



В. А. Туляков

ПРЕДМЕТ УГОЛОВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ: К ПОСТАНОВКЕ ПРОБЛЕМЫ

Тема данной статьи выглядит довольно странно. Какие могут быть проблемы с предметом уголовно-правового регулирования, если обыденность и формальность, традиционность уголовно-правовых запретов поддерживают в массовом и научном сознании идею вечности преступления и реакции на него. Написано огромное количество трудов, посвященных данной проблематике, защищены докторские и кандидатские диссертации [1; 2; 4; 9; 10; 13]. Вместе с тем проблема остается. От понимания того, что и почему мы именуем преступлением, до социальной реакции на него.

Известно, что социальные потребности, убеждения, ценности и нормы формируют исторические типы преступного поведения, влияя на изменение систем социального контроля и криминализации деяний. Проще говоря, в процессе анализа уголовного права, его системы, целей, принципов, структурных характеристик, характеристик отдельных институтов и норм решаются три основных вопроса, связанных с исследованием генезиса и доминирующей парадигмы. Первый: необходимо ли обществу уголовное право? Второй: какие цели оно должно преследовать? И, наконец, третий: какие типы поведения должны быть криминализованы и каким образом мы приходим к такому решению?

Уголовное право Украины является самостоятельной отраслью права. Оно представляет собой совокупность однородных юридических норм, определяющих, какие общественно опасные деяния (действия или бездействия) являются преступлениями и какие наказания и/или иные меры уголовно-правового воздействия необходимо применять к лицам, их совершившим. Помимо этого, указанные нормы устанавливают основания уголовной ответственности и основания освобождения от уголовной ответственности и наказания.

В доктринальном смысле слова уголовное право представляет собой научную дисциплину, исследующую в рамках доминирующей правовой

доктрины законодательство о преступлениях, наказаниях и иных уголовно-правовых мерах, его отдельные институты и практику их применения как относительно к соответствующим условиям развития существующей в государстве правовой формы, так и с учетом положений сравнительного и исторического анализа, генезиса правовой теории и догматики.

Логика исследования правовой формы предполагает использование двух стратегий: восхождения к догме, когда, анализируя историю развития законодательства в совокупности с анализом изменений в государственно-политическом устройстве, мы делаем выводы о состоянии и закономерностях, характерных чертах развития соответствующей отрасли права, института, нормы.

Такой позитивистский, формально-догматический подход получил широкое распространение в трудах отечественных правоведов и заслуженно, а точнее, традиционно пользуется популярностью [3; 5; 7].

Представляется не менее важным построение исследования проблем современного уголовного права Украины посредством использования иного подхода: от идеологии школ к концептуальным идеям современной уголовной политики, от идей к направлениям развития законодательства, наконец, от направлений к понятиям, институтам и догмам современного уголовного права.

Это позволяет увидеть не только характеристики состояния науки уголовного права Украины и содержания норм уголовного права, но и вскрыть закономерности, показать возможные пути и средства развития уголовной политики и совершенствования действующего уголовного законодательства.

Происхождение слова «уголовное» не выяснено. Наиболее распространенной считается точка зрения, согласно которой оно происходит от славянского глагола «уголовить», т. е. «обидеть». Лингвисты утверждают также, что этимологически оно может быть связано с древнерусскими словами «уголовь» и «уголовье», означавшими преступления, влекущие применение к виновному смертной казни или другой кары.

Получив первичные основы развития в древнем мире, в средние века уголовное право изучалось и рассматривалось не в качестве самостоятельной научной дисциплины, а как составная часть канонического и римского права. Комментирование проблем уголовного права глоссаторами обусловило его превращение в самостоятельную учебную дисциплину. Так, в самом начале XV века в Венеции выходит книга Альберта Гиндина «Трактат о преступлениях», рассматривавший отдельные институты общей части уголовного права, связанные с формами реализации уголовной ответственности и учением о преступлении (умысел, неосторожность, покушение). Заслуга глоссаторов — последовательная отработка вопросов учения о преступлении (состав преступления, покушение, умысел и неосторожность, случай, возраст уголовной ответственности) и наказаниях (виды наказаний, особенности их назначения за отдельные преступления, проблемы индивидуализации

ответственности). Глоссаторское направление просуществовало до середины XVIII века.

В эпоху Просвещения последовательное развитие концепции естественного права, вызванное революционными переменами в политическом сознании и изменением экономического уклада, повлекло за собой развитие просветительно-гуманистической школы, требующей: исключительно легистского толкования происхождения, установления и формирования уголовно-правовых запретов; разделения канонического и уголовного права; относительной минимизации применения кары; реализации принципа социальной справедливости при осуществлении уголовного правосудия; усиления превентивных функций и целей наказания и иных уголовно-правовых мер.

Так, Ш. Монтескье в книге «О духе законов» (1748) формирует основные принципы современной пенологии: наказание должно соответствовать природе преступления; наказание в своих размерах не должно превосходить требования необходимости.

Соответственно Ч. Беккария в трактате «О преступлении и наказании», который является квинтэссенцией положений просветительно-гуманистического направления в уголовном праве, четко, последовательно и логично выстраивает идеи о том, что преступность и наказуемость деяний должны быть установлены только законом. При этом цель наказания не может быть сведена к возмездию за преступление, а должна служить задачам общей и частной превенции.

Идеология просветительно-гуманистического направления послужила основанием создания и разработки уголовного законодательства континентальной семьи права. Наиболее ярко эти идеи получили отражение во французском Уголовном кодексе Наполеона 1810 г., применявшемся до 1994 г. Вместе с тем следует отметить что «живучесть» УК Франции 1810 г. была бы невозможной, если бы в нем не нашли отражение позитивистские представления классической школы уголовного права.

Классическая школа уголовного права, основываясь на позициях абсолютизации значимости правовой нормы и вере в возможность регулирования процессов криминализации общества и духа правовыми средствами, оказала доминирующее влияние на формирование уголовного законодательства XIX–XX столетий. Идеологи классического направления И. Бентам, А. Фейербах, К. Грольман акцентировали внимание на преступлении и наказании в отрыве этих явлений от самой социальной действительности. Бескомпромиссное применение уголовных запретов есть основа государственности, ибо именно оно обеспечивает стабильность, процветание и правопорядок.

Внедрение индетерминистического принципа свободы воли как предтечи уголовной ответственности, соблюдение положения о том, что нет преступления и нет наказания без указания на то в законе, бескомпромиссное требование последовательного ужесточения уголовных наказаний в рамках существующей правовой формы как основного средства

удержания населения от преступлений, упор на кару как цель наказания, сопровождаемые верой в силу правового регулирования, — на долгие годы определили концептуальные положения как правовой доктрины, так и уголовного законодательства.

Бескомпромиссность классической школы в области влияния характеристик и свойств преступного поведения, учета личности преступника при назначении наказания, сопровождаемая относительной неэффективностью уголовно-правовых запретов в деле противодействия преступности, породила резкую критику классической школы.

Во второй половине XIX века появляется антрополого-социологическая школа, подвергшая анализу связь индивидуальных характеристик личности преступника и причин преступности с мерами уголовно-правового воздействия. Ч. Ломброзо, Э. Ферри, Ф. Лист, Г. Тард в своих работах отстаивали необходимость изменения вектора уголовно-правовой идеологии от кары к защите, требовали бескомпромиссного учета характеристик личности преступника при назначении наказания, отстаивали идею о допустимости и универсальности применения мер социальной защиты по отношению к лицам, находящимся в опасном состоянии.

Указанные школы при всей их однолинейности и бескомпромиссности в решении вопросов оснований ответственности, целей и условий назначения наказания и иных уголовно-правовых мер по сути дела определили развитие уголовного законодательства и доктрины уголовного права в прошлом веке.

В силу повышенных легистских требований к обоснованности уголовно-правового запрета уголовное право как «негативная конституция» государства с трудом и постепенно воспринимало те или иные изменения в доктрине. Несоблюдение принципа постепенности и адекватности проведения правовых реформ приводило, к сожалению, к извращению самой идеи, к тотальному террору власти над народом. Революционные изменения, войны и катаклизмы, крушение режимов и изменение политической картины мира не могли не сказаться на состоянии существовавших в XX веке школ уголовного права. Параллелизм и нетерпимость сменились конвергенцией и сосуществованием. При этом отчетливо наблюдается последовательное взаимопроникновение идей и идеологий, слияние направлений, взаимный обмен опытом и унификация правового регулирования [12].

Так, неспособность индетерминистской классической уголовно-правовой идеологии обеспечить реальное сдерживание преступности повлекла за собой распространение верований в силу внесудебных методов репрессии. Соответственно, увлечение идеями социальной защиты и принудительной изоляции потенциально опасных субъектов в начале XX века привело, к сожалению, к массовым нарушениям прав человека в тоталитарных репрессивных правовых системах. Отметим, справедливости ради, что впоследствии воплощение подобных идей в жизнь при наличии эффективной системы балансов и противовесов и защиты прав человека приводило к существенному снижению общеуголовной преступности.

Реализация принципов ужесточения социального контроля в рамках социолого-антропологических воззрений и увеличение участия ответственности в профилактике преступлений, с одной стороны, привели к определенному сокращению преступности в США и Германии, стабилизации ее уровня в начале 1990-х годов и последовательному снижению в течение последних лет, а с другой — к чрезмерной стигматизации правонарушителей, к росту расходов налогоплательщиков на содержание осужденных.

Проводимые реформы в области уголовно-правового воздействия были рассчитаны в основном на одномоментное решение соответствующих политических задач, а не на долгосрочную перспективу. Известно: «преступность — постоянная величина, ее не может быть больше или меньше, она как подсистема общества (как системы) взаимодействует со всеми другими его подсистемами и элементами разной степени общности пропорционально и взаимосогласованно по количественным и качественным параметрам... даже не вопреки, а благодаря пропорциональным отклонениям и колебаниям социум преступников остается самим собой, сохраняя свою качественную определенность и способность к развитию» [8, 61].

Наблюдаемые во всем мире волновые циклические тенденции в динамике преступности [16, 12–15] и виктимности, генетический анализ структуры преступлений и отношения к преступному поведению в различных культурах, свидетельствуют об определенных изменениях во взаимодействиях между преступностью и обществом (во всяком случае, в условиях развития новых независимых государств) [6, 69–70, 201–202; 11, 41–44, 71–73], которые диктуются как закономерностями и свойствами самой преступности, так и социальными противоречиями развития общества, да и всего мира в целом.

Анализ истории развития теории криминологии свидетельствует о расширении наших представлений о преступности: от совокупности преступлений, совершающихся в принципе деклассированными и имеющими психологические проблемы индивидами, к массовому социальному процессу, являющемуся одним из элементов развития общества. Тем не менее современные исследования криминологов и историческая практика свидетельствуют, что в любом обществе может существовать оптимальный уровень преступности, на котором преступность, с одной стороны, выполняет свои необходимые, если можно так выразиться, функции, а с другой — является настолько ограниченной, что не мешает работе общества.

Немаловажную роль в организации такого состояния общества играет уголовная политика, впрочем, как и уголовное право в целом. Современные уголовные кодексы, сохраняя черты догматической классической школы, переняли принципы теории обращения с правонарушителями (принудительные меры воспитательного и медицинского характера), идеи концепции опасного состояния (меры безопасности и меры социаль-

ной защиты), развивают последовательно виктимологическую идею о примате личной безопасности над безопасностью общественной. Осуществляя охранительные, предупредительные и воспитательные функции современное уголовное право содействует контролю и ограничению преступности, способствует упрочению системы общественной и личной безопасности в рамках неоклассической уголовно-правовой школы.

И все же сказанное есть лишь свидетельством того, что уголовное право включило в себя более широкий арсенал реакций на преступление, чем это предполагалось ранее. Выявленные тенденции не только не отражают, а, точнее, скрывают существо проблемы определения преступного в современном мире.

Факт совершения и верификации деяния как преступления влечет за собой следующую совокупность реакций государства в рамках существующих уголовно-правовых отношений: привлечение виновного к уголовной ответственности, применение к нему мер безопасности, социальной защиты и мер компенсации. Всегда ли это является правомерным с точки зрения теории правового регулирования?

Известно, что право ставит своей задачей определение системы методов и приемов реагирования на деяния, состояния и, наконец, отношения (А. Ильин). Не является ли в связи с этим уголовно-правовое регулирование социальных отношений сквозь призму определения только преступности деяний несколько неполным? Почему, например, даже лингвистические конструкты определения преступного разнятся между собой? Так, в английском языке слово *crime* обозначает как преступление как противоправное деяние, так и преступность как особый социальный институт, противоречащий устоям развития общества. Между тем слово *criminality*, в наших учебниках зачастую переводимое как «преступность», на самом деле означает «криминальность» — свойство личности совершать уголовно-наказуемые деяния.

Возможно, сегодня нам вновь следует официально, на уровне уголовно-правовой доктрины, вернуться к признанию того, что уголовное право изучает преступное деяние как волевой акт нарушения уголовного закона, преступное состояние как «особое духовное состояние, свойственное иногда человеку как индивидуальному физическому лицу, удовлетворяющее всем условиям вменяемости и вменения, особенно недоброкачественное относительно ума, чувства, воли или, по крайней мере, в одном из этих отношений (жестокость, подлость, упрямство, легкомыслие) и при том особенно предосудительное для этой личности, с точки зрения правоучредителя, государства» [14] и, наконец, преступность как социальный институт, реализующийся в совокупности уголовно-правовых отношений между государством, обществом, потерпевшими, преступниками и третьими лицами.

Концепция «опасного состояния», получившая свое развитие в начале прошлого века, успешно применяется и по сей день. Хрестоматийным примером является УК Сан Марино, в главе II Общей части которого

подробно описаны законодательные характеристики криминальной опасности субъектов уголовно-правовых отношений, а соответственно в главе V — меры безопасности, применяемые к преступникам и лицам, обладающим криминальной опасностью [15]. Превентивное заключение рецидивистов в качестве меры безопасности и профилактики преступлений было включено в Уголовный кодекс Германии в 1933 г., а после падения режима нацистов перешло в правовую систему ФРГ. При этом превентивное заключение опасных преступников, в том числе и пожизненное, после окончания непосредственного срока заключения не противоречит конституции. Такое решение в феврале 2004 г. принял Конституционный суд ФРГ. Превентивное заключение предусмотрено для рецидивистов и применяется после отбывания самого срока заключения. Более половины находящихся в превентивном заключении — это сексуальные преступники. В 1998 г. было принято решение, что, если преступник продолжает представлять опасность, его можно оставлять в предварительном заключении даже пожизненно. До этого первое превентивное заключение, которому подвергался преступник, было ограничено 10 годами. В 1998 г. этот предел был отменен, причем данное постановление имело обратную силу. Судьи постановили, что бессрочное превентивное заключение не нарушает ни человеческого достоинства, ни прав человека. В течение какого времени преступник будет продолжать считаться опасным, зависит от событий в будущем, которые нельзя с точностью предусмотреть, заявили судьи, а поскольку через каждые два года необходимо проверять обоснованность превентивного заключения, то это гарантирует соразмерную защиту прав. То, что предел в 10 лет был отменен и это имело обратную силу, не нарушает принципа, по которому закон обратной силы не имеет. Судьи Конституционного суда ФРГ постановили, что конституцией запрещается налагать наказания, имеющие обратную силу, однако превентивное заключение — это не наказание. Оно нацелено исключительно на профилактику будущих правонарушений и поэтому является чисто превентивным инструментом.

С этой точки зрения, уголовно-правовая охрана личности, общества и государства от преступности будет реализовываться в установлении того, какие деяния признаются преступными, какие состояния субъектов преступления способствуют проявлению преступности деяний, какие наказания применяются к преступникам, какие меры безопасности, социальной защиты и компенсации определяются дополнительно к виновным или иным лицам, находящимся в преступном состоянии.

Тем самым, с одной стороны, мы покончим с методологически порочной практикой затушевывания характера и сущности уголовной ответственности из-за невозможности преодоления коллизий между традициями конституционализма и реальной карательной практикой. С другой стороны, это позволит решить проблему применения и реализации иных уголовно-правовых мер с точки зрения их оснований, предпосылок, форм и методов реализации, соотношения с наказанием. Наконец, это придаст

более строгую и логичную форму правилам применения уголовно-правовых запретов.

Ведь, по сути дела, как узаконенным беззаконием нельзя назвать практику, при которой назначение мер безопасности (специальная конфискация, уничтожение предметов преступления, предусмотренные соответствующими санкциями статей Особенной части УК) осуществляется по аналогии. То же можно сказать о применении мер социальной защиты (принудительных мер воспитательного характера) в соответствии со ст. 97 УК Украины к малолетним лицам, которые до достижения возраста уголовной ответственности совершили общественно-опасное деяние, предусмотренное настоящим кодексом. С похожими проблемами мы сталкиваемся при применении принудительного лечения (мера безопасности) и принудительных мер медицинского характера (мера социальной защиты) к лицам, находящимся в опасном состоянии.

Соответственно, проблема восстановления уголовно-правовых отношений (поощрительных уголовно-правовых норм, мер компенсации) вообще далека от совершенства, как в своем теоретическом аспекте, так и в правореализации.

То есть общие принципы применения данных уголовно-правовых мер уголовным законом попросту не установлены. Правовая природа их неизвестна либо, учитывая негативный опыт применения концепции социальной защиты, старательно затушевывается. Основания применения выписаны слегка расплывчато. Как результат — страдают практика, соблюдение принципа формальной определенности уголовного закона, законность.

Понятно, что на самом деле проблема — в отсутствии единой универсальной теории уголовно-правового регулирования (уголовная политика, криминализация и декриминализация, объект и предмет уголовно правовой охраны, потерпевший), использования принудительного метода поддержания правопорядка в строгих правовых формах и рамках. Определение защиты личности, общества, государства от преступных угроз должно быть теоретически обосновано, как с точки зрения противодействия преступности в целом, наказания преступников и ограничения либо нейтрализации преступного состояния и, наконец, с точки зрения восстановления законных прав и интересов потерпевшего от преступления.

Формулировка уголовно-правовой доктрины нового тысячелетия — дело непростое и требующее более серьезного исследования. И если начала ее были положены в эклектичном сочетании принципов классической школы, позитивизма и восстановительного правосудия, то результат в наиболее общем виде может быть выражен в следующих положениях:

1. Система уголовно-правовых запретов имеет тенденцию к расширению и усложнению, что связано с закономерностью аккумуляции девиантной активности граждан и динамичностью процессов законотворчества и правоприменения, зависящих от распространенности запрета

и качества правореализации. Практически преступления и проступки корреспондируют с распространенностью мнения о допустимости преступлений и злоупотреблений правом среди населения.

2. Законодатель, устанавливая уголовно-правовой запрет, тем самым формирует совокупность мер превентивного, восстановительного, карательного и поощрительного воздействия, задачей которых есть обеспечение охраны личности, социальной группы, общества и государства от преступных посягательств. Уголовно-правовой запрет деяния, состояния или института, а также режим его применения должны соответствовать общественным ожиданиям.

3. Уголовно-правовое реагирование распространяется на преступления как запрещенные уголовным законом виновные деяния, преступные состояния — реальные либо предполагаемые свойства субъекта преступления к устойчивой преступной активности, преступность как социальный институт, реализующийся в совокупности уголовно-правовых отношений.

4. Преступность деяния влечет за собой его наказуемость и/или применение иных уголовно-правовых мер (поощрительные нормы, освобождение от ответственности и наказания, меры безопасности, меры компенсационного воздействия). Преступное состояние влечет применение к субъекту мер безопасности, мер социальной защиты и мер компенсации. Преступность как институт нейтрализуется профилактическим действием уголовного закона в целом, моральной подкрепленностью уголовно-правового запрета.

5. Наказание есть кара за совершенное преступление. Мера безопасности — ограничение прав и свобод виновного либо лица, находящегося в преступном состоянии, направленное на нейтрализацию его криминальной активности и профилактику преступлений. Мера социальной защиты — ограничение прав и свобод лица, находящегося в преступном состоянии, направленное на ограждение общества от последствий антисоциальной активности субъекта. Мера компенсации — денежная выплата, направленная на восстановление физического, материального, морального и психического ущерба, нанесенного потерпевшему лицом, совершившим преступление, либо явившегося результатом антисоциальной активности субъекта, находящегося в преступном состоянии.

6. Сочетание режимов уголовно-правового воздействия, предупреждения преступности и общественной превенции обуславливает определение наиболее эффективных, утилитарных практик предупреждения преступности.

За последнее время, провалы в профилактической политике повлекли за собой устойчивую точку зрения о неэффективности уголовно-правового запрета, о призонизации общества и культуры, криминализации Духа. В этой связи выдвигаются идеи о необходимости смены вектора уголовно-правового регулирования (замена карательного правосудия восстановительным, ограничение применения лишения свободы, распространение

альтернативных наказаний, введение элементов принципа диспозитивности и общественного (общинного) правосудия в публично-правовые по природе уголовные правоотношения и формы их реализации).

Следует отметить, что вера в эффективность подобной диверсификации — не более чем дань моде. Если криминальность — элемент человеческой природы даже у отдельных ее представителей, то воздействие на последнюю с помощью принудительных методов в состоянии лишь ее ограничить. Мы признаем, что преступность как институт регулирует и реализуется в признанных преступлениях девиациях и состояниях лиц, склонных к таковым (принадлежащих к преступной культуре), а также лиц случайных. Недаром 11 процентов девиантов совершают до 90 процентов преступных актов по свидетельствам лонгитюдных исследований преступных карьер. Это предопределяет высокую латентность отдельных элементов системы уголовной юстиции, которая в состоянии обеспечивать эффективность своей деятельности лишь в разумном сочетании мер принуждения, профилактики и восстановления. В определении правовых начал этого разумного сочетания и состоит будущность проблемы предмета уголовно-правового регулирования.

Л и т е р а т у р а

1. *Галиакбаров Р. Р.* Предмет уголовного права // Современные проблемы правоведения. — Краснодар, 1998. — С. 209–216.
2. *Горобцов В.* О перспективах расширения предмета уголовного права // Уголовное право. — 2004. — № 3. — С. 20–22.
3. *Грищук В. К.* Кодифікація кримінального законодавства України: проблеми історії і методології. — Л.: Світ, 1992. — 162 с.
4. *Демидов Ю. А.* Предмет и методология науки уголовного права // Личность преступника и уголовная ответственность: Межвуз. науч. сб. — Саратов, 1981. — С. 5–17.
5. *Кісілюк Е. М.* Кримінальне законодавство в період українського державотворення (1917–1921 рр.): Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Нац. акад. внутр. справ України. — К., 2003. — 20 с.
6. *Криминология.* — М.: Изд-во МГУ, 1994.
7. *Кудін С. В.* Становлення і розвиток кримінального права України у Х — першій половині XVII ст.: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка — К., 2001 — 24 с.
8. *Ли Д. А.* Уголовно-статистический учет: структурно-функциональные закономерности. — М., 1998.
9. *Ляпунов Ю.* Уголовное право: предмет и метод регулирования и охраны // Уголовное право. — 2005. — № 1. — С. 48–52.
10. *Мальцев В. В.* Предмет и метод уголовного права // Правоведение. — С.Пб., 2004. — С. 68–81.
11. *Матти Лайне.* Криминология и социология отклоненного поведения. — Хельсинки, 1994.
12. *Наузов А. В.* Сближение правовых систем как итог развития уголовного права в XX веке и его перспектива в XXI веке // Вестник Московского государственного университета. Сер. 11. Право. — 1998. — № 6. — С. 50–58.

13. *Смирнов В. Г.* Функции советского уголовного права. Предмет, задачи и способы уголовно-правового регулирования. — Ленинград, 1965. — 188 с.
14. *Пусторослев П. П.* Анализ понятия о преступлении. — М., 1892 г. // Allpravo.ru/library/doc101p0/instrum4488/item4544.html
15. *Уголовный кодекс Республики Сан-Марино.* — С.Пб.: Юрид. центр Пресс, 2002. — 253 с.
16. *Фролова О. Г.* Злочинність і система кримінальних покарань (соціальні, правові та кримінологічні проблеми й шляхи їх вирішення за допомогою логіко-математичних методів): Навч. посіб. — К.: АртЕк, 1997.