуации.

¹ Фуко М. Указ. соч. С. 81.

² Там же. С. 85.

осуществления власти, которые Фуко называет «дисциплиной»¹. Тюрьма является моделью того, как осуществляется власть в современном обществе, и как социально конструируются в нем индивиды.

При своем исследовании власти Фуко в значительной степени опирается на концепцию «генеалогии», развитую Ф.Ницше. В противоположность традиционным способам изучения истории Фуко использует понятие «эффективной» истории или «генеалогии», которые связаны с идеей анализа происхождения или возникновения.

Из идеи генеалогического анализа возникают понятия власти и тела. Используя концепцию Ницше о примате власти над смыслом, Фуко противопоставляет «опасную игру доминирований» и «внешние случайности» концепции имманентной направленности истории.

Человеческое тело – это центр этой борьбы между разными формациями власти. Исторические силы действуют на человеческое тело и посредством человеческого тела способом, который не может быть объяснен с общиисторической перспективы. Система производства, доминирования и социализации фундаментально зависит от подчинения тел. Точнее, требуется, чтобы тела были подчинены и стали объектами тренировки, так, чтобы они стали подчиненными, покорными и полезными, в большей или меньшей степени. Такое, контролирующее себя тело, создается благодаря влиянию на то, что Фуко называет «душой», которая, в свою очередь, направляет поведение человека. В этом смысле стратегии власти имеют реальное оперативное воздействие в той точке, где они приходят в контакт с телами объектов власти. Это как бы микроуровень власти, где власть имеет свое телесное воплощение и эффекты.

Во взаимоотношениях «власти» и «тела» появляется неизбежно третий элемент – «знание». Под знанием в данном контексте Фуко понимает не абстрактное знание «истины вообще», а конкретное, технологическое знание по типу «know-how». Оно абсолютно неотделимо от любого использования власти, поскольку успешный контроль над объектом любого рода (природа, человек) требует знания его свойств, силы, реакций, возможности влиять на него в ту или иную сторону. В этом смысле знание становится силой.

Фуко основывает свое изучение истории наказания (а также истории правительства и политической власти) на серии отношений между властью, знанием и телом. Хотя Фуко прямо на это никогда не указывал, отношения «власть – знание – тело» составляют далее неразложимый базис общества и исторического процесса: тела, охваченные отношениями «власть – знание», становятся субстратом, который становится основанием для социальных отношений и социальных институтов. Фуко полагает, что изменение форм наказания нельзя объяснить с позиций растущей гуманизации общества, смягчения нравов (усиления «чувствительности» и сострадания). Это все

¹ М. Фуко Надзирать и наказывать. М., 1999. С. 36-37.

По Дюркгейму, система наказания может преследовать определенные рациональные, строго утилитарные цели, вести себя бесстрастно и прагматически, исходить из консеквенциалистских принципов, но на некотором «глубинном» уровне продолжает «работать» страсть к отмщению, которая оказывается как бы горючим для процесса вынесения и исполнения приговора. Дюркгейм пишет, что современное наказание исполняется гораздо более систематизировано, без страданий невинных (родственники теперь не несут ответственности; исключением оказываются родители несовершеннолетних, но они несут очень ограниченную ответственность за преступления своих детей); оно противоположно абсурдному насилию со слепыми страстями, поскольку оно создает жестко фиксированные рамки для этих страстей. Но, тем не менее, гнев составляет «душу наказания».

Дюркгейм очень отчетливо показывает, что мыслить о наказании как о продуманном, рациональном инструменте социального контроля, значит упускать самое существенное в нем, принимая поверхностные формы за сущность. Сущностью являются иррациональные эмоции, связанные с чувством по отношению к сакральному и тому, кто нанес этому сакральному ущерб. Это эмоциональная реакция, которая вспыхивает при нарушении почитаемых ценностей. Хотя институционализация приводит к рутинизации ритуала наказания, придавая ему рационально-бесстрастный характер, в сущности наказания, в его сердцевине лежит чистый гнев.

Идеи Дюркгейма сыграли большую роль не только для социальной философии и социологии наказания, но и для социологии девиантного поведения и криминологии. Можно сказать, что мало кто из работавших в этих областях не испытал влияния идей французского социолога.

Идеи Дюркгейма в чем то, перекликаются с идеями, высказанными в свое время Ницше. В работе «Генеалогия морали» он уделяет пристальное внимание наказанию. В отличие от Дюркгейма он видит в нем не только гнев против преступника, но также удовольствие в исполнении наказания. Ницше пишет: «Видеть страдания – приятно, причинять страдания – еще приятнее: вот суровое правило, но правило старое, могущественное, человеческое-слишком-человеческое, под которым, впрочем, подписались бы должно быть и обезьяны...»¹. По Ницше, наказание преступника доставляет удовольствие всем слоям общества, как аристократии, так и «плебсу» (который из-за своей слабости и двуличия является у Ницше носителем всех христианских «добродетелей», и наказание – редкий случай не отказать себе в чистом, «естественном» удовольствии). Власть имущие получают удовольствие и от демонстрации своей силы, и от доставления страдания «ближнему». «Плебс» позволяет себе радоваться страданиям преступника, потому что тот их заслужил и одновременно испытывает косвенную причастность к власти.

Для Ницше даже современный, строго формализованный процесс наказания – настоящий праздник жестокости. Он указывает на то, что в современных условиях, когда чувствительность публики резко выросла по

¹ Ницше Ф. К генеалогии морали // Ницше Ф. Сочинения. М., 1990, Т. 2. С. 447.

сравнению с прошлым, удовольствие от наказания приняло неуволимотонкий вид. Наказание преступника для Ницше – это некоторого рода легализованный садизм.

Очевидно, что, хотя точка зрения Ницше несовместима с концепцией Э.Дюркгейма в некоторых своих положениях, их объединяет обращение внимания именно на экспрессивную сторону наказания. И Дюркгейм, и Ницше выделили определенные стороны целой гаммы эмоциональных реакций на преступление.

Д. Гарланд замечает по этому поводу, что эмпирические исследования чувств, которые выражали реформаторы пенитенциарной системы, агенты контролирующего аппарата (полицейские, судьи, социальные работники), а также широкой публики показывают, что «наказание преступников способно вызвать целое множество чувств от симпатии и сострадания до гнева и негодования»¹.

Д. Гарланд указывает на один текст Фридриха Ницше. Это фрагмент из работы «Генеалогия морали», где Ницше пишет: «По большому счету наказание закаляет и охлаждает; оно концентрирует, оно обостряет чувство отчуждения; оно усиливает сопротивляемость»². И далее следует заключение: «Чего в итоге можно достичь наказанием у человека и зверя, так это увеличения страха, изощрения ума, подавления страстей: тем самым наказание приручает человека, но оно не делает его «лучше» - с большим правом можно было бы утверждать обратное»³. По Дюркгейму, попытки контролировать преступность путем запугивания - признак деморализации общества. Для Дюркгейма реальные «узы» общества, которые связывают членов общества вместе и регулируют их поведение – это всегда моральные узы, которые связывают вместе общие моральные чувства. Поэтому Дюркгейма не устраивает контроль над преступниками при помощи запугивания.

По поводу адекватности концепции Э.Дюркгейма современным реалиям идут серьезные дискуссии. В заключение можно сказать, что, по всей видимости, влияние Дюркгейма на социальную философию и социологию наказания будет продолжаться еще очень долго, и без его подхода было бы очень многое упущено в исследовании феноменов преступления и наказания.

Хотя К.Маркс и его коллега Ф.Энгельс практически не касались проблемы наказания в обществе, марксистский подход с различными модификациями является одним из самых влиятельных направлений в современной социальной философии и социологии наказания.

Непосредственно в исследовании наказания средствами марксистской социологии возникли два основных подхода. С одной стороны, это исследование влияния экономики на наказание – это работы Руше,

¹ *Garland D. Punishment and Modern Society. Chicago, 1990. P. 64.*

² *Ницше Ф. О генеалогии морали // Ницше Ф. Сочинения. М., 1990, т. 2. С. 459.*

³ Там же. С. 460.

Сближает Фуко с Дюркгеймом описание ритуалов наказания, которые существовали при недемократических режимах. Но для Фуко ритуал наказания при «старом режиме» был выражением власти суверена, который мог в последний момент помиловать. Фуко, как и Дюркгейм, описывает театральность наказания, когда и сам приговоренный к смерти, и все зрители ждут, не появится ли посланник от сеньора и не привезет ли он весть о помиловании¹. Фуко, как и Дюркгейм, описывает функциональность наказания и дисциплину в очень схожих терминах, что заставляет думать об определенном влиянии Дюркгейма на Фуко. Но в целом их подходы к наказанию диаметрально противоположны.

С марксизмом отношения М.Фуко более сложные. Фуко признавал свою большую зависимость от работ Маркса. Более того, он полагал, что исторические исследования в гуманитарных науках невозможны без Маркса:

В области собственно социологии наказания, Фуко не во всем был согласен с Марксом. В основе марксистской концепции лежит идея, что наказание – это инструмент доминирования одного класса над другим. Марксистские концепции фокусируются на организации наказания, которая позволяет держать под своим контролем «опасные классы». Поэтому сильная сторона марксистских исследований уголовного права и наказания состоит в анализе законодательства и наказания с позиции классовых интересов. А собственно сама «технология» наказания, ее «анатомия» мало интересуют исследователей этой школы. Фуко, наоборот, концентрирует свое внимание на внутренних механизмах самого процесса наказания, что дает ему большое преимущество над исследователями марксистской школы, работающими в этой области. При исследовании наказания Фуко обходится без жестко структурного подхода, не стремится везде увидеть классовые интересы и классовые отношения. В целом Фуко избегает исследовательского подхода, базирующегося на какой-либо «глобальной» теории, будь то марксизм или структурализм, либо феноменологическая социология.

Наиболее адекватной будет оценка Фуко как «критического теоретика», чьи философские и исторические работы посвящены исследованию форм власти и рациональности, которые структурируют современный мир. Красной нитью через работы Фуко, посвященные безумию, медицине, современному дискурсу, сексуальности, проходит желание не только описать конвенции, посредством которых организовано наше знание, мы сами и наш мир, но и также показать цену этих конвенций и формы подавления человека, которые они производят.²

Именно в таком контексте следует рассматривать его работу «Надзирать и наказывать». Эта работа является вершиной структурного анализа власти, которым занимался Фуко, это история о том, как изменение форм наказания приводит к возникновению современных форм

¹ *Foucault M. Prison Talk // Power / Knowledge. N.Y., 1980. P.53.*

² *Foucault M. Op. cit. P. 134.*

правлящей элитой. Наказание формирует ключевую часть полицейской деятельности и социальной политики, которые вместе регулируют бедных и от которых ожидается, что они помогут управлять «проблемными слоями» населения. Эти пенальные меры будут сформированы не только паттернами преступности, которые сами по себе связаны с условиями жизни маргинальных групп, но прежде всего с восприятием правящим классом бедных как социальной проблемы и выбираемыми им стратегиями обращения с низшими слоями. Эти формы обхождения могут включать заботу или благотворительность, так же как и принуждение, и контроль, но укорененность этих форм внутри более широких стратегий правления есть наиболее важный аспект их понимания¹.

Д. Гарланд считает невозможным для любой марксистской точки зрения выйти за пределы этих пяти положений.

Наиболее сильной стороной марксистского анализа наказания является связь наказания с политическими и идеологическими интересами правящей социальной группы и ограничение возможных рамок наказания существующими социально-экономическими отношениями. Ограниченность марксизма проявляется в фактическом игнорировании влияния культуры на наказание, а также в отрицании возможности того, что духовные феномены могут быть основными детерминантами общественного развития (особенно ярко противостоит марксизму в этом М.Вебер). Тем не менее, невозможно отрицать очень большой вклад марксистского подхода в философию и социологию наказания в современной науке, поскольку без исследований Руше, Кирчхаймера и Пашуканиса с трудом можно представить себе появление работы М.Фуко «Надзирать и наказывать», привлечшей всеобщее внимание к философии и социологии наказания.

Мишель Фуко является одной из центральных фигур в социологии наказания после публикации работы «Надзирать и наказывать» в 1975 г. и особенно после перевода этой работы на английский язык в 1977 г. Профессор Иерусалимского университета Стэнли Коэн так характеризует влияние Фуко на социологию наказания: «Писать сегодня о наказании ...без Фуко – это все равно, что говорить о бессознательном без Фрейда»².

Основным отличием социологии наказания М.Фуко от дюркгеймовской является отношение к наказанию как к чисто инструментальному явлению.

Если Дюркгейм видел в наказании экспрессивную реакцию, возникающую вслед за ущербом, нанесенным центральным ценностям общества, то Фуко в «Дисциплинируй и наказывай» совершенно не касается экспрессивной, эмоциональной стороны наказания. Дюркгейм все время указывает на источник «силы», позволяющий обществу обходиться с преступниками определенным образом, Фуко описывает систему наказания как некий внешний механизм, примененный к обществу.

Кирчхаймера, Мелосси, Паварини и др. С другой – это исследование влияния наказания на классовую и политическую борьбу – это работы Игнатъеффа, Пашуканиса, Хэя и др.

Наиболее известным исследованием с экономических позиций наказания является работа Руше и Кирчхаймера «Наказание и социальная структура» (1939 г.), которая представляет собой расширенный вариант статьи Руше «Рынок труда и санкции наказания», которая была написана в 1931 г. Работа этих авторов достаточно долго игнорировалась криминологами. Первым ученым, всерьез обратившим на нее внимание, был Торстейн Селлин в 1944 г. Работа стала известной в середине 60-х гг., в 1968 г. «Наказание и социальная структура» была переиздана с предисловием Хоркхаймера, высоко оценившим ее с позиций Франкфуртской школы философии и социологии. Работу Руше и Кирчхаймера можно отнести к неомарксистской традиции с «экономическим уклоном» (в отличие от Франкфуртского неомарксизма с «культурологическим уклоном»).

Работа «Наказание и социальная структура» представляет собой историческое исследование различных карательных санкций, применявшихся с периода Средневековья до времени фашистской Германии. В своей работе Руше и Кирчхаймер выдвигают несколько основных вопросов, и в процессе нахождения ответов на них появляется довольно систематическая картина социологии наказания. Основные теоретические вопросы, поставленные авторами, довольно просты: «Почему определенные методы наказания принимаются или отвергаются в данной социальной ситуации? До каких границ развитие методов наказания определяется основными социальными отношениями?»¹. Поставив вопросы, таким образом, авторы задают определенные концептуальные рамки рассмотрения проблемы наказания, которые во многом отличаются от подхода других исследователей. В особенности это касается дюркгеймовской школы, которая подходит к этому феномену с противоположных позиций. Центральным вопросом для Руше и Кирчхаймера является проблема выбора разных способов наказания в разные социально-исторические периоды. Их практически не интересует функционирование институтов наказания внутри общества, его моральные последствия для общества в целом. Они стремятся увидеть в наказании влияние «основных социальных отношений»². В своей ранней статье Руше пишет: «Важные особенности современного уголовного права не могут быть объяснены без исторических рамок»³.

С позиций марксистского подхода, наиболее очевидное в наказании относится к уровню «явления»; чтобы понять сущность процесса наказания нужно обратиться к базисным отношениям, которые определяют надстроечные. Руше и Кирчхаймер дают очень ясные и простые основные принципы своего подхода:

¹ Rusche G., Kirchheimer O. Punishment and Social Structure. N.Y., 1939. P. 5.

² Ibid. P. 6.

³ Ibid. P. 5.

¹ Garland D. Op. cit. P. 130.

² Hamilton P. Editor's Foreword // Smart B. Michel Foucault. L., 1985. P. 8 - 9.

1. Наказание нужно рассматривать как исторически детерминированный феномен, который проявляется в исторически конкретных формах. Как таковое «просто наказание» не существует, существуют только конкретные системы наказания за конкретные, исторически специфические преступления. «Объект нашего исследования, таким образом, – это наказание в его специфических манифестациях».¹ Для марксистского подхода исторически детерминированный характер наказания – это основной и исходный пункт исследования, поскольку только такой подход способен раскрыть «тайну» наказания.

2. Материалистическое понимание истории позволяет рассматривать историческую обусловленность наказания под определенным углом зрения. Поскольку способ производства определяет характер надстроечных отношений, то способ производства является ключом к анализу специфических форм наказания. «...Только специфическое развитие производительных сил позволяет вводить или отвергать соответствующие виды наказания»². Руше и Кирчхеймер жестко следуют классическому марксистскому подходу, формулируя центральный тезис своей работы: «Каждая система производства имеет тенденцию открывать виды наказания, которые соответствуют ее производственным отношениям»³.

3. Руше и Кирчхеймер, тем самым, выходят за рамки пенологического рассмотрения наказания. Хотя с позиций «здравого смысла» цель наказания – предотвращение преступлений, реально его нельзя понять вне широких социально-исторических рамок. В определенном смысле, эта работа повлияла не только на марксистский подход к наказанию, но на всех представителей «критической школы» в социологии наказания. Приведем цитату из их работы, чтобы показать, как авторы видят сущность научного анализа наказания: «Связь, прозрачная или нет, которая предполагается, что существует между преступлением и наказанием, предотвращает любой инсайт относительно независимой роли истории систем наказания. Наказание не есть ни простое следствие преступления, ни обратная сторона преступления, ни просто средства, которые определяют результат, который должен быть достигнут. Наказание должно быть понято как социальный феномен, свободный от его юридического понимания и от его социальных результатов. Мы не отрицаем, что наказание имеет специфические цели, но мы отрицаем, что оно может быть понято целиком исходя из этих целей»⁴. Следовательно, наказание следует рассматривать в широком контексте социально-исторических отношений, а не в узких рамках криминологии и пенологии.

¹ Rusche G., Kirchheimer O. Op. cit. P. 6.

² Ibid. P. 7.

³ Ibid. P. 6.

⁴ Ibid. P. 6.

разом в институциональных практиках, не становятся естественными и очевидными¹. Д. Гарланд таковыми считает идею эквивалентности преступления и наказания, идею автономии субъекта права, лишение свободы, измеренное количеством времени. Все эти явления независимо от того, когда и где они возникли, стали привычными благодаря постоянному применению и приобрели статус естественных и самоочевидных. Пашуканис, связав их исторически с экономическим укладом общества, вскрыл основу наказания в капиталистических странах.

Пашуканис показал, как много целей наказания может поместиться в правовых рамках наказания как «лишения свободы»: профилактика преступности путем сдерживания, коррекция, дисциплинирование и т.д. Он также показал рациональный дискурс, который может лежать в основе абсурдных, с точки зрения либеральной криминологии, правовых понятий об эквивалентности, свободе, равенстве. Все это имеет совершенно рациональное содержание, если мы подойдем к праву с экономических и политических позиций. Задолго до Фуко Пашуканис увидел в праве один из механизмов осуществления власти и доминирования.

В заключение анализа марксистского подхода к наказанию можно привести суммарную оценку марксистского подхода, сделанную Д. Гарландом.

1. В качестве контролируемого государством аппарата подавления и идеологии наказание играет роль в более обширных социальных конфликтах и стратегиях доминирования. Одновременно с его социальной функцией контроля над преступностью оно действует как инструмент подавления одного класса другим.

2. И наоборот, эти более широкие идеологические, политические и экономические стратегии играют отчасти роль в формировании наказания и структурировании его категорий, так что пенальные практики связываются с политическими проблемами и идеологической вовлеченностью правящего блока.

3. Наказание тесно связано с правовой сферой и структурировано правовыми формами и принципами. В той степени, в какой право является выражением идеологии, наказание делает свой вклад в его функционирование и следствия. Посредством наказания государственная власть и государственное насилие могут быть явно выражены в правовых формах, которые обеспечиваются общественной поддержкой.

4. Наказание существует во взаимодействии с другими социальными политиками, которые предназначены для управления бедными и условиями их жизни – такими, как закон о бедных, социальная работа, социальное страхование и регуляция рынка труда.

5. Ко всему прочему, пенальные практики сформированы условиями жизни и состоянием низшего класса и стратегиями, применяемыми к нему

¹ Garland D. Op. cit. P. 116.

помощи времени количественно. Тюрьма – это количественное измерение ущерба, который должен быть компенсирован. Вслед за Марксом Пашуканис пишет: «Промышленный капитализм, декларация прав человека и гражданина, политическая экономия в системе срочного тюремного заключения суть явления одной и той же исторической эпохи»¹. Пашуканис опирается здесь на марксистский анализ товарного фетишизма. К.Маркс показал, что специфические для определенной общественно-экономической формации отношения воспринимаются как «естественные», данные от природы. Это и переворачивает с ног на голову действительное положение вещей. В разделе о товарном фетишизме Маркс пишет: «Формулы, на которых лежит печать принадлежности к такой общественной формации, где процесс производства господствует над людьми, а не человек над процессом производства, – эти формулы представляются ее буржуазному сознанию чем-то само собой разумеющимся и настолько же естественным и необходимым, как сам производительный труд»².

Пашуканис затем, используя свою концепцию культурных форм, произведенных от экономических отношений, переходит к непосредственному анализу функционирования тюрем. Здесь ему удалось открыть много нового, получившего затем детальное развитие в работе М.Фуко «Надзирать и наказывать». Он пишет, что хотя формально тюрьма – это лишение свободы, в действительности в ней заключенные подвергаются дисциплинированию, коррекции, за ними осуществляется надзор – все это не предусмотрено законом. Пашуканис одним из первых обратил внимание на этот своеобразный «зазор» между законом и пенальными практиками. В действительности дело обстоит иначе: «Требуется ли, чтобы каждый потенциальный преступник был в точности осведомлен о методах исправления, которые к нему будут применяться? Нет, дело обстоит гораздо грубее и проще: он должен знать то количество свободы, которым он заплатит в результате судебной сделки»³. Получается довольно интересный результат: право утверждает, что тюрьма – это лишение свободы; действительная практика тюремного заключения показывает, насколько право искажает реальное положение дел.

Мы видим, что Пашуканис интерпретирует наказание, как плату преступника за преступление, причем, эта плата может быть не эквивалентной, но должна быть, жестко фиксирована. Д. Гарланд пишет, что Пашуканис своим исследованием наказания дал последующим поколениям социологов и философов серьезный урок. Его идентификация формальных сходств, которые связывают проявление пенальных практик с другими областями социальных практик показывает, как определенные культурные формы проникают в разные сферы социальной жизни до тех пор, пока эти всепроникающие культурные формы, генерируемые и регенерируемые раз за

4. Отсюда ясно, что институты наказания следует связать с более базисными социальными институтами и социальными отношениями. В результате, пенальная стратегия может рассматриваться как средство контроля над неимущими классами, в котором заводы, работные дома, законы о бедных и, прежде всего, рынок рабочей силы – будут частями этой стратегии.

Фактически, Руше и Кирчхеймер наметили подход, в рамках которого с определенными модификациями, написаны наиболее влиятельные работы, связывающие наказание с социальной политикой – Фуко «Надзирать и наказывать» (1975 г.), Гарланда «Наказание и социальное обеспечение» (1985г.) и Саймона «Плохая дисциплина» (1993 г.), которые также показывают связь между рынком труда, производственной дисциплиной, тюрьмой и другими средствами воздействия на «опасный класс». (Работы Фуко и Гарланда посвящены в основном XIX в. – началу XX в., работа Саймона сфокусирована на 70-90-х гг. XX в.).

5. С этих позиций наказание не рассматривается как ответ на индивидуальное преступление, но прежде всего как механизм осуществления классовой борьбы между буржуазией и пролетариатом, имущими и неимущими вообще. Руше в своей работе прямо писал: «История системы наказания – это история отношений бедных и богатых»¹. И далее: «...Задача была изучить исторические отношения между уголовным правом и экономикой, историей классовой борьбы и утилизировать эти отношения, чтобы проанализировать современную тюремную систему»². Определяющим фактором в этой ситуации оказывается рынок труда, поскольку характер наказания меняется в зависимости от излишка или дефицита рабочей силы. Поэтому основными рамками работы являются экономические, а не политические или идеологические.

6. Далее Руше и Кирчхеймер обращаются к марксистской концепции идеологии как ложного сознания, которое скрывает от поверхностного взгляда реальную роль социальных отношений и социальных институтов. С их точки зрения, восприятие наказания как средства, защищающего «общество в целом», типично идеологическое искажение социальной реальности, поскольку в действительности оно представляет собой инструмент подавления одного класса другим. Для того чтобы правильно понять наказание, нужно отсепарировать риторику наказания, юридический анализ преступности и рассмотреть роль наказания в классовой борьбе. Нужно сорвать с институтов наказания их идеологический покров и юридические проявления и описывать их в реальных, производственных отношениях³. В процессе дальнейшего анализа наказания в своей книге Руше и Кирчхеймер крайне скептически относятся к официальному юридическому

¹ Маркс К. Капитал // К. Маркс и Ф. Энгельс. Собр. соч., изд. 2-е, Т. 23. С. 91.

² Там же. С. 91.

³ Пашуканис Е.Б. Указ. соч. С. 175.

¹ Rusche G., Kirchheimer O. Op. cit. P. 11.

² Ibid. P. 12.

³ Ibid. P. 20.

и криминологическому объяснению преступления и наказания; их цель – проникнуть в сущность наказания, а для этого необходимо каждый раз соотносить наказание с существующими производственными отношениями и ситуацией на рынке труда.

Для того чтобы перейти непосредственно к анализу практик наказания им приходится создавать более узкие и специфические теоретико-методологические средства. Они подходят к наказанию исходя из того, как влияет рынок труда на способы наказания, признавая, что отношения между наказанием и рынком труда довольно запутанные, поскольку сюда вмешиваются и другие переменные. Самой важной из этих независимых переменных является демографическая ситуация в данный момент. Рынок труда, взаимодействуя с демографической ситуацией, фактически определяет социальную ценность человеческой жизни, по крайней мере, маргинальных слоев – бродяг, попрошайек, уволенных слуг, наемных рабочих, которые становятся объектом определенной социальной политики. В ситуациях, когда труд избыточен, как это наблюдалось в позднем средневековье, широко распространено применение смертной казни, калечащих пыток и вообще разнообразных телесных наказаний (претерпевший которые может перестать быть полноценным работником). Но в тех местах средневековой Европы, где наблюдался недостаток трудовых ресурсов, власти с гораздо большей неохотой использовали смертную казнь и пытки, предпочитая заставить преступников работать. Относительная ценность труда преступников фактически была определяющим фактором, какие пенальные практики должны были использоваться властями. Экономические факторы, таким образом, были определяющими. Требования экономики создали такие специфические меры наказания, как галеры, транспортировка в колонии (например, из Англии в Австралию), принудительный труд в ранних европейских институтах коррекции и даже реабилитационные режимы в некоторых европейских странах в XX в.

Экономические факторы также непосредственно определяют уровень преступности в беднейших слоях общества. Поскольку рынок труда подвержен постоянным колебаниям (спрос на труд то растет, то падает), для беднейших слоев населения в период падения спроса на труд преступление становится иногда средством выживания. Поэтому преступность среди низших слоев населения регулируется не моральными ценностями, но экономической необходимостью. Ко всему прочему из-за своего очень тяжелого и неустойчивого экономического положения эти слои не вовлечены в систему ценностей остального общества. В этой ситуации уголовное право и пенальные санкции должны быть такими, чтобы сделать невозможной жизнь посредством преступлений. Такого рода «защитные меры» проявляются иногда в очень жестоких законах, как, например, закон о бродяжничестве и одновременное появление работных домов в период становления мануфактурного производства и раннего фабричного труда, когда рабочим было трудно адаптироваться к новым (часто очень тяжелым)

С точки зрения экономического подхода к праву, любая реформа наказания ограничена экономическими условиями и классовыми интересами правящей группы. Поэтому наказание всегда должно быть, прежде всего, инструментом подавления. Пашуканис в своих взглядах на реформу наказания был очень близок к западным либеральным реформаторам и считал, что наказанию нужно придать не форму мести или воздаяния за преступление, а форму социальной защиты и реабилитации преступников. Но для этого необходимо лишить буржуазное правосудие «его юридической души» – того, что представляет собой «момент иррациональный, мистифицирующий, нелепый именно момент специфически правовой»¹, который и создает требование эквивалентного обмена преступления на наказание, которые создали образ рационального, ответственного за свою судьбу преступника, обладающего свободным выбором своей судьбы². Но такая реформа должна глубоко задеть интересы правящего класса и буржуазного государства, постольку она снимет правосудие с «его идеологического якоря» и делает прозрачными его цели. Это и определяет ограниченность практических результатов, которых добиваются все критики-реформаторы.

Пашуканис считает, что противоречие между социальными целями наказания (снижение преступности, создание более здорового общества) и правовой формой существует не только в книгах и теориях. Это противоречие самой социальной жизни, юридической практики и социальных структур. Пашуканис выражает это так: «Формы буржуазного сознания не устраняются одной только идейной критикой, ибо они составляют единое целое с теми материальными отношениями, которые они отражают. Преодоление этих отношений на практике, т.е. революционная борьба пролетариата и осуществление социализма – вот единственный путь рассеять эти миражи, ставшие действительностью»³.

Далее Пашуканис предпринимает попытку объяснения действующих пенальных санкций с позиций товарной формы и связанного с ней сознания. Он показывает, что в развитых буржуазных странах приговор выражается в арифметических терминах – числе лет в тюрьме и денежных штрафах, что очень соответствует духу товарно-денежных отношений. Со штрафами это легко понять, а вот с тюремным заключением обстоит сложнее. Пашуканис пишет: «Лишение свободы на определенный, заранее указанный в приговоре суда срок есть та специфическая форма, в которой современное, т.е. буржуазно-капиталистическое, уголовное право осуществляет начало эквивалентного воздаяния. Этот способ и бессознательно, но глубоко связан с представлением об абстрактном человеке абстрактном человеческом труде, измеряемом временем»⁴. Связь состоит в том абстрактном образе человека, обладателя рабочей силы и свободы воли, которые могут быть измерены при

¹ Пашуканис Е.Б. Указ. соч. С. 169.

² Там же. С. 170.

³ Там же. С. 175.

⁴ Там же. С. 173.

идея равенства между преступлением и наказанием, которую Пашуканис выводит из товарообмена, делает наказание также некоторым товарообменом, когда преступник «выплачивает свой долг», а преступление «...можно рассматривать как особую разновидность оборота, в которой меновое, т.е. договорное отношение устанавливается *post factum*, т.е. после своеговольного действия одной из сторон»¹. Такое отношение к преступнику позволяет суду восстановить основные культурные нормы и ценности капиталистического общества в ситуации очевидного неравенства, несвободы, нищеты, которые могут оказать вредное влияние на капиталистическое общество. Повторяя миф о равенстве субъектов каждым приговором, суд помогает сохранять значение и взаимосвязь между разными аспектами культуры, на которые опирается идеология властимущих².

Пашуканис утверждает, что преступление и наказание в действительности, очень отличны от той картины, которую изображают правовые формы и идеология. Уголовное право – это инструмент классового доминирования и даже «классовой расправы»³. Оно защищает собственность правящего класса, а также социальные структуры, моральные нормы и ценности, на которых держится капиталистическое общество. Оно направлено против тех, кто представляет политическую опасность для класса капиталистов (политически активных членов угнетенных классов) и «деклассированных элементов»⁴. С точки зрения марксистского теоретика, любая пенальная политика защищает классовые интересы доминирующей социальной группы. Пашуканис критически оценивает концепцию наказания Э.Дюркгейма и других подобных ему теоретиков: «Так называемые теории уголовного права, которые выводят принципы карательной политики из интересов общества в целом, занимаются сознательным или бессознательным извращением действительности. Общество в целом, существует только в воображении юристов. На деле перед нами классы с противоречивыми сталкивающимися интересами»⁵.

Пенальная практика оказывается воплощенной в правовой форме, которая стремится скрыть свое классовое содержание. Благодаря этому создается идеология, согласно которой «конституционное государство» является нейтральным гарантом индивидуальной неприкосновенности и свободы. Пашуканис утверждает, что уголовный суд – не только воплощение абстрактной правовой формы, но и «орудие охраны классового господства»⁶. Наказание, в конечном счете, оказывается инструментом классовой борьбы, подобным железным перчаткам, обшитым бархатом – всей правовой риторикой о равных правах, равной ответственности и т.д. оно прикрывает свою сокрушительную мощь, направленную на низшие классы.

¹ Пашуканис Е.Б. Указ. соч. С. 168.

² Там же. С. 172.

³ Там же. С. 168.

⁴ Там же. С. 165.

⁵ Там же. С. 166.

⁶ Там же. С. 167.

условиям труда. Они часто предпочитали становиться бродягами и попрошайками, а не работать по 12 – 14 часов в день за мизерную зарплату.

Для целей процветания экономики необходимо, чтобы условия жизни в рабочих домах, тюрьмах и других коррекционных заведениях были хуже, чем «на свободе», при условии занятости на какой-нибудь работе. Отсюда совершенно бессмысленный, монотонный и тяжелый труд в рабочих домах. Режим тюрьмы, условия содержания, лишение определенных жизненных благ, – все это специально продуманные меры для того, чтобы удержать рабочих от совершения преступлений. Как пишут Руше и Кирчхеймер, это «лейтмотив всех тюремных администраций вплоть до наших дней»¹. Они делают интересное заключение: характер пенальных санкций определен не характером или природой преступления, а условиями жизни класса-мишени этих санкций. То есть представители этого класса должны быть уверены, что в тюрьме им будет хуже, чем на свободе. Иначе тюрьма станет вознаграждением, а не наказанием.

Ко всему прочему, помимо поддержки в оптимальном состоянии рынка труда наказание, начиная с XVI в., формирует отношение к труду у приговоренного к исправительному труду преступника. Постоянной заботой тюремной администрации было приучение заключенных к труду и дисциплине. Эти навыки были необходимы для работника мануфактуры и фабрики. Рабочие дома, реформатории и современные тюрьмы – это «способы тренировки новых трудовых резервов». Тюрьмы в XIX в. были спроектированы и управлялись таким образом, чтобы заключенные привыкали «безоговорочно подчиняться властям»; их приучали «вести тихую, размеренную и трудолюбивую жизнь», чтобы вернувшись на свободу, заключенный был готов «добровольно смириться с судьбой низшего класса». Пенальные институты играют, таким образом, двойственную роль. Во-первых, они сдерживают индивидов от совершения преступлений, показывая им, что честный, пусть тяжелый и низкооплачиваемый труд дает им более приемлемые условия существования, чем тюрьма. Во-вторых, тюрьма, приучая заключенных к дисциплине и труду, способствует созданию рабочей силы на рынке труда, что увеличивает конкуренцию между рабочими и снижает цену товара «рабочая сила», а это весьма выгодно правящим классам. Сие установление делает тюрьму «интегральной частью целой социальной системы»².

Теперь обратимся к трудовой стоимости наказания.

Общеизвестно, что К.Маркс никогда не утверждал, что только экономические отношения определяют надстройку общества. Не делал этого и Ф.Энгельс. Но в некоторых случаях односторонняя интерпретация марксизма могла давать крайне интересные результаты (как это произошло с работой «Социальная структура и наказание»). Но в западном марксизме и

¹ Rusche G., Kirchheimer O. Op. cit. P. 94.

² Ibid. P. 207.

неомарксизме значительная часть работ по марксистской философии и социологии наказания связана с повышенным вниманием к идеологии как ложному сознанию, помогающему правящему классу сохранить свою власть. Первой работой, которая фактически легла в основу этой традиции, стала работа русского юриста-марксиста Евгения Брониславовича Пашуканиса (1891 – 1937), написанная в 1924 г. В большей части работ западных авторов, касающихся социологии права и социологии наказания, особое внимание уделяется теории Е.Б.Пашуканиса, а в отечественной социальной философии, социологии и юриспруденции – к сожалению, недостаточно. Пашуканис сформулировал «теорию права, базирующуюся на товарообмене». До него все марксистские (в том числе и ленинская) концепции права носили инструментальный характер, т.е. право рассматривалось как выражение воли правящего класса («право есть воля правящего класса, возведенная в закон»). Эта точка зрения получила дальнейшее развитие в 30-е гг. и в СССР. Пашуканис выдвинул гораздо более утонченную и аналитически более интересную версию права и наказания, чем инструменталистская (последнюю называют так потому, что право рассматривается как инструмент правящего класса для удержания власти).

Пашуканис исходил из того, что в I томе «Капитала» Маркса рассматривается обмен товаров, которые продаются и покупаются не по своей потребительной стоимости, а по своей меновой стоимости, которую Маркс называет просто «стоимостью».

Логика рассуждений самого Пашуканиса такова. Качественно разные товары становятся соизмеримыми при помощи их меновой стоимости. Они из реальных товаров превращаются в некоторые абстракции – сгустки общественно необходимого времени для их производства. К. Маркс сравнивал закон стоимости с законом всемирного тяготения: «...Общественно необходимое для производства товаров время прокладывает себе путь через случайные и постоянно колеблющиеся меновые отношения продуктов частных работ лишь насильственно в качестве регулирующего естественного закона, действующего подобно закону тяготения, когда на голову обрушивается дом»¹. Так же и люди в условиях товарного производства превращаются в абстрактно равные друг другу субъекты права. Это позволяет классу капиталистов создать иллюзию, что рабочие по своей свободной воле вступают в контракт с работодателем. Этим капиталистическое общество отличается от феодального, где права были связаны с социальным статусом человека. К.Маркс характеризует это следующим образом: «Личная зависимость характеризует тут как общественные отношения материального производства, так и основанные на нем сферы жизни»². Высшая форма товаропроизводящего общества, капитализм, не связывает права со статусом человека – все равны перед законом, так же, как каждый товар может быть количественно измерен

¹ Маркс К. Капитал // К. Маркс и Ф. Энгельс. Собр. соч., изд. 2-е, Т. 23. М., 1960. С. 85.

² Там же. С. 87.

временем, необходимым для его производства, и ему может быть найден денежный эквивалент. Пашуканис утверждает: «Только при полном развитии буржуазных отношений право приобретает абстрактный характер»¹. Пашуканис дальше переходит к анализу государства. Для него государство как политическое и правовое образование также является отражением рыночных отношений. Политическое государство для Пашуканиса – это использование принципов администрирования, основывающихся на целесообразности. Правовое государство в противоположность политическому действует как незаинтересованная третья сторона, выносящая решения по поводу споров сторон, участвующих в купле-продаже. Оно также принуждает к подчинению правовым нормам.

Пашуканис своеобразно трактует соотношение базиса и надстройки. Отношения товарообмена – это частные, контрактные отношения. Но если посмотреть глубже, то они просто правовое выражение отношений обмена. Поэтому государство как надстроечное образование представляет собой эпифеномен, производный от отношений товарообмена.

Пашуканис делает два основных вывода относительно права. Во-первых, всякое право – это с необходимостью частное право, поскольку оно возникает на основе обмена товарами. Даже публичное право «может существовать только как отображение частноправовой формы в сфере практической организации, или оно вообще перестает быть правом»². Во-вторых, государство и публичное право – это вторичные явления, а отношения товарообмена и частное право – первичные.

В главе «Право и правонарушение» Пашуканис утверждает, что его анализ экономических правовых отношений может быть применен и к уголовному праву, и наказанию. Когда преступник предстает перед судом, он попадает в ту сферу, где «юридический момент, прежде всего и ярче всего отрывается от бытового и приобретает полную самостоятельность»³. В этом странном мире индивиды рассматриваются как субъекты права, обладающие следующими атрибутами: свободной волей, ответственностью и психологическим гедонизмом – атрибутами, которыми, считается, обладает каждый среднестатистический буржуа. При этом не имеет значения, насколько реальный случай далек от идеального. Личность обвиняемого рассматривается сквозь эту идеологическую призму, и даже самая нищая и поставленная в безнадежное положение жертва рыночных отношений рассматривается как свободная, равная и контролирующая свою судьбу – такой она является в «юридической реальности». Согласно Пашуканису, основная идея судебного приговора и наказания состоит в том, что правосудие – это также эквивалент товарообмена и один вредящий проступок (преступление) обменивается на эквивалентный вред причиняемый преступнику. Это некоторого рода справедливая торговля. Эта

¹ Пашуканис Е.Б. Избранные произведения по общей теории государства и права. М., 1980. С. 113.

² Там же. С. 95.

³ Там же. С. 159.